



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par *l'Université de Toulouse I Sciences sociales*
Discipline ou spécialité : *DROIT*

Présentée et soutenue par *Anne-Laure CAPOEN*
Le 18 Décembre 2008

Titre :

***LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À L'ÉGARD DES ENTREPRISES
EN DIFFICULTÉ***

JURY

Monsieur Pierre-Michel Le CORRE, Professeur à l'Université de Nice, Rapporteur
Monsieur Richard ROUTIER, Professeur à l'Université d'Auvergne Clermont-Ferrand I, Rapporteur
Madame Francine MACORIG-VENIER, Professeur à l'Université Toulouse I, Membre du Jury
Madame Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Professeur à l'Université Toulouse I, Directrice de recherche

École doctorale : *Sciences juridiques et politiques*
Unité de recherche : *Centre de Droit des Affaires*
Directeur de Thèse : *Madame Corinne SAINT-ALARY-HOUIN*

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat ».

Tous mes remerciements

à ma famille, et à mes amis

pour leur soutien.

Et à Madame le professeur Corinne Saint-Alary-Houin,

pour ses enseignements et ses encouragements.

SOMMAIRE

<u>ABRÉVIATIONS ET SIGLES.....</u>	<u>5</u>
<u>INTRODUCTION.....</u>	<u>8</u>
<u>PARTIE I. L'ALLÈGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À RAISON DES CONCOURS AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ.....</u>	<u>31</u>
<u>TITRE I. L’AFFIRMATION GÉNÉRALE D’UN PRINCIPE D’IRRESPONSABILITÉ DU BANQUIER</u>	<u>34</u>
<i>CHAPITRE 1. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU PRINCIPE D’IRRESPONSABILITÉ.....</i>	<i>35</i>
<i>CHAPITRE 2. LE CHAMP D’APPLICATION DU PRINCIPE D’IRRESPONSABILITÉ.....</i>	<i>76</i>
<u>TITRE II. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE D’IRRESPONSABILITÉ DU BANQUIER.....</u>	<u>125</u>
<i>CHAPITRE 1. LES HYPOTHÈSES DE DROIT COMMUN.....</i>	<i>129</i>
<i>CHAPITRE 2. LA PRISE DE GARANTIES DISPROPORTIONNÉES.....</i>	<i>147</i>
<u>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....</u>	<u>190</u>
<u>PARTIE II. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À L’ÉGARD DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ.....</u>	<u>192</u>
<u>TITRE I. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU BANQUIER.....</u>	<u>195</u>
<u>SOUS-TITRE I. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR SOUTIEN ABUSIF.....</u>	<u>196</u>
<i>CHAPITRE 1. LES CONDITIONS DE L’ACTION EN RESPONSABILITÉ.....</i>	<i>197</i>
<i>CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L’ACTION EN RESPONSABILITÉ.....</i>	<i>280</i>
<u>SOUS-TITRE II. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU BANQUIER DIRIGEANT DE FAIT</u>	<u>299</u>
<i>CHAPITRE 1. LA COMPATIBILITÉ DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ CIVILE ET SPÉCIALES DES DIRIGEANTS DE FAIT.....</i>	<i>302</i>
<i>CHAPITRE 2. LE NON CUMUL DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ CIVILE ET SPÉCIALES DES DIRIGEANTS DE FAIT.....</i>	<i>323</i>

<u>TITRE II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU BANQUIER, COMPLICE DE</u>	
<u>BANQUEROUTE.....</u>	<u>331</u>
<i>CHAPITRE 1. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION.....</i>	<i>334</i>
<i>CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L'INFRACTION.....</i>	<i>349</i>
<u>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....</u>	<u>364</u>
<u>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</u>	<u>366</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE.....</u>	<u>370</u>
<u>INDEX ALPHABÉTIQUE.....</u>	<u>428</u>
<u>TABLE DES MATIERES.....</u>	<u>432</u>

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

Act. Proc. Coll.	Actualités des procédures collectives.
Art.	Article.
Banque	Revue Banque.
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires.
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle.
Bull. Joly Bourse	Bulletin Joly bourse et produits financiers.
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly sociétés.
C. Civ.	Code civil.
C. Com.	Code de commerce.
C. Org. Jud.	Code de l'organisation judiciaire.
C. Pén.	Code pénal.
C. Proc. Pén.	Code de procédure pénale.
C. Séc. Soc.	Code de la sécurité sociale.
CA	Cour d'appel.
CAA	Cour d'appel administrative.
Cass. civ. 1°	Première chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. civ. 2°	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. civ. 3°	Troisième chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. com.	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation.

CCIP	Chambre du commerce et de l'industrie de Paris.
CCSF	Commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale.
CECEI	Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme.
CIRI	Comité interministériel de restructuration industrielle.
CJCE	Cour de justice des communautés européennes.
CMF	Code monétaire et financier.
CNA	Confédération nationale des avocats.
CODEFI	Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises
Cons. Constit.	Conseil Constitutionnel.
CORRI	Comités régionaux de restructuration industrielle
D.	Recueil Dalloz Sirey.
D. Aff.	Dalloz Affaires.
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois.
Dr. et Patrim.	Droit et Patrimoine.
Dr. Pén.	Droit pénal.
Dr. Sociétés.	Droit des sociétés.
éd.	Édition ou éditeur.
FDES	Fonds de développement économique et social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
<i>Infra</i>	Ci-dessous.
JCP E	La semaine juridique édition entreprises et affaires.

JCP G	La semaine juridique édition générale.
JO	Journal officiel.
JOAN	Journal officiel Assemblée nationale.
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LPA	Les petites affiches.
OCED	Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficulté.
RDBB	Revue de droit bancaire et bourse.
RDBF	Revue de droit bancaire et financier.
Rev. Proc. Coll.	Revue des procédures collectives.
Rev. Sc. Crim.	Revue de science criminelle.
Rev. Sociétés	Revue des sociétés.
RJCom	Revue de jurisprudence commerciale.
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires.
RLDC	Revue Lamy de droit civil.
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil.
RTDCom	Revue trimestrielle de droit commercial.
SDR	Sociétés de développement régional.
Spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus.
T. com.	Tribunal de commerce.
T. Conflits	Tribunal des conflits.
TGI	Tribunal de grande instance.
v°	<i>verbo</i>

INTRODUCTION

1. La responsabilité est au cœur de notre droit comme elle est au fondement des rapports humains. Le terme de responsabilité est tiré du latin « *responsus* », participe passé de « *respondere* », qui signifie « *se porter garant, répondre* ». La responsabilité représente donc « *l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires... soit envers la victime, soit envers la société...¹* ». Une étude de la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, portera par conséquent sur l'obligation de la banque de répondre des dommages qu'elle a causés. Aussi la responsabilité met-elle en relation deux entités : un banquier, et des entreprises en difficulté.

2. Le terme de « banquier » employé dans un sens large vise en réalité les établissements de crédit. La dénomination d'établissement de crédit recouvre un certain nombre d'entreprises, qui exercent la profession bancaire, autrement dit, qui effectuent des opérations de banque à titre habituel². Ces personnes morales peuvent prendre la forme de sociétés, sans être obligatoirement des sociétés commerciales³. L'activité bancaire se réalise par des opérations de banque, au nombre de trois : la réception de fonds du public, les opérations de crédit, et la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement⁴. L'établissement de crédit joue, par ses activités, le rôle de commerçant, au sens de l'article L 110-1 du Code de commerce, puisqu'il a la qualité d'intermédiaire entre l'épargnant, celui qui possède de l'argent, et celui qui a besoin d'argent. De manière générale, le banquier peut donc être défini comme « *un commerçant qui spéculé sur l'argent et le crédit⁵* ». Le financement est donc au cœur des relations banques-entreprises. Le banquier est la première personne à qui incombe la difficile mission de fournir des financements afin que les entreprises puissent développer leur activité. Or les premiers concernés par ce besoin de financement, (et par cette étude) sont les entreprises éprouvant certaines difficultés. Les entreprises dont il est ainsi question, sont celles qui requièrent une prise en charge de leurs difficultés par une procédure quelconque de traitement des difficultés ; l'état de cessation des paiements n'est pas le critère déterminant ici, de sorte que peuvent être concernées les entreprises

¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, PUF, 8^eéd. 2007, v° « responsabilité ».

² CMF, Art. L 511-1.

³ Alors que les opérations de banques sont des actes de commerce. T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien 7^e éd. 2007, n° 120, p 87.

⁴ CMF, Art. L 311-1.

⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Traité de droit commercial,, tome II, LGDJ, 17^eéd. 2004, n° 2216.

bénéficiant de procédures de prévention telles que la conciliation ou de traitement comme la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaires. Il convient dès lors de préciser le contexte juridique (§ I) et le contexte économique (§ II) du financement bancaire à l'égard de ces entreprises.

§ I. Le contexte juridique du financement bancaire aux entreprises en difficulté.

3. L'évolution du droit des entreprises en difficulté. Bien souvent, la formule d'« entreprises en difficulté » renvoie au terme de procédures collectives, ou au terme encore plus ancien de « faillite ». Notre droit est caractérisé par une évolution passant du droit de la faillite au droit des procédures collectives, et au droit des entreprises en difficulté. L'expression « entreprises en difficulté » vise les entreprises, qui ne s'inscrivent plus dans une « perspective de développement, voire de survie »⁶, elle se caractérise par l'idée de sauvegarde de l'entreprise. Cette expression est apparue à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle et traduit une évolution à la fois économique et psychologique⁷ de l'approche des difficultés des entreprises. La faillite est un terme très ancien, qui renvoie aux prémices de notre droit. Le terme provient du latin « fallere », qui signifie tomber. La faillite concerne donc le commerçant qui a « failli à ses engagements »⁸. Le droit romain organisait, à côté de la « venditio bonorum », mesure qui permettait la vente collective des biens du débiteur insolvable pour payer ses créanciers, la « manus iniectio », mesure qui permettait au créancier de saisir la personne du débiteur et d'en disposer comme il l'entend. La « missio in possessionem », c'est-à-dire l'envoi en possession, permettait dans un second temps, non plus de saisir la personne du débiteur mais de s'attaquer directement à sa fortune⁹. Le droit romain privilégiait donc le paiement des créanciers. L'ordonnance de Colbert de 1673, en venant régler la faillite du commerçant, envisageait au-delà du paiement des créanciers par la cession des biens du débiteur, le châtement de celui-ci, par la peine de mort. Le but de la faillite était l'assainissement du commerce¹⁰. La sévérité des mesures de faillite,

⁶ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz 7^o éd. 2007, n^o4, p 3.

⁷ Voir sur ce point, C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^oéd. 2006, n^o 25 à 27, p 15-16.

⁸ P-M. Le CORRE, 1807-2007 : 200 ans pour passer de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, Gaz. Pal. 21 juillet 2007 n^o 202, p 3 et s.

⁹ P-M. Le CORRE, 1807-2007 : 200 ans pour passer de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, Gaz. Pal. 21 juillet 2007 n^o 202, p 3 et s.

¹⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, La moralisation des procédures collectives : regards sur la jurisprudence récente, in Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p 503 et s, p 504. Voir aussi : De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle, in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, sous la direction de J. KRYNEN et M. HECQUARD-THERON, coll. Travaux de l'IFR Mutations des normes juridiques, Tome 1 Bilans, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2005, p 389 et s.

prônant la sanction et l'élimination du commerçant s'est prolongée, au travers du Code de commerce, jusqu'à la loi du 13 juillet 1967¹¹. Celle-ci réalise une dissociation du sort de l'homme et du sort de l'entreprise, en organisant des sanctions patrimoniales à l'encontre de l'entreprise et des sanctions extra-patrimoniales à l'encontre des dirigeants¹². Puis en 1985, trois lois¹³ procèdent à une réforme complète des règles touchant les entreprises insolvable et leurs dirigeants, en privilégiant le redressement des entreprises : le dessaisissement du débiteur n'est plus automatique à l'ouverture de la procédure et les sanctions civiles et pénales sont assouplies. Cette loi était « *dominée par un souci d'efficacité économique marquant un recul très net de sa fonction d'intimidation et de punition des débiteurs défaillants*¹⁴ ». La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹⁵, dont la genèse fut particulièrement longue, s'inscrit dans la continuité de ces mesures : « *La garde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent* », énonçait le Garde des Sceaux lors de l'exposé des motifs du projet de loi. Le législateur a donc organisé une diversification des procédures à la fois préventives, en remplaçant l'ancien règlement amiable par la procédure de conciliation, et judiciaires, par l'intégration d'une nouvelle procédure au sein du droit des entreprises en difficulté, la procédure de sauvegarde. Cette procédure traduit particulièrement bien la volonté du législateur de privilégier le sauvetage des entreprises, en revalorisant le chef d'entreprise¹⁶, ce qui passe nécessairement par une atténuation des sanctions tant civiles que pénales. La procédure d'extension-sanction de la procédure collective est supprimée, les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif sont cantonnées, les mesures de faillite personnelle sont assouplies¹⁷... Au travers des lois qui sont venues ponctuer la seconde moitié du XX^e siècle (et le début du XXI^e siècle), la situation du débiteur insolvable est passée de mesures extrêmement sévères visant avant tout le remboursement des créanciers à des mesures plus souples permettant peut-être sa survie, et ne sanctionnant son dirigeant qu'assez exceptionnellement. Et cette constatation peut également être faite à l'étranger, ainsi Monsieur le rapporteur Marini soulignait au cours des

¹¹ Loi n° 67-563, du 13 juillet 1967.

¹² Voir, C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^eéd. 2006, n° 1 et s. notamm. n° 4, p 2.

¹³ Loi n°84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; loi n° 85-88 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises ; loi n° 85-89 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise.

¹⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, La moralisation des procédures collectives : regards sur la jurisprudence récente, in Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p 503 et s, p 504.

¹⁵ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises.

¹⁶ Il prend un rôle bien plus actif dans le traitement de ses difficultés.

¹⁷ Le caractère automatique des interdictions et déchéances étant supprimé.

travaux préparatoires que : « *Plusieurs pays étrangers ont réformé leurs procédures collectives au cours des dernières années, au point que l'on observe, de facto, une certaine harmonisation des principes de traitement des entreprises en difficulté. La mondialisation de l'économie plaide, en effet, pour une plus grande coordination des procédures, ce qui incite à une réflexion, non seulement sur les questions de compétence, mais aussi sur des principes plus substantiels. De façon générale, on observe un déplacement dans les finalités des procédures : si la protection des intérêts des créanciers demeure l'un des principaux objectifs, la sauvegarde de l'activité et de l'emploi apparaît désormais prioritaire.*¹⁸ ». On est ainsi passé du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté, d'une volonté sanctionnatrice, privilégiant les voies d'exécution, à une volonté davantage préservatrice, cherchant des solutions adaptées à chaque entreprise. C'est dans ce contexte que s'inscrivent désormais les rapports bancaires. Les banquiers se trouvent face à des entreprises parfois en grande difficulté, le terme difficulté ne renvoyant pas nécessairement à des difficultés financières, celles-ci n'étant que la traduction de bien d'autres. Les activités bancaires générant le plus de contentieux sont celles de la fourniture de crédit. En effet, par la conclusion du contrat de prêt, se crée un rapport créancier / débiteur, et avec lui apparaissent des éventuels problèmes de solvabilité du débiteur. La banque¹⁹ est parfois susceptible de voir sa créance non remboursée. Confrontée à ce risque, les banques sont amenées à prendre des mesures parfois drastiques en matière de crédit. Cette situation est particulièrement vraie à l'égard des entreprises en difficulté.

4. Les choix du banquier confronté à une entreprise en difficulté. Confronté aux difficultés de son client, le banquier dispose de plusieurs alternatives. En premier lieu, il peut décider de rompre les crédits fournis. Mais ce choix peut le conduire, en cas de dommage causé à son client, à voir sa responsabilité engagée pour rupture abusive de crédit. En second lieu, il peut être tenté de donner des conseils de gestion à son client. Mais il est susceptible, en cas d'échec du redressement de la situation, de se voir reprocher une immixtion fautive, et peut-être d'être condamné à réparer tout ou partie de l'insuffisance d'actif pour faute de gestion en sa qualité de dirigeant de fait²⁰. Enfin, le banquier peut poursuivre la fourniture de concours à son client, en procédant au maintien de ses crédits, ou en lui en accordant de nouveaux, afin de lui donner une chance de se ressaisir. Si les deux premiers choix du banquier peuvent le conduire à engager sa responsabilité contractuelle, au

¹⁸ Ph. MARINI, Avis n° 355 pour le Sénat, p 19.

¹⁹ Au sens général du terme : tout au long de nos développements, les termes de banque, établissement de crédit ou banquier seront utilisés dans le même sens (sauf paragraphes réservés à la responsabilité pénale)

²⁰ Responsabilité en comblement de passif sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985.

titre d'un manquement aux obligations qui lui incombent dans le cadre du contrat de prêt, les règles sont fixées, de sorte que le banquier sait à quoi s'en tenir. La distribution de crédit, proprement dite, ne faisait pas jusque là, l'objet de responsabilité sur le plan civil. En effet, en 1804, lors de la création du Code civil, le régime général de la responsabilité civile a été posé. La responsabilité du banquier n'était, elle, aucunement envisagée par le législateur, qui n'appréhendait d'aucune sorte les risques bancaires et financiers comme les risques industriels. Bien évidemment, la fourniture de crédit frauduleux engageait sa responsabilité tant civilement que pénalement, dans le cadre notamment de l'infraction de complicité de banqueroute, par emploi de moyens ruineux de se procurer des fonds. Les juges ont néanmoins tenté de combler ce vide juridique. C'est ainsi, que le banquier s'est vu pour la première fois condamné à payer des dommages et intérêts, dans un arrêt de la Cour de cassation du 1er Août 1876²¹, en réparation du préjudice découlant de la « *prospérité fictive* » créée par les agissements du banquier²². Les décisions de condamnation du banquier restaient néanmoins exceptionnelles.

5. La naissance de la théorie du soutien abusif... Un mouvement tendant à responsabiliser la fourniture de crédit s'est formé, à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, en réaction à la place grandissante faite aux banques, à la suite des crises économiques qui ont bouleversé la France à cette époque. En effet, les entreprises, à chaque étape de leur vie, ont besoin de financements, nécessaires au développement de leur activité ; et les banquiers sont au premier rang pour les leur procurer, cette mission leur incombant tout particulièrement. Face aux crises économiques, le financement par voie bancaire s'est accru : les banques accordaient de plus en plus de crédits à durée indéterminée, tels les découverts, ou les facilités d'escompte...²³ En réaction à ce phénomène d'accroissement de la place des banques et de leur « pouvoir » implicite sur les entreprises, qui dépendent de leurs financements, la doctrine et la jurisprudence ont développé « *un ensemble de règles de prudence que doit observer le banquier lors de l'octroi du crédit*²⁴ ». Elles souhaitaient appliquer au mieux la volonté du législateur dont l'ambition montante était de promouvoir la sauvegarde des entreprises. Ce sauvetage devait passer par la détermination des facteurs déclencheurs des difficultés insurmontables de l'entreprise : les concours bancaires pouvaient ainsi être l'un d'eux. Un concours octroyé, à une entreprise qui éprouve des difficultés de trésorerie peut

²¹ Cass. 1er Août 1876, D S 1876, I 457.

²² Voir R. ROUTIER, La responsabilité du banquier, LGDJ 1997, n° 7.

²³ J. STOUFFLET, Rapport Français, in La responsabilité du banquier : aspects nouveaux, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XXXV, Economica, 1984, p 143 et s., spéc. n°4.

²⁴ J. STOUFFLET, Rapport Français, in La responsabilité du banquier : aspects nouveaux, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XXXV, Economica, 1984, p 143 et s., spéc. n°2.

accentuer ces difficultés et entraîner l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés. La société subit un dommage, et ses créanciers, désormais soumis aux règles des procédures collectives, également. Or « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*²⁵ ». Ainsi, en quelques années, « *le banquier est devenu un acteur principal mais en même temps un responsable idéal*²⁶ », souligne le professeur Routier. A côté des mesures prises par le législateur aux fins d'intégrer les impératifs économiques au droit des entreprises en difficulté ; la jurisprudence s'est attachée quant à elle à moraliser la vie des affaires, en y mêlant le banquier. Par l'intégration de la théorie de l'abus de droit au sein du droit des procédures collectives²⁷, la jurisprudence a pu développer le principe d'une responsabilité du banquier. C'est ainsi que la responsabilité pour soutien abusif à une entreprise en difficulté est née. Ce qui peut paraître néanmoins contradictoire dans le cadre d'une économie libérale, mais qui se justifiait par le fait que « *le banquier décide librement d'accorder, de refuser ou d'interrompre un crédit, mais il répond des fautes qu'il a commises si sa décision est prise à la légère ou si elle est téméraire ou contraire à un engagement contracté*²⁸ ».

6...En parallèle de la responsabilité pour rupture abusive. La distribution malheureuse de crédit à une entreprise dont la situation est difficile par un banquier lui était déjà fatale : il encourait le risque du non remboursement de sa créance. Le risque de crédit est ainsi la première des sanctions auxquelles s'exposait le banquier qui aurait fourni des concours à une entreprise dont le sort est incertain. La distribution de crédit « *n'était sanctionnée que par le risque de crédit que prend professionnellement le banquier*²⁹ ». En effet, celui-ci savait que s'il n'évaluait pas correctement le risque, ou s'il se trompait, il perdait totalement ou partiellement sa créance. Et confronté à un client en situation désespérée, il savait qu'il ne devait pas rompre de manière fautive ses crédits. Désormais, le banquier doit également s'abstenir de fournir du crédit de manière abusive. La responsabilité sur ce fondement s'est

²⁵ C. Civ. Art. 1382.

²⁶ R. ROUTIER, La responsabilité du banquier, LGDJ 1997, p 5 et s, spéc. p 13.

²⁷ Sur ce point, C. SAINT-ALARY-HOUIN, La moralisation des procédures collectives : regards sur la jurisprudence récente, in Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p 503 et s, p 511 et s.

²⁸ J. STOUFFLET, Rapport français, in responsabilité du banquier : aspects nouveaux, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXXV, Economica 1984, p 143 et s., spéc. p 145, n° 5.

²⁹ L-M. MARTIN, Où en est-on de la responsabilité du banquier ? Banque, n°446, janvier 1985, p 7 et s. spéc. p 8.

d'ailleurs développée de manière fulgurante, si bien que le banquier se trouvait dans un étaiu : d'un côté le risque d'une responsabilité pour soutien abusif, de l'autre la responsabilité pour rupture fautive³⁰.

7. La responsabilité du banquier pour soutien abusif. La responsabilité pour soutien abusif du banquier à l'égard d'une entreprise en difficulté a été envisagée à partir des années dix neuf cent soixante, par la doctrine³¹. Elle est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile et se justifie par le fait que l'octroi de concours participe fortement du « crédit » de l'entreprise ; les tiers à la société interprètent cet octroi comme une marque de confiance du banquier envers elle, et serait donc un gage de prospérité de celle-ci. Or un soutien apporté à une entreprise en situation difficile, ne fait que donner une apparence trompeuse de solvabilité. De plus, l'entreprise, accentuant par ses crédits ses frais financiers, ne peut que voir son passif s'aggraver jusqu'à atteindre la cessation des paiements, et entraîner l'ouverture d'une procédure collective, ce qui porte préjudice à l'ensemble des créanciers. L'action des créanciers, par le syndic, au départ, n'était pourtant pas acquise. Ce n'est qu'en 1976 que celui-ci s'est vu reconnaître, par la jurisprudence, le droit d'agir en responsabilité contre le banquier fautif. Cet arrêt a marqué un tournant dans la reconnaissance de la responsabilité du banquier, puisque, auparavant, nul ne pouvait intenter cette action directement, un « *rempart procédural*³² » permettant au banquier de ne pas être inquiété. L'appréciation de la faute du banquier a par ailleurs, elle aussi, évolué de manière significative, au gré de la jurisprudence. La responsabilité du banquier était susceptible d'être engagée en cas d'octroi de crédit dissimulant la situation du crédité, à savoir son état de cessation des paiements³³, par exemple par des crédits frauduleux, ce qui était admis de façon traditionnelle, ou par l'octroi de crédits licites mais en toute connaissance de la situation désespérée du crédité. La responsabilité du banquier pouvait encore être fondée sur un crédit inopportun ou mal utilisé, de sorte qu'une faute d'imprudence du banquier dans son activité de crédit était susceptible d'engager sa responsabilité. La faute du banquier consiste donc en un manquement au devoir de diligence qui lui incombe : ainsi la jurisprudence le

³⁰ Voir sur ce point, F-D. POITRINAL, Soutien abusif ou rupture brutale du crédit aux entreprises : les banquiers entre Charybde et Scylla, Banque et droit n° 35, mai-juin 1994, p 6 et s.

³¹ Voir notamment J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?, JCP G 1965, I, 1882.

³² M. VASSEUR, La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1976, Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s, spéc. p 368, IV.

³³ Il est impossible de faire face au passif exigible avec l'actif disponible.

présuait-elle fautif dès lors qu'il octroyait un crédit à une entreprise qu'il connaissait, ou dont il était censé connaître l'état avéré de cessation des paiements. Cette théorie du soutien abusif n'a donc pas manqué d'être critiquée.

8. Les nombreuses critiques faites à la responsabilité pour soutien abusif. La responsabilité retenue à l'encontre du banquier est au fil des décisions de plus en plus sévère. Certains auteurs, dès la fin des années soixante-dix, relèvent ainsi que les juges ont tendance à être de plus en plus « *laxistes*³⁴ » sur l'application des principes de la responsabilité civile et à concevoir une sorte de présomption de responsabilité des banques. Le professeur Bouloc écrivait d'ailleurs : « *on éprouve un peu le sentiment que, pour les tribunaux, le banquier tend à être présumé toujours responsable quelles que soient les circonstances et les conditions dans lesquelles le banquier a été amené à consentir un crédit*³⁵ ». Sont ainsi développées des règles de prudence incombant au banquier, tel le devoir de vigilance et de diligence, dont les limites sont sans cesse repoussées, de sorte que le banquier est susceptible de commettre de plus en plus de fautes d'imprudence et de négligence³⁶. Ces inflexions des juges dans l'appréciation de la responsabilité étaient vivement critiquées par une partie de la doctrine, dont Monsieur Di Vittorio qui soulignait que « *seule la stricte application de ces principes permet au banquier, (...) de prendre l'exacte mesure de ses risques et de ses responsabilités sans être paralysé (...) par des tendances doctrinales et jurisprudentielles qui font peser sur lui la menace de responsabilités qui n'ont rien à voir avec le rôle et l'activité, purement commerciaux, qui sont les siens : le négoce et l'argent* ». Les banques, craignant d'être condamnées au titre du soutien abusif devaient faire preuve d'une grande prudence dans l'octroi de leurs crédits, ce qui pouvait les amener à vouloir rompre ceux déjà consentis. Les sociétés elles-mêmes venaient dès lors, introduire des actions pour rupture abusive de crédit. De nombreux auteurs ont vigoureusement dénoncé, tel que le souligne Monsieur Di Vittorio, cette situation à laquelle étaient désormais confrontés les banquiers : il leur était reproché « *tantôt d'avoir prolongé au delà du raisonnable la vie d'une entreprise et tantôt d'avoir interrompu trop vite les avances tolérées* ». Forts de ces critiques, les juges ont progressivement précisé les critères du soutien abusif. Certes, les demandeurs à l'action doivent rapporter la preuve d'un soutien abusif du banquier, leur ayant causé un préjudice lié à l'aggravation de

³⁴ J. DI VITTORIO, L'évolution de la responsabilité du banquier (II), Revue Banque n° 368, Décembre 1977, p 1353 et s., spéc. p 1355.

³⁵ B. BOULOC, Note sous Cass. com. 7 janvier 1976, Gaz. Pal. n°168 du 16 juin 1976, spéc. p 12.

³⁶ J. DI VITTORIO, L'évolution de la responsabilité du banquier (II), Revue Banque n° 368, Décembre 1977, p 1353 et s., spéc. p 1355.

l'insuffisance d'actif. Mais ce soutien n'est réputé abusif qu'à partir du moment où la situation du client est définitivement et irrémédiablement compromise. Les juges ne font plus appel au critère de la cessation des paiements. De plus, la jurisprudence affirme ensuite qu'il faut rapporter la preuve que le banquier connaissait cette situation sans issue, ou qu'il ne pouvait pas l'ignorer, et qu'il savait que son client était dans l'impossibilité de rembourser le crédit. Dès lors, deux fautes sont susceptibles d'engager sa responsabilité : la pratique de crédits ruineux ou le soutien artificiel d'une entreprise en situation irrémédiablement compromise³⁷. Les critères de la responsabilité pour soutien abusif se sont ainsi affinés. La responsabilité du banquier pour soutien abusif n'a donc cessé de s'étendre allant jusqu'à son paroxysme. En effet, de nombreuses actions ont été intentées, des condamnations ont été prononcées³⁸, si bien que les établissements de crédit hésitaient à remplir leur mission première : fournir du crédit (cependant, la reconnaissance de la responsabilité était soumise au respect de certaines conditions qui limitait l'ampleur des condamnations). Le banquier naviguant entre Charybde et Scylla³⁹, entre la rupture fautive de crédit et le soutien abusif, est « paralysé » dans sa fonction de dispensateur de crédit. La responsabilité pour soutien abusif constituerait un « *redoutable frein psychologique*⁴⁰ » à la fourniture de crédit. Ces arguments, développés par la doctrine et les banques elles-mêmes, ont été entendus par le législateur de 2005, qui a pris soin de cantonner la responsabilité du banquier pour soutien abusif, dans le cadre de sa réforme du droit des entreprises en difficulté.

9. Le cantonnement de la responsabilité du banquier pour soutien abusif. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005⁴¹, a intégré au livre VI du Code de commerce un article L 650-1 du Code de commerce, formulé comme suit : « *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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* ». Cet article pose un principe d'irresponsabilité des créanciers

³⁷ Cass. com. 22 mars 2005, n° 02-20678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bull. Joly Sociétés, 1 novembre 2005 n° 11, p 1213, note F-X. LUCAS ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, RTDCom. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS, D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD

³⁸ L'affaire Montlaur est ainsi de nombreuses fois citée dans les rapports pour d'éventuelles réformes : Dans cette affaire, 82 banquiers ont été assignés en justice à payer quelque 4 milliards de francs, pour soutien abusif du groupe Montlaur, mis en procédure collective en 1991. (Le monde 10 avril 1995, p 14, A. LEPARMENTIER ; Option Finance, 18 avril 1995, p 6.)

³⁹ Voir notamment F-D. POITRINAL, Soutien abusif ou rupture brutale de crédit aux entreprises : les banques entre Charybde et Scylla, Banque et Droit n° 35, mai-juin 1994, p 6 et s.

⁴⁰ P. CLÉMENT, Garde des Sceaux, Sénat, séance du 29 juin 2005, JO Sénat n°58 du 30 juin 2005, p 4754.

⁴¹ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

dispensateurs de concours, assorti de trois exceptions et d'une sanction. La genèse de cet article a été longue et s'est faite par étape. D'abord cantonné aux seuls créanciers apporteurs de fonds dans le cadre de la procédure de conciliation (article 8 du projet de loi du 12 mai 2004), le principe d'irresponsabilité s'est déplacé en tête du titre V du livre VI du Code de commerce, intitulé « des responsabilités et des sanctions ». Ce déplacement a étendu le bénéfice de ce principe à tous les créanciers dispensateurs de concours à toutes les étapes des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise. Ce principe bénéficie donc au banquier. Si le domaine d'application du principe d'irresponsabilité ainsi créé, s'est élargi, les exceptions prévues ont elles aussi été modifiées au fur et à mesure de l'élaboration de la réforme. Si l'article L 650-1 du Code de commerce prévoit aujourd'hui trois cas, à savoir la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et le prise de garanties disproportionnées, la rédaction antérieure à son adoption ne prenait en compte que les cas de « fraude et de comportement manifestement abusif ». Le législateur souhaitait apporter plus de clarté en consacrant les hypothèses prétoriennes de soutien abusif, et admit comme seules fautes ces trois situations : « *Le cantonnement du champ rationae materiae à trois cas limitatifs et d'appréciation objective a pour objet de lever l'aléa juridique né des évolutions de la jurisprudence par une consécration législative des principaux fondements de la responsabilité des créanciers retenus par les tribunaux.*⁴² ». L'article L 650-1 du code de commerce suppose donc que la responsabilité du banquier ne puisse plus être recherchée, lors de l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés à l'égard du débiteur, sauf dans ces trois cas précis. Les objectifs poursuivis par le législateur par l'affirmation de ce nouveau régime de responsabilité du banquier sont précis : en éclaircissant les conditions de la mise en jeu de la responsabilité du banquier, le financement bancaire à l'égard des entreprises devrait s'accroître, et ainsi participer au développement des entreprises et peut-être à leur sauvegarde. Afin de comprendre toute l'ampleur de cette mesure, il convient, de préciser dans quel contexte économique s'inscrit le financement par les banques.

§ II. Le contexte économique du financement bancaire des entreprises en difficulté.

La promotion de la fourniture du crédit par le nouvel article L 650-1 du Code de commerce, devrait conduire à un assouplissement des conditions du financement bancaire, tant au niveau du coût que de l'accès. Les conditions du financement bancaire (a), sont donc étroitement liées au contexte économique dans lequel il s'inscrit. L'impact de la crise financière actuelle (b) sur celles-ci devra dès lors être constaté.

⁴² Ph. MARINI, Commission des Finances pour le Sénat, Avis n° 355, du 26 mai 2005.

a) Les conditions du financement bancaire.

10. Le coût du financement bancaire. Le crédit bancaire se distingue des concours consentis par des non-professionnels, par la singularité de son coût. La perception d'intérêts et de frais rémunèrent le banquier dans son activité de fourniture de crédit. Mais le coût du crédit bancaire est aussi fonction de nombreux facteurs économiques : « *Le crédit est un service, qui a un prix et qui tient compte du coût de revient, mais aussi du prix du service directement apporté, de sa valeur ajoutée et des services liés indirectement au risque de crédit*⁴³ ».

11. Les éléments de rémunération du banquier. La rémunération du banquier est composée pour partie de la perception d'intérêts, et de frais liés d'une part au service du crédit lui-même. Il s'agit des frais de dossier, mais aussi des frais liés à la prise des sûretés ; et d'autre part, à d'autres services accessoires de l'opération de crédit⁴⁴. Ces commissions accessoires, perçues par la banque, doivent par ailleurs, être intégrées dans le calcul du TEG, et respecter la réglementation sur l'usure⁴⁵. Si le prêt tel qu'il était prévu au sein du Code civil à l'origine, constituait uniquement un contrat à titre gratuit, la stipulation d'intérêts a été autorisée, lorsqu'elle est expresse : « *il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ». Dès lors, l'établissement de crédit fixe librement avec l'emprunteur un taux d'intérêt.

12. La fixation du taux d'intérêt. « *L'intérêt peut être légal ou conventionnel*⁴⁶ ». Le taux de l'intérêt légal est défini officiellement, et fixé annuellement par décret. Pour l'année 2007, ce taux a été fixé à 2,95%⁴⁷. Ce taux légal est le taux appliqué en cas de silence des parties⁴⁸. Celles-ci ont vocation à négocier et à fixer un taux « conventionnel », en toute liberté, sans toutefois dépasser une certaine limite : l'usure. D'autres éléments, non juridiques mais économiques sont à prendre en considération tels la concurrence ou le prix de l'argent sur les marchés monétaire et financier. Le taux effectif global ou TEG, du prêt à intérêt conventionnel, consenti⁴⁹ entre les parties, doit par ailleurs être indiqué par écrit⁵⁰. Il s'agit

⁴³ Lamy Droit du financement 2008, v° « Coût du crédit », spéc. n° 3008.

⁴⁴ Par exemple les frais générés par l'encaissement d'un effet de commerce dans une opération d'escompte

⁴⁵ Cass. crim. 10 septembre 2003, n° 02-85.188.

⁴⁶ C. Civ. Art. 1907.

⁴⁷ Décret n° 2007-217 du 19 février 2007 fixant le taux de l'intérêt légal pour l'année 2007 .

⁴⁸ Quant au taux qui doit être appliqué et non quant au principe de la stipulation d'intérêt, auquel cas, un silence des parties, réputerait le contrat comme étant à titre gratuit

⁴⁹ Cass. civ. 1ère, 7 mars 2000, arrêt n° 473 D, Banque de Bretagne c./ Roose : Jurisdata n° 000929 ; Cass. 1ère civ., 19 juin 2001, arrêt n° 1215 F-D, Baron c./ Crédit du Nord : Jurisdata n° 010375.

⁵⁰ C. Civ. Art. 1907 al 2.

d'une condition de validité de la stipulation d'intérêt⁵¹, sanctionnée par la nullité relative⁵². Le TEG est composé du montant de tous les intérêts et de tous les frais financiers nécessaires à l'obtention du crédit, même s'ils sont versés à un tiers (garanties, assurances...). Il constitue le taux réellement pratiqué pour une opération de crédit déterminée. Il arrive que des prêts soient toutefois octroyés à des taux bonifiés, c'est-à-dire consentis à des taux préférentiels, inférieurs à ceux du marché, avec l'aide de l'État. La tendance actuelle est à leur suppression, les monopoles de distribution de ce type de crédit ayant déjà été supprimés par un arrêté du 15 février 1990. Leur suppression totale reste cependant délicate⁵³. Mais le principe reste celui du TEG. La fixation du taux d'intérêt requiert la réunion de divers paramètres. Dans un premier temps, chaque établissement bancaire fixe un taux de référence, le taux de base bancaire, qui sert de base pour la fixation de certains crédits à court terme. A ce taux vont s'ajouter diverses majorations tenant à la nature de l'opération réalisée (risque du crédit, durée, caractère mobilisable ou non du crédit...), ou à des facteurs dits « catégoriels » déterminés en fonction de la surface et du standing du client et aux impératifs de la concurrence⁵⁴. Le taux peut, dans un second temps, être réputé fixe, indexé ou variable. Pour les crédits à court terme, le taux est bien souvent réputé variable. En ce qui concerne les crédits à moyen terme ou long terme, octroyés aux entreprises, la préférence est au taux variable, alors que pour ceux octroyés aux particuliers, le taux est fixe (il ne peut subir aucune évolution). Le taux indexé et le taux variable peuvent évoluer en fonction de paramètres, liés à la situation du client ou à certains indices tels que l'indice du coût de la construction, ou à certains taux⁵⁵. Dans la détermination du taux effectif global, un autre paramètre doit être pris en considération : le respect de la limite de l'usure. En effet, le TEG a longtemps été plafonné, mais sont concernés aujourd'hui, par ce plafond, uniquement « *les découverts en compte à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale,*

⁵¹ Cass. civ. 1ère, 24 juin 1981, Bull. Civ. I, n° 233, Rapport de la Cour de Cassation p 49, D 1982, 397, note BOIZARD (1° espèce), JCP 1982, II, 19713, note M. VASSEUR.

⁵² Cass. civ. 1ère, 21 janvier 1992, Bull. Civ. I n° 22, Dans un arrêt du 28 juin 2007, la Cour retient que la sanction de la nullité de la clause relative aux intérêts conventionnels du prêt est également applicable en cas de mention d'un taux effectif global erroné : Cass. 1° civ. 28 juin 2007, n° 06-10.209, Verhaegen c/ CIO : Jurisdata n° 2007-039797.

⁵³ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, LITEC 7° éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 290, n° 518.

⁵⁴ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, LITEC 7° éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 290, n° 519.

⁵⁵ Le taux révisable annuellement (TRA) par référence au taux moyen du marché obligataire (TMO), ou le taux révisable par référence au marché monétaire (TRM) réajusté périodiquement par référence au taux du marché monétaire (TMM)

agricole, ou professionnelle non commerciale ». Tous les autres prêts fournis à une société ou un entrepreneur individuel n'entrent plus dans le champ d'application de la réglementation sur l'usure depuis les lois du 1er Août 2003⁵⁶ et du 2 août 2005⁵⁷.

13. Les éléments nécessaires à la détermination du coût du crédit. Le coût du crédit bancaire est amené à fluctuer en fonction de nombreux facteurs. Il varie en fonction des risques auxquels la banque est susceptible d'être confrontée. Si l'on diminue les risques, le coût devrait donc être moins élevé. C'est un point que l'opposition parlementaire a soulevé lors de l'élaboration de l'article L 650-1 du Code de commerce : *« Ce qui différencie les banques des autres créanciers, c'est qu'elles font payer à leurs clients le risque qu'elles prennent : une première fois lors de la création de l'entreprise, ensuite au cours de son développement, par le biais du taux d'intérêt. Elles peuvent même réassurer leurs propres créances. Il serait donc intéressant que les deux amendements importants, qui visent à la fois à encadrer les taux d'intérêt et ce qui est remis sur la table par les banques⁵⁸, soient examinés sereinement avant d'être adoptés, du moins je l'espère⁵⁹ »*. Monsieur Arnaud Montebourg, député, faisait valoir en outre que si les condamnations dont les banques faisaient l'objet dans le cadre de la responsabilité pour soutien abusif, pouvaient sembler importantes⁶⁰, elles sont à contrebalancer avec les « avantages » dont elles disposent par ailleurs (intérêts, garanties...). Il était donc question, lors de l'élaboration de l'article L 650-1 du Code de commerce, de savoir si en contrepartie du nouveau principe d'irresponsabilité dont elles bénéficient désormais, les banques reverraient à la baisse le coût du crédit, ou du moins leur marge, afin que les entreprises aient davantage accès au crédit. Le risque est donc un élément indispensable dans la détermination du coût du crédit. Est-il le seul ?

14. Les facteurs économiques de fluctuation du coût du crédit. Le coût du crédit bancaire intègre tout d'abord « le loyer de l'argent »⁶¹. La banque, qui par le crédit ne peut placer les sommes prêtées, subit un manque à gagner, qu'elle compense par une rémunération. Selon le règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière⁶², d'autres composantes doivent être prises en compte telles que les coûts opérationnels et de financement, les charges correspondant à une estimation du risque à défaut de contrepartie,

⁵⁶ Loi n° 2003-721 sur l'initiative économique, du 1er Août 2003.

⁵⁷ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

⁵⁸ La responsabilité pour soutien abusif

⁵⁹ Intervention de Mme Marylise LEBRANCHU, Débats Assemblée nationale, 1^o séance du 2 mars 2005.

⁶⁰ 14 millions d'euros

⁶¹ Lamy Droit du financement 2008, v° « Coût du crédit », spéc. n° 3008 et s.

⁶² Règlement du CRBF n° 97-02 du 21 février 1997, Art. 20 (homologué par un arrêté du 11 mars 1997, sur la rentabilité des activités bancaires)

et les coûts de rémunération des fonds propres. L'immobilisation des capitaux entre également en ligne de compte, de même que le coût du refinancement supporté par le banquier. En effet, les sommes qui sont prêtées ne proviennent que rarement des propres capitaux du banquier, celui-ci se finance par le biais de sa clientèle, ou par des emprunts sur le marché.

15. La prise en compte du risque de crédit. Le coût du crédit bancaire dépend également du risque de crédit⁶³, en particulier du risque de non-remboursement de la créance par l'emprunteur. Comment les banques apprécient-elles ce risque ? L'analyse de la dignité de l'emprunteur⁶⁴, nécessaire à l'appréciation du risque de crédit, passe par la collecte de différentes informations qui tiennent à des éléments objectifs et subjectifs, donnant au banquier un important travail d'interprétation et d'appréciation. Les banques utilisent en particulier un système de notation interne⁶⁵, qui a par ailleurs été modifié par l'adoption des normes Bâle II⁶⁶. La notation interne des banques se base sur une échelle composée généralement d'un chiffre qui renseigne sur la qualité de l'entreprise et d'un autre chiffre ou

⁶³ R. BRUYÈRE, « le risque de crédit se définit traditionnellement comme le risque de pertes consécutives au défaut d'un emprunteur sur un engagement de remboursement de dettes qu'il a contractées ». Le risque de crédit se compose donc, en premier lieu, du risque de défaut qui correspond à l'incapacité du débiteur ou à son refus d'exécuter ses obligations financières, puis du risque de dégradation de la qualité du crédit, qui traduit la baisse de confiance qu'un emprunteur inspire, sans toutefois préjuger de la certitude de sa défaillance, et enfin de la potentialité de non recouvrement de la créance qui se traduit par un taux de recouvrement : A. GAUVIN, Droit des dérivés de crédit, Préface de P. MARINI, Revue Banque Éditions, 2003, p 67.

⁶⁴ Voir sur ce point, A. SALGUEIRO, Appréciation du risque de crédit à une entreprise, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc. 180. et Albert SALGUEIRO, Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur, Collection des Thèses, LGDJ 2006.

⁶⁵ La notation n'est ainsi pas le seul fait des agences de notation, les banques utilisent également ce système, qui leur permet de mieux évaluer leur risque de crédit. Exemple : Standard & Poor's ou Moody's Investors service. La Coface, sans être une agence de notation, procède également à la notation des entreprises : Les notes sont établies sur 10 niveaux s'échelonnant de A+ pour les meilleurs risques à D pour les risques les plus élevés, selon les définitions suivantes :

A+, A, A- : Dans un environnement économique sectoriel favorable conjugué à une situation financière généralement robuste des entreprises, l'expérience de paiement est satisfaisante. La probabilité de défaut est en moyenne faible.

B+, B, B- : L'environnement économique plutôt favorable n'est pas à l'abri d'une détérioration à court terme qui pourrait avoir des répercussions négatives sur la situation financière des entreprises. Le comportement de paiement demeure globalement correct et la probabilité de défaut acceptable.

C+, C, C- : Dans un environnement économique sectoriel très incertain conjugué à une importante vulnérabilité de la situation financière des entreprises, le comportement de paiement est médiocre. La probabilité de défaut devient préoccupante.

D : Dans un environnement économique sectoriel très défavorable, la situation financière détériorée des entreprises est à l'origine de comportements de paiement généralement mauvais. La probabilité de défaut est élevée.

Source : COFACE, Communiqué de Presse, Paris, 22 mai 2008, « La crise du crédit inter entreprises a commencé, Coface décline 7 secteurs d'activité »

⁶⁶ Travaux menés par le Comité de Bâle et la Commission Européenne à partir de 1998. Le nouvel accord a été publié en 2004. Deux directives du 14 juin 2006 ont repris le dispositif (Directive n° 2006/49 et 2006/48) qui ont été transposées en droit interne par deux arrêtés du Ministère de l'Economie du 20 février 2007 (Arr. Min. 20 février 2007, NOR ECOT0614580A, et NOR : ECOT0614581A, JO 1er mars)

d'un signe + ou -, qui renseigne sur la probabilité plus ou moins forte de faire défaut⁶⁷. Cette notation doit permettre de déterminer l'allocation de fonds propres. Les accords de Bâle II imposent certains critères pour l'établissement de l'échelle de notation, telles la probabilité de défaut (PD) à un an de l'emprunteur ou l'estimation de la perte en cas de défaut (LGD). Aux fins de cette notation des entreprises emprunteuses, les banques doivent collecter un certain nombre d'informations. Elles peuvent avoir recours à des informations recueillies par des organismes tiers : « *La centrale des risques permet ainsi de connaître l'ensemble des engagements d'un client dans les autres établissements bancaires, la cotation d'entreprises et dirigeants de la Banque de France*⁶⁸, *la liste des impayés sur effets, ou encore les inscriptions de privilèges du Trésor public ou de la Sécurité sociale, indicateurs de difficultés de trésorerie, éventuellement passagères d'une entreprise*⁶⁹ ». Elles peuvent également se servir des informations recueillies notamment par le chargé de clientèle qui est en contact direct avec l'entreprise, et peut ainsi obtenir des informations plus qualitatives et comportementales⁷⁰ : la nature de l'entreprise, la qualité de ses bilans et celle de ses dirigeants, sa surface financière, sa rentabilité, la nature de l'opération financée, sa durée, sa place sur le marché, sa vitesse de développement, le type de clientèle, sa politique d'approvisionnement, sa relation fournisseur et même le comportement du compte de l'entreprise⁷¹, sont autant de facteurs qui influent sur l'appréciation du risque par le banquier et donc sur les conditions financières du concours ; de cette appréciation va découler pour partie le taux du crédit qu'il consent⁷². Un autre facteur attire notre attention, celui de la probabilité de survenance d'un accident écologique, appréciée en fonction de l'activité de l'emprunteur et de son attitude à gérer et appréhender la survenance d'un tel risque⁷³. Certains auteurs estiment que le banquier « *serait bien avisé de subordonner son financement à la production d'une expertise favorable émanant d'un cabinet indépendant de*

⁶⁷ R. RAIBAUD, Entreprises, comment les banques vous notent. Option Finance n° 821 du 14 février 2005, p 16 et s. notamm. p 17.

⁶⁸ Cette cotation est fondée sur des informations de trois ordres : données descriptives de la société, informations comptables et financières, informations relatives aux incidents de paiement-effets. Cette cotation fait partie du fichier FIBEN, dans lequel figurent également les décisions des juridictions commerciales ou civiles qui ont statué en matière commerciale.

⁶⁹ Propos de F. BUXTORF, responsable du projet Bâle II pour les entreprises chez HSBC CCF, recueillis par R. RAIBAUD, in Entreprises, comment les banques vous notent. Option Finance n° 821 du 14 février 2005, p 16 et s. notamm. p 17.

⁷⁰ R. RAIBAUD, Entreprises, comment les banques vous notent. Option Finance n° 821 du 14 février 2005, p 16 et s. notamm. p 17.

⁷¹ nombre de jours de dépassement d'autorisation de découverts, ancienneté...

⁷² N. DAGOGNET, Les impayés, Banque 1991, p 609.

⁷³ J-P. BUYLE, La responsabilité du banquier dispensateur de crédit et le respect de l'environnement, RDBF Novembre Décembre 2006, p 80 et s., notamm. p 85, n° 22.

*consultants spécialistes de l'environnement*⁷⁴ ». Mais il ne lui est pas encore donné l'obligation d'exercer une surveillance en ce domaine, ce qui irait à l'encontre du devoir de non-immixtion du banquier. Le risque est en outre lié bien souvent à la taille de l'entreprise, de sorte que le coût du crédit sera différent d'une petite entreprise à une entreprise cotée sur les marchés financiers⁷⁵. Par exemple, Monsieur Philippe Bissières, directeur adjoint des engagements à la Bred, explique qu'un changement de dirigeant dans une PME, pouvant avoir des « *conséquences beaucoup plus graves que dans un grand groupe, cet élément qualitatif sera plus important dans l'élaboration de la note d'une PME*⁷⁶ ». Par ailleurs, les banques s'attachent-elles au risque de responsabilité qu'elles sont susceptibles d'encourir, dans la fixation du coût du crédit ? Si ce facteur prend une place si importante, l'affirmation d'un principe d'irresponsabilité par le nouvel article L 650-1 du Code de commerce devrait conduire les banques à réduire leurs marges. Toutefois, il semblerait que les taux d'intérêt, donc le coût du crédit, dépendent davantage de la concurrence, et moins de la notation, même si l'écart va s'accroître entre un emprunteur bien noté et un emprunteur moins bien noté, alors que la rémunération du banquier ne dépend pas uniquement du client mais aussi de l'opération financée⁷⁷. Le contexte économique actuel prend dès lors une importance certaine dans les conditions du financement bancaire.

b) L'impact de la crise financière sur les conditions du financement bancaire

16. Le contexte actuel : la crise financière. La crise financière et boursière⁷⁸ qui s'est installée aujourd'hui à l'échelle mondiale⁷⁹, a été déclenchée en 2006, par un krach des prêts hypothécaires à risque aux États-Unis (les « subprimes »). La crise des crédits subprimes américains s'est d'abord transmise par le mécanisme de la titrisation conduisant à une véritable suspicion envers les créances titrisées qui comprennent une part plus ou moins grande de crédits subprime. Elle s'est ensuite transmise par les fonds d'investissement qui ont eux même achetés les créances titrisées, puis par les OPCVM (dont les SICAV monétaires). La défiance s'est ensuite tournée vers le système bancaire susceptible de détenir ces dérivés de crédit. De façon plus indirecte, la crise a provoqué à partir du 18 juillet 2007 une crise de confiance générale dans le système financier, une chute des marchés financiers

⁷⁴ R. ROUTIER, La responsabilité du banquier, LGDJ 1997, p 73, n° 83.

⁷⁵ Lamy Droit du financement 2008, n° 3009.

⁷⁶ R. RAIBAUD, Entreprises, comment les banques vous notent. Option Finance n° 821 du 14 février 2005, p 16 et s. notamm. p 18.

⁷⁷ G. TEBOUL, Les accords « Bâle II » et les entreprises en difficulté, RLDA Juillet-Août 2008, n° 29, in Colloque Les Entretiens de la Sauvegarde, 28 janvier 2008, n° 1762 p 90 et s., spéc. p 93.

⁷⁸ Source : Wikipédia.

⁷⁹ Depuis l'été 2007.

et une crise de liquidité bancaire. De crainte que la crise ne touche la sphère de l'économie réelle, les Banques centrales ont été amenées à injecter des liquidités dans le marché interbancaire⁸⁰ et à assouplir leur politique monétaire⁸¹, afin que les banques puissent refinancer leur activité⁸². Puis la crise a atteint l'économie réelle. Les difficultés qu'ont subi les banques se répercutent sur la fourniture de crédit aux entreprises notamment. Les entreprises pâtissent de la réduction de la demande américaine mais surtout de la difficulté de l'accès au crédit bancaire. Il est ainsi observé que « *les incidents de paiements des entreprises [ont augmenté] de 45% sur les 4 premiers mois de l'année 2008 comparé à la même période de l'année 2007. C'est très clairement l'indice du début d'une crise de crédit*⁸³ ». Certains secteurs sont davantage touchés que d'autres, sur le plan mondial, en particulier les composants électroniques, l'industrie papetière, la grande distribution, l'automobile, le BTP, le transport aérien et le textile (habillement). Le Directeur Général de Coface⁸⁴, Jérôme Cazes, indique par ailleurs que « *La 5ième crise de crédit depuis le premier choc pétrolier est commencée, le comportement de paiement des entreprises s'est nettement détérioré depuis le début de l'année 2008, même si ceci est largement passé inaperçu en France, encore très peu affectée. Notre suivi des risques a été renforcé pour nous permettre de continuer à accompagner nos clients dans leur activité tout en limitant l'impact de la crise sur nos comptes* ». La Coface a ainsi revu à la baisse la notation de ces sept secteurs. Monsieur Nicolas Delzant, directeur des engagements et du recouvrement chez Euler Hermes Sfac, constate qu' « *en France, sans qu'une dégradation spectaculaire soit mesurable à ce jour, certains secteurs suscitent l'inquiétude comme la construction,*

⁸⁰ Le 9 août 2007, la BCE a injecté 94,8 milliards d'euros dans le système financier européen pour accroître les liquidités qui manquaient au marché. Il s'agit de la plus grande mise à disposition de fonds faite en un seul jour par la BCE, dépassant le prêt de 69,3 milliards d'euros fait après l'attentat du 11 septembre 2001. Le même jour, la Fed injecte 24 milliards de dollars US dans le système financier du pays.

⁸¹ la Fed en septembre 2007

⁸² les banques se financent habituellement en empruntant sur le marché monétaire interbancaire à des échéances de trois mois. Or le taux d'intérêt auquel elles empruntent, l'Euribor en Europe Occidentale, est habituellement de 0,15 % à 0,20 % au dessus du taux directeur de la banque centrale (taux considéré sans risque). En août 2007, le taux d'emprunt s'est envolé atteignant 4,95 % en décembre 2007 alors que le taux directeur était de 4 % (2007) et qu'en temps normal, les banques auraient emprunté à 4,20 %. « *L'envolée des taux du marché du refinancement bancaire (Eonia et Euribor), devenus supérieurs aux taux des prêts sans risque à long terme, [constitue] une situation intenable pour les établissements financiers* » : S. De BOISSIEU Le secteur bancaire reste très fragile, Investir n° 1758, 15/09/2007.

⁸³ COFACE, Communiqué de Presse, Paris, 22 mai 2008, « La crise du crédit inter entreprises a commencé, Coface décline 7 secteurs d'activité »

⁸⁴ « *Coface est une filiale de Natixis ; elle a pour mission de faciliter les échanges entre toutes les entreprises partout dans le monde. Coface offre à ses 120 000 clients quatre outils pour externaliser en tout ou partie la gestion, le financement et la protection de leur Poste clients : l'assurance-crédit, l'information et la notation d'entreprise, la gestion de créances et l'affacturage. Coface propose également, en France, la gestion des garanties publiques à l'exportation pour le compte de l'État* » : COFACE, Communiqué de Presse, Paris, 22 mai 2008, « La crise du crédit inter entreprises a commencé, Coface décline 7 secteurs d'activité »

voire des secteurs de consommation comme le meuble ou l'électronique ». Si la crise financière atteint directement les entreprises dans leur exploitation et leur trésorerie, elle atteint également les relations banques-entreprises, tant au niveau des coûts de financement qu'à celui de l'accès au crédit.

17. Les difficultés d'accès au crédit. Une enquête a été menée auprès de dirigeants d'entreprises⁸⁵. Le PDG d'Auto Escape⁸⁶, Monsieur Bruno Couly, précise notamment que « *Jusqu'à fin 2007, les banques étaient encore assez ouvertes pour financer. Aujourd'hui, à l'été 2008, c'est devenu beaucoup plus difficile ; les taux d'intérêt sont plus élevés mais surtout elles sont encore plus attentives à la dimension du risque* ». En effet, les études faites auprès de banques et de chefs d'entreprises ont montré que, en raison de la crise, les banques se montrent bien plus sélectives, dans l'octroi du crédit. « *Plus de la moitié des banques [semblent avoir] durci leurs critères d'attribution des crédits aux entreprises au cours du quatrième trimestre 2007, quelques unes faisant même état d'un resserrement sensible*⁸⁷ ». « *Les banques prennent à l'égard de toutes les entreprises des positions de resserrement et de limitation de leur exposition* », relève Monsieur Guy Schumacher, Président de Saveurs de France Brossard. « *Les banques se montrent plus restrictives, réclamant entre autres l'octroi de plus de garanties, selon des processus plus rigoureux encore et donc plus lent qu'avant*⁸⁸ ». Et ce resserrement du crédit semble atteindre toutes les entreprises quelle que soit leur taille. Mais les conséquences risquent d'être plus graves pour les PME et TPE, qui sont bien plus dépendantes du crédit bancaire, que les grands groupes⁸⁹. Comme le souligne Monsieur Nicolas Delzant, Directeur des engagements et du recouvrement, Euler Hermes Sfac, « *les difficultés d'accès au crédit seront vraies notamment pour les PME françaises mal capitalisées, la situation conduisant inévitablement à un nombre croissant de défaillances d'entreprises*⁹⁰ ». D'autant plus que les banques sont désormais soumises aux règles des accords de Bâle II, pour la reconstitution

⁸⁵ M. KINDERMANS, Banquiers et chefs d'entreprises : une relation complexe. Option Finance n° 989, 15 juillet 2008, p 16 et s.

⁸⁶ Courtier en location de voitures dans le Vaucluse : 20,5 millions d'euros de chiffre d'affaires

⁸⁷ F. GARROUSTE, Les entreprises doivent-elles craindre un crédit crunch ? Option Finance n° 966, 4 février 2008, p 20, notamm. p 21.

⁸⁸ F. GARROUSTE, Les entreprises doivent-elles craindre un crédit crunch ? Option Finance n° 966, 4 février 2008, p 20, notamm. p 21.

⁸⁹ « *Les craintes sont grandes que les entreprises de plus petites tailles ne pâtissent en premier lieu du resserrement du crédit. Certes une augmentation des marges des banques paraît supportable pour elles, compte tenu des niveaux des taux qui restent encore très acceptables. En revanche, un problème d'accès au crédit pour financer les nouveaux projets risque de se poser* ». Propos de Jean-François ROUBAUD, Président de la CGPME, in F. GARROUSTE, Les entreprises doivent-elles craindre un crédit crunch ? Option Finance n° 966, 4 février 2008, p 20, notamm. p 22.

⁹⁰ Propos de N. DELZANT, in F. GARROUSTE, Les entreprises doivent-elles craindre un crédit crunch ? Option Finance n° 966, 4 février 2008, p 20, notamm. p 22.

des fonds propres : « Avec le nouveau dispositif prudentiel, les décisions d'octroi de crédit deviennent plus formelles et les plus petites entreprises vont être touchées(...)»⁹¹ ». Ce resserrement du crédit, est dû à une réévaluation des risques par le banquier ; en raison de la crise financière, Monsieur Richard, président fondateur du groupe d'imprimerie Segro⁹², constate qu' « il y a un écart flagrant entre l'industriel ou le dirigeant d'entreprise qui prend des risques en permanence et l'interprétation que s'en fait le banquier qui opte pour la prudence⁹³ », et estime que « dans le contexte de crise générale d'aujourd'hui, la conversation est plus délicate ». Monsieur Vignot, PDG des Laboratoires Prodene Klint, spécialisés dans la fabrication de cosmétiques et antiseptiques⁹⁴ regrette ainsi que « les banques ne comprennent pas qu'un industriel lorsqu'il prend le risque de doubler sa production, risque de produire temporairement des bilans moins bons ». La crise financière pèse sur les relations banques-entreprises, et les dirigeants s'attendent à ce que « les dispositions de resserrement de crédit et les diminutions de facilités s'accroissent ». Car le banquier fonde notamment sa décision d'octroi de crédit sur la note donnée à l'emprunteur. Si certaines banques ne se réfèrent qu'à la notation interne, en particulier « HSBC CCF, qui ne prêtera pas à une entreprise notée 8, 9 ou 10, notes qui correspondent à une entreprise en difficulté ou déjà en défaut⁹⁵ », d'autres en revanche prennent en compte d'autres facteurs, de sorte qu'elles procèdent à l'analyse de l'opération, de son montant, de sa maturité⁹⁶. Monsieur Philippe Bissières précise que le banquier, au sein de la Bred, se concentre sur « la nature des crédits et les garanties qui sont apportées par l'entreprise ». Les dirigeants constatent notamment que leurs relations avec les banques se sont améliorées sur le plan humain, se retrouvant en face d'interlocuteurs plus réactifs⁹⁷ et plus attentifs aux activités et aux résultats⁹⁸. Les banquiers font ainsi davantage de contrôles et

⁹¹ Propos de Jean-François ROUBAUD, Président de la CGPME, in F. GARROUSTE, Les entreprises doivent-elles craindre un crédit crunch ? Option Finance n° 966, 4 février 2008, p 20, notamm. p 22.

⁹² 85 millions d'euros de chiffre d'affaires

⁹³ Voir M. KINDERMANS, Banquiers et chefs d'entreprises : une relation complexe. Option Finance n° 989, 15 juillet 2008, p 16 et s.

⁹⁴ 36 millions d'euros de chiffre d'affaires.

⁹⁵ R. RAIBAUD, Entreprises, comment les banques vous notent. Option Finance n° 821 du 14 février 2005, p 16 et s. notamm. p 18.

⁹⁶ R. RAIBAUD, Entreprises, comment les banques vous notent. Option Finance n° 821 du 14 février 2005, p 16 et s. notamm. p 18.

⁹⁷ Maurice TIMON, PDG fondateur de Minima, fabricant de lunettes à monture en fil de titane, 10 millions d'euros de chiffre d'affaires, in M. KINDERMANS, Banquiers et chefs d'entreprises : une relation complexe. Option Finance n° 989, 15 juillet 2008, p 16 et s, notamm. p 18.

⁹⁸ Pierre RICHARD, président fondateur du groupe d'imprimerie Segro, 85 millions d'euros de chiffre d'affaires, in M. KINDERMANS, Banquiers et chefs d'entreprises : une relation complexe. Option Finance n° 989, 15 juillet 2008, p 16 et s, notamm. p 18.

mettent en garde les dirigeants. Ceux-ci constatent néanmoins qu' « *il faut de plus en plus multiplier les banques partenaires car elles ont tendance à limiter leur participation à l'investissement*⁹⁹ ».

18. Les effets de la crise. La crise financière a donc des répercussions sur l'appréciation du risque par les banques, et par là même sur les chefs d'entreprises qui pâtissent de la perte de confiance des banquiers. Les banques refusent de plus en plus d'accorder des financements, et lorsque le crédit est consenti, son coût est de plus en plus élevé. Le taux d'intérêt auquel les banques empruntent ayant nettement augmenté, celles-ci répercutent cette hausse sur les entreprises clientes par une augmentation de leurs marges. Les marges ont ainsi été en moyenne, multipliées par deux ou trois, toutes tailles d'entreprises confondues, sur les nouveaux crédits¹⁰⁰. Cette hausse a, en premier lieu, été ressentie par les grandes entreprises, avant qu'elle ne touche les entreprises de taille plus moyenne et les PME¹⁰¹, de sorte qu'aujourd'hui, toutes les entreprises sont touchées par cette hausse du coût du crédit. L'accès au crédit fait donc l'objet d'un durcissement. Si Monsieur Jean-Paul Betbèze, chef économiste chez Crédit Agricole, en début d'année 2008, observait qu' « *en Europe les difficultés plus grandes des banques pour se refinancer ne devraient pas entraîner de restriction trop forte du crédit aux entreprises. Les établissements financiers se livrent en effet une concurrence farouche et devraient tout au plus se montrer un peu plus sélectifs*¹⁰² », il est aujourd'hui constaté que les banques opèrent un véritable resserrement du crédit : les banques s'attachent davantage au suivi des risques, n'accordant leur confiance que sous respect de nombreuses conditions, ce dont les entreprises pâtissent. Toutefois, les accords de Bâle II, selon les études économiques, devraient, en dehors de toute conjoncture de crise, améliorer le financement des entreprises. Il est constaté que les banques, maintiennent leurs engagements à des entreprises qui rencontrent des difficultés (entreprises cotées 5 c'est-à-dire entreprises qui restent solvables mais qui sont les plus risquées)¹⁰³. Il est également observé que devant une difficulté d'une entreprise, il est rare que les banques imposent une tarification plus exigeante. Dès lors, la hausse actuelle du coût du crédit ne

⁹⁹ Pierre RICHARD, président fondateur du groupe d'imprimerie Sego, 85 millions d'euros de chiffre d'affaires, in M. KINDERMANS, Banquiers et chefs d'entreprises : une relation complexe. Option Finance n° 989, 15 juillet 2008, p 16 et s, notamm. p 35.

¹⁰⁰ S. GAOUAOU, La hausse du coût du crédit se confirme, Option Finance n° 989, du 15 juillet 2008, p 10.

¹⁰¹ S. GAOUAOU, La hausse du coût du crédit se confirme, Option Finance n° 989, du 15 juillet 2008, p 10-11.

¹⁰² Propos recueillis par F. GARROUSTE, in Les entreprises doivent-elles craindre un crédit crunch ? Option Finance n° 966 du 4 février 2008, p 20, notamm. p 21.

¹⁰³ G. TEBOUL, Les accords « Bâle II » et les entreprises en difficulté, RLDA Juillet-Août 2008, n° 29, in Colloque Les Entretiens de la Sauvegarde, 28 janvier 2008, n° 1762 p 90 et s., spéc. p 93.

semble être due qu'à la crise financière qui touche l'économie française. Mais il est également observé que les établissements de crédit orienteront leurs négociations, davantage sur le gel des concours et des conditions d'octroi, ainsi que sur la recherche de garanties supplémentaires¹⁰⁴.

19. Problématique. Le risque est donc l'élément déterminant pour le banquier dans la décision d'octroi de crédit, tant au niveau de son coût que des conditions d'accès. Or le risque de crédit ne doit pas justifier le refus d'un banquier de fournir du crédit, par simple précaution, ou prudence. Le droit se doit d'intégrer la prise de risque dans la fourniture de crédit. C'est ce qu'a fait le législateur dans le nouvel article L 650-1 du Code de commerce, en négligeant certains préjudices causés aux tiers, pour des raisons d'intérêt économique général. Et comme le souligne Monsieur Perruchot-Triboulet, ce droit de prendre des risques doit s'accompagner du droit de ne pas être inquiété¹⁰⁵, qui se traduit, dans le droit du crédit, d'une part par la dépénalisation de l'usure, et d'autre part, mais surtout, par le nouveau principe d'irresponsabilité du créancier dispensateur de concours. Ce principe d'irresponsabilité, nouvellement intégré dans le droit positif, ne fit pourtant pas l'unanimité au sein des rangs du Parlement : de vives critiques ont été soulevées, allant jusqu'à invoquer l'inconstitutionnalité du texte. Le Conseil constitutionnel a donc été saisi, et déclara la conformité du nouvel article L 650-1 à la Constitution¹⁰⁶. Le texte était donc adopté, et est entré en vigueur le 1er janvier 2006. Comme le souligne Monsieur Dorléac, l'objectif du dispositif de l'article L 650-1 du Code de commerce, est de « *sécuriser les créanciers qui prennent le risque de soutenir l'entreprise en difficulté. Il peut s'agir : soit de moratorier dans le cadre du mandat ad-hoc et de la conciliation des concours bancaires échus ou dénoncés, soit d'accorder le maintien des concours bancaires existants, soit d'accorder de nouveaux concours bancaires en évitant toute fourniture de concours ruineux en période suspecte toujours répréhensible au plan pénal, par la complicité de banqueroute* »¹⁰⁷. Cette nouvelle mesure peut ainsi être révélatrice d'une véritable « révolution » au sein de notre droit. En effet, elle rompt définitivement avec le droit antérieur, dérogeant ainsi au « *sacro-saint principe républicain de responsabilité de chacun devant ses actes, qui*

¹⁰⁴ G. TEBOUL, Les accords « Bâle II » et les entreprises en difficulté, RLDA Juillet-Août 2008, n° 29, in Colloque Les Entretiens de la Sauvegarde, 28 janvier 2008, n° 1762 p 90 et s., spéc. p 94.

¹⁰⁵ V. PERRUCHOT-TRIBOULET, Le financement des entreprises dans un nouveau Code des activités économiques, LPA 7 septembre 2007, n° 180, p 3 et s, notamm. p 7.

¹⁰⁶ Conseil constitutionnel N° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, publiée au JO du 27 juillet 2005, p 12225.

¹⁰⁷ T. DORLÉAC, Le banquier et la nouvelle loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, LPA, 22 septembre 2006, n° 190, p 7 et s., spéc. p 7.

*constitue un des piliers du système juridique français*¹⁰⁸ ». Cet allègement de la responsabilité, par l'affirmation d'un principe d'irresponsabilité, signifie que le banquier n'encourt plus aucune responsabilité en cas d'abus dans l'octroi de concours à une entreprise en difficulté, peu important le type de concours accordé ou le type de procédure ouverte. Le législateur conscient de cet incroyable « cadeau », a conservé la recevabilité de l'action en responsabilité en trois hypothèses, qu'il pose comme des exceptions au principe d'irresponsabilité. L'affirmation de ces exceptions peut néanmoins soulever de nombreux doutes et interrogations quant à leur portée. Les imperfections du texte ne peuvent échapper à l'œil du juriste. En effet, les trop nombreuses imprécisions dont elles sont porteuses peuvent conduire à des divergences d'interprétation. Toutefois, il semble a priori que si le législateur souhaite, d'une part, alléger la responsabilité, il ne peut l'accentuer, d'autre part, en élevant ces trois comportements au rang de fautes génératrices de responsabilité, entraînant, en outre, l'application de la nullité des garanties constituées en contrepartie des concours. Le droit commun de la responsabilité civile a donc vocation à s'appliquer, consacrant ainsi l'application de la théorie prétorienne du soutien abusif. Ne sachant pas, de prime abord, comment apprécier les trois exceptions, les juges pourraient être enclins à poursuivre l'application de la responsabilité pour soutien abusif, en l'adaptant aux souhaits d'aujourd'hui. Sans être une révolution cette réforme pourrait simplement emporter une évolution de la prise en compte de la responsabilité des banques dans les faillites des entreprises.

20. Plan de l'étude. Il appartient dès lors à la doctrine et aux juges de déceler les failles de cette nouvelle réglementation de la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, afin de mieux les combler. Dans ce domaine épineux de la fourniture de crédit, *« il faut, comme Descartes*¹⁰⁹*, ne pas s'en tenir aux préjugés et poser des principes fermes, constants et cohérents, sur un sujet dont l'enjeu est la sauvegarde de nos entreprises*¹¹⁰ ». Or, si l'article L 650-1 du Code de commerce affirme un principe d'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de concours afin que le financement bancaire s'affirme au sein de la dure tâche du sauvetage des entreprises, son champ d'application n'en est que plus réduit par les imprécisions du texte, pouvant conduire à des effets inverses à ceux souhaités. Le principe d'irresponsabilité a ses limites qui conduisent à la survivance de la responsabilité

¹⁰⁸ A-F. ZATTARA-GROS, La loi de sauvegarde article par article, article L 650-1 du Code de commerce, LPA, 9 février 2006, n°29. La réforme des procédures collectives, La loi de sauvegarde article par article, sous la direction de F-X. LUCAS et H. LÉCUYER, LGDJ, 2006, p 412-419.

¹⁰⁹ R. DESCARTES, Méditations métaphysiques, (première méditation) : Hatier, 1999, p. 21

¹¹⁰ G. BRÉMOND, et E. SCHOLASTIQUE, Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires, JCP E n° 10, 9 Mars 2006, 1405.

bancaire dans bien des domaines. Une première partie présentera par conséquent l'allègement de la responsabilité bancaire à raison des concours à une entreprise en difficulté, alors qu'une seconde partie permettra de démontrer le caractère relatif du principe d'irresponsabilité consacré, et donc le maintien de la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté. Le pendant de cet incroyable allègement de la responsabilité bancaire à raison des concours aux entreprises en difficulté (I), est par conséquent l'incontournable maintien de celle-ci (II).

Première Partie : L'allègement de la responsabilité bancaire à raison des concours aux entreprises en difficulté.

Seconde Partie : Le maintien de la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté.

**PARTIE I. L'ALLÈGEMENT DE LA
RESPONSABILITÉ BANCAIRE À
RAISON DES CONCOURS AUX
ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

21. Une mesure en faveur du crédit. L'article L 650-1 du Code de commerce est « l'invité surprise » de la réforme. En effet, les travaux préparatoires de la loi de sauvegarde ne laissaient en aucune manière figurer l'apparition d'une telle mesure. Les avant-projets de loi n'envisageaient pas ce type de disposition en faveur des créanciers dispensateurs de concours. Celle-ci n'est apparue que lors du projet de loi de 2004. Mais si elle n'a vu le jour que tardivement dans l'élaboration de la réforme du droit des entreprises en difficulté, elle n'en est pas moins une disposition essentielle, qui est susceptible d'emporter de nombreuses conséquences dans divers domaines. En effet, comme l'annonce le Professeur Legeais, ce texte « *va devenir un texte phare pour le droit du crédit, le droit de la responsabilité bancaire et le droit des sûretés*¹¹¹ ». L'article L 650-1 du Code de commerce, ainsi nouvellement intégré dans le droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, régit de façon inédite, la responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit. Le législateur pose un principe d'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit du fait de l'octroi de concours financiers. Il se donnait pour objectif de promouvoir la fourniture de crédit aux entreprises, au moyen d'une plus grande sécurité juridique. Les banquiers, craignant une condamnation pour soutien abusif, n'osaient plus, semble-t-il, accorder des crédits. Il convenait donc, selon le gouvernement, de mettre un terme à cette crainte, par le cantonnement de la responsabilité. Car le « *crédit est le sang sinon le nerf de l'économie*¹¹² ». Le financement des entreprises par le crédit bancaire est indispensable à la survie de celles-ci : « *le crédit c'est l'oxygène de l'entreprise, et son épuisement entraîne inéluctablement la mort de celle-ci*¹¹³ ». La sauvegarde des entreprises par l'incitation au financement est le but recherché. Ce mouvement s'inscrit en outre dans la lignée des législations anglo-saxonnes, empreintes de libéralisme économique. Toutefois, dans le respect du droit constitutionnel français, la responsabilité du banquier n'aurait pu être supprimée totalement. Le principe de non responsabilité devait nécessairement être assorti de limites. La fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et la prise de garanties disproportionnées aux concours, sont les trois exceptions ; trois hypothèses qui, si elles sont censées encadrer strictement la responsabilité du banquier, sont si imprécises que la sécurité juridique tant recherchée ne sera qu'illusion et les conséquences sur la fourniture

¹¹¹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n°42, 20 octobre 2005, étude 1510, p 1747.

¹¹² F. DERRIDA, Rapport général, in Responsabilité du banquier : aspects nouveaux, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXXV, Economica 1984, p 20, n° 3.

¹¹³ V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D 2005, n° 20, chron. p 1358 et s., spéc. p 1360.

de crédit incertaines. Toute l'ambiguïté de la responsabilité du banquier dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce se révélera dès lors au travers de l'affirmation du principe d'irresponsabilité (titre 1), et de ses trois exceptions (titre 2).

TITRE I. L'AFFIRMATION GÉNÉRALE D'UN PRINCIPE D' IRRESPONSABILITÉ DU BANQUIER

22. L'effervescence liée au principe d'irresponsabilité. L'affirmation d'un principe « d'irresponsabilité » ou « de non responsabilité »¹¹⁴ peut être perçue comme amorçant une « révolution ». Son arrivée au sein du droit des entreprises en difficulté, a fait l'objet de houleuses discussions et la question de son bien fondé a été soulevée. De nombreux députés ont en effet invoqué l'inconstitutionnalité de la disposition, la qualifiant de formidable « cadeau » fait aux banquiers. La légitimité du texte était ainsi remise en cause. Son intégration dans notre droit était-elle justifiée, de sorte que la responsabilité pour soutien abusif devienne obsolète ? Voici le problème principal posé par cette nouvelle disposition. Elle a amené avec elle l'effervescence et le bouleversement des esprits. Les incertitudes apparaissent tant quant aux personnes pouvant se prévaloir de cette nouvelle immunité, ou de celles se trouvant désormais privées de l'exercice de l'action en responsabilité, que quant à la matière concernée. Il était donc indispensable, afin de mettre un terme aux incertitudes que le texte soulève par son imprécision, que les autorités se prononcent. Si la légitimité du texte quant à ses fondements juridiques (Chapitre premier) semble acquise et claire, son champ d'application (Chapitre second) reste néanmoins assez sombre.

¹¹⁴ L'emploi de l'une ou l'autre des expressions dépend de la connotation voulue.

CHAPITRE 1. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ

23. Les prémices de la réforme. La question de la légitimité de l'article L 650-1 du Code de commerce a été soulevée en raison de l'incroyable principe d'irresponsabilité qu'il édicte. Par cette disposition, les banquiers, mais aussi tous les autres créanciers dispensateurs de concours, bénéficient d'une immunité, mais qui reste encadrée par l'affirmation de trois exceptions. Plus de vingt ans avant la loi de sauvegarde des entreprises, la doctrine souhaitait déjà faire bénéficier aux banquiers, d'un allègement de leur responsabilité. Les auteurs invoquaient d'une part, la pression exercée par les pouvoirs publics, dans leurs interventions, aux fins d'apporter l'aide souhaitée aux entreprises dont le sort semblait déjà malheureusement réglé¹¹⁵. Mais cette responsabilité du banquier serait administrative, celui-ci subissant le fait du Prince, si toutefois les autorités disposaient de tels pouvoirs. D'autre part, la contrainte judiciaire devait permettre au banquier de se dégager d'une éventuelle responsabilité, de sorte que si le conciliateur, dans le cadre du règlement amiable, l'incitait à consentir de nouveaux crédits, il ne serait en aucun cas responsable des préjudices subis du fait de l'octroi de ces concours¹¹⁶. La doctrine sur ce point a été rapidement rejointe par la jurisprudence admettant diverses causes d'exonération de la responsabilité civile du banquier ; tant des causes objectives, telles l'attitude des dirigeants ou l'intervention des pouvoirs publics¹¹⁷, que des causes liées à l'application du droit des entreprises en difficulté, tel l'octroi de concours dans le cadre d'un règlement amiable¹¹⁸. Dès lors, ce nouveau principe d'irresponsabilité voulu par le gouvernement, ne paraît plus aussi soudain, la

¹¹⁵ F. DERRIDA, Rapport général, in *La responsabilité du banquier : aspects nouveaux*, Association Henri Capitant, tome XXXV, *Economica* 1984, p 32, n° 27.

¹¹⁶ F. DERRIDA, Rapport général, in *La responsabilité du banquier : aspects nouveaux*, Association Henri Capitant, tome XXXV, *Economica* 1984, p 32, n° 27.

¹¹⁷ « *l'approbation par des autorités publiques d'une activité et des conditions dans lesquelles elle est exercée contribue fortement à légitimer des concours bancaires* » : J. STOUFFLET, *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit*, Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz Paris, 1999, p 517 et s. spéc. p 522, n° 9 et s. à propos Cass. civ. 1^o, 25 mars 1997, JCP 1997 IV, 1070. Voir aussi T.Com. Paris, 4^o ch., 10 octobre 1996, Didier ès qual c/ banque OBC et autres, inédit : engagement d'une commune dans le processus de sauvetage d'une entreprise, ultérieurement déclarée en redressement judiciaire.

¹¹⁸ Voir sur ce point, G-A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, p 443 et s, n° 597 et s.

jurisprudence ayant déjà amorcé le mouvement ! Toutefois, il convient de s'attacher aux origines de ce nouvel article L 650-1 du Code de commerce (section 1) avant d'en étudier la légalité (section 2).

Section 1. Les origines de l'article L 650-1 du Code de commerce

24. Promouvoir la sauvegarde des entreprises. Aux prémices de la réflexion sur la réforme du droit des procédures collectives, le législateur et les professionnels visaient comme objectif premier, la sauvegarde, autant que possible, des entreprises en difficulté, par des mesures d'anticipation et de prévention, afin de limiter au mieux les conséquences des défaillances d'entreprises sur l'environnement économique. L'idée de négociation est au cœur de la réforme. Dès lors, une première justification de l'article L 650-1 du Code de commerce apparaît : l'une des conditions de la sauvegarde ou du redressement d'une entreprise est le maintien (dans le cadre du principe de la continuation des contrats en cours) ou l'octroi de crédit. Or la fourniture de crédit est étroitement liée aux risques que les banquiers sont prêts à prendre ; la menace d'une condamnation pour soutien abusif en était un bien trop grand. C'est là l'argument phare de la Chancellerie lors de la présentation du projet de réforme. *« La « frilosité » et la prudence excessive souvent dénoncées des banques, en quête de la plus grande sécurité juridique possible, seraient ainsi liées aux conséquences disproportionnées de l'aléa du soutien abusif. Les banques seraient perçues comme une « poche profonde » idéale pour les requérants et les tribunaux, et courraient le risque d'être poursuivies en tant que créanciers solvables, sans pour autant être les vrais ou les seuls responsables de la situation du débiteur. Il en résulterait un climat psychologique néfaste, se traduisant par l'autocensure des dispensateurs de crédit, au détriment de sociétés présentant un certain profil de risque mais dont la poursuite d'activité serait possible.¹¹⁹ »*. Ces divers objectifs n'ont pas été fixés dès le départ. En effet, les divers avant-projets et projets restent discrets sur l'éventualité d'une telle mesure pourtant requise par les professionnels (§1). La mesure ne prendra réellement toute son ampleur que lors de l'examen de la réforme par le Parlement (§2).

¹¹⁹ PH. MARINI, Commission des finances pour le Sénat, Avis n° 355 du 26 mai 2005

§ 1. Les avant-projets et le projet de réforme des procédures collectives

25. La préparation de la réforme. La naissance de l'article L 650-1 du Code de commerce et de son principe d'irresponsabilité a suscité un travail de longue haleine, afin d'obtenir la disposition telle qu'elle existe aujourd'hui. Si dans un premier temps, cette mesure n'était aucunement envisagée dans les avant-projets (A), elle est néanmoins apparue timidement dans le projet déposé par la Chancellerie le 12 mai 2004, au sein de l'unique procédure de conciliation (B), s'inspirant ainsi de la solution appliquée antérieurement par la jurisprudence¹²⁰.

A. Absence du principe dans l'avant-projet de loi d'octobre 2003

26. Un travail collectif. La réforme du droit des procédures collectives est le résultat de longs et nombreux travaux préparatoires, auxquels ont participé de nombreux professionnels. Le gouvernement a souhaité dans un premier temps, identifier les difficultés soulevées par le droit en vigueur. Cette tâche a été attribuée aux procureurs généraux et aux différents acteurs économiques et syndicaux, par la réalisation d'un diagnostic. Tous se mettaient d'accord sur la nécessité d'une réforme.

27. Les premières mesures du Gouvernement. Dans un premier temps, la Chancellerie a réfléchi sur les moyens d'engager une réforme du droit des procédures collectives, et sur les objectifs devant être atteints : remédier à un état de fait désastreux (58000 défaillances enregistrées en 1997, concernant quelque 325 000 salariés et aboutissant dans 90 % des cas, à des liquidations¹²¹). Le gouvernement est donc intervenu de manière ponctuelle par voie de décrets¹²². Et, en 1998, la Chancellerie diffusa un document d'orientation préparatoire à la réforme des lois n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et n° 85-98 du 25 janvier 1985 relatives au traitement des difficultés des entreprises, rédigé par Monsieur Deharveng. Ce document

¹²⁰ Cf supra.

¹²¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Les intentions de réforme des lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, LPA 6 septembre 2000, n°178, p 6 et s.

¹²² Décret n° 98-1232 du 29 décembre 1998, JO 30 décembre 1998, p 19906, pour modifier le décret n°85-1388 du 27 décembre 1985, afin de rétablir la liste des créanciers de l'article 40 et d'imposer aux mandataires de dresser un rapport de liquidation et le décret n°85-1389 du 27 décembre 1985, afin de renforcer les contrôles exercés sur les professionnels.
Décret n° 99-656 du 30 juillet 1999, complétant le premier décret du 27 décembre 1985, afin de définir les effets de l'interdiction d'émettre des chèques frappant le débiteur, et les effets de la suspension de cette mesure d'interdiction.

s'inscrivait dans un programme de réforme générale de la justice commerciale, exposé dans une communication au Conseil des ministres le 14 octobre 1998, par Madame Elisabeth Guigou, Ministre de la Justice. Était envisagée une modification de l'organisation des tribunaux de commerce et des professions liées au fonctionnement de la justice commerciale. Le document d'orientation préparatoire, quant à lui, était un texte assez élaboré, contrairement au sens donné par sa dénomination, qui tenait, d'une part, à rendre les textes « plus lisibles¹²³ », et d'autre part, à « clarifier le choix des mesures de traitement des difficultés des entreprises en définissant mieux leur finalité et leur domaine respectif », et à « améliorer le déroulement des procédures dans un souci de transparence et d'efficacité économique¹²⁴ ». Le texte a ensuite été largement diffusé auprès des juridictions commerciales, de professionnels et universitaires. De nombreux groupes de travail dans tous les secteurs se sont saisis du projet. Les réactions ont été somme toute, assez vives et ont permis d'amender le texte ; en particulier, la Chambre du Commerce et de l'Industrie de Paris, qui n'a cessé de participer à son élaboration¹²⁵. En effet, à la suite de la diffusion par la Chancellerie du document d'orientation préparatoire, la CCIP lui fit part de ses premières observations¹²⁶, qui dans l'ensemble, démontraient sa faveur pour le projet. Un second avant-projet lui ayant été présenté, elle édita un nouveau rapport le 29 mars 2001¹²⁷. Les tribunaux se sont également penchés sur le sujet ; on peut citer par exemple le rapport de Madame Rey, Présidente du Congrès national des Tribunaux de commerce, présenté le 23 novembre 2001. Cependant, ce programme ambitieux de réforme, abandonné en 2002, après une forte opposition des juges consulaires, qui « ne voulaient pas voir siéger à leurs côtés des magistrats professionnels »¹²⁸, fit échouer par là même le projet, longuement préparé, de réforme des textes sur le traitement des entreprises en difficulté¹²⁹. A ce stade de la réflexion, aucune mesure de protection des créanciers dispensateurs de crédit n'était envisagée.

¹²³ Document d'orientation préparatoire p 2.

¹²⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Du document d'orientation préparatoire à la réflexion sur un avant-projet de loi, Bulletin d'actualité Lamy Droit Commercial 1999, n° 111, p 1 et s., spéc. p 2-3 n°3.

¹²⁵ Nombreux rapports sous l'impulsion de la CCIP : Rapport du 24 avril 1997, « Procédures collectives : améliorer les cessions d'actifs » ; du 15 mai 1997, « La réforme des tribunaux de commerce : éléments de réflexion » ; du 27 novembre 1997, « Les professions d'administrateur judiciaire et de mandataire liquidateur : propositions de réforme » ; et du 4 mai 2000, « Réforme des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire à la liquidation judiciaire des entreprises ».

¹²⁶ CCIP, Réforme du droit des procédures collectives, réaction au document d'orientation de la chancellerie, Rapport présenté par M. Courtière au nom de la commission juridique, et adopté au Bureau du 4 février 1999 selon la procédure d'urgence.

¹²⁷ CCIP, Rapport présenté par M Courtière au nom de la Commission juridique et adopté le 29 mars 2001.

¹²⁸ J-L. VALLENS, Réforme des procédures collectives : premier commentaire de l'avant projet de loi, Bulletin d'actualité Lamy Droit commercial 2003, n° 160, p 1 et s. spéc. p 2.

¹²⁹ L'avant projet n'a même pas été examiné par les assemblées.

28. La consultation des professionnels. La Chancellerie, tenant à ce projet de réforme, prit l'initiative de relancer le chantier en 2003¹³⁰ en lançant une consultation officielle sur le sujet. Aussi la CCIP a-t-elle produit un rapport tendant à relancer la réforme, le 24 avril 2003¹³¹, proposant des axes de réflexion. Entre temps, l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, saisi par la Commission des lois du Sénat d'une demande tendant à dresser un bilan de la mise en œuvre de l'ensemble de la législation relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, a décidé de confier la réalisation de cette étude à un groupe de travail composé d'un magistrat de la Cour de cassation, d'un juge consulaire et d'un professeur d'université. Le sénateur Hyest présenta donc un rapport sur la législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises¹³². La Cour de cassation¹³³ suggéra également des axes de réforme dans son rapport annuel ; tout comme le MEDEF¹³⁴, ou l'Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives. Par ailleurs, au niveau communautaire, le Règlement n°1346/2000/CE du Conseil en date du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité entré en vigueur le 31 mai 2002, imposait la prise de mesures adéquates afin d'une mise en conformité avec les législations étrangères. Ainsi, de ces observations et orientations préconisées par les nombreux professionnels et universitaires consultés, un avant projet de loi a pu être élaboré et présenté le 13 octobre 2003. Ce nouveau projet, s'inspirant largement du précédent, a été diffusé auprès de praticiens et d'universitaires, afin d'en recueillir les observations. On peut noter les observations des professionnels libéraux : le rapport de la Confédération Nationale des Avocats, du 30 octobre 2003¹³⁵ ou les observations d'experts-comptables¹³⁶. La CCIP présenta de nouveau un rapport le 13 novembre 2003¹³⁷. Et au vu des observations recueillies, l'avant projet de loi a été remanié et transmis au Conseil d'État pour avis au mois

¹³⁰ Les Echos 30 octobre 2002.

¹³¹ CCIP, Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, Axes de réflexion préconisés par la CCIP, Rapport présenté par M Courtière, au nom de la Commission juridique, et adopté à l'assemblée générale du 24 avril 2003.

¹³² Rapport n° 3451, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 décembre 2001, de M. J-J. HYEST, sénateur. (rapport Sénat n°120)

¹³³ Rapport de la Cour de cassation 2000, Documentation française 2003, RLDA septembre 2003, n°63, n° 3933, p 19 et s, obs. Par S. GUILLUY-FRIANT, S. ROUAULT, D. CHEMIN, R. DAVID.

¹³⁴ MEDEF, Encourager l'initiative économique grâce à une politique raisonnée de la sanction en cas d'échec : La réforme des sanctions, mars 2003.

¹³⁵ CNA, Analyse critique de l'avant projet de loi de sauvegarde des entreprises, Les dossiers de la CNA, 30 octobre 2003, n° 22. La CNA avait aussi proposé le 9 avril 2002, un projet de loi organisant la prévention et le traitement des difficultés des avocats.

¹³⁶ A. BRICARD et E. LACROIX-PHILIPS, les nouveautés du projet de Loi Perben de janvier 2004 : Points de vue d'experts-comptables, Journal des Sociétés 2004.

¹³⁷ CCIP, Réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, Observations de la CCIP sur l'avant-projet de loi de « sauvegarde des entreprises » Rapport présenté par M. COURTIÈRE au nom de la Commission Juridique et adopté au Bureau du 13 novembre 2003

de janvier 2004¹³⁸. Ainsi, fin 2003, un avant projet de loi de sauvegarde des entreprises est fixé et prévoit de nombreuses dispositions tendant à l'amélioration des procédures. Néanmoins, ce texte ne présente pas de dispositions tendant à la modification du régime du soutien abusif bien souvent reproché aux créanciers ayant consenti des concours financiers à la société débitrice, bien que certains groupes de travail, lors de l'élaboration aient évoqué le problème. Notamment la Fédération professionnelle Banque Finances Assurance¹³⁹, qui rédigea un rapport sur la réforme du droit des entreprises en difficulté, et le remit au Ministre de l'Economie et des Finances, Monsieur Francis Mer, en octobre 2003. Dans ce document, les rédacteurs ont proposé diverses mesures à caractère financier, afin de réduire le nombre de liquidations. Ils estimaient par ailleurs que le succès de la réforme devait passer notamment par la « *révision du régime du soutien abusif dans un sens réaliste* ». En outre, un rapport d'information¹⁴⁰, déposé à la présidence de l'Assemblée Nationale le 11 février 2005, en conclusion des travaux d'une mission d'information¹⁴¹ constituée le 16 octobre 2002, chargé de réfléchir sur la réforme du droit des sociétés et le traitement des entreprises en difficulté, montre aux travers de nombreuses auditions, notamment l'audition de Mesdames Obolensky, directrice générale de la Fédération bancaire française, et Bac¹⁴², directrice juridique, que la création d'un dialogue entre le débiteur et ses banquiers, est indispensable, afin de restaurer la confiance dans leurs rapports. Elles ont dénoncé en outre le régime du soutien abusif, comme étant un frein à la fourniture du crédit : « *ce qui nuit au financement des PME et à la pérennité des entreprises, c'est bien cela ! (le soutien abusif)* ». Madame Obolensky, relève que le projet de loi est « *élaboré pour sécuriser la banque quand elle veut bien entrer dans le dialogue* ». Le banquier prêteur n'est pas, par ailleurs, un investisseur en capital-risque : « *prendre des risques en capital n'est pas le métier du banquier* ». Le Président du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, également président de la compagnie des commissaires aux comptes de Paris, dressait le même constat : « *l'habitude des banques n'est malheureusement pas de prêter. Je ne leur jette*

¹³⁸ P-M. Le CORRE, Les modifications résultant de l'examen par le Conseil d'État du projet de loi de sauvegarde des entreprises, Gaz. Pal. 23-25 mai 2004, p 2 et s.

¹³⁹ Réforme du Droit des entreprises en difficulté, UMP, Fédération professionnelle Banque-Finances-Assurance, Groupe de travail composé de F. BILLOT, Président, D-J CASSAGNE, O. De GALZAIN, D. GARDINAL, P. HAREL-COURTES, O. De POMMERY, H. SAINT-SAUVEUR, H. ULRICH, avec la collaboration de M. GARDELLA

¹⁴⁰ Rapport d'information n° 2094, déposé en application de l'article 145 du règlement, par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

¹⁴¹ Mission d'information sur la réforme du droit des sociétés, composée de M. P. CLEMENT, Président, MM. J-A BENISTI, J. BIGNON, E. BLANC, M. BONNOT, C. CARESCHE, G. FENECH, A. GERIN, P. HOUILLO, M. HUNAUT, S. HUYGHE, V. LUREL, A. MARSAUD, A. MONTEBOURG, X. De ROUX, Mme S. ROYAL, MM. R. SALLES, J-P. SOISSON, A. VIDALIES, J-L. WARSMANN.

¹⁴² Séance du Mercredi 2 juin 2004, procès verbal aux pages 63 et suivantes du rapport d'information.

cependant pas la pierre. En effet, le directeur de l'agence bancaire moyenne a un diplôme de comptable, non de gestionnaire. Les banquiers ne sont pas des banquiers, ce sont des « administratifs » auxquels on demande d'obtenir une caution de M. X. pour prêter à M.Y. Les banquiers, à juste titre, veulent être sécurisés, et pour les TPE, n'ont pas les moyens de rémunérer des gestionnaires chargés d'évaluer la viabilité de l'entreprise. C'est d'ailleurs absolument impossible, car ses affaires « tournent » autour d'un seul homme. Mais que feront les banques si ce projet de texte est adopté (à propos de la suspension des poursuites contre les cautions personnes physiques dans la procédure de sauvegarde) ? Elles risquent de refuser de prêter¹⁴³ ».

Une réforme du soutien abusif, afin de relancer le financement des entreprises, est donc largement requise par les praticiens. Mais cette requête n'est toutefois pas encore prise en compte, à ce stade de l'élaboration de la réforme, par les pouvoirs publics.

B. Apparition du principe dans le projet de loi du 12 mai 2004

29. Examen en Conseil des Ministres. Après consultation du Conseil d'État sur l'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises, le texte a été présenté au Conseil des Ministres qui adopta le projet de loi de sauvegarde des entreprises le 12 mai 2004¹⁴⁴. Ce projet comportait désormais 197 articles, alors que l'avant-projet n'en comportait qu'une centaine. Sur le fond, le projet de 2004 diffère de l'avant-projet sur certains points, il prend une allure beaucoup plus moderne, s'inspirant très largement du Chapter eleven du Federal Bankruptcy Code. C'est, en effet, à partir du modèle américain que la nouvelle procédure de sauvegarde a été construite, puisqu'il consacre la possibilité pour l'entreprise de se placer sous la sauvegarde de la justice sans être en état de cessation des paiements¹⁴⁵.

30. Le principe d'irresponsabilité dans le cadre de la procédure de conciliation. Entre novembre 2003, et mai 2004, l'avant-projet de loi a été mûri. Il s'est enrichi des propositions des partenaires à l'élaboration du projet de réforme, et parmi elles, de nombreuses requêtes des professionnels du milieu bancaire, incitant à intégrer dans le nouveau projet une disposition tendant à diminuer le risque d'une mise en cause de la responsabilité pour

¹⁴³ W. NAHUM, Rapport d'information sur la réforme du droit des sociétés et le traitement de l'entreprise en difficulté de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, déposé le 11 février 2005, Doc. Assemblée nationale n° 2094, p 129.

¹⁴⁴ V. Actualité législative Dalloz 2004, p 1436.

¹⁴⁵ P-M. Le CORRE, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, D 2005, suppl. au n° 33, p 2299.

soutien abusif¹⁴⁶. Ils ont été entendus. En effet, l'article 8 du projet de loi du 12 mai 2004 prévoit une diminution du risque de soutien abusif dans le cadre de la procédure de conciliation : *« Les personnes qui consentent, dans l'accord mentionné à l'article L. 611-7, un crédit ou une avance au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de ce crédit ou de cette avance, par privilège à toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation, dans les conditions prévues aux articles L. 622-15 et L. 641-13. Ces personnes ne peuvent, sauf fraude ou comportement manifestement abusif de leur part, être tenues pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis du fait d'un accord homologué. »* Ainsi, les personnes ayant subi des préjudices ne pourront engager la responsabilité de ceux qui leur ont consenti des concours dans le cadre de l'accord homologué. Une exclusion de responsabilité est donc accordée à ces derniers. Mais quelles en sont les raisons et les motivations ? Le Garde des Sceaux a dit, lors de l'exposé des motifs, que : *« Dans la procédure de conciliation, le financement de l'entreprise intervient dans le cadre de négociations au cours desquelles la situation est étudiée par toutes les parties. Dès lors qu'elles sont parfaitement informées, il n'apparaît pas raisonnable de leur conférer la même faculté qu'en droit commun d'invoquer à l'encontre de l'un des créanciers une faute née de l'apparence trompeuse de solvabilité conférée par l'octroi d'un financement. Il convient seulement de réserver la fraude ou le comportement manifestement abusif d'un créancier »*. En effet, l'objectif majeur du projet de loi est la « sauvegarde ». Pour atteindre cet objectif, il faut faire en sorte que les créanciers continuent à croire en l'entreprise débitrice, et à la financer par des apports en trésorerie, afin que son activité se poursuive. C'est ce que prévoit la procédure de conciliation. Et afin de les y inciter, un privilège de paiement¹⁴⁷ leur est octroyé, ainsi qu'une limitation de leur responsabilité en cas de préjudices subis du fait de ces concours. Cependant, cette disposition insérée dans le projet de loi de sauvegarde ne fait pas l'unanimité. Les débats, lors de l'examen du texte aux assemblées, démontreront toute la complexité de l'insertion de cette disposition.

¹⁴⁶ Cf supra.

¹⁴⁷ Ce que l'on nomme le privilège de New Money.

§ 2. L'élaboration d'un principe général de non responsabilité par le Parlement

31. Le temps donné à la réforme. Lors du renouveau des travaux préparatoires, et du vote du projet de loi en Conseil des Ministres, Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, annonçait l'examen du projet en assemblées pour juillet 2004, afin que le texte soit voté à la fin de l'année 2004. Toutefois, en raison de certaines réticences, le calendrier n'a pas été respecté. L'examen du projet n'a eu lieu qu'au début de l'année 2005. L'examen du projet a, par ailleurs, été réduit à une lecture par chambre, le gouvernement ayant déclaré l'urgence. La discussion du projet a donc débuté en mars 2005 à l'Assemblée nationale et s'est poursuivie au Sénat en juin. Le texte a été adopté définitivement le 13 juillet 2005 après passage devant la Commission mixte paritaire. Les débats parlementaires, bien que relativement brefs, en raison de l'urgence déclarée, ont soulevé de nombreux points de discussion (B), de sorte que bien des amendements ont été adoptés (A), en particulier dans le domaine qui nous concerne.

A. L'étude de la mesure à l'Assemblée Nationale, ou la véhémence de l'opposition parlementaire

32. Procédure d'adoption à l'Assemblée nationale. Le projet de loi a d'abord été examiné par les diverses commissions, qui ont fait part de leurs observations (1), avant d'être remis aux députés pour lecture et discussion (2).

1. Les observations des commissions

33. Premières démarches. Le projet de loi de sauvegarde n° 1596, a été enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 mai 2004. Dès lors diverses commissions se sont saisies pour travaux. La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, saisie au fond, a nommé rapporteur, Monsieur Xavier De Roux, le 2 juin 2004. Elle a ensuite procédé à de nombreuses auditions pendant les mois qui suivirent, et à l'examen du projet de loi et des amendements, selon la procédure de l'article 88 du règlement, au cours du mois de février 2005. Le rapport n° 2095 a été déposé le 11 février 2005. La Commission des finances, de l'économie générale et du plan,

saisie pour avis, a nommé rapporteur Monsieur Jérôme Chartier, le 26 janvier 2005, dont l'avis n° 2099 a été déposé le 15 février 2005. Le projet de loi a ensuite été discuté en séance publique à l'Assemblée nationale dès le mois de mars 2005.

34. Les amendements des commissions. On a pu voir précédemment les nombreuses requêtes des professionnels du milieu bancaire aux fins de réduction de la responsabilité pour soutien abusif, responsabilité qui les dissuade de prendre des risques et de collaborer avec une entreprise en difficulté. Selon le rapport n°2095¹⁴⁸ de Monsieur Xavier De Roux, *« l'appétence des établissements de crédit à consentir des concours nouveaux à des entreprises en difficulté est non seulement normalement réduite par leur aversion pour le risque, particulièrement légitime lorsque l'entreprise a dû demander l'ouverture d'une procédure de conciliation, mais de surcroît encore plus limitée par la crainte que leur responsabilité soit engagée au titre de la notion jurisprudentielle de « soutien abusif »*. Toutefois, il faut noter la grande tolérance dont les juges font preuve en la matière ; la jurisprudence, ces dernières années, n'a eu de cesse de limiter la responsabilité à la réunion de conditions et de critères, réduisant d'autant le nombre de condamnations. Monsieur Xavier De Roux estime que *« si les cas de contentieux de cette nature sont rares, leur portée n'en est pas moins grande au titre de leur effet dissuasif »* et est donc favorable à la disposition présente à l'alinéa 2 de l'article 8 : la limitation des cas susceptibles d'engager la responsabilité du financier pour soutien abusif. Celui-ci se limite en effet à deux hypothèses de mise en cause de la responsabilité du banquier : la fraude et le cas de soutien manifestement abusif. La seconde hypothèse, dont les termes sont particulièrement imprécis, a conduit la Commission à éclaircir la notion. En effet, le terme « manifestement » est couramment utilisé par le législateur¹⁴⁹, en procédure civile, en matière de responsabilité pénale, ou dans le droit des entreprises en difficulté. Cet adjectif « crée le droit de l'évidence, celui où la preuve n'a pas de place et où le sens commun suffit ». Il appelle une appréciation subjective du juge sur les éléments de fait. Sur ces observations, Monsieur

¹⁴⁸ Rapport n° 2095 présenté par M. X. De ROUX, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises, du 11 février 2005, article 8 Avantages accordés aux apporteurs de capitaux pour la poursuite de l'activité, p 129 et s.

¹⁴⁹ NCPC art. 524, « violation manifeste du principe du contradictoire » ; Loi du 10 juillet 2000, relative à la définition des délits non intentionnels : « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement » C. Pén. Art. 121-3, 221-6, 222-19 et 322-5 ; Loi du 10 juin 1994 : « redressement manifestement impossible » (C. Com. Art. L 622-1 ancien)
Cf Rapport n° 2095 présenté par M. X. De ROUX, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises, du 11 février 2005, article 8 Avantages accordés aux apporteurs de capitaux pour la poursuite de l'activité, p 129 et s.

De Roux a proposé un amendement¹⁵⁰ tendant à substituer au terme « manifestation », le terme « intentionnellement », afin de réduire la marge d'appréciation discrétionnaire et subjective du juge, en introduisant un « élément d'objectivité » dans le dispositif. Cet amendement a été adopté par la Commission. L'amendement de Monsieur Arnaud Montebourg, député de l'Opposition, tendant à la limitation du champ des personnes susceptibles de bénéficier des avantages accordés aux apporteurs « d'argent frais », notamment aux associés, a, quant à lui, été rejeté par la Commission, du fait de la volonté du législateur d'inciter le financement des entreprises par tous, en ne dissuadant personne : « *faire preuve de pragmatisme et prendre les dispositions nécessaires pour inciter chacun à accepter d'apporter de l'argent frais*¹⁵¹ ».

35. Un amendement particulier : l'inconstitutionnalité de la disposition. Le 26 février 2005, Monsieur Montebourg a présenté un amendement (n° 411) à l'article 8 du projet de loi, afin d'en voter la suppression pour inconstitutionnalité. Cet argument, nous le verrons par la suite, a sans cesse été repris par les députés de l'opposition, et sera à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel. Lors de l'examen du projet par la Commission des lois, Monsieur Xavier De Roux a proposé un amendement¹⁵² tendant à insérer un article 142 bis dans le projet de loi, et à la suppression de l'alinéa 2 de l'article 8, afin de créer un dispositif général de limitation de responsabilité pour soutien abusif, auquel la Commission fut favorable. Le projet de loi a ensuite été présenté pour lecture en séance publique.

2. Lecture du texte et discussion en séance publique

36. Des discussions houleuses. Les débats ont débuté par une discussion sur la réforme de façon générale (a), et se sont poursuivis par un examen au cas par cas de chacun des articles du projet (b).

a. La discussion générale

37. La vigueur des débats parlementaires. Lors des séances du 1^{er} mars 2005, Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, fit une présentation des objectifs de la réforme du droit des entreprises en difficulté. Il fit remarquer le manque de sécurité économique, de

¹⁵⁰ Amendement n° 25, du 12 février 2005, adopté par la Commission

¹⁵¹ Intervention du Président Pascal CLEMENT, examen du projet de loi n° 1596 par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Rapport n° 2095 présenté par M. Xavier De ROUX, Article 8 Avantages accordés aux apporteurs de capitaux pour la poursuite de l'activité, p 129 et s.

¹⁵² Amendement n° 602.

sécurité de l'emploi et de sécurité juridique du droit et des procédures, tel que ce manque existait avant la réforme. Il met donc l'accent sur l'anticipation afin de redonner confiance. La sécurité et la confiance sont pour lui la clé de la croissance. La confiance est notamment indispensable en matière de fourniture de crédit pour la poursuite de l'activité de l'entreprise qui connaît des difficultés. Le Garde des Sceaux a par ailleurs souligné la particularité de la France en matière de crédit¹⁵³. Ainsi a-t-il exposé le constat d'une plus grande pratique du « crédit fournisseur » par rapport au crédit bancaire. Or, ce sont les banques qui peuvent apporter le plus rapidement leurs concours à une entreprise en difficulté : « *Rapprochons les banques des PME, les fournisseurs y gagneront* ». L'objectif majeur de la réforme en ce domaine est de donner une plus grande sécurité juridique aux banques qui décident d'aider l'entreprise en difficulté et « *cela passe notamment par la limitation des éventuelles accusations de soutien abusif* ». Le Garde des Sceaux qualifie ce nouveau régime de « gagnant-gagnant ». Toutefois, le projet n'est pas accueilli de façon unanime par les députés. Les avis sont, en effet, très divergents sur la nécessité d'une limitation de la responsabilité pour soutien abusif. Si certains sont très favorables au projet, « *un texte intelligent, novateur et courageux*¹⁵⁴ », « *un texte de bon sens*¹⁵⁵ », « *un projet de loi courageux et réaliste*¹⁵⁶ », bien qu'ils ne soulèvent pas particulièrement la question du soutien abusif, la suite des débats, dans le cadre de la discussion générale, montre déjà la réticence d'autres députés pour cette mesure. En effet, une exception d'irrecevabilité de l'article 8 du projet de loi, déposée en application de l'article 91, alinéa 4, du règlement, est soulevée par Monsieur Ayrault et des membres du groupe socialiste. Ils reprochent à l'article 8, une atteinte au principe d'égalité entre créanciers publics et créanciers privés de par le privilège de paiement octroyé aux apporteurs d'argent frais, et une atteinte au principe de responsabilité dans l'alinéa 2. Monsieur Montebourg a également eu recours à la question préalable afin de soulever le débat sur l'article 8 et la place des banques, notamment quant à la restriction de la notion de soutien abusif, au privilège de paiement et à l'aggravation du régime des cautions. L'exception d'irrecevabilité et la question préalable ont néanmoins été toutes deux rejetées par l'Assemblée. Puis, les débats ont repris en séance publique le mercredi 2 mars 2005, avec l'intervention de nombreux députés. Monsieur Michel Vaxès a

¹⁵³ « *La France connaît en matière de crédit une situation très particulière* »

¹⁵⁴ Discours de Monsieur Philippe HOUILLON, débats assemblée nationale, 1^o séance du Mercredi 2 mars 2005.

¹⁵⁵ Discours de Monsieur Jean-Pierre NICOLAS, débats assemblée nationale, 1^o séance du Mercredi 2 mars 2005.

¹⁵⁶ Discours de Madame Arlette GROSSKOST, débats assemblée nationale, 1^o séance du Mercredi 2 mars 2005.

soulevé notamment le fait que par les articles 8 (privilège de conciliation et limitation de la responsabilité pour soutien abusif) et 34 (règles du rang de paiement des créances), les banques et les établissements financiers sont doublement privilégiés par leurs sûretés et par le privilège de paiement qui leur est accordé, par rapport aux simples créanciers chirographaires. Certains ont même parlé de « *super-privilège*¹⁵⁷ ». Selon lui, « *c'est l'intérêt privé des créanciers qui guide toute cette réforme et qui prime sur les autres intérêts en présence* ». Monsieur Pascal Terrasse estime, lui aussi, que le « *texte a été rédigé dans le seul souci de satisfaire la communauté bancaire* », le projet renforçant la dépendance des PME à l'égard de leurs créanciers et la discrimination en matière d'accès au crédit, puisque, dit-il, les créanciers bancaires sont « *leur seule source de financement externe* » et que « *l'octroi du crédit se fait selon une segmentation et une tarification fondées essentiellement sur la taille* » de l'entreprise. Monsieur Gérard Charasse, quant à lui, commence son intervention en reformulant l'intitulé du projet de loi : il parle de « *sauvegarde des banques* », afin de démontrer son profond désaccord avec les mesures prises dans le projet. Pour Monsieur Bapt, la procédure de conciliation accorde une position dominante et protégée aux organismes de crédit. L'ouverture de cette procédure aurait un triple intérêt pour les banquiers puisqu'elle sécurise le nouvel apport en trésorerie par le privilège de paiement, les protège contre le soutien abusif, et les amnistie pour toutes les actions antérieures à la date de cessation des paiements. Monsieur Bapt redoute que l'objectif de la conciliation ne soit ainsi détourné par les banques. Aussi s'agirait-il, au vu des observations portées contre le projet de loi lors de la discussion générale à l'Assemblée, d'une loi pour les banques et non d'une loi pour l'emploi.

b. L'examen des articles

38. Première phase : l'article 8. L'examen des articles, lors des séances suivantes, va amplifier le débat sur le soutien abusif. En effet, Monsieur Paul Giacobbi¹⁵⁸ dénonce la maladresse du texte en matière de soutien abusif, qui serait aggravé par les divers amendements. Monsieur Arnaud Montebourg¹⁵⁹, s'insurge même contre le texte. Il estime que l'article 8, qui prévoit une « exonération de responsabilité pour les établissements bancaires, est inconcevable » et inconstitutionnelle ; « *Seul le Président de la République échappe à toute responsabilité, en vertu de la Constitution* ». Il conteste d'ailleurs la

¹⁵⁷ Expression employée par Arnaud MONTEBOURG, Débats à l'assemblée nationale, mercredi 2 mars 2005.

¹⁵⁸ Discours de Monsieur Paul GIACOBBI, débats assemblée nationale, 1^o séance du Jeudi 3 mars 2005.

¹⁵⁹ Discours de Monsieur Arnaud MONTEBOURG, débats assemblée nationale, 1^o séance du Jeudi 3 mars 2005.

légitimité politique de la disposition. Quant à la légitimité économique, il pose le constat selon lequel les banques n'encourent pas de réels risques en matière de soutien abusif, le montant des condamnations ne dépassant pas les 14 millions d'euros, par année : « *une goutte d'eau dans l'océan de richesse des banques* ». Pour lui, cette disposition constitue un « magnifique cadeau », en échange duquel les banques doivent consentir des contreparties, notamment faire des efforts sur le niveau des taux¹⁶⁰. Il s'agit d'un véritable réquisitoire. Les divers amendements présentés par la suite, lors de l'examen du texte, démontrent toute cette hostilité envers la mesure. En effet, Monsieur Montebourg présente un amendement n° 417 ayant pour objectif la limitation de la rémunération des organismes bancaires, justifiée par le fait que puisque les taux rémunèrent le risque, en cas de suppression du risque (objet de l'alinéa 2 de l'article 8), il faut diminuer les taux. Toutefois, cet amendement est rejeté par l'assemblée. L'amendement n° 574 vise à supprimer l'alinéa 2 de l'article 8, afin d'introduire une règle de responsabilité générale après l'article 142 du projet de loi. Il opère un déplacement de la disposition sous le chapitre V du titre I du projet de loi. Cet amendement, proposé par la Commission des lois, a reçu l'avis favorable du gouvernement. « *Il importe de ne pas remettre en cause le principe même de la responsabilité civile* », l'article 142 bis « *permet d'encadrer cette responsabilité en la réservant aux cas de « faute lourde » et de renforcer la sécurité juridique pour faciliter le soutien aux activités économiques*¹⁶¹ ». La suppression de la responsabilité n'est aucunement envisagée. L'amendement 575 et 411 identiques sont votés et l'article 8 ainsi modifié est adopté.

39. Seconde phase : l'article 142 bis. La discussion à propos du soutien abusif est donc reportée à l'examen de l'article 142 bis, à la séance du 8 mars 2005. La disposition déplacée suscite malgré tout encore de nombreux débats, l'article 142 bis disposant, à cette étape de la discussion, que : « *Ces personnes ne peuvent, sauf fraude ou comportement intentionnellement abusif de leur part, être tenues pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis* ». La Commission des lois, selon le rapporteur Xavier De Roux, suggère notamment l'insertion de trois cas de responsabilité¹⁶² reprenant la jurisprudence : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées, cela afin d'obtenir une « *définition claire (qui permette) de sortir de l'imbroglio juridique actuel* ». Le gouvernement a par ailleurs émis un avis favorable à cet amendement qui précise la nature de la faute engageant la

¹⁶⁰ Cet argument attirera notre attention ultérieurement

¹⁶¹ Intervention de D. PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, 8 mars 2005.

¹⁶² Amendement n° 602

responsabilité : une « *faute lourde* », qui peut être constituée dans trois cas. « *Votre amendement constitue un juste équilibre entre la nécessité de ne pas décourager les apporteurs de crédits aux entreprises et les principes généraux du droit de la responsabilité* » ; alors que Monsieur Montebourg dénonce de son côté, ce « *cinquième cadeau de l'État au système bancaire* ». Ces trois exceptions à l'irresponsabilité font par ailleurs l'objet de nombreuses critiques¹⁶³, amenant certains à proposer d'autres cas de responsabilité notamment celui pour « *octroi, par la banque, de concours en toute connaissance de cause alors que la situation de l'entreprise était déjà compromise*¹⁶⁴ ». D'autres dénoncent le sens du texte : l'article 142 bis pose un principe d'irresponsabilité et trois exceptions. Or, selon eux, le texte devrait poser un principe de responsabilité assorti d'exceptions¹⁶⁵. En définitive, lors du vote, l'amendement 602 est adopté à 37 voix contre 7. Les débats à l'Assemblée nationale se sont terminés le 9 mars 2005, par l'adoption du projet de loi¹⁶⁶ en première lecture. Les députés ont supprimé 39 articles et inséré 19 articles additionnels. Cependant, ni l'esprit du texte ni sa structure n'ont été modifiés. Le texte a ensuite été transféré au Sénat afin qu'il procède à son étude.

B. L'étude de la mesure par le Sénat

40. Procédure d'adoption au Sénat. Telle la procédure applicable au sein de l'Assemblée Nationale, les commissions pour le Sénat se sont emparées du texte afin de l'amender (1), puis les sénateurs ont lancé les débats lors de l'examen du projet en séance publique (2), avec toutefois une effervescence plus diffuse sur les bancs.

1. Les travaux des Commissions saisies pour avis

41. L'acquiescement des commissions. Diverses commissions se sont saisies du texte afin d'émettre des avis. La Commission des lois représentée par le sénateur Hiest, a fait une lecture en détail du projet, et au vu des modifications faites par l'Assemblée Nationale, propose l'adoption par le Sénat de l'article 142 bis sans modification¹⁶⁷ (l'article 8 a fait l'objet quant à lui de deux propositions d'amendements). La Commission des Affaires

¹⁶³ Notamment quant à l'utilité de la précision quant à la fraude, ou l'imprécision quant à la disproportion des garanties.

¹⁶⁴ Intervention de Pierre CARDO, débats à l'Assemblée Nationale du 8 mars 2005.

¹⁶⁵ Intervention d'Alain VIDALIES, débats à l'Assemblée Nationale du 8 mars 2005

¹⁶⁶ Projet de loi TA n° 392, « petite loi »,

¹⁶⁷ J-J HYEST, Commission des lois pour le Sénat, Avis n°335 du 11 mai 2005.

économiques pour le Sénat a rendu, elle aussi, un avis¹⁶⁸ favorable au texte adopté par l'Assemblée Nationale, ne modifiant d'aucune sorte les dispositions relatives à la limitation de la responsabilité pour soutien abusif. La Commission des finances¹⁶⁹, quant à elle, a souhaité, dans son avis, faire une étude approfondie de l'article 142 bis nouveau. Aussi a-t-elle étudié le droit existant, le dispositif présenté par l'Assemblée Nationale et émis quelques observations. Elle estime que l'impact de la mesure prévue à l'article 142 bis est à relativiser : en effet, à côté de cette initiative du gouvernement tendant à réduire le risque pour les banques dans le cadre des procédures collectives, a été mis en place un système de standardisation et de normalisation de l'analyse du risque de crédit par les banques ; on a donc d'un côté, une mesure limitant la responsabilité afin d'encourager les concours bancaires, de l'autre des mesures tendant à une meilleure analyse du risque client, afin de limiter la prise de risque.

42. L'insertion d'un quatrième cas de responsabilité, rejeté par la Commission. La Commission des Finances suggère, afin de préciser les cas de responsabilité, un amendement (n° 204) insérant un quatrième cas : la connaissance par le banquier de la situation irrémédiablement compromise. En effet, cet élément constituait un critère de premier ordre dans la reconnaissance de la responsabilité du banquier par la jurisprudence. Toutefois, cet amendement a été retiré, et celui tendant à la suppression de l'article 142 bis, proposé par certains, n'a pas été adopté en commission.

2. Lecture du texte et discussion en séance publique

43. Des débats raisonnés. La discussion du projet de loi au Sénat s'est déroulée les 29 et 30 juin 2005. Là encore les débats ont été animés. Ils ont été ponctués d'une exception d'irrecevabilité, invoquant une atteinte à un principe du droit du travail, l'atteinte au principe d'égalité et au principe de responsabilité, et d'une question préalable dans le cadre de la discussion générale sur le texte de réforme. Celles-ci ont été rejetées. Ainsi, même si la discussion générale a montré l'existence de réticences de quelques sénateurs, d'autres approuvent les mesures prises par le gouvernement et votées par l'Assemblée nationale. « *Les nouvelles dispositions introduites par le projet de loi vont donc dans le bon sens*¹⁷⁰ ». Toutefois, ceux-ci relèvent la complexité du texte, qui était censé au départ, simplifier les

¹⁶⁸ CH. GAUDIN, Commission des Affaires économiques pour le Sénat, Avis n° 337 du 11 mai 2005.

¹⁶⁹ PH. MARINI, Commission des finances pour le Sénat, Avis n° 355 du 26 mai 2005.

¹⁷⁰ Discours de Monsieur Y. DETRAIGNE, discussion en séance publique, discussion générale séance du 30 juin 2005.

procédures. « *Si nous disposons, avec ce texte, d'une panoplie relativement complète d'outils pour traiter les difficultés des entreprises aux divers stades où elles se situent, en revanche, il faudra beaucoup communiquer pour permettre aux chefs d'entreprises de distinguer ces outils plus nettement, de les comprendre et de les utiliser à bon escient*¹⁷¹ ».

44. L'examen des articles. Les articles 8 et 142 bis n'ont fait l'objet d'aucune modification lors de leur examen en assemblée. Le projet de loi n° 130 est donc adopté par le Sénat le 30 juin 2005. Toutefois, certains s'insurgent encore du cantonnement de la responsabilité du banquier. « *Cette disposition organisant l'irresponsabilité bancaire est contraire aux principes généraux de notre droit, qui interdisent toute limitation de responsabilité. De surcroît, elle est injustifiée puisque les condamnations pour soutien abusif n'ont jamais dépassé la somme globale de 14 millions d'euros sur une année, ce qui est dérisoire au regard des bénéfices records engrangés par les banques*¹⁷² ». Le seul recours désormais possible, sera de saisir le Conseil constitutionnel. En effet, le texte ayant fait l'objet d'une déclaration d'urgence par le gouvernement, il est procédé à une seule lecture par chambre. Dès lors, pour les dispositions restant en discussion à la suite de diverses modifications requises par le Sénat, la Commission Mixte Paritaire a été saisie afin de proposer un texte le 8 juillet 2005. Les deux chambres ont ensuite procédé à une relecture du texte sur les observations des rapports de Monsieur Xavier De Roux¹⁷³ et de Monsieur Jean-Jacques Hiest¹⁷⁴, et à l'adoption définitive¹⁷⁵ du projet de loi en séance publique, le 13 juillet 2005. Les articles ayant fait débat tout au long de l'élaboration du texte définitif sont désormais ainsi rédigés :

L'article L. 611-11 : « *En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de*

¹⁷¹ Discours de Monsieur Y. DETRAIGNE, discussion en séance publique, discussion générale séance du 30 juin 2005.

¹⁷² Discours de Madame E. ASSASSI, discussion en séance publique, examen des articles, séance du 30 juin 2005

¹⁷³ X. De ROUX, Rapport n° 2459 présenté le 8 juillet 2005 devant la présidence de l'Assemblée Nationale.

¹⁷⁴ J.-J. HYEST, Rapport n° 467 présenté le 11 juillet 2005 devant le Sénat.

¹⁷⁵ TA n° 475 Assemblée Nationale, 13 juillet 2005 et TA n° 143, Sénat, 13 juillet 2005.

l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation. Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation. ». Et l'article L. 650-1 : « *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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles. ».*

45. Une mesure longuement réfléchie mais grandement contestée. La limitation de responsabilité pour soutien abusif a donc été déplacée du champ restreint de la procédure de conciliation, afin de devenir une règle d'application générale. Toutefois, ce texte ne faisant l'unanimité auprès des députés et sénateurs, ceux-ci saisissent le Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la constitutionnalité des dispositions. En effet, de nombreuses interrogations peuvent être soulevées quant à la légalité du texte.

Section 2. La légalité de l'article L 650-1 du Code de commerce

46. De l'adoption du texte par le législateur aux débats doctrinaux. Le texte de loi a été adopté dans des délais relativement courts, par les assemblées ; néanmoins certains points restant contestés par certains parlementaires, notamment quant à la constitutionnalité du texte, le Conseil constitutionnel a été saisi pour avis. Le texte a ensuite été promulgué par le Président de la République, le 26 juillet 2005 et publié au Journal Officiel le 27 juillet : la loi de sauvegarde des entreprises¹⁷⁶ est née. Elle sera appliquée dès le 1^{er} janvier 2006, après adoption du Décret d'application du 28 décembre 2005. Toutefois, même si le texte est définitif, de nombreuses interrogations peuvent être soulevées, quant à la légitimité et à la légalité de certaines dispositions, notamment celles tendant à limiter la responsabilité des

¹⁷⁶ LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises NOR: JUSX0400017L ; J.O n° 173 du 27 juillet 2005 p 12187

banques et des autres créanciers du débiteur. L'article L 650-1 du Code de commerce, après son adoption, a attiré l'attention de nombreux auteurs, qui ont en quelque sorte débattu sur le sujet, comme l'on fait les députés et sénateurs. La doctrine s'est emparée du texte. En effet, afin de comprendre l'intensité des débats portant sur le texte avant son adoption, il convient de définir le contexte dans lequel il a été pensé et réfléchi et ce qui a poussé certains à invoquer l'inconstitutionnalité de la disposition. Dès lors, notre réflexion portera d'une part sur la légalité du texte par rapport aux législations étrangères (§ 1) et d'autre part sur sa conformité aux normes qui lui sont supérieures (§2).

§ 1. La légalité par rapport aux législations étrangères

47. Une question ancienne. La question de la conformité aux législations étrangères de la responsabilité du banquier n'est pas nouvelle. Certaines études ont été menées au niveau international. Ainsi a-t-il été constaté dans les années quatre-vingt¹⁷⁷, que la responsabilité du banquier dispensateur de crédit commençait seulement à faire son apparition à l'époque : *« dans les pays qui la connaissent ses bases et ses limites sont encore discutées, mais nombreux sont encore les droits qui l'ignorent »*, de sorte qu'*« il existe encore de sérieuses différences et divergences pour la responsabilité du banquier dans la distribution du crédit¹⁷⁸ »*. Si aujourd'hui les législations de nombreux pays ont fait l'objet de réformes, c'est à la jurisprudence que revient le plus souvent la tâche de reconnaître une éventuelle responsabilité du banquier. En effet, les divergences de position qui demeurent encore aujourd'hui, sont dues à la politique économique menée par le pays. Ainsi est-il possible d'observer que les États orientés vers une idéologie libérale sont moins enclins à reconnaître une responsabilité au banquier, à raison des concours fournis à l'entreprise en difficulté. Tels sont les cas des systèmes anglais et américain, qui ne souhaitent en aucune manière voir l'État intervenir dans l'économie et ainsi imposer aux banques une mission d'intérêt général au sein de la fourniture du crédit¹⁷⁹. C'est par ailleurs dans ce contexte qu'a été adopté en France l'article L 650-1 du Code de commerce. La loi de sauvegarde des entreprises en difficulté s'est largement inspirée du droit américain, en particulier du Chapter Eleven du

¹⁷⁷ R. HOUIN, Rapport de synthèse, in La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV Economica 1984, p 9 et s.

¹⁷⁸ R. HOUIN, Rapport de synthèse, in La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV Economica 1984, p 14.

¹⁷⁹ G-A LIKILLIMBA fait par ailleurs remarquer que « les pays prônant le dirigisme économique poussé, tels l'Ex-URSS et ses « satellites » », n'envisagent pas la responsabilité du banquier pour crédit excessif. G-A LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Litec, 2^o éd. 2001, p 158, n^o 163.

Bankruptcy Act, afin d'élaborer la procédure de sauvegarde. La loi s'est inscrite, pour certains points, dans un mouvement de libéralisme économique. C'est dans cette perspective que la disposition qui nous amène à ces développements, a été rédigée. En effet, nous l'avons vu, l'objectif premier de cette disposition était de promouvoir le financement par la voie bancaire des entreprises françaises, qui était largement inférieur au financement provenant du crédit fournisseur. La France ne souhaitait plus voir s'effondrer des entreprises à cause d'une trop grande pression exercée sur les banquiers par la menace de la responsabilité pour soutien abusif. Si la France a, a priori, modifié en profondeur sa vision du rôle des banques en reconnaissant un principe « d'irresponsabilité » ou « de non responsabilité¹⁸⁰ » par le biais de sa législation, nombreux sont encore les pays à reconnaître cette responsabilité de façon jurisprudentielle. En procédant à une étude de législation comparée, il convient de noter que la France semble être la seule à s'être dotée d'une pareille mesure. Les autres pays s'en sont tenus, pour ceux reconnaissant le principe d'une éventuelle responsabilité du banquier dispensateur de crédit (A), à un principe jurisprudentiel. Ceux, au contraire, qui ne reconnaissent pas cette responsabilité ou du moins pas au même titre (B), se fondent sur l'incompatibilité de cette vision avec leur législation et leur politique économique.

A. Pays où la responsabilité du banquier dispensateur de crédit est reconnue ou pourrait l'être

Dans cette étude sera envisagée la responsabilité de la banque de manière générale, tant sur le plan contractuel que sur le plan délictuel.

48. Le Luxembourg. Au Luxembourg, la responsabilité du banquier est réelle, tant à l'égard du crédit lui-même, et de sa caution, qu'à l'égard des tiers. A l'égard du crédit, le banquier est redevable de certaines obligations contractées lors de l'ouverture de crédit. La responsabilité contractuelle du banquier a ainsi été mise en cause devant la Cour d'appel de Luxembourg le 5 avril 2001¹⁸¹, et le 23 mai 2001, par le crédit qui se plaignait à la fois de l'attitude de son banquier au moment de l'octroi du crédit et en cours d'exécution du contrat¹⁸². A l'égard des cautions, la jurisprudence luxembourgeoise admet l'éventuelle mise en cause de la responsabilité du banquier. Les cautions se fondent dès lors sur l'obligation de

¹⁸⁰ A ce stade de la réflexion, il n'est pas encore possible de choisir le terme le mieux adapté à la situation réelle, seule une étude approfondie de la disposition nous permettra de nous positionner.

¹⁸¹ C. Luxembourg, 5 avril 2001, Codex, 6/2001, p 178, et 23 mai 2001, DAOR 2003/66, p 62.

¹⁸² O. POELMANS et D. BLOMMAERT, Jurisprudences belge et luxembourgeoise, Gaz. Pal. Droit bancaire, 27-31 mars 2005, p 38 et s., notamment p 40.

la banque de les informer afin qu'elles s'engagent en toute connaissance de cause. Toutefois, l'appréciation par les juges de la responsabilité du banquier est soumise à de nombreux paramètres, de sorte qu'elle est peu souvent reconnue¹⁸³. Quant au principe de la responsabilité délictuelle du banquier à l'égard des tiers, il a été admis il y a presque trente ans par la jurisprudence, par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le 26 avril 1978, confirmé par un arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Luxembourg, du 5 novembre 1980¹⁸⁴. Cette responsabilité est par ailleurs reconnue dans le cadre de l'octroi de crédit, mais aussi de son maintien ou de sa dénonciation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹⁸⁵. Le tiers, dans cette hypothèse reproche à la banque d'avoir créé une fausse apparence de solvabilité du débiteur. Ce principe reste appliqué aujourd'hui.

49. La Belgique. Le Luxembourg et la Belgique fonctionnent avec le même régime de responsabilité. Ainsi la responsabilité du banquier est reconnue de manière similaire par les juridictions belges. Elle est ainsi admise à l'égard du crédit¹⁸⁶, et à l'égard de la caution¹⁸⁷. Dans le cadre de la responsabilité du banquier à l'égard des tiers, une ancienne jurisprudence de 1978¹⁸⁸ en pose le principe, fondé sur l'article 1382 du Code civil. Le banquier engage sa responsabilité en octroyant un crédit à un commerçant en état de cessation des paiements, s'il connaît ou devait connaître le caractère irrémédiable de la situation du crédit. La solution est la même en cas de maintien de crédit¹⁸⁹, et de rupture abusive¹⁹⁰. Il s'agit ainsi d'une solution identique à celle qui s'appliquait en France, avec la théorie du soutien abusif. Il semble, en outre, que la jurisprudence Laroche¹⁹¹ ait été transposée en Belgique, accordant

¹⁸³ Voir C. Luxembourg, 14 mars 2001, Codex 2001/5, p 138 et 20 mars 2002, DAOR, 2002/64, p 479.

¹⁸⁴ CSJ Luxembourg, 5 novembre 1980, Feuille de liaison de la conférence St Yves, n°50, mai 1981, p 44 ; voir A. ELVINGER, J-M GODART, J. LINSTER, Rapport Luxembourgeois, in La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV Economica 1984, p

¹⁸⁵ O. POELMANS et D. BLOMMAERT, Jurisprudences belge et luxembourgeoise, Gaz. Pal. Droit bancaire, 27-31 mars 2005, p 38 et s., notamment p 41.

¹⁸⁶ C. Anvers 21 novembre 2002, DAOR, 2003/66, p 69.

C. Liège 29 juin 2001, JT, 2001, p 864.

C Liège, 8 février 2005, RDCB 2007, p 64, note J-P BUYLE et M. DELIERNEUX.

¹⁸⁷ C. Liège 15 mai 2001, RPS 2002, p 68.

C. Bruxelles 26 mars 2002, JLMB 2003, p 966.

C. Liège, 30 septembre 2005, JLMB 2006, p 861.

¹⁸⁸ Cass. com. 27 septembre 1978, cité par P.A. FORIERS, Le rôle des créanciers et des institutions financières dans la survie des entreprises en difficulté en droit belge, colloque international FIEDA 2, 3 et 5 octobre 1981, p 58, n°239.

¹⁸⁹ B. SOINNE, Traité des procédures collectives, Litec 2° éd. 1995, p 150, n°245.

¹⁹⁰ C. Bruxelles 14 septembre 2006, Dr. Banc. Et fin. 2007, p 40, voir notamment O. POELMANS, Jurisprudences belge et luxembourgeoise, in Chronique de jurisprudence européenne : responsabilité bancaire, Gaz. Pal. Droit bancaire, 9-11 septembre 2007, p 31 et 32.

¹⁹¹ Qui accorde au syndic, la qualité pour agir en responsabilité contre le banquier. Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, DS 1976, jur. p 277, F. DERRIDA et J-P SORTAIS ; JCP G 1976 II 18327 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; JCP G 1976, I, 2786, note J. GHESTIN ; Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s. M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1976, I, jur., p 412, (journal n°168, du 16 juin 1976) obs. B BOULOC ; Revue Sociétés 1976, p 126, note A. HONORAT ;

au curateur représentant des créanciers la qualité pour agir contre un créancier faisant partie de la masse¹⁹². Ce principe est encore d'actualité, la jurisprudence ayant rappelé récemment¹⁹³, les obligations incombant au banquier afin d'éviter de causer un préjudice aux tiers, soit en contribuant à les induire en erreur sur la situation réelle de l'emprunteur, soit en accordant à celui-ci les moyens de prolonger artificiellement la vie de son entreprise au détriment de ses créanciers.

50. Ainsi la Belgique, le Luxembourg et la France jusqu'à il y a peu, fondaient le principe de la responsabilité du banquier sur la faute de celui-ci tendant à la réparation de tout dommage. Il s'agit de sanctionner le comportement fautif du banquier, qui a soutenu de manière abusive l'entreprise en difficulté, et fondée sur le droit commun.

51. Le droit allemand. La France n'est pas le seul pays d'Europe à s'attacher au sort des entreprises en difficulté, à réfléchir et à développer de nouvelles techniques visant à trouver un équilibre entre la sauvegarde des entreprises, le maintien de l'emploi et le respect du cycle économique. L'Allemagne a ainsi réformé le droit de l'insolvabilité allemand, et mis en place un nouveau code entré en vigueur le 1er janvier 1999. Cette réforme a été soumise aux influences anglo-saxonnes. Le nouveau code prévoit ainsi le redressement de l'entreprise en prenant en compte les intérêts de l'actionnaire ou du dirigeant, et de l'entreprise elle-même. Ainsi, si les intérêts des créanciers ne sont plus les seuls pris en considération, la protection de ces créanciers n'en a pas été pour autant sacrifiée car « les sûretés demeurent efficaces¹⁹⁴ ».

52. En Allemagne, de manière générale, il existe peu de jurisprudence concernant la responsabilité des banques vis-à-vis des tiers pour les crédits qu'elles accordent¹⁹⁵. Toutefois, la jurisprudence a développé certains principes de responsabilité des banques, dans les hypothèses dans lesquelles celles-ci octroient des crédits de redressement à des entreprises éprouvant de graves difficultés financières. Cet octroi pouvant induire les tiers

¹⁹² Voir P.A. FORIERS, Le rôle des créanciers et des institutions financières dans la survie des entreprises en difficulté en droit belge, colloque international FIEDA 2, 3 et 5 octobre 1981, p 72, n° 239, s'appuyant sur un arrêt Cour cassation belge 12 février 1981.

¹⁹³ C. Mons, 12 juin 2006, JLMB 2007, p 146. voir notamment O. POELMANS, Jurisprudences belge et luxembourgeoise in Chronique de jurisprudence européenne : responsabilité bancaire, Gaz. Pal. Droit bancaire, 9-11 septembre 2007, p 31.

¹⁹⁴ Propos de M. M. GRAAFF, Particularismes des droits anglais et allemand de l'insolvabilité, in Les aspects internationaux du surendettement, in Dossier : De l'endettement au surendettement des entreprises, des réalités financières aux contraintes juridiques, Colloque du 16 décembre 1998, Gaz. Pal. Septembre-octobre 1999, doctrine p 1388.

¹⁹⁵ A. LUKE et T. SAUER, Les obligations d'information et de renseignement des banques en droit allemand, Gaz. Pal. 9-11 septembre 2007, p 12 et s., spécialement p 14.

en erreur quant à la solvabilité de l'entreprise et pouvant leur causer un préjudice, le § 138 alinéa 1^{er} du BGB sanctionne un tel crédit de redressement par la nullité pour illicéité (Sittenwidrigkeit). Cette sanction est encourue dès lors que la probabilité qu'un tiers subisse un préjudice est tellement élevée que sa réalisation paraît quasi-certaine, compte tenu du fait que le crédit de redressement n'est visiblement pas en mesure de redresser l'entreprise de manière durable¹⁹⁶. Il a été également admis que l'octroi de crédits pouvait de surcroît, déclencher des actions en dommages et intérêts engagées par d'autres créanciers, si ceux-ci subissent effectivement un dommage réel après la défaillance de la société débitrice¹⁹⁷. Aussi est-il intéressant de constater qu'en Allemagne, la responsabilité de la banque est susceptible d'être engagée dans les hypothèses de soutien abusif à une entreprise en difficulté. Toutefois, aucune mesure veillant à la limiter, ce que prévoit la loi de sauvegarde en France, n'est à ce jour envisagée. Quant à la sanction de la nullité des « crédits de redressement », qui peut paraître sévère, la loi de sauvegarde des entreprises s'est pourtant engagée sur la même voie, en allant beaucoup moins loin toutefois, en prévoyant dans le second alinéa de l'article L 650-1 du Code de commerce, la nullité des garanties prises en contrepartie des concours consentis : « *Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ces concours sont nulles* ». Par ailleurs, il est donné la possibilité aux banquiers allemands de se dégager de cette responsabilité en apportant la preuve que l'entreprise bénéficiait d'un sérieux potentiel de redressement lors de l'octroi du concours, par la réalisation d'expertises suffisamment élaborées¹⁹⁸ par des tiers indépendants. Ce concours doit également avoir été consenti avec l'intention réelle et sérieuse de redresser l'entreprise. Dans le cas contraire, la responsabilité de la banque peut être engagée, si son but exclusif était de reporter l'effondrement de l'entreprise afin d'obtenir des avantages par rapport aux autres créanciers.

53. Nous verrons ultérieurement les modalités de la mise en cause de la responsabilité par le débiteur, mais il est déjà certain que la responsabilité encourue par la banque dans cette hypothèse est de nature contractuelle, c'est-à-dire dans le cadre d'une faute commise dans l'exécution du contrat de prêt. Le débiteur invoque en particulier une faute dans l'exécution de l'obligation d'information et de conseil. Très souvent, la banque a également l'obligation de surveiller la destination des fonds transférés. En Allemagne, dans le cadre des opérations de crédit courantes, il n'existe pas à la charge de la banque une obligation d'information ou

¹⁹⁶ Neuhof in NJW (Neue Juristische Wochenzeitung)1998, 3225, spécialement 3229.

¹⁹⁷ Neuhof in NJW (Neue Juristische Wochenzeitung)1998, 3225, spécialement 3230.

¹⁹⁸ Arrêt de principe du BGH (Bundesgerichtshof : Cour de cassation allemande), du 9 juillet 1953, BGHZ 10, 228 ; NJW 1959, 1665.

d'avertissement à l'égard de ses clients sur les risques inhérents à l'octroi de crédit. La banque n'encourt pas de responsabilité en principe du fait des risques inhérents à l'opération de crédit, ou de l'objet financé par le crédit. Le contrat de prêt est conçu comme un « *contrat d'échange à travers lequel chaque partie poursuit ses propres intérêts*¹⁹⁹ ». Le principe demeure celui de la liberté contractuelle. Il est permis à tout individu d'effectuer des opérations risquées²⁰⁰. Ainsi, la banque, si elle doit s'assurer de la solvabilité de son client, n'a pas à lui faire part de ses doutes quant à sa capacité de rembourser le prêt. Toutefois, si la banque fournit une information, un conseil sur les conditions du crédit, l'opportunité du projet à financer, etc... l'information fournie doit être correcte, puisqu'elle a été fournie en vertu d'un contrat de conseil²⁰¹. En dehors de ces exceptions, la banque n'a pas d'obligation d'information, sauf dans le domaine du financement de la promotion immobilière et des investissements dans des fonds ou des immeubles, domaines dans lesquels la jurisprudence a développé quatre hypothèses dans lesquelles une obligation d'information est due faute de quoi la responsabilité de la banque pourra être engagée. Mais ces hypothèses restent exceptionnelles.

54. L'Italie. En Italie, il existe, comme c'était le cas jusqu'en 2006, avec l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, une jurisprudence constante reconnaissant la responsabilité du banquier, pour octroi abusif de crédit, sur le fondement de l'article 2043 du Code civil italien²⁰². Ainsi, dans trois arrêts récents, datant du 28 mars 2006²⁰³, la Cour de cassation italienne (*Corte supreme di cassazione*) affirme que la conduite consistant à maintenir en vie « artificiellement » une société insolvable au moyen de financements, dès lors que cette conduite induit sur le marché une perception erronée de la situation financière et économique de la société en cause, est illicite et source de responsabilité extra-contractuelle pour la banque, indépendamment de la faillite ultérieure de la société. Toutefois, dans ces

¹⁹⁹ A. LUKE et T. SAUER, Les obligations d'information et de renseignement des banques en droit allemand, Gaz. Pal. 9-11 septembre 2007, p 12.

²⁰⁰ Jurisprudence constante, BGH 28 février 1989, IX ZR 130/88, NJW 1989, 1276.

²⁰¹ OLG Stuttgart du 21 mars 2001, NJOZ (Neue Juristische Online Zeitschrift) 2001, 1305.

²⁰² Traduction : « Tout fait quelconque, dolosif ou commis par imprudence, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »

²⁰³ Corte supreme di cassazione (ch. Civ. réun.) 28 mars 2006, trois espèces :
n°7029 Italsemone S. r. l. en faillite c. Banca di Roma S. p. A. (www.dirittoefinanza.it/public/file/s7029)
n°7030 Casillo Grani S. n. c. en faillite c. Banca Antoniana Popolare Veneta S. c. a. r. l., Banca Antoniana Popolare Veneta S. p. a. (Corriere giuridico, 5/2006, p 643 et s.)
n°7031 Casillo Grani s.n.c. en faillite c. Banco di Sardegna S. p. a. (Rivista di diritto commerciale, 2006, II, 1 et s.)

arrêts, la Cour rejette l'action du syndic de faillite en tant que représentant des créanciers²⁰⁴. Cette action relève en effet de la compétence exclusive de chaque créancier qui a négocié avec la société, et doit donc être exercée par chacun d'eux individuellement²⁰⁵.

55. La Suisse. En droit suisse, il n'existe aucune réglementation particulière régissant la responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Les règles applicables en la matière découlent du droit commun des obligations, qui régleme la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle²⁰⁶. Dès lors, le principe semble le même que celui retenu par la Belgique et le Luxembourg. En matière de responsabilité contractuelle à l'égard du crédit en particulier, la banque est redevable d'une obligation générale d'information, et la loi prévoit que « *lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation, ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer les dommages en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.*²⁰⁷ » Quatre conditions sont donc requises pour que la responsabilité du banquier soit engagée en la matière. Et les contours de l'obligation d'information de la banque n'a de cesse d'être précisée par la jurisprudence²⁰⁸.

56. En matière délictuelle, et donc dans le cadre de l'éventuelle responsabilité du banquier à l'égard des tiers, le droit suisse ne dispose pas de principe général prévoyant la réparation de tout dommage causé de manière fautive. Le principe de responsabilité n'existe que dans le cadre d'actes illicites. Il s'agit ainsi d'une « *responsabilité aquilienne, qui ne peut être mise en jeu que pour réparer les dommages envisagés par la loi elle-même*²⁰⁹ ». L'article 41 alinéa 1 du Code des Obligations²¹⁰ prévoit ainsi que « *Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer* ». Dès lors, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit sera en pratique bien plus difficile à mettre en œuvre, puisque quatre conditions sont requises : il faut un « *comportement dommageable, illicite, fautif, et le dommage doit être en rapport de*

²⁰⁴ N. FERRINI, note sous Corte supreme di cassazione (ch. Civ. réun.) 28 mars 2006 (trois espèces), in *Jurisprudence italienne*, *Gaz. Pal. Spécial Droit bancaire*, 9-11 septembre 2007, p 42.

²⁰⁵ Tribunal Milan, 21 mai 2001, *Banca Borsa titoli di credito*, 2002, II, p 264 et s. Appel Bari, 18 février 2003, *Il fallimento*, 2002, p 1159 et s.

²⁰⁶ P-A PATRY, *Rapport Suisse*, in *La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XXXV *Economica* 1984, p 207 et s., notamment p 208.

²⁰⁷ Article 97 alinéa 1 du Code des Obligations, RS 220, loi fédérale complétant le Code suisse, du 30 mars 1911.

²⁰⁸ ATF, 1^o cour de droit civil, 21 février 2007, {T 0/2} 4C.205/2006 /ech, et arrêt 4C.270/2006 du 4 janvier 2007, destiné à la publication, consid. 7 ; ATF 124 III 155 consid. 3A ; 119 II 333 consid. 5 et 7 ; et arrêt 4C.410/1997 du 23 juin 1998, traduit in *SJ* 1999 I p 205, consid. 3

²⁰⁹ F. DERRIDA, *Rapport général*, in *La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XXXV *Economica* 1984, p 19 et s. notamment p 29, n^o 22, et p 31 n^o 25.

²¹⁰ Article 41 CO suisse, RS 220, Loi fédérale complétant le Code suisse, du 30 mars 1911, encore en vigueur aujourd'hui.

*causalité adéquate avec le comportement dommageable*²¹¹ ». C'est l'illicéité qui pose le plus de difficultés. La doctrine et la jurisprudence ont néanmoins dégagé des solutions en la matière. Selon une règle de droit non-écrit, « *celui qui crée un état de choses dangereux pour autrui est tenu de prendre les précautions nécessaires pour éviter la survenance d'un dommage*²¹² ». Toutefois, « *le seul fait de causer un préjudice à autrui, et partant le seul fait de créer un état de danger pour le patrimoine d'autrui, n'est en soi pas encore illicite*²¹³ ». Selon le professeur Herbert Schönle, l'article 41 alinéa 1 ne suppose pas qu'il doit être porté une « atteinte au droit subjectif absolu de la personne lésée », mais la jurisprudence a tendance à l'exiger. Néanmoins le tribunal fédéral, en matière bancaire, a estimé que la seule création du danger pour autrui de subir un dommage dans sa fortune nette constitue un acte illicite. La condition de l'illicéité semble également pouvoir être remplie, lorsque il y a création d'une apparence inexacte de dignité de crédit, en matière contractuelle²¹⁴, ou « *en dehors de toute relation contractuelle si le lésé a demandé des renseignements à l'auteur du dommage*²¹⁵ », en vertu du droit coutumier. « *Celui qui est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître doit donner un renseignement exact, dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir pour celui qui le demande une signification grosse de conséquences*²¹⁶ ». Dès lors, il semble qu'en droit suisse, l'obligation de donner une information exacte puisse être source de responsabilité envers les tiers. Le Professeur Schönle relève qu'il est dès lors possible de retenir que « *celui qui crée et maintient une apparence trompeuse bien qu'il sache ou doive savoir que des tiers seraient induits en erreur par son comportement actif ou passif, et qu'un dommage pourrait en résulter, commet un acte illicite*²¹⁷ ». Selon lui, constituerait un acte illicite dans le cas d'une banque dispensatrice de crédit, l'hypothèse dans laquelle la banque a créé et maintenu une apparence non conforme à la réalité, et reconnaisse que son comportement trompeur a ou peut avoir des conséquences importantes pour les tiers²¹⁸. Par ailleurs, en matière d'octroi ou

²¹¹ H. SCHÖNLE, Suisse, in la responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, Feduci, 1984, p 117 et s., spécialement p 119.

²¹² Exemples : ATF 82/ 1956 II 25, 28 ; ATF 21/1895, 625 ; ATF 24/1898 II 212

²¹³ H. SCHÖNLE, Suisse, in la responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, Feduci, 1984, p 117 et s., spécialement p 121.

²¹⁴ ATF 53/1927 II 143, 150 ; ATF 61/1935 II 228, 233 s. il faut une tromperie intentionnelle, donc violation des articles 28 et 31 al. 3 CO.

²¹⁵ H. SCHÖNLE, Suisse, in la responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, Feduci, 1984, p 117 et s., spécialement p 122.

²¹⁶ ATF 57/1931 II 81, 86 ; ATF 89/1963 II 239, 248 et voir aussi, H. SCHÖNLE, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p 387 n° 3 et p 400 n° 56.

²¹⁷ ATF 40/1914 II 608, 612

²¹⁸ H. SCHÖNLE, Suisse, in la responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, Feduci, 1984, p 117 et s., spécialement p123.

de refus de crédit, la responsabilité du banquier semble pouvoir être admise²¹⁹, par l'argument selon lequel l'octroi ou le refus constitue un acte immoral, par référence à l'alinéa 2 de l'article 41 du Code des Obligations : « *Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer.* » Le tribunal fédéral a ainsi jugé dans un très ancien arrêt, que le refus non motivé de conclure un contrat constitue un acte contraire aux mœurs lorsque le contrat porte sur une prestation vitale. Certains auteurs estiment ainsi qu'un banquier pourrait être sanctionné pour acte immoral lorsqu'il refuse de conclure un crédit considéré comme une prestation vitale. Néanmoins, cette position est fortement critiquée. Monsieur Patry²²⁰ soulevait lors des journées brésiliennes sur la responsabilité du banquier en 1984, que le refus de crédit n'emporte responsabilité que lorsque l'on se trouve en situation de monopole. Or les banques ne bénéficient pas de ce monopole. La responsabilité du banquier, si elle semble pouvoir être engagée et admise, reste soumise à la réunion de nombreuses conditions. En effet, aux conditions requises pour admettre l'illicéité de l'acte, les trois autres conditions de la responsabilité civile doivent être réunies²²¹, ce qui limite les hypothèses dans lesquelles le banquier sera effectivement condamné pour crédit excessif.

57. Les Pays-Bas. Il faut noter par ailleurs, qu'aux Pays Bas, la responsabilité du banquier à raison de ses concours à l'entreprise en difficulté suit le même régime que celle reconnue par le droit suisse. « *La seule façon de fonder la responsabilité délictuelle du banquier relève de l'action sur base du fait illicite de ce dernier*²²² ». Comme la Suisse, les Pays-Bas font une distinction entre la notion de faute et d'illicéité. La notion de l'illicéité a été définie par la « Hoge Raad » (la cour de cassation néerlandaise), dans un célèbre arrêt « Lindebaum-Cohen » de 1919²²³ : est illicite, « *une action ou une négligence, qui viole le droit d'un tiers, ou qui est contraire à une obligation de droit de l'auteur ou qui méconnaît ou bien les bonnes mœurs ou bien la prudence qu'il convient de respecter dans la vie en société à l'égard de la personne ou des biens d'autrui* ». Le NBW (le nouveau Code civil néerlandais), à son article 6.3.3.1 alinéa 2, définit comme un fait illicite la violation d'un droit ainsi que le comportement ou la négligence contraires à une obligation légale ou aux

²¹⁹ P-A PATRY, Rapport Suisse, in La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV Economica 1984, p 207 et s. notamment p 211.

²²⁰ P-A PATRY, Rapport Suisse, in La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV Economica 1984, p 207 et s. notamment p 211.

²²¹ Dommage, faute et lien de causalité. La faute, en droit suisse, consiste en un manquement à la diligence qui est due.

²²² F. MOLENAAR, Pays-Bas, in La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, Feduci, 1984, p 131 et s.

²²³ HR 31 janvier 1919, NJ 1919, p 161.

exigences sociales à condition qu'il n'existe pas de cause de justification. Dès lors, comme en droit suisse, si la responsabilité du banquier peut être admise, elle est enfermée dans des conditions étroites, la réunion de quatre conditions : un dommage, une faute, un acte illicite et un lien de causalité.

58. Constat : similarité avec la solution française traditionnelle. De cette première étude comparative, il convient de constater que la responsabilité du banquier telle qu'envisagée par ces États, est similaire à celle retenue en France jusqu'à présent. En effet, cette responsabilité est contractuelle à l'égard de l'emprunteur et délictuelle à l'égard des tiers. Cette dernière est notamment fondée sur le droit commun, et développée par la jurisprudence. La jurisprudence joue ainsi un rôle important dans la création du droit applicable dans chacun de ces États. Toutefois, si cette responsabilité pour crédit abusif est envisagée dans de nombreux pays, il n'est aucunement prévu d'y porter une limite, comme c'est le cas en France. Le législateur français ne s'est donc pas inspiré vraisemblablement de ces pratiques étrangères, mais peut-être de celles qui demeurent dans certains pays, notamment les pays anglo-saxons.

B. Pays où la responsabilité du banquier dispensateur de crédit est difficilement envisageable

59. Le Royaume Uni. La question de la responsabilité des banques, se pose, comme en France dans plusieurs hypothèses. La preuve peut ainsi être faite de la faute du banquier dans le cadre de l'octroi de crédit à une entreprise en difficulté, de la rupture abusive ou même du refus de crédit. La doctrine et les praticiens ont des interprétations et analyses divergentes, sur le point notamment de l'existence ou non des trois éléments constitutifs de la responsabilité civile : la faute, le dommage et le lien de causalité²²⁴. Mais l'hypothèse qui pose le plus de difficultés est celle de l'immixtion du banquier dans la gestion de l'emprunteur, même si elle reste en pratique assez rare, du fait de l'inexistence de présomption de faute ou de lien de causalité. Bien souvent, dans le cadre des procédures d'insolvabilité, le banquier ou tout autre créancier, n'est préoccupé que par le recouvrement de sa créance, il exerce pour cela ses droits et privilèges, s'il en dispose. Il est très important que le banquier laisse les administrateurs prendre les décisions, requises dans le cadre d'une entreprise éprouvant de graves difficultés. Selon la loi anglaise, « *dirigeant de fait dans un*

²²⁴ A. ADELIN, La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : le droit anglais, Banque, n° 573, septembre 1996, p 60.

*contexte de droit des sociétés signifie une personne dont les conseils et instructions sont habituellement suivis par les membres du conseil d'administration de la société dirigée*²²⁵ ». Selon la jurisprudence, le suivi occasionnel des conseils de la banque est insuffisant, la société « dirigée » devant « être habituée à obéir au diktat du dirigeant de fait²²⁶ ». La direction de fait peut entraîner, comme en France, la condamnation à supporter l'insuffisance d'actif de la société²²⁷, mais aussi la nullité des actes accomplis pendant la période suspecte, ou encore une interdiction d'exercer toute activité professionnelle. Toutefois, la crainte des banquiers en la matière doit être cantonnée. En effet, la jurisprudence anglaise n'admet que très restrictivement la qualité de dirigeant de fait à un établissement financier²²⁸. Le juge anglais se montre très protecteur à l'égard du banquier, il retient notamment que « *les dirigeants (...) ont accepté les conditions de la poursuite du soutien financier en toute connaissance de cause et ils étaient libres de refuser l'offre faite par la banque* », les initiatives du banquier « *étaient simplement destinées à sauvegarder ce qui restait viable dans la société en difficulté. L'utilisation des droits attachés à leur qualité de créancier privilégié n'en faisait pas des dirigeants de fait* ». Ces motifs confirment la tendance doctrinale : « *Lorsqu'un de ses clients est en difficulté financière, le banquier doit pouvoir obtenir de lui en contrepartie de la continuation du soutien financier, des garanties. (...) Aussi longtemps qu'il ne réalise rien d'anormal, ne cherche pas à imposer à son client un comportement particulier en échange du crédit octroyé, et lui laisse en définitive sa liberté commerciale, le banquier ne peut se voir qualifié de dirigeant de fait. (...) Une banque ne peut voir sa responsabilité civile engagée, sauf dans le cas extrême où la décision de poursuite ou de cessation d'activité relève de son seul bon vouloir*²²⁹ ». Cette déclaration démontre toute la vision du droit positif anglais, très libéral quant à une éventuelle responsabilité du banquier.

60. Les États Unis. De manière générale, les auteurs s'accordent pour dire que la responsabilité du banquier en droit américain est assez peu envisagée. En effet, il n'existerait pas de théorie susceptible de mettre en cause le banquier pour le soutien prétendument fautif

²²⁵ Section 251 de l'Insolvency Act (1986).

²²⁶ Voir en ce sens : Kuwait Asia Bank EC v. National Mutual Life Nominees Limited (1991) AC 1987 (PC)

²²⁷ Section 214 (1) de l'Insolvency Act (1986)

²²⁸ Voir notamment deux jugements : Re PFTZM Limited (in liquidation) (1995) BCC 280 et Re Hydrodan (Corby) Limited (1994) BCC 161, commentés par A. ADELIN, La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit: le droit anglais, Banque, n° 573, septembre 1996, p 61.

²²⁹ Lord Justice MILLETT, Shadow directorship, a Real or Imagined Threat to Banks, conférence donnée lors d'un séminaire organisé par un cabinet de solicitors en 1990, Insolvency Practitioner (1991) « issue 1 », p 14 et 15.

d'une entreprise en difficulté²³⁰. Monsieur Likillimba²³¹ relève également que cette quasi-absence de mise en cause de la responsabilité du banquier est liée à « l'absence de lien contractuel » entre les banquiers et les créanciers tiers trompés par une fausse apparence de solvabilité ou les victimes de l'aggravation de la situation d'une entreprise. Et le « préjudice économique indirect » n'est généralement pas pris en compte. Toutefois, ce n'est pas pour autant que le banquier américain bénéficie d'une immunité. Il peut être inquiété dans le cadre de l'immixtion dans les affaires de l'emprunteur, notamment lorsque il dépasse son rôle de simple bailleur de fonds. Des sanctions peuvent être prises dans ce cas, et lorsqu'il intervient dans la société en difficulté, afin de tirer certains avantages²³². Le tribunal peut ordonner la subordination de ses créances, afin de déclasser ce créancier de son rang, ou bien celui-ci peut-il encore se voir contraint de rembourser les sommes déjà perçues, notamment lorsque ses manœuvres ont pour conséquence de s'octroyer un avantage injuste par rapport aux autres créanciers. On retrouve dans cette idée, le principe de l'égalité des créanciers. Cette sanction est fondée sur l'équité²³³. La responsabilité de la banque peut ainsi être engagée à condition d'apporter la preuve du « diktat exercé par la banque²³⁴ ». Une célèbre décision²³⁵ relève par ailleurs les éléments justifiant la mise en cause de la banque. Dans cette affaire, la banque, principale source financière de la société et exerçant un pouvoir de contrôle sur les actions de celle-ci données en gage, a fait pression sur l'entreprise en refusant d'honorer ses chèques (*payroll checks*), a diligenté une mesure d'exécution sur la seule source de trésorerie de l'entreprise, l'a obligé à licencier massivement, et à réduire les salaires des dirigeants, a contraint le débiteur à liquider les actifs restants et s'est substituée à lui pour déterminer quels créanciers devaient être payés. De ces éléments, le tribunal détermine la part de responsabilité de la banque dans la faillite de la société, et décide de la subordination ou non de ses créances. L'immixtion du banquier dans les affaires de l'entreprise en difficulté, en tant que dirigeant de fait est de la sorte sanctionnée, comme cela peut l'être également en France. Il semble par ailleurs, que si la

²³⁰ P. COOGAN, La responsabilité du banquier en droit américain, in La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, FEDUCI 1984, p 170 et s.

²³¹ G-A LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Litec, 2^o éd. 2001, p 164, n^o 173.

²³² M. TANGER, La faillite en droit fédéral des États Unis, *Economica* 2002, p 217 et s.

²³³ Code des faillites, section 510 (c) de la loi de 1978, qui codifie la jurisprudence de la Cour suprême rendue sous l'empire de la loi de 1898 ; voir M. TANGER, la faillite en droit fédéral des États Unis, *Economica* 2002, p 220.

²³⁴ M. TANGER, La faillite en droit fédéral des États Unis, *Economica* 2002, p 222.

²³⁵ Re Clark Pipe & Supply Co, Inc. F.2d (5th Circ. 1990)

rupture abusive de crédit n'est pas, comme en France, sanctionnée de par l'application d'un principe général, elle est soumise au système de la subordination des créances, notamment lorsque la rupture a entraîné la faillite de l'entreprise²³⁶.

61. La France : de la théorie du soutien abusif à l'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de concours. Par conséquent, la volonté du législateur d'instaurer une limitation de la responsabilité des apporteurs de concours aux entreprises en difficulté, ne semble pas être inspirée des législations étrangères. En effet, aucune législation ne semble prévoir ce cantonnement de responsabilité du banquier. Pour les pays qui prévoient une responsabilité des banquiers pour crédit abusif, celle-ci est prétorienne, comme c'était le cas en France jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. Et ceux-ci n'envisagent pas pour le moment une limitation de cette responsabilité. Quant aux États qui ne prévoient pas cette responsabilité, ce raisonnement est ancré profondément dans l'idéologie du pays. La vision française n'a donc cessé d'évoluer. Au départ, nous le verrons, la responsabilité du banquier n'était pas réellement envisagée à l'égard des tiers, puisque l'action du syndic n'était pas admise en l'espèce, puis la jurisprudence Laroche a autorisé l'action. Dès lors, le banquier se voyait très souvent poursuivi. La jurisprudence a ainsi fondé la théorie du soutien abusif. Toutefois, les juges ont souhaité encadrer dans des conditions étroites la mise en cause de la responsabilité du banquier, limitant ainsi les hypothèses de condamnations. Le législateur a ensuite pris le relais et posé un principe d'irresponsabilité ou plutôt une responsabilité cantonnée. Cette mesure illustre « *le réalisme économique et l'influence anglo-saxonne, qui l'ont emporté sur l'approche civiliste et latine de la faillite connotée de faute et de fraude*²³⁷ ». Or, cette initiative, si elle peut se légitimer par l'étude des législations étrangères, en particulier par les pratiques anglo-saxonnes, est-elle conforme aux principes fondamentaux applicables en France ? Cette question a été soulevée par l'opposition parlementaire après le vote de la loi de sauvegarde, devant le Conseil Constitutionnel.

²³⁶ Voir M. TANGER, La faillite en droit fédéral des États Unis, *Economica* 2002, p 223.

²³⁷ J-L. VALLENS, Les sanctions dans la réforme du 26 juillet 2005, *Rev. Lamy Droit des Affaires*, Supplément, Décembre 2005, n° 88, p 32 et s., spéc. n° 1.

§ 2. La conformité aux normes supérieures

62. La remise en cause du principe. L'article L 650-1 du Code de commerce pose un principe d'irresponsabilité. Lors de sa lecture par les deux chambres, d'aucuns considéraient la disposition comme « *un privilège, une loi privée au bénéfice des banquiers* ». Il est vrai que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* », c'est le principe de la responsabilité civile édicté par l'article 1382 du Code civil. L'article 126 de la loi de sauvegarde, tel qu'il a été adopté au 13 juillet 2005, va donc directement à l'encontre de ce principe. Mais l'étude de la conformité du texte à tous les principes fondamentaux de notre droit a été confiée au Conseil constitutionnel (A). S'il en a déclaré la constitutionnalité au moyen de l'intérêt général, certains auteurs suggèrent désormais de soulever la question de sa conformité au droit européen, notamment quant à la Convention européenne des droits de l'homme (B).

A. Le contrôle de constitutionnalité

63. Saisine du Conseil Constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 13 juillet 2005, dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution, de la loi de sauvegarde des entreprises, par soixante députés et soixante sénateurs. Cette saisine a été effectuée en vue du contrôle de constitutionnalité de quatre articles de la loi, les articles 8, 33 et 108, qui instaurent le privilège « d'argent frais », et l'article 126 qui pose une délimitation, dans certaines conditions, de la responsabilité civile des banquiers. Le Conseil disposait d'un mois pour donner sa décision, l'avis a été rendu le 22 juillet 2005²³⁸. L'argumentation des requérants²³⁹, à propos de l'article 126 qui nous concerne, était fondée sur la violation des articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, c'est-à-dire la méconnaissance du principe de responsabilité (1), et la violation du droit au recours juridictionnel (2).

²³⁸ Cons. Constit., décision N° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, publiée au JO du 27 juillet 2005, p 12225.

²³⁹ Saisine du Conseil Constitutionnel en date du 13 juillet 2005 présentée par plus de soixante députés et soixante sénateurs, en application de l'article 61, alinéa 2 de la constitution, et visée dans la décision n° 2005-522 DC, NOR : CSCL0508606X, JO 27 juillet 2005, p 12226 et s.

1. La méconnaissance du principe de responsabilité

64. Les arguments des « parties ». Les soixante députés et soixante sénateurs à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel, fondaient leur demande sur la violation de l'article 4 de la DDHC, selon lequel « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Ils faisaient valoir que l'article 126, « *qui réduit radicalement les motifs susceptibles d'entraîner la condamnation d'un créancier pour soutien abusif* », « *annihile quasiment toute faculté d'engager la responsabilité délictuelle des créanciers* ». Les requérants estiment, en se fondant sur une décision du Conseil du 22 octobre 1982²⁴⁰, que si le législateur est autorisé à instituer des régimes dérogatoires au droit commun, « *en adjoignant ou substituant à la responsabilité de l'auteur, la responsabilité ou la garantie d'une autre personne* », il ne saurait la supprimer : « *mais considérant que le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes*²⁴¹ ». Sur ce point, le gouvernement rétorque que le législateur est autorisé à instituer des régimes spéciaux qui dérogent *partiellement*, aux principes posés par l'article 1382 du Code civil. L'article 126 n'exonère pas de toute responsabilité le créancier, mais au contraire définit de manière plus précise les conditions de mise en œuvre de l'action en responsabilité, que ne le faisait la jurisprudence en la matière. Par ailleurs, les requérants estiment que par cet article 126, il est non seulement porté atteinte au principe de l'article 4 de la DDHC, mais aussi à la faculté d'agir en responsabilité, qui est fondé sur cet article. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 9 Novembre 1999²⁴², avait ainsi retenu que « *la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle de l'article 4 de la DDHC (...)* ». Ils précisent également que la justification économique, selon laquelle la responsabilité pour soutien abusif serait un frein psychologique à la fourniture de crédit, est mal fondée, puisqu'il existe un consensus sur le constat de la rareté des condamnations. Enfin, ils considèrent que cette disposition limite non seulement, l'action en responsabilité à l'ensemble des concours, mais réduit également les cas de responsabilité, de sorte que certaines hypothèses de condamnation antérieures ne seraient plus possibles à présent, notamment lorsque le banquier avait connaissance de la situation « *irréversiblement compromise*²⁴³ ». Néanmoins, pour le

²⁴⁰ Cons. Constit., décision n°82-144 DC du 22 octobre 1982.

²⁴¹ Considérant de la décision du 22 octobre 1982.

²⁴² Conseil Constitutionnel, n°99-419 DC du 9 novembre 1999, considérant 70, il s'agit de l'article 1382 du Code civil, reconnu de rang constitutionnel.

²⁴³ Citant notamment Cass. com. 26 mars 1996, Bull. Civ. IV, n° 95.

gouvernement, l'objectif de cette nouvelle mesure est de clarifier « *le cadre juridique de mise en jeu de la responsabilité des créanciers*²⁴⁴ ». Car si la jurisprudence avait défini des critères, leur mise en œuvre était incertaine, conduisant à une grande insécurité juridique, et amenant les établissements de crédit à limiter ou même refuser des crédits. L'article 126 préciserait ainsi les conditions d'engagement de la responsabilité, en définissant trois cas, plus objectifs et plus prévisibles que ne l'étaient les critères jurisprudentiels, dont l'un d'eux était fondé sur la connaissance par le banquier de la situation irrémédiablement compromise, critère bien trop subjectif à leurs yeux.

65. La prise de position du conseil. Sur ces observations, les conseillers ont étudié la conformité de l'article 126 litigieux au « Bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire à la Constitution française de 1958, le Préambule de 1946, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, les principes fondamentaux... Pour rendre sa décision le Conseil constitutionnel s'est fondé sur la notion d'intérêt général. En premier lieu le conseil reprend l'argument des députés et sénateurs, selon lequel l'article 1382 du code civil est reconnu de rang constitutionnel, et qu'il ne peut donc y être dérogé entièrement. Il justifie ensuite l'aménagement des conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée, par un motif d'intérêt général ; la mesure étant de nature à « *lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté, elle satisfait ainsi à un objectif d'intérêt général suffisant*²⁴⁵ ». Il reconnaît, ainsi la valeur constitutionnelle des principes de la responsabilité civile, comme il l'avait retenu dans sa décision du 22 octobre 1982, mais souligne qu'il n'a pas été donné à ce principe, dans cette décision, une portée générale et absolue, de sorte que le législateur est autorisé à n'observer l'article 1382 du Code civil qu' « en principe²⁴⁶ ». Dans cette décision du 22 juillet 2005, le Conseil constitutionnel admet de nouveau qu'il est possible d' « *instaurer des régimes de réparation dérogeant partiellement au principe de responsabilité*²⁴⁷ ». En effet, dans l'article 126 de la loi, le Conseil considère que le législateur n'a pas supprimé toute responsabilité, et ne porte donc pas atteinte au principe de responsabilité, en se fondant sur la réunion de trois

²⁴⁴ Observations du gouvernement sur les recours dirigés contre la loi de sauvegarde des entreprises, Conseil constitutionnel N° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 NOR : CSCL0508627X, JO 27 juillet 2005, p 12231 et s. spécialement p 12232.

²⁴⁵ Cons. Const. 22 juillet 2005, Décision n° 2005-522 DC, JO 27 juillet 2005, p 12225 et s., spécialement p 12226.

²⁴⁶ Cons. Const. 22 octobre 1982, Décision n° 82-144 DC, considérant 3.

²⁴⁷ J-E SCHOETTL, La loi de sauvegarde des entreprises devant le Conseil constitutionnel, LPA 4 août 2005, n°154, p 14 et s., notamment p 17.

Précédents jurisprudentiels : Cons. Const. 22 octobre 1982, Décision n° 82-144 DC, considérant 4 ; Cons. Const. 30 décembre 1987, décision n° 87-237 DC, considérant 23. ; Cons. Const. 20 juillet 1983, décision n° 83-162 DC, considérant 77 (loi relative à la démocratisation du secteur public)

éléments, que relève Monsieur Schoettl, conseiller d'État²⁴⁸ : tout d'abord, le champ d'application restreint, puisque la disposition ne concerne que le domaine du droit des entreprises en difficulté²⁴⁹, ensuite, l'objectif d'intérêt général, enfin les trois cas d'engagement de la responsabilité, « *qui correspondent aux faits les plus caractéristiques, les plus graves ou les plus préjudiciables que peut commettre un prêteur qui octroie abusivement un crédit*²⁵⁰ », à savoir la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées. Le Conseil, au constat de ces trois éléments, a considéré que le principe de responsabilité était aménagé pour des raisons d'intérêt général, et estimé que sans être supprimé, le principe était limité ; ce qui a pour conséquence en outre, de renverser la charge de la preuve. Il appartient dès lors, aux demandeurs, afin d'engager la responsabilité du créancier, de prouver l'existence de l'un de ces trois cas d'engagement de l'action.

2. La violation du droit au recours juridictionnel

66. Un grief étroitement lié à la méconnaissance du principe de responsabilité. Les soixante députés et soixante sénateurs invoquaient en second lieu, la violation de l'article 16 de la DDHC, qui pose le principe du droit au recours juridictionnel. Ce droit a par ailleurs été consacré au rang de principe constitutionnel par une décision du Conseil du 9 avril 1996²⁵¹ : « *aux termes de l'article 16 de la DDHC, "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution", qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». En reprenant une formule employée par la professeur Frison-Roche²⁵², les requérants estiment que la disposition de l'article 126, met en place un mécanisme permettant « *d'éloigner le juge* ». Le gouvernement rétorque en soulignant que, malgré le cantonnement de la responsabilité, les juridictions compétentes « *conservent un entier pouvoir pour apprécier si les conditions d'engagement de la responsabilité telles que*

²⁴⁸ J-E SCHOETTL, La loi de sauvegarde des entreprises devant le Conseil constitutionnel, LPA 4 août 2005, n° 154, p 14 et s., notamment p 18.

²⁴⁹ Il est à noter toutefois que le domaine d'application de l'article L 650-1 du code de commerce nouveau va s'avérer après étude approfondie, relativement large.

²⁵⁰ J-E SCHOETTL, La loi de sauvegarde des entreprises devant le Conseil constitutionnel, LPA 4 août 2005, n° 154, p 14 et s., notamment p 18.

²⁵¹ Cons. Constit., n° 96-373 DC du 9 avril 1996, considérant 83

²⁵² Expression de M-A FRISON-ROCHE, in Droit, économie et justice dans le secteur bancaire, entretien G. CANIVET et M-A FRISON-ROCHE, Les Petites Affiches, 31 mai 2005, n°107, p 3 et s., notamment p 4.

définies par le législateur sont réunies ». Ainsi, si l'une des trois conditions d'engagement est relevée, les juges seront en mesure d'apprécier la responsabilité du créancier dispensateur de concours. « *Un comportement jugé fautif, au vu de ces conditions, conduira à la réparation intégrale du préjudice imputable, sans limite a priori et conformément au droit commun de la responsabilité civile* ». Par ailleurs, les requérants refusaient que le recours pour agir contre les apporteurs de fonds soit fermé, alors que le recours contre les créanciers ayant accordé des abandons de créance, restait ouvert. En effet, sous l'empire de la loi de 1985, la responsabilité de certains organismes publics était recherchée pour soutien abusif au titre d'abandons de créances²⁵³. Dans un arrêt du 10 décembre 2003, la chambre commerciale avait en effet retenu la possibilité pour une caisse de mutualité sociale agricole d'engager « *sa responsabilité à l'égard des créanciers de l'entreprise à laquelle elle a conféré une apparence trompeuse de solvabilité en accordant des délais de paiement à un de ses ressortissants dont elle savait ou aurait dû savoir la situation irrémédiablement compromise* ». Néanmoins, cet argument n'est pas repris par le gouvernement, vraisemblablement en raison de l'inutilité probable de différencier les personnes apportant des concours²⁵⁴.

67. Une prise de position lapidaire. Ce second grief n'est, en fait, qu'une conséquence logique du premier, impliquant la méconnaissance du principe de responsabilité. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas attardé sur ce grief, puisqu'il s'est contenté de l'écarter dans un considérant lapidaire et non motivé²⁵⁵ : « *les dispositions contestées ne portent pas d'atteinte au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, (...) doit être dès lors écarté le grief tiré de la violation de l'article 16 de la Déclaration de 1789*²⁵⁶ ». Bien que le Conseil constitutionnel ait conféré au droit au recours juridictionnel, le rang de principe constitutionnel, dans sa décision du 9 mars 1996, il n'en a pas fait, pour autant, un principe de portée générale et absolue ; en attestent les termes employés : « *en principe* » et « *atteintes substantielles* ». En l'espèce, comme le constate Monsieur Schoettl,

²⁵³ Cass. com. 10 décembre 2003 n°01-03746, n° 1807 FPPBRI, MSA Ariège c/ M° X. ès-qual., JCP G 2004, IV, 1297 ; Gaz. Pal., 20 janvier 2004 n° 20, p 11, avis de l'avocat général M-A LAFORTUNE ; Bull. Joly Sociétés, 1er avril 2004 n° 4, p 491 obs. F-X LUCAS ; D 2004, p 136, obs. X. DELPECH. ; Banque et droit 1er novembre 2004, n° 98, p 19, obs. G-A LIKILLIMBA

²⁵⁴ Cf infra. § champ d'application rationae personae.

²⁵⁵ Considérant 13. voir A. REYGROBELLET, Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde, LPA, 17 février 2006 n° 35, p 58 et s.

²⁵⁶ Cons. Const. 22 juillet 2005, Décision n°2005-522 DC, JO 27 juillet 2005, p 12225 et s., spécialement p 12226, considérant 13.

« la loi déferée se borne à circonscrire » la responsabilité civile²⁵⁷, ce qui ne constitue pas une violation de l'article 16 de la DDHC, et une fermeture de l'accès au juge ; le recours existe mais il est cantonné à la réalisation de conditions précises.

68. Constitutionnalité de la loi de sauvegarde. La conformité de l'article L 650-1 du Code de commerce à la Constitution est par conséquent acquise, puisque le conseil constitutionnel admit la constitutionnalité de l'intégralité des dispositions de la loi de sauvegarde sans procéder à des réserves d'interprétation, ou à la saisine d'office d'autres dispositions que celles visées dans les recours. Toutefois, la légalité de cet article pourrait être également regardée par rapport à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, comme le soulèvent certains auteurs.

B. Un éventuel contrôle de conventionnalité ?

69. Les principes éventuellement atteints par l'article 126 de la loi de sauvegarde. Dans le cadre de la saisine du Conseil constitutionnel, un des arguments invoqués par les requérants était la violation du droit au recours. En effet, l'article 126 de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, priverait de la possibilité pour la victime d'un préjudice à en demander la réparation devant une juridiction. Toutefois, nous l'avons vu, l'argument n'a pas été accueilli par le Conseil constitutionnel. Mais ne pourrait-on envisager, en se fondant sur cet argument, un éventuel recours devant la Cour européenne des droits de l'homme ? Le professeur Routier²⁵⁸ estime que « la conventionnalité de l'irresponsabilité du banquier n'est pas forcément acquise ». Nombreux mandataires judiciaires se posent également la question, puisqu'ils attaquent systématiquement dans leurs conclusions la conventionnalité de l'article L 650-1 du Code de commerce²⁵⁹. Mais sur quels fondements juridiques ? La Convention européenne des droits de l'homme, qui a une valeur supra-législative (article 55 de la Constitution de 1958), énonce plusieurs principes, tels que le droit à un procès

²⁵⁷ J-E SCHOETTL, La loi de sauvegarde des entreprises devant le Conseil constitutionnel, LPA 4 août 2005, n° 154, p 14 et s., notamment p 18.

²⁵⁸ R. ROUTIER, L'article L 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant », pour le débiteur et « détonnant » pour le contribuable ? D 2006, n°42, chron. p 2916 et s.
Voir aussi, R. ROUTIER, De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D 2005, n° 2, chron. p 1478 et s.

²⁵⁹ Ce que Monsieur ROUTIER constate dans son article : R. ROUTIER, L'article L 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant », pour le débiteur et « détonnant » pour le contribuable ? D 2006, n° 42, chron. p 2916 et s.

équitable²⁶⁰, le droit à un recours effectif²⁶¹, le droit de toute personne au respect de ses biens²⁶², et plus généralement le principe de la « protection des droits et libertés d'autrui²⁶³ ». Dans quelle mesure ce contrôle pourrait-il être exercé ? Car aucune décision antérieure ne fait état de « l'éventuelle contrariété à la Convention d'une disposition qui interdirait de rechercher la responsabilité civile d'un professionnel pour ses actes préjudiciables²⁶⁴ ».

70. Des arguments tirés de précédents jurisprudentiels. Il serait possible de se fonder sur des arguments développés par la Cour européenne dans des décisions relatives à la loi du 12 avril 1996²⁶⁵, portant diverses mesures d'ordre économique et financier, dont les dispositions prévoyaient d'exclure l'exigence du tableau d'amortissement pour les offres de prêt à taux variable²⁶⁶, et de valider de manière rétroactive les offres qui comportaient certaines indications, telles que « le montant des échéances de remboursement du prêt, leur périodicité, leur nombre ou la durée du prêt, ainsi que, le cas échéant, les modalités de leur variations²⁶⁷ », mais qui, toutefois, ne fournissaient pas ce tableau exigé dès lors par la loi. Un contrôle constitutionnel avait été effectué, et le Conseil avait déclaré la conformité de la loi à la Constitution²⁶⁸. Les requérants reprochaient la méconnaissance notamment, de l'article 6 §1, relatif au procès équitable de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil a considéré que s'il était de sa mission de s'assurer du respect par la loi du « champ d'application de l'article 55 de la Constitution, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de cette loi aux stipulations d'un accord international, et qu'il n'y a pas lieu, dès lors d'examiner la conformité de l'article 87 I aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme ». Or, le Conseil constitutionnel n'écartait pas la possibilité pour les juges du fond de se saisir de cette question. L'occasion n'a pas été manquée. Ainsi les juges ont-ils dans certaines affaires accueilli ce moyen invoqué par l'emprunteur²⁶⁹, et dans d'autres rejeté, jugeant que le principe du procès équitable était respecté, l'article 87 I n'ayant pour objet que de limiter pour l'avenir la portée d'une

²⁶⁰ Convention EDH article 6 §1

²⁶¹ Convention EDH article 13

²⁶² Premier Protocole article 1er.

²⁶³ Convention EDH articles 8, 9, 11, et l'expression se retrouve de façon moins nette aux articles 10 et 17 « protection des droits d'autrui » et « droits et libertés reconnus dans cette convention »

²⁶⁴ R. ROUTIER, De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D 2005, n° 2, chron. p 1478 et s., spéc. p 1480.

²⁶⁵ Loi n° 96-314 du 12 avril 1996.

²⁶⁶ Art. L 312-8, 2° bis C. Consom.

²⁶⁷ Conditions énumérées à l'article 87-1 in fine, loi n° 96-314 du 12 avril 1996.

²⁶⁸ Cons. Const. 9 avril 1996, décision n° 96-375 DC, JO 13 avril 1996 p 5731, AJDA 1996 p 369, obs. O. SCHRAMECK, D 1998 Somm. p 150, obs. P. GAÏA

²⁶⁹ TGI Saintes, 21 février 1997, RTDCiv. 1998, p 521, obs. J-P MARGUENAUD ; D 1999 somm. p 23, obs. ML. NIBOYET ; CA Dijon 28 mai 1998, D Affaires 1998, p 1436, obs. C. RONDEY ;

interprétation jurisprudentielle, et non de trancher un litige dans lequel l'État était partie²⁷⁰. La Cour de cassation²⁷¹, a plus récemment, repris cette solution mais en se fondant cette fois sur l'existence « *d'impérieux motifs d'intérêt général* ». Toutefois, à force de recours, certains demandeurs sont parvenus à obtenir satisfaction devant la Cour européenne. Ainsi, dans des arrêts du 14 février 2006²⁷² et du 18 avril 2006²⁷³, la Cour admet l'atteinte à l'article 1^{er} du Protocole n°1 qui garantit le droit de propriété, pour le premier, et l'atteinte à l'article 6 §1 de la Convention européenne, relatif au droit à un procès équitable, pour le second. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « *la décision du Conseil constitutionnel ne saurait suffire à établir la conformité de l'article 87 de la loi du 12 avril 1996, avec les dispositions de la Convention*²⁷⁴ ». Elle retient par ailleurs, et après lecture des travaux préparatoires de cette loi, qu'il n'existe pas d' « *impérieux motifs d'intérêt général* » : « *aucun élément ne vient étayer l'argument selon lequel l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur bancaire et l'activité économique en général auraient été mis en péril, (...) en tout état de cause (...) une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu*²⁷⁵ ». A partir de ces arguments, il devient possible, ce que le professeur Routier réalise, de faire le parallèle avec l'article L 650-1 du Code de commerce créé par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

71. L'éventuelle application de ces décisions au cas de l'article L 650-1 du Code de commerce. À l'instar de l'arrêt du 14 février 2006 de la Cour européenne, il serait possible de retenir que, bien que le Conseil constitutionnel ait établi la conformité de l'article 126 de la loi à la Constitution, il ne saurait le faire en ce qui concerne la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, il est possible que lors d'un éventuel litige relatif à l'irresponsabilité du banquier, l'argument de la méconnaissance des principes de

²⁷⁰ Cass. 1^o civ. 20 juin 2000, 2 arrêts *Crédit Lyonnais c/ Epx Saint-Adam et Epx Lecarpentier c/ Sté Royal St-Georges banque*, Bull. Civ I, n° 191, D 2000, AJ p 341, obs. C. RONDEY, et Jur. p 699, note M-L NIBOYET ; JCP E 2000, p 1663, note S. PIEDELIEVRE, et JCP G 2001, II, 10454, note A. GOURIO. Cass. Ass. Plen. 24 janvier 2003, D 2003, jur. p 1648, note S. PARICARD-PIOUX

²⁷¹ Cass. 1^o civ. 29 avril 2003, n° 00-20062, Bull. Civ. I n° 100, p 77, D 2003, AJ p 1435, obs. V. AVENA-ROBARDET ; Defrénois 2003, art. 37810, p 1183, note E. SAVAUX, RTDCom 2003, p 554, obs. D. LEGEAS ; Cass. 1^o civ. 9 juillet 2003, 2 arrêts n° 99-12.031 et n° 99-15.369

²⁷² CEDH 14 février 2006, n° 67847/01, *Epx Lecarpentier c/ France*, D 2006, AJ p 717, obs. C. RONDEY, LPA 2006, n° 88, p 3 note E. GARAUD, JCP E 2006, p 1208, note J. RAYNAUD, RTDCiv 2006, p 261, obs. JP. MARGUENAUD.

²⁷³ CEDH 18 avril 2006, n° 66018/01, *Epx Vezon c/ France*

²⁷⁴ CEDH 14 février 2006, n° 67847/01, point 47.

²⁷⁵ CEDH 14 février 2006, n° 67847/01, point 50.

« protection des droits et libertés d'autrui, ou de procès équitable²⁷⁶ » présents dans la Convention européenne, soit soulevé. Quant au second moyen, il faut relever, d'une part, comme le suggère le professeur Routier, les difficultés qu'a éprouvées la Chancellerie à justifier la disposition et à la faire accepter lors des travaux préparatoires ; le nombre restreint de condamnations et le faible montant de celles-ci ne justifiaient pas sur le plan économique la mesure. D'autre part, les juges du fond²⁷⁷, qui ont statué sur l'application dans le temps de l'article L 650-1, ont jugé qu'une loi nouvelle, dans le silence du législateur, ne pouvait s'appliquer aux instances en cours que si elle répondait à d'impérieux motifs d'intérêt général, élément qui semblerait faire défaut, dans le cas de l'article L 650-1 du Code de commerce. « Cette disposition se borne à remplacer le critère tiré de l'abus de droit par celui de la fraude, afin, comme l'a précisé le conseil constitutionnel, de clarifier le cadre juridique de la responsabilité des établissements de crédit²⁷⁸ ». Considérons ces arguments fondés, la Cour en viendrait à retenir la méconnaissance de certaines dispositions de la Convention européenne par l'article L 650-1 du Code de commerce, le banquier perdrait dès lors son immunité, et sa responsabilité serait engagée (dans le respect des conditions du droit commun). C'est ainsi que le professeur Routier est allé jusqu'à dire que dans le cas d'une telle décision, c'est la France qui serait condamnée au versement de dommages et intérêts et non le banquier ! Toutefois, si la porte semble ouverte à un contrôle de conventionnalité, il est à noter que le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, n'est possible qu'une fois les recours devant les juges nationaux épuisés²⁷⁹, ainsi la réponse à nos interrogations ne sera pas immédiate. Il faut, néanmoins féliciter la décision du Conseil Constitutionnel, fondée sur l'intérêt général : l'article L 650-1 du Code de commerce, tend à lever les obstacles à l'octroi des apports financiers, nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté. Le législateur se doit de tenir compte des impératifs économiques ; c'est ce qu'il réalise dans la loi de sauvegarde. Le droit des entreprises en difficulté devient un droit économique.

*

* *

²⁷⁶ R. ROUTIER, L'article L 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant », pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ? D 2006, n° 42, chron. p 2916 et s., spécialement n° 10 p 2917

²⁷⁷ CA Versailles 13° ch. 15 décembre 2005, RG n° 05/04191, BICC n° 1238, D 2006, AJ p 1601, obs. A. LIENHARD

²⁷⁸ CA Versailles 13° ch. 15 décembre 2005, RG n° 05/04191, BICC n° 1238, D 2006, AJ p 1601, obs. A. LIENHARD

²⁷⁹ Convention EDH art. 35 §1.

72. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, pose donc un principe de non responsabilité des créanciers pour les préjudices subis du fait des concours consentis à l'entreprise en difficulté. Le principe semble être sans limite, puisqu'aucune précision n'est apportée quant au domaine. En réalité, une étude en profondeur du champ d'application du texte apportera maintes précisions sur les personnes et la matière, visées par le texte.

CHAPITRE 2. LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ

73. La justification du principe par l'inévitable dépendance économique de l'entreprise à ses créanciers. L'article L 650-1 du Code de commerce dispose : « *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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* ». Le principe d'irresponsabilité des créanciers du fait de l'octroi de concours financiers à une entreprise en difficulté est affirmé. Mais quelles sont les relations qui lient ces créanciers à l'entreprise ? Le financement. Les entreprises ont constamment besoin de financement, d'une part, d'un financement à court terme pour les besoins de l'exploitation et d'autre part de financement à long terme. Et nombreuses sont les sources de ce financement. S'agissant du financement à court terme, la source première est interne à la société, de par les ressources du cycle d'exploitation. En effet, les besoins d'exploitation, qui proviennent du décalage entre la période de décaissement (achat de matières premières et de marchandises, paiement des salaires et des services) et la période d'encaissement (vente et règlement des produits finis et marchandises), sont financés par les ressources que ce cycle engendre. Toutefois, ce financement ne couvre pas toujours tous les besoins nés de l'exploitation courante de l'entreprise, et ceux ci devront trouver une autre source de financement. Celui-ci peut intervenir de façon interne grâce à l'épargne de l'entreprise : les excédents passés financent les déficits actuels ; mais il peut également être externe. Deux éventualités se présentent alors, le financement externe non bancaire ou le financement externe bancaire (ou financier). Dans le premier cas, l'entreprise va recourir au crédit inter entreprise, ou aux billets de trésorerie²⁸⁰... Le second cas recouvre quant à lui, les crédits de trésorerie, facilités de caisse, découverts..., le crédit de campagne²⁸¹, l'engagement par signature²⁸², les opérations d'escompte, l'affacturage. D'autre part, un financement à long

²⁸⁰ Article L 511-7 I, 4° du CMF . Ce sont titres négociables, émis par les entreprises à besoin de financement et placés auprès des entreprises à trésorerie excédentaire

²⁸¹ Pour financer une augmentation passagère des besoins de financement en raison d'une augmentation de sa production, il s'agit de faire face à l'activité saisonnière

²⁸² acceptation, caution, aval

terme est indispensable. Il peut être interne et externe, par le crédit-bail, le leasing, l'augmentation de capital, la souscription de capital, l'emprunt obligataire... Ainsi, l'intervention de tiers dans le financement de l'entreprise est primordiale pour son équilibre financier. L'établissement de crédit ne sera donc pas le seul mis en cause en cas de difficulté de l'entreprise. En outre, ces modes de financement interviennent lorsque l'entreprise est in bonis. Lorsque l'entreprise éprouve des difficultés, elle peut recevoir des aides publiques de l'État et des collectivités locales, mais aussi des organismes sociaux et fiscaux sous formes de moratoires de paiement.

74. De multiples sources et formes de financement : un large champ d'application ? Le financement provenant de multiples sources, l'entreprise est en relation avec de nombreuses personnes au titre de divers contrats. Il est logique de vouloir prévoir les relations qui en découlent, et notamment le cantonnement des responsabilités afin de ne pas poser d'obstacle au bon déroulement de la vie de l'entreprise. L'article L 650-1 du Code de commerce participe à ce mouvement. Toutefois, était-il prévu qu'il concerne tous ces contrats et tous ces intervenants ? A défaut de précision du législateur, la jurisprudence devra déterminer le champ d'application à la fois *rationae personae*(section 1) et *rationae materiae*(section 2) de cette nouvelle disposition.

Section 1. Le champ d'application rationae personae

75. L'élargissement du champ d'application au fil de l'élaboration du texte. Dans le projet de loi avancé par la Chancellerie, le principe d'irresponsabilité était réservé aux créanciers bénéficiant du privilège de New money de la procédure de conciliation²⁸³, c'est-à-dire aux seuls créanciers qui ont consenti un nouvel apport en trésorerie dans l'accord de conciliation homologué. Deux amendements²⁸⁴ des parlementaires ont souhaité le faire bénéficier à tous les créanciers, dans n'importe quelle procédure, en plaçant la disposition en tête du titre V relatif aux « responsabilités et sanctions », du livre VI du Code de commerce. Le souci des juges sera de délimiter le domaine d'application *rationae personae* de ce nouveau principe d'irresponsabilité. Convient-il de faire bénéficier de cette immunité, toutes les personnes auparavant susceptibles de voir leur responsabilité engagée au titre du soutien

²⁸³ C. Com. art. L 611-1.

²⁸⁴ Amendements n° 575 et n° 602 portant article additionnel après l'article 142. X De ROUX, 2^e séance du 3 mars 2005: JOAN 4 mars 2005, p 1633.

abusif ? Or depuis l'arrêt Laroche de 1976²⁸⁵, les juges autorisent le mandataire judiciaire²⁸⁶ à agir en responsabilité contre « toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif » du débiteur défaillant. La jurisprudence en la matière ayant fortement évolué depuis la reconnaissance de la responsabilité du banquier pour soutien abusif, d'autres « créanciers », que le seul banquier, se sont trouvés poursuivis à ce titre, de sorte que peu de temps avant l'entrée en vigueur de l'article L 650-1 du Code de commerce, toute personne sans distinction, personne publique ou personne privée pouvait voir sa responsabilité mise en jeu²⁸⁷. La jurisprudence a, par la suite, imposé certaines limites quant à la reconnaissance de la faute, mais le principe est posé. Est-il possible, dès lors, de penser que le législateur, lors de l'élaboration de la loi de sauvegarde, a, pour contrer le phénomène de généralisation de la mise en jeu de la responsabilité de créanciers, posé, certes en termes quelque peu différents, mais d'application générale, le principe de non responsabilité ? Non seulement le banquier, mais aussi toutes les autres personnes ayant la qualité de créancier bénéficieraient de cette immunité. Comme le soulignait Monsieur Xavier De Roux, l'amendement n° 602, avait pour objectif, de généraliser le bénéfice de la disposition à d'autres personnes, de ne pas la cantonner aux seuls établissements de crédit²⁸⁸. Il paraît donc opportun de concevoir largement le terme de « créancier », employé par le législateur. Il conviendrait donc de considérer comme créancier, toute personne ayant apporté son soutien financier à l'entreprise en difficulté, et non uniquement la « personne à qui le débiteur doit quelque chose (en nature ou en argent)²⁸⁹ ». Dès lors, si le texte paraît bénéficier aux banques (§1) et aux autres créanciers de l'entreprise (§2), peut-il bénéficier par ailleurs à certaines personnes, qui ne sont pas « créancières » de la société et qui pourtant lui apportent un soutien financier (§3) ?

²⁸⁵ Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, DS 1976, jur. p 277, F. DERRIDA et J-P SORTAIS ; JCP G 1976 II 18327 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; JCP G 1976, I, 2786, note J. GHESTIN ; Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s. M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1976, 1, jur., p 412, (journal n°168, du 16 juin 1976) obs. B BOULOC ; Revue Sociétés 1976, p 126, note A. HONORAT ;

²⁸⁶ Autrefois le syndic.

²⁸⁷ G-A LIKILLIMBA, La responsabilité civile d'un organisme de sécurité sociale pour soutien abusif, Banque et Droit, n° 98, novembre décembre 2004, p 19 et s., notamment n° 2.

²⁸⁸ Intervention de X. De ROUX, JOAN 2° séance, du 3 mars 2005, p 1635.

²⁸⁹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, PUF, 8°éd. 2007, v° « créancier ».

§ 1. Les banques

76. Une multitude de « banques ». Lors de l'élaboration du nouvel article L 650-1 du Code de commerce, divers propos et de sévères critiques, ont été avancés, notamment celui d'un « *privilège fait aux banquiers* ». Il convient donc de définir ces « banquiers », pour qui le principe d'irresponsabilité semble avoir été organisé. Le terme vise en premier lieu les établissements de crédit à proprement parler (A). Mais il sera opportun d'apprécier cette qualité au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce et du droit des entreprises en difficulté, de sorte que certains organismes pourraient être assimilés aux établissements de crédit : c'est notamment le cas des hedge funds (B).

A. Les établissements de crédit

77. Définition de la notion d'établissement de crédit. Les « banquiers », est une expression générique visant les établissements de crédit. Les établissements de crédit, selon l'article L 511-1 du Code monétaire et financier, « *sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L 311-1* ». La notion peut donc s'apprécier par rapport à deux idées : la qualité de personne morale, d'une part, et l'exercice d'opérations de banque, d'autre part. La qualité d'établissement de crédit ne peut donc être attribuée à une personne physique. Seule une personne morale peut recevoir l'agrément, il peut donc s'agir d'une société sans qu'elle soit nécessairement commerciale. Mais si l'établissement de crédit doit nécessairement être une personne morale, ses agents peuvent par leurs faits engager la responsabilité de celui-ci, en particulier lorsqu'ils se rendent coupables des faits constitutifs de banqueroute²⁹⁰. En matière civile, en revanche, la responsabilité du « banquier » est bien souvent celle de la personne morale et non celle de l'agent responsable de la faute, en cas de responsabilité délictuelle, ou de l'inexécution, en cas de responsabilité contractuelle. Ensuite, l'exercice d'opérations de banque de manière habituelle est indispensable à la qualité d'établissement de crédit. L'opération de banque « *comprend la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement*²⁹¹ ». Or l'opération à l'origine du contentieux sous l'empire du droit antérieur, et de la création du principe d'irresponsabilité par la nouvelle loi de sauvegarde, est celle de la fourniture de crédit.

²⁹⁰ Cf Infra.

²⁹¹ CME, art. L 311-1.

L'opération de crédit est définie par l'article L 313-1 du Code monétaire et financier comme « *tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ». Les établissements de crédit peuvent encore effectuer d'autres opérations²⁹², connexes à leur activité, telles que des opérations de change, le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ou de gestion financière... L'établissement de crédit bénéficie par ailleurs, d'un monopole en la matière. L'article L 511-5 du Code monétaire et financier dispose : « *il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel* ».

78. Délimitation du domaine. Les établissements de crédit sont soumis à un agrément. Les 747 établissements de crédit existant en France²⁹³, se répartissent en deux groupes en fonction des opérations qu'ils réalisent : un premier groupe est constitué des établissements bénéficiant d'un plein agrément leur permettant d'effectuer toutes les opérations de banque, y compris la réception de fonds du public à vue ou à moins de deux ans de terme, sans limitation²⁹⁴ ; le second regroupe les établissements de crédit disposant d'un agrément limité, qui ne les autorise à effectuer que les opérations expressément mentionnées dans cet agrément ou, le cas échéant, par leur statut propre, et ne pouvant recevoir des fonds du public à moins de deux ans de terme qu'à titre accessoire²⁹⁵. Dans le premier groupe, figurent tout d'abord, les banques commerciales, telles les banques universelles comme la BNP et la Société Générale, ou les banques qui comptent dans leur clientèle les grandes entreprises et qui sont tournées vers les opérations de marché et les activités internationales (Calyon ou Natixis) ou qui disposent d'une importante clientèle de particuliers et de professionnels et de nombreux guichets (Crédit Lyonnais), ou encore les banques régionales et locales²⁹⁶, les banques de financement spécialisé²⁹⁷, les banques de marché²⁹⁸, les banques de groupe²⁹⁹, les banques dépendantes de groupes étrangers, les banques pour l'outre mer, et les banques de gestion de patrimoine. Y figurent ensuite les banques mutualistes³⁰⁰

²⁹² CMF, art. L 311-2

²⁹³ Au 31 décembre 2007, source : CECEI, Rapport pour 2007, p 141.

²⁹⁴ Composé fin 2007, de 337 établissements de crédit. Source CECEI, Rapport pour 2007.

²⁹⁵ CECEI, Rapport pour 2007, p 141.

²⁹⁶ Pour les particuliers et PME d'une zone limitée

²⁹⁷ A certains types de crédit

²⁹⁸ Opérations de placement, d'arbitrage et de gestion sur les divers compartiments du marché des capitaux source : CECEI, Rapport pour 2007, p 142.

²⁹⁹ Dont la majorité de leur capital est détenu par des groupes non bancaires

³⁰⁰ Pour une étude d'ensemble, voir M-H. MONSERIÉ-BON, Coopérative de crédit, Rép. Sociétés, Dalloz, septembre 2005.

constituées par le réseau des Banques populaires, le réseau du Crédit agricole mutuel, celui du Crédit mutuel et le réseau des Caisses d'épargne, et dont les missions sont traditionnellement attachées au financement de l'économie sociale, locale et professionnelle³⁰¹. S'y intègrent enfin, les caisses de crédit municipal³⁰², qui peuvent exercer toutes les opérations de banque mais dans les limites des textes législatifs et réglementaires. Ce sont des établissements publics communaux de crédit et d'aide sociale, qui ont notamment pour mission de combattre l'usure par l'octroi de prêts sur gages corporels dont ils ont le monopole³⁰³. Le second groupe est composé des sociétés financières³⁰⁴, et des institutions financières spécialisées. Les sociétés financières disposent d'une spécialisation d'activité liée à la nature des opérations et aux techniques de financement, telles que le prêt à moyen et long terme aux particuliers ou aux entreprises, le crédit-bail immobilier ou crédit-bail mobilier, l'affacturage, la caution de crédits aux particuliers ou aux entreprises et garanties diverses, la gestion de moyens de paiement³⁰⁵. Les institutions financières spécialisées³⁰⁶, quant à elles, sont des établissements auxquels l'État a confié une mission permanente d'intérêt public. Elles ne doivent pas effectuer d'autres opérations de banque que celles afférentes à cette mission, sauf à titre accessoire. Elles sont constituées de trois sociétés de développement régional, d'un établissement dont la vocation principale est d'apporter des concours à moyen ou long terme, des garanties ou des fonds propres à de petites et moyennes entreprises (OSEO Garantie), d'un établissement spécialisé dans la garantie du financement du logement social (la Caisse de garantie du logement locatif social), de l'Agence française de développement³⁰⁷, et d'un établissement chargé d'assurer des fonctions de négociation sur les marchés réglementés français, Euronext Paris³⁰⁸.

79. L'élargissement du domaine. L'établissement de crédit est par conséquent la personne la plus apte à exercer l'activité de fourniture de crédit ; il a entre ses mains toutes les qualités et compétences pour effectuer au mieux cette mission. Néanmoins certains investisseurs qui ne possèdent pas cette qualité d'établissement de crédit, seraient susceptibles d'y être assimilés. Peuvent-ils bénéficier de l'immunité de l'article L 650-1 du Code de commerce ?

³⁰¹ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien 7^e éd. 2007, n° 131, p 92-93.

³⁰² Au nombre de 18 fin 2007, CECEI, Rapport pour 2007.

³⁰³ CECEI, Rapport pour 2007, p 142.

³⁰⁴ CMF, Art. L 515-1.

³⁰⁵ Tels cartes et chèques de voyage, ou systèmes de monnaie électronique

³⁰⁶ Au nombre de 7 fin Décembre 2007, Source : CECEI, Rapport pour 2007, p 158.

³⁰⁷ intervenant en faveur des pays en voie de développement

³⁰⁸ CECEI Rapport pour 2007, p 158.

B. Le cas particulier des hedge funds

80. Définition. Un hedge fund ou fonds spéculatif est un organisme de gestion collective, fonctionnant sur le même principe que les OPCVM ou les Mutual funds américains, mais investi dans une stratégie alternative. Cette technique de gestion alternative a été développée il y a près de soixante ans, le premier hedge fund ayant été créé en 1949, essentiellement aux États-Unis. Elle représentait, en 2007, un encours de plus de 1 500 milliards de dollars, réparti en quelque 10 000 fonds d'investissement spéculatifs³⁰⁹ (hedge funds) dans le monde. « *Contrairement à certaines idées reçues, la France présente un réel intérêt pour ces opérateurs financiers puisque selon Eurohedge, notre pays avait attiré 5% des actifs des hedge funds européens au premier semestre 2005, devenant ainsi leur seconde priorité européenne*³¹⁰ », constate Monsieur Xavier De Roux dans son rapport pour la commission des lois sur la mise en application de la loi de sauvegarde des entreprises.

81. Missions. La gestion alternative, par les hedge funds, se donne pour objectif d'atteindre un niveau de performance absolue, de préférence stable, en dehors de toute corrélation avec la tendance générale du marché d'actions ou d'obligations, tout en minimisant les risques et en garantissant le capital investi. Le métier des hedge funds, particulièrement technique et spécialisé, est généralement pratiqué par des gérants expérimentés, indépendants et dont la fortune personnelle est souvent pour partie engagée dans le fonds. Un hedge fund se spécialise généralement dans une stratégie alternative précise, c'est pourquoi il en existe autant de sortes que de stratégies alternatives. Les hedge funds aiment alors à investir dans les grandes entreprises. Nombreux sont ceux spécialisés en particulier dans le redressement d'entreprises en difficulté. Au préalable, ils sont désormais susceptibles de fournir des concours, en particulier aux grandes entreprises, au moment de la procédure de conciliation, bénéficiant ainsi du privilège de New Money. Quel est dès lors leur véritable rôle ? Peuvent-ils être assimilés à des établissements de crédit ?

82. Reconnaissance de la qualité d'établissement de crédit dans le cadre des comités de créanciers. La jurisprudence a soulevé la question dans le cadre de l'affaire Eurotunnel³¹¹. Lors de l'élaboration du plan de sauvegarde, les hedge funds refusaient d'intégrer le comité

³⁰⁹ Chiffres tirés de : J-P. MUSTIER et A. DUBOIS, Risques et rendement des activités bancaires liées aux hedge funds, Banque de France, Revue de la stabilité financière, Numéro spécial hedge funds, n° 10, Avril 2007, p 93 et s.

³¹⁰ X. De ROUX Rapport n° 3651, du 31 janvier 2007. Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

des établissements de crédit et ainsi de se soumettre aux règles de l'article L 626-30 du Code de commerce. *« Les fonds spéculatifs (ou hedge funds) peuvent-ils être inclus dans le comité de créanciers regroupant les établissements de crédit de l'entreprise en difficulté, auquel cas les règles de majorité qualifiée et, en cas de manœuvres abusives pour gêner l'aboutissement du plan de sauvegarde, de responsabilité leur sont opposables au même titre que n'importe quelle banque traditionnelle lors de l'approbation du plan ?³¹² »* La question de leur contribution aux comités de créanciers provient d'une contradiction entre l'article L 626-30 du Code de commerce tel qu'il ressort de la loi de sauvegarde des entreprises et l'article R 626-55³¹³, sur la compréhension de la notion d'établissement de crédit, au travers de la détermination de la composition des comités de créanciers. L'article L 626-30 évoque simplement les établissements de crédit, tandis que le décret dispose *« L'administrateur, dans le délai de trente jours après le jugement d'ouverture, avise chacun des établissements de crédit créanciers du débiteur qu'il est membre de droit du comité des établissements de crédit. Ces établissements sont ceux mentionnés à l'article L 511-1 du code monétaire et financier, les institutions mentionnées à l'article L 518-1 du même code et les établissements intervenant en libre établissement ou en libre prestation de services sur le territoire des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen mentionnés au livre V du même code »*, autrement dit ceux qui exercent des opérations de banque au sens le plus traditionnel et pour lesquels le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie a donné son agrément³¹⁴. La loi l'envisage donc très largement, le décret de façon beaucoup plus stricte. Dans l'affaire Eurotunnel, le juge consulaire, le 15 novembre 2006 a retenu que *« en achetant des créances en cours, les fonds spéculatifs participent à une opération de banque et sont, de ce fait assimilables à un établissement de crédit³¹⁵ »*.

³¹¹ « En 1998, les 250 établissements prêteurs restructurent la dette. Les créances douteuses sont converties en actions ou bradées. Aujourd'hui, les banques n'en détiennent plus que 30% mais seulement 6% du capital. Les «hedge funds» (fonds spéculatifs) prennent le relais. Acquéreurs des crédits décotés (-38% en moyenne), ces fonds spéculatifs, basés dans des paradis fiscaux, possèdent 70% des dettes ».

S. COURAGE, Les conjurés d'Eurotunnel, Le nouvel Observateur, n° 2050, semaine du 19 février 2004.

³¹² Voir sur ce point, X. De ROUX Rapport n° 3651, du 31 janvier 2007. Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, p 50.

³¹³ Ancien article 164 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises .

³¹⁴ X. De ROUX Rapport n° 3651, du 31 janvier 2007. Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, p 50.

³¹⁵ Voir sur ce point, X. De ROUX Rapport n° 3651, du 31 janvier 2007. Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, p 50.

Par cette interprétation, les hedge funds se trouvaient en l'espèce assimilés à des établissements de crédit, et ne pouvaient dès lors échapper au comité des établissements de crédits et aux règles qui s'y rattachent. L'inclusion des hedge funds dans le comité des établissements de crédit dépend de la nature de la créance et non du statut du créancier³¹⁶.

83. Une possible assimilation dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce ?

Pourrions-nous appliquer la solution adoptée dans le cadre des comités de créanciers à l'application du principe d'irresponsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce ? Les hedge funds investissant dans une entreprise, soumise, par la suite, à une procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire, peuvent-ils bénéficier du principe d'irresponsabilité, et peut-être encourir une responsabilité pour soutien abusif dans l'une des trois hypothèses prévues par la nouvelle réglementation ? La réponse semble être affirmative. En effet, si selon les opérations qu'ils réalisent, les hedge funds sont assimilés à des établissements de crédit dans le cadre des comités de créanciers, il convient de leur appliquer également les dispositions de l'article L 650-1. Par ailleurs, le projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté prévoit l'inclusion des hedge funds au sein des comités des établissements de crédit, comme le prévoyait le rapport de Monsieur Xavier De Roux³¹⁷. Certains estiment toutefois qu'en tant que créanciers plus rigides et exigeants, et non astreints aux mêmes règles que les autres établissements de crédit, ils risquent de faire échouer les négociations au sein des comités³¹⁸. Toutefois, cette assimilation, appliquée à l'article L 650-1 du Code de commerce, est peut être inutile, la disposition ne visant pas expressément les établissements de crédit, mais au contraire tous les créanciers apportant des concours. Or les hedge funds ont vocation à financer les entreprises³¹⁹. Cette seule qualité les ferait bénéficier de la nouvelle réglementation sur la responsabilité pour soutien abusif.

³¹⁶ G. BREMOND et E. SCHOLASTIQUE, Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires, JCP E n° 10, 9 Mars 2006, 1405.

³¹⁷ X. De ROUX Rapport n° 3651, du 31 janvier 2007. Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, p 50.

³¹⁸ G. TEBOUL, Les accords « Bâle II » et les entreprises en difficulté, RLDA Juillet-Août 2008, n° 29, in Colloque Les Entretiens de la Sauvegarde, 28 janvier 2008, n° 1762 p 90 et s., spéc. p 93.

³¹⁹ Toutefois, ils se sentent encouragés par les mesures des nouveaux accords Bâle II applicables en France depuis début 2008, à céder les prêts « à risque » le plus rapidement possible, c'est-à-dire dès la constatation de la naissance du risque, ce qui ne favorise pas la situation des entreprises en difficulté : voir, G. TEBOUL, Les accords « Bâle II » et les entreprises en difficulté, RLDA Juillet-Août 2008, n° 29, in Colloque Les Entretiens de la Sauvegarde, 28 janvier 2008, n° 1762 p 90 et s., spéc. p 92.

§ 2. Les autres « créanciers » de l'entreprise en difficulté

84. Détermination des autres créanciers du débiteur. Malgré le monopole conféré aux établissements de crédit pour l'octroi de crédits, nombreuses sont les personnes créancières de l'entreprise qui apportent des concours financiers. La suite du texte de l'article L 650-1 du Code de commerce, « *du fait des concours* », est susceptible d'apporter des précisions sur les personnes visées par le texte. En effet, le terme de concours, dont une étude approfondie sera réalisée plus loin, n'est employé en dehors de ce texte, que dans l'article L 313-12 du Code Monétaire et Financier, qui dispose « *tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise (...)* ». Ce texte se limite explicitement aux établissements de crédit³²⁰. Or l'article L 650-1 du code de commerce n'apportant pas cette précision, il faut pouvoir inclure dans le champ d'application de l'article tout créancier non bancaire, qui a consenti un concours. La question s'est notamment posée pour les associés. Ceux-ci réalisent bien souvent des apports ; bénéficient-ils des dispositions de l'article L 650-1 ? Monsieur Montebourg, lors de l'examen du projet de loi par la Commission des lois constitutionnelles en février 2005³²¹, avait souhaité limiter le champ des personnes pouvant bénéficier des avantages accordés aux apporteurs « d'argent frais » dans l'accord homologué de conciliation. Cet amendement a été rejeté par la Commission, sur avis notamment de Monsieur Pascal Clément, président, qui a insisté sur la nécessité de favoriser ceux qui acceptent de prendre un nouveau risque ; « *il s'agit ainsi de faire preuve de pragmatisme et de prendre les dispositions nécessaires pour inciter chacun à accepter d'apporter de l'argent frais* ». Les associés bénéficiaient donc, à ce stade de la procédure, de la limitation de responsabilité. Il convient donc aujourd'hui d'appliquer le même raisonnement, l'objectif de l'article L 650-1 étant de promouvoir le financement des entreprises en difficulté de toute part, et non simplement par voie bancaire. Par ailleurs, les entreprises et notamment les fournisseurs sont, autant que les établissements de crédits, et les associés susceptibles de procurer à l'entreprise un concours financier. On peut alors parler de crédit « face-à-face ». Ce type de crédit peut intervenir entre entreprises en simples relations commerciales (A) ou bien entre entreprises liées, c'est-à-dire au sein de groupes de sociétés (B).

³²⁰ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7^e éd. 2007, p 444, n^o 635

³²¹ Rapport n^o 2095 présenté par M. X. De ROUX, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n^o 1596) de sauvegarde des entreprises, du 11 février 2005, article 8 Avantages accordés aux apporteurs de capitaux pour la poursuite de l'activité, p 129 et s.

A. Le crédit « face-à-face » entre entreprises en relations commerciales

85. Une multitude de créanciers. Le crédit inter-entreprise revêt plusieurs formes : il peut s'agir de crédits hypothécaires notariaux, de prêts de la part d'industriels à leurs distributeurs aux fins de financement de leur fonds de commerce en garantie d'un engagement d'approvisionnement exclusif³²², ou encore de prêts participatifs, de billets de trésorerie... Le crédit inter-entreprise peut également prendre la forme de délais de paiement. Par cette multitude de techniques qui s'offrent aux entreprises, les partenaires sont nombreux³²³. Et nombreux sont ceux dont la responsabilité a été mise en cause. Le principe de la recevabilité de l'action en responsabilité pour soutien abusif à l'encontre du fournisseur a été notamment consacré par la Chambre commerciale dans un arrêt du 30 octobre 2000³²⁴, dans lequel la Cour de cassation cassa néanmoins la décision de la Cour d'appel qui avait retenu la responsabilité du fournisseur alors qu'elle n'avait pas précisé « *en quoi la situation de la débitrice était irrémédiablement compromise au moment où le fournisseur lui a fait crédit et si celui-ci, peu important qu'il ait agi par intérêt personnel, la savait ou aurait du le savoir* ».

86. Les concédants. Les concédants, c'est-à-dire les personnes accordant une concession commerciale, se sont trouvés dans cette hypothèse, comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry, du 16 avril 1992³²⁵. La concession commerciale est le « *contrat de fourniture qui réserve au concessionnaire l'exclusivité de la distribution d'un produit sur un territoire déterminé et emporte en général de la part de ce dernier, engagement de s'approvisionner exclusivement auprès du concédant en produit contractuel*³²⁶ ». Dans cette affaire, une compagnie pétrolière qui avait maintenu ses livraisons à un distributeur, bien qu'elle avait été « réglée » par des chèques sans provision, avait usé de son influence pour lui obtenir un prêt bancaire, alors que les banquiers habituels du distributeur avaient mis fin à leurs concours. La compagnie pétrolière concédante a été condamnée au versement de dommages et intérêts, au titre du soutien abusif. Récemment, la responsabilité d'un

³²² Par exemple brasseur et débitant de boissons, ou encore pétroliers et pompistes.

³²³ Le financement fournisseur dépasse ainsi, dans de nombreux secteurs d'activités, le financement bancaire : « dans le bâtiment et le commerce de gros, notamment, l'endettement fournisseurs représente près de la moitié de l'endettement par entreprise défaillante » : J-C. CABOTTE, Les établissements de crédit créanciers : dix ans d'évolution législative, JCP E 2006, n° 41, n° 2454, p 1713 et s., notamm. p 1718, n° 30.

³²⁴ Cass. com. 30 octobre 2000, SA Affichage Giraudy c/ Delaby, n° 97-21.154, Jurisdata n° 006679, JCP E 2000, panorama p 2029.

³²⁵ CA Chambéry, 16 avril 1992, JCP E 1992, 168, p 384 n° 24, obs. M. CABRILLAC ; Voir aussi, Pau 28 avril 1993, D 1995 somm. 79, obs. FERRIER ; Cass. com 9 mars 1995, D 1997, somm. 54, obs. FERRIER

³²⁶ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8° éd. 2007, v° « concession ».

concedant a été, de nouveau, retenue dans un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 26 juin 2007³²⁷. Dans cette affaire, le concedant était accusé d'avoir poursuivi ses relations commerciales avec son concessionnaire en dépit d'une situation financière obérée et d'un état de cessation des paiements, et a donc été condamné pour soutien abusif, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, afin qu'il supporte une partie du passif qui s'est constitué pas sa faute. En effet, en agissant ainsi, le concedant a trompé les autres créanciers sur la véritable situation financière du concessionnaire, en leur faisant croire qu'il bénéficiait de son appui commercial et financier. Alors même que le concessionnaire se trouvait en état de cessation des paiements et que ses capitaux propres étaient négatifs, le concedant, fournisseur exclusif du débiteur, a continué à l'approvisionner en matériel sans recevoir de paiement en contrepartie, lui assurant ainsi des facilités de caisse sur sa propre trésorerie.

87. Les franchiseurs. Leur responsabilité pour soutien abusif a été assez rarement mise en jeu, autant que les condamnations. Certains arrêts témoignent de cette activité jurisprudentielle, notamment un arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 2001, ou de la Cour d'appel de Paris du 23 mai 2001³²⁸, qui ne retiennent pas la responsabilité du franchiseur. On peut noter toutefois, le rejet par la Cour de cassation³²⁹, d'un pourvoi formé contre un arrêt³³⁰ ayant condamné une banque et un franchiseur en paiement de dommages et intérêts pour soutien abusif de l'activité du franchise³³¹.

88. Les fournisseurs. Dans un arrêt du 11 septembre 2003 de la Cour d'appel de Versailles, un fournisseur de crédit occasionnel a vu sa responsabilité mise en jeu pour octroi abusif de crédit³³². La Poste avait en effet, poursuivi son partenariat avec la société débitrice et lui octroyait régulièrement des délais de paiement, ainsi qu'une remise de dette ; autant d'éléments qui étaient de nature à créer une apparence trompeuse de solvabilité. De façon similaire, dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 2007³³³, une société

³²⁷ CA Colmar, 26 juin 2007, Jurisdata n° 2007-341570

³²⁸ Cass. com. 27 mars 2001, RJDA 8-9/ 2001, n° 879, CA Paris, 23 mai 2001, Jurisdata n° 2001-154165 : dans ces deux hypothèses, les conditions requises pour retenir la responsabilité du franchiseur n'étaient pas réunies (connaissance de la situation irrémédiablement compromise)

³²⁹ Cass. com. 12 avril 2005, pourvoi n° 04-10.010, rejet au motif que le moyen était mélangé de fait et de droit.

³³⁰ CA Caen 16 octobre 2003, inédit.

³³¹ SIMON et ASSOCIES, (avec le concours du cabinet d'avocats...), Procédures collectives, in Dossier Le contrat de franchise, un an d'actualité, LPA, n° spécial, 9 novembre 2006, p 47 et s., notamm. n° 159, p 48.

³³² CA Versailles, 11 septembre 2003, RJDA 2004, n° 64

³³³ Cass. com. 27 février 2007, pourvoi n° 06-13.649, Jurisdata 2007-037790, Bull. Civ. IV. N° 72, Revue Proc. Coll. Avril-mai-juin 2008, p 75, n° 95, obs. A. MARTIN-SERF ; LPA 16 nov. 2007, n° 230, p 8, note C. COUTANT-LAPALUS.

coopérative agricole, fournisseur de farine de sociétés exerçant une activité de pâtisserie et de panification mises en liquidation judiciaire, a vu sa responsabilité engagée pour soutien abusif et la Cour a déclaré que la coopérative avait fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective et était donc tenue de réparer l'intégralité de l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'elle avait ainsi contribué à créer. De même, la Cour d'appel de Pau, le 13 février 2007³³⁴, a retenu la responsabilité d'un fournisseur pour soutien abusif en raison de l'immixtion de celui-ci dans les affaires de son débiteur, et qui a par ce biais, accordé des avances de trésoreries ruineuses. Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence³³⁵, la responsabilité civile d'un fournisseur a également été mise en jeu pour avoir abusivement continué les livraisons et consenti des délais de paiement à la société débitrice. Toutefois, il n'a pas été condamné, du fait de l'absence des conditions que requiert la jurisprudence dans une telle situation (connaissance de la situation irrémédiablement compromise).

89. Les fournisseurs : des bénéficiaires de l'immunité de l'article L 650-1 du Code de commerce. Dès lors, si autant de partenaires de l'entreprise étaient susceptibles de voir leur responsabilité civile mise en jeu pour soutien abusif, il convient de les considérer comme des bénéficiaires de l'exclusion de responsabilité prévue à l'article L 650-1 du Code de commerce. S'agissant du franchiseur, la doctrine et les praticiens du droit³³⁶ estiment que la disposition nouvelle s'applique à eux et donc à tous les créanciers, de plein droit, étant donné l'absence de précision dans la formulation du texte.

B. Le crédit intra-groupe

90. La légitimité du système. Le crédit-intra-groupe concerne les opérations de trésorerie au sein des groupes de société. Et ces opérations de trésorerie internes revêtent de nombreux avantages sur le plan technique. Elles permettent la mobilité des capitaux et l'ajustement des excédents de certaines sociétés du groupe aux besoins réels des autres³³⁷. De plus, cette pratique n'entraîne pas nécessairement des flux réels de fonds : la société mère laisse subsister au compte courant de la filiale les dividendes qu'elle lui doit. Les taux pratiqués sont par ailleurs librement négociés, sous la condition qu'ils assurent une rémunération normale à la société prêteuse³³⁸. La constitution de garanties n'est pas nécessaire car la

³³⁴ CA Pau, 13 février 2007, Jurisdata n° 2007-339756.

³³⁵ CA Aix-en-Provence, 17 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-264975.

³³⁶ SIMON et ASSOCIES, (avec le concours du cabinet d'avocats...), Procédures collectives, in Dossier Le contrat de franchise, un an d'actualité, LPA, n°spécial, 9 novembre 2006, p 47 et s.

³³⁷ O. PASTRE, Les financements inter entreprise, thèse Paris I, 1975.

³³⁸ CE 7 octobre 1988, Banque 1989, 105 et 106, obs. D. LAROCHE.

solvabilité de la société emprunteuse est connue et suivie. Par ailleurs, ce crédit intra-groupe constitue un des éléments de la stratégie des entreprises. Il est en effet avéré que « *la finance est une des clefs de l'intégration des groupes industriels, et l'un des leviers de leur puissance économique*³³⁹ ». Ce type de crédit est souple et fonctionne avec un minimum de contraintes. Outre sa légitimité économique, l'article L 511-7 I 3^{ment} du Code Monétaire et Financier, qui autorise les entreprises à « *procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées, un pouvoir de contrôle effectif sur les autres* », lui donne sa légitimité juridique.

91. Les conditions du crédit-intra-groupe. Cette pratique a toutefois engendré un certain contentieux³⁴⁰, notamment en ce qui concerne la condition du lien de capital requise pour la validité de l'opération. En effet, le texte ne précise pas l'importance de ce lien : doit-il être de 50%, ou bien un taux inférieur est-il suffisant ? La notion de contrôle est une notion pragmatique, tenant aux circonstances de fait³⁴¹. Ainsi, dans un arrêt du 10 décembre 2003³⁴², le contrôle exercé par une personne physique sur deux sociétés sœurs, répondait aux critères établis par l'article L 511-7, 3^{ment} du Code monétaire et financier. Une autre question pose des difficultés, celle de la notion d'opération de trésorerie. Selon le professeur Stoufflet, elle désigne « *l'argent liquide dont on dispose*³⁴³ ». Dès lors, de nombreuses questions se posent : cette notion englobe-t-elle les dépôts³⁴⁴, en plus des opérations de crédit ? Quelle doit être la durée de l'opération ? Les auteurs sont restés divisés sur ces questions, avant que les pouvoirs publics décident d'adopter une interprétation large des opérations de trésorerie : les dispositions de l'article L 511-7 3^{ment} du Code monétaire et financier, « *doivent être interprétées sans aucune restriction. Elles permettent tous les types d'opérations, quelle que soit leur durée, à court, moyen ou long terme, et quelle que soit*

³³⁹ Brac de la Perrière, Colloque Cannes, 26 à 28 mars 1971.

³⁴⁰ CA Paris 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986, 2, 479, note J-P. MARCHI ; RDBF 1987, 93, obs. M. JEANTIN et A. VIANDIER

³⁴¹ Cf ANSA, Opérations de trésorerie dans les groupes de sociétés : dérogation au monopole bancaire (notion de « contrôle », n° 411, CJ du 5 mars 1997.

³⁴² Cass. com. 10 décembre 2003, n° 02-13449 : « *M. Z... qui dirigeait les deux sociétés, détenait, en 1995, une participation majoritaire dans le capital de la société Semeca et une participation égalitaire dans le capital de la société Enerdyne, la cour d'appel a pu en déduire que les conditions du contrôle effectif prévues par la loi étaient remplies entre ces deux sociétés "sœurs" au jour de la signature de la convention de "gestion de trésorerie", peu important que ce contrôle soit assuré par une personne physique en qualité d'entrepreneur individuel ou de dirigeant de sociétés* »

³⁴³ J. STOUFFLET, La trésorerie : existe-t-il une notion juridique ?, in Colloque « la trésorerie et le financement des entreprises », RJ Com. n° spécial de novembre 1989, p 26.

³⁴⁴ D. OHL Les opérations de trésorerie de l'article 12-3 de la loi du 24 janvier 1984, in Colloque « la trésorerie et le financement des entreprises » 1989, RJCom n°spécial de novembre 1989, p 33 et s., spéc. n° 13.

*leur forme, les opérations pouvant être aussi bien des prêts directs que des engagements par signature*³⁴⁵». Une autre condition doit être respectée : ce lien de capital doit concrétiser la maîtrise, la domination d'une société sur l'autre, quant aux décisions prises au sein de l'organe de direction où se décide le sort économique et financier de la société contrôlée. Une relation de pouvoir doit exister, peu importe le sens de la domination. Par ailleurs, le droit des sociétés apporte lui aussi son lot de contraintes. Par exemple, il est requis que tout concours financier au sein d'un groupe soit, sous peine des sanctions des articles L 241-3 (SARL) ou L 242-6 (SA) du Code de commerce³⁴⁶, dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié en regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe. Autrement dit, il doit exister une contrepartie, le concours financier ne doit pas rompre l'équilibre des engagements pris par les diverses sociétés et ne doit pas excéder les possibilités financières de la société emprunteuse³⁴⁷. L'opération de trésorerie doit donc servir l'intérêt du groupe, et ne tendre qu'à un « *ajustement des besoins de financement des sociétés qui en sont membres*³⁴⁸ ». Toutefois, cette pratique des crédits intra-groupe comporte des risques non négligeables, notamment la confusion de patrimoine. Il arrive que ces flux financiers entre les sociétés du groupe entraînent une « *interdépendance passive des patrimoines sociaux* », c'est-à-dire un transfert des dettes, qui avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, le 1^{er} janvier 2006, pouvait être sanctionné par l'extension de la procédure collective à la société prêteuse³⁴⁹.

92. Les sanctions du non respect des conditions. Cependant, toutes ces questions relatives à la notion d'opération de trésorerie et aux diverses conditions requises pour la validité de ces concours sont importantes, car si celles-ci ne sont pas remplies, l'entreprise sera susceptible d'encourir les sanctions pour méconnaissance du monopole bancaire prévues à l'article L 571-3 du Code monétaire et financier³⁵⁰.

³⁴⁵ Comité des Établissements de Crédit et des Entreprises d' Investissement (CECEI) Rapport pour 2001, p 77

³⁴⁶ Emprisonnement de cinq ans et amende de 375000 euros.

³⁴⁷ Cass. crim. 4 février 1985, n° 84-91581, Bull. crim. 1985 n° 54, D 1985, jur. p 478, note D. OHL ; CA Paris 29 mai 1986, RDBB 1987, p 92, obs. M. JEANTIN et A. VIANDIER

³⁴⁸ D. OHL, Les opérations de trésorerie de l'article 12-3 de la loi du 24 janvier 1984, in Colloque « la trésorerie et le financement des entreprises » 1989, RJCom n°spécial de novembre 1989, p 33 et s., spéc. p 41.

³⁴⁹ C. Com. Art. L 624-5 (ancien) (article 182 de la loi du 25 janvier 1985) ; Cass. com. 26 avril 1994, RJDA 1994, n° 8-9.

³⁵⁰ Trois ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende. Le tribunal peut également ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision.

93. Le contentieux lié au crédit intra-groupe. Il est admis que des concours financiers puissent être apportés par des sociétés d'un même groupe. Et ces concours se font généralement grâce à divers montages, contractuels d'une part, tels que, par exemple, l'ouverture d'un compte de « centralisation de trésorerie » tenu par une société du groupe et sous la tutelle d'une banque, et institutionnels, d'autre part, par la constitution de banque de groupe ou encore de Groupement d'Intérêt Economique³⁵¹. Ces montages financiers sont parfois à l'origine de contentieux. L'on peut citer par exemple, un arrêt du 25 mars 2003³⁵², rendu par la Cour de cassation condamnant in solidum une banque et une société mère. Dans cette affaire, une filiale d'un groupe, en grande difficulté financière, a reçu des fonds de la société mère. Celle-ci avait obtenu un prêt de la banque, qui avait prévu la destination des fonds à la filiale. La banque, procédait par ce montage, à la substitution d'un débiteur par un autre. La Cour de cassation approuva la décision de condamnation pour soutien abusif de la banque et de la société mère, par la Cour d'appel. L'objectif de la société mère qui soutient sa filiale, est de préserver l'image du groupe. Elle peut, tout autant que les établissements de crédit, contribuer à compromettre les intérêts des tiers.

94. Le principe du bénéfice du principe d'irresponsabilité. Les fournisseurs, en tant que créanciers de l'entreprise en difficulté, sont susceptibles de bénéficier du principe d'irresponsabilité, autant qu'ils étaient susceptibles d'être condamnés au versement de dommages-intérêts pour soutien abusif, sous l'empire du droit antérieur au 1er janvier 2006. La solution est-elle applicable aux personnes publiques, qui apportent leur soutien financier, sans être pour autant « créanciers » au sens strict du terme ?

§ 3. L'inclusion des personnes publiques dans le champ d'application du texte ?

95. Terminologie. Le projet de loi en date du 26 janvier 2004, visait les « *personnes* » ayant consenti un concours au débiteur. L'article L 650-1 du Code de commerce vise quant à lui, les « *créanciers* ». Le terme peut paraître exclure un certain nombre de personnes du champ de protection conférée par le texte. Comme le souligne Monsieur Robine³⁵³, n'est pas un

³⁵¹ Cf pour plus de précisions, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse fasc. 535 Crédit interne à court terme aux entreprises, n° 136 à 142.

³⁵² Cass com 25 mars 2003, Bull. Civ. IV, n° 50 ; D 2003 AJ p 1291, RTDCom 2003 p 557, obs. D. LEGEAIS et p 748, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Rev. Sociétés 2003, p 859, obs. J-J DAIGRE.

³⁵³ D. ROBINE, L'article L 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné?, Dalloz 2006, n°1, cahier de droit des affaires p 69 et s., spéc. p 71.

« créancier », une personne qui a octroyé un concours mais qui n'en réclame pas le remboursement. Doit-on pour autant lui refuser l'application du principe de non responsabilité ? Car par son concours, cette personne a créé une apparence trompeuse de solvabilité et serait susceptible de voir mise en jeu sa responsabilité civile. Dès lors quelles sont les personnes concernées par cette situation ? L'auteur cite en particulier l'État, lorsqu'il accorde des aides aux entreprises en difficulté et qui sont non remboursables, bien que cette situation soit extrêmement rare en raison des contraintes imposées par le droit communautaire de la concurrence. La participation des institutions publiques au redressement des entreprises en difficulté, peut intervenir de différentes manières ; il peut s'agir d'aides directes ou actives par le biais de subventions, de prises de participation et de prêts à taux bonifiés accordés par l'État, les collectivités locales et plus généralement les organismes publics. Les aides peuvent également être indirectes ou passives, sous forme de délais de paiement, de remises de dette, d'exonérations ou de traitements particuliers des déficits, par les administrations financières ou les organismes sociaux.

Toutefois, une étude de la typologie de ces aides (B) ne saurait être complète sans procéder à une étude du régime qui leur est applicable (A).

A. Aperçu historique et régime des aides publiques

96. Les modes administratifs de traitement des difficultés des entreprises.

L'accroissement du nombre de défaillances d'entreprises et les perturbations de plus en plus sensibles que celles-ci provoquent dans la vie économique et sociale, ont incité les pouvoirs publics à mettre à la disposition des entreprises des modes administratifs de traitement des difficultés des entreprises, en marge des procédures judiciaires. Ils sont apparus dans les années 1970, et se sont surtout développés au moment des crises économiques du début des années 1980 et des années 1990. L'intervention de l'État s'est manifesté par la création de comités³⁵⁴ chargés d'évaluer et de trouver des solutions aux difficultés d'entreprises, sur le plan national avec le CIRI³⁵⁵ (Comité Interministériel de Restructuration Industrielle), régional avec les CORRI³⁵⁶ (Comités Régionaux de Restructuration Industrielle) et départemental, avec les CODEFI³⁵⁷ (Comités Départementaux d'Examen des Problèmes de

³⁵⁴ Mis en place par la circulaire Minefi, 17 juillet 1974.

³⁵⁵ Qui a remplacé le CIASI Comité interministériel pour l'aménagement des structures industrielles créé en 1974.

³⁵⁶ Apparus dans les années 1980 : de façon expérimentale en 1982 puis généralisés.

³⁵⁷ Créés en avril et juillet 1977, et qui ont remplacés les anciennes structures « les infirmeries Fourcade ».

Financement des entreprises), dont l'objectif était de permettre le rétablissement des entreprises industrielles ou commerciales bien gérées mais connaissant des difficultés conjoncturelles imputables à l'encadrement du crédit. Les pouvoirs publics tendent ces dernières années à les moderniser, en menant une politique de déconcentration des services de l'État. Diverses mesures ont ainsi été prises par le biais d'une circulaire ministérielle du 25 novembre 2004³⁵⁸. Les CORRI ont été supprimés afin de revaloriser le rôle des CODEFI. Ces mesures marquent l'état d'esprit qui anime les pouvoirs publics au début des années 2000 : la prévention. Ces organismes n'ont plus seulement pour mission de fournir des aides financières en mobilisant les fonds publics, en accordant des délais de paiement ou des allègements fiscaux, ils sont désormais en charge d'analyser la situation financière des entreprises en difficulté et de réfléchir aux solutions économiques, qui peuvent passer par un traitement favorable des créances publiques. La prévention est le mot d'ordre en matière de difficulté des entreprises. La Commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale³⁵⁹ (CCSF), instituée dans chaque département, soutient ces comités dans leur mission et a en charge d'examiner la situation des chefs d'entreprise, en particulier quant au retard pour le paiement de sommes dues aux diverses institutions publiques. Ces comités sont, dans l'accomplissement de leur mission, chargés de veiller au respect des réglementations communautaires relatives aux aides publiques de l'État. Ces aides sont définies comme « *recouvrant l'ensemble des avantages directs ou indirects que les collectivités publiques peuvent allouer à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* ». La Commission européenne a adopté de nombreuses lignes directrices relatives aux aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, en 1994³⁶⁰, en 1999³⁶¹ et dernièrement le 7 juillet 2004. L'article 87 du Traité CE déclare ainsi « *incompatibles avec le Marché Commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par l'État ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Les aides de l'État mais aussi des collectivités locales sont ainsi largement réglementées, et encadrées

³⁵⁸ Circulaire ministérielle n° NOR PRMX0407814C du 25 novembre 2004, Relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JO 1^{er} décembre p 20441.

³⁵⁹ Instituée par le décret n° 97-656 du 30 mai 1997 (qui remplace et abroge le décret n° 78-486 du 31 mars 1978), Modifié par le décret n°2007-686 du 4 mai 2007, qui institue dans chaque département une CCSF pour l'examen de la situation des débiteurs « retardataires », voir F. PEROCHON, Présentation, in Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, Colloque du 26 octobre 2007, Strasbourg, LPA 11 juin 2008, n° 117, n° Spécial, p 3 et s.

³⁶⁰ JOCE C 368 du 23 décembre 1994

³⁶¹ JOCE C 288 9 octobre 1999

dans certaines limites, telles qu'elles ne peuvent intervenir qu'en complément à un effort financier consenti par les créanciers et banquiers de l'entreprise et doivent éviter une distorsion de concurrence induite. La Commission des communautés européennes³⁶² rappelle en effet, que « *la nécessité de maintenir un système de concurrence libre et non faussée est reconnue comme étant l'un des principes de base sur lesquels est fondée l'Union européenne. (...) L'un des éléments clés de la politique de concurrence est le contrôle communautaire des aides d'État, dont les avantages sont incontestables. Les aides d'État peuvent entraver la libre concurrence en empêchant la répartition la plus efficace des ressources et constituent une menace pour l'unité du marché unique. Dans nombre de cas, l'octroi d'une aide d'État diminue le bien-être économique et la motivation des entreprises à améliorer leur efficacité. Cela permet également aux entreprises les moins efficaces de survivre au dépens des plus efficaces (...)* ». Au niveau étatique, il faut noter que ni la loi, ni un décret, ne définit ni ne délimite ces aides. Seule une circulaire du Premier Ministre du 26 janvier 2006³⁶³ fixe quelques limites à ne pas dépasser dans l'octroi d'aides d'État, de manière directe. En matière de remise de dettes publiques, l'État a enfin³⁶⁴ pris les mesures qui s'imposaient par deux décrets du 5 février 2007³⁶⁵, par un troisième décret du 4 mai 2007³⁶⁶ et une circulaire diffusée par instruction du 21 août 2007³⁶⁷.

B. Typologie des aides d'État et l'éventuelle mise en cause de la responsabilité des personnes publiques.

L'État est susceptible d'apporter des aides directes (1), et des aides indirectes (2).

³⁶² Huitième rapport sur les aides d'État dans l'Union Européenne COM 205 final, 11 avril 2000

³⁶³ Circulaire ministérielle du 26 janvier 2006, NOR PRMX0609055C, AJDA 2006, p 229, obs. S. BRONDEL, qui remplace une instruction du 8 février 1999 (JO 27 février 1999) : cette circulaire expose « de façon synthétique la réglementation communautaire de la concurrence en matière d'aides d'État. Elle rappelle (...) les principes d'interdiction des aides et d'autorisation préalable, le contrôle et les sanctions du non respect des règles de notification et d'autorisations préalables et le rôle du juge national dans la procédure de récupération des aides illégales.(...) »

³⁶⁴ « Treize mois de retard pour les dix articles du décret du 5 février 2007, alors que la loi de sauvegarde était entrée en vigueur le 1er janvier 2006.(...) » F. PEROCHON, Présentation, in Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, Colloque du 26 octobre 2007, Strasbourg, LPA 11 juin 2008, n° 117, n° Spécial, p 3 et s, spéc. p 4.

³⁶⁵ Décret n° 2007-153 du 5 février 2007

³⁶⁶ Décret n° 2007-686 du 4 mai 2007, et circulaire interministérielle du 4 mai 2007.

³⁶⁷ Instr. Du 21 août 2007, BOI 13 S-1-07, Droit fiscal n° 36, 6 septembre 2007, instr. 13771.

1. Les aides directes ou actives

97. La diversité des aides d'État. Les aides directes se traduisent par la participation directe de l'État à l'activité de l'entreprise. Elles peuvent dès lors revêtir plusieurs formes. D'une part, les comités (CIRI et CODEFI) peuvent octroyer des prêts, par l'intermédiaire du Fonds de Développement Economique et Social (FDES). Ces prêts sont accordés sous certaines conditions, tenant à l'activité de l'entreprise et particulièrement à ses difficultés financières. Celles-ci doivent être telles, qu'elles nécessitent une intervention pour la préservation des intérêts économiques et sociaux, de la collectivité. Le plan doit être sérieux et le prêt n'interviendra que comme complément à un effort financier des partenaires privés de l'entreprise. Bien que le CIRI ne soit soumis à aucune limite de montant, les CODEFI doivent se limiter à 152 449, 02 euros (1 million de francs). L'État peut également consentir des prêts pour le développement économique et social. Ils doivent permettre notamment de *« compléter un tour de table après des négociations financières avec l'ensemble des partenaires privés³⁶⁸ »*. Toutefois, comme le souligne le Premier Ministre dans la circulaire du 25 novembre 2004³⁶⁹, l'emploi de ces prêts *« doit rester exceptionnel et subsidiaire ; ils doivent uniquement servir à financer l'avenir de l'entreprise en jouant un effet de levier(...) »*. De plus, ces prêts ne sont consentis que dans le cadre du plan de restructuration d'une société in bonis, ou, exceptionnellement d'un plan de reprise par voie de cession. Le montant de ce type de prêt a été limité à certains seuils. Quant au taux d'intérêt appliqué, il est supérieur à celui de l'obligation assimilable du Trésor. Le taux ainsi fixé est supérieur à ceux du marché, ceci afin d'exclure toute substitution par rapport aux financements bancaires³⁷⁰. A défaut, le taux peut être aligné sur celui des concours bancaires si le prêt est strictement octroyé dans les mêmes conditions. Par l'octroi du prêt, l'État ne doit pas s'exposer à des risques supérieurs à ceux supportés par les autres dispensateurs de financement³⁷¹. D'autre part, l'État peut accorder des prêts participatifs. Cette prise de participation dans l'entreprise privée³⁷², se fait par le biais d'organismes para publics³⁷³ tels que l'Institut de Développement Industriel (IDI) et les Sociétés de Développement Régional

³⁶⁸ Circulaire ministérielle n° NOR PRMX0407814C du 25 novembre 2004, Relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JO 1^{er} décembre p 20441.

³⁶⁹ Circulaire ministérielle n° NOR PRMX0407814C du 25 novembre 2004, Relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JO 1^{er} décembre p 20441.

³⁷⁰ Le taux finalement obtenu doit être supérieur au taux de référence publié par la commission européenne voir [http:// europa.eu.int/comm/competition./state_aid/others/reference_rates.html](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/reference_rates.html)

³⁷¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrétien 5^oéd. 2006, p 127

³⁷² En application de l'article 25 de la loi n°78-741 du 13 juillet 1978 dite « Loi Monory », abrogé par l'article 4, I, de l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 et codifié à l'article L 313-14 du Code Monétaire et Financier.

(SDR). Cette mesure permet d'accroître les fonds propres de l'entreprise en difficulté par la création d'une dette remboursable à moyen et long terme, et remboursée qu'après les créanciers chirographaires. Enfin, l'État a la possibilité de consentir des subventions à l'entreprise mise en redressement judiciaire, pour la mise en place d'un plan social au profit des salariés de celle-ci, et visés par un licenciement économique. Cette subvention est prévue dans le cadre d'une convention conclue entre le CIRI et les représentants de la société cédante.

98. Le contentieux lié aux aides d'État. L'État, par ces aides publiques, doit également veiller à ne pas s'exposer à une possible mise en jeu de sa responsabilité, en cas de défaillance de l'entreprise. Monsieur Likillimba³⁷⁴ analysait, à juste titre, que l'État pouvait être considéré comme ayant soutenu de manière abusive une entreprise en difficulté. La doctrine abonde dans ce sens. Toutefois, la jurisprudence n'offre pas d'exemple de soutien abusif par l'État. Seules quelques décisions y font allusion³⁷⁵. En préalable à la recherche d'une quelconque responsabilité de l'État devant les juridictions administratives, certaines conditions énoncées par le fameux arrêt « société Boulanger³⁷⁶ », doivent être réunies, telles que la preuve d'une faute de l'État dans l'octroi de l'aide, causant un préjudice à l'entreprise bénéficiaire ou à ses créanciers³⁷⁷. Il apparaît également qu'une faute lourde de l'État soit requise pour une éventuelle condamnation³⁷⁸. Ainsi, dans les faits d'une récente affaire, Manufrance³⁷⁹, l'État a financé une société en grande difficulté, par le biais de trois protocoles d'accord, et a ainsi fourni 67 % des concours financiers dont a bénéficié la société en élevant le passif à 216 millions de francs. Selon la Cour administrative d'appel de Paris, « l'État doit être regardé comme ayant commis une faute de nature à engager sa responsabilité pour avoir continué à donner des moyens financiers de cette ampleur à la

³⁷³ Ph. PEYRAMAURE, L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté, in « les autorités publiques et l'entreprise privée », Colloque de Deauville 5-6 juin 1982, RJCom n° spécial de 1983, p 104 ; M-J CAMPANA et G. TEBOUL, Les aides d'État aux entreprises en difficulté, LPA 21 novembre 2003, p 5.

³⁷⁴ G-A LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, LITEC, 2° éd. 2001, spéc. n° 331 et s.

³⁷⁵ CA Rennes, 17 juin 1977, D 1977, IR p 449, obs. M. VASSEUR ; RJC 1982 p 153, note J. MESTRE ; D 1982, p 53 note P. AMSELEK ; RFC 1982, p 40 note A. VIANDIER, Rev Banque 1982, p 1137, obs. L-M MARTIN ; TGI St Étienne 20 juillet 1988, Rev. Banque et Droit n° 2 janvier février 1989, p 9 et s. , note E. RACHEZ ; CE 21 novembre 1947, Lebon p 436.

³⁷⁶ CE 21 novembre 1947, Sté Boulanger, Rec. CE 1947, p 436, S 1948, p 21 concl. ODENT, note MATHIOT.

³⁷⁷ Pour un exemple où la responsabilité de l'État ne pouvait être mise en cause : CAA Nantes, 8 novembre 1995, n° 95NT00286, Association Chant' La Vie c/ Commune de Faye d'Anjou, AJDA 1996, p 331, note F. CHOUVEL.

³⁷⁸ J. MESTRE, Les risques de l'intervention des autorités publiques dans les entreprises en difficulté, in « les autorités publiques et l'entreprise privée », Colloque de Deauville 5-6 juin 1982, RJCom n° spécial de 1983.

³⁷⁹ CAA Paris 9 Août 2000, N° 96PA01232 Inédit au Recueil Lebon

SCOPD MANUFRANCE pour poursuivre des activités déficitaires sans aucunement veiller au respect des engagements pris publiquement par la SCOPD dans les protocoles susmentionnés et ce en contradiction avec lesdits protocoles et ainsi avoir induit en erreur les fournisseurs et créanciers de la SCOPD pour qui l'engagement de l'État à faire respecter ces protocoles constituait à l'évidence un élément déterminant dans leurs décisions économiques ». Toutefois, l'État peut voir sa responsabilité engagée sur le terrain judiciaire, en matière commerciale, notamment, en application du droit des entreprises en difficulté. Dans ce cas, la responsabilité de l'État est recherchée sur la base d'une faute de gestion commise par l'État, en tant que dirigeant de fait, dans l'octroi d'une aide qui a pu contribuer au maintien en activité d'une entreprise, pourtant condamnée³⁸⁰. Cette hypothèse de mise en cause de la responsabilité de l'État sur le fondement de l'article L 651-1 du Code de commerce, anciennement article 180 de la loi du 25 janvier 1985, s'est posée lors d'une affaire jugée par le Tribunal de commerce de Rouen le 10 mars 1981. Le Tribunal a en effet admis que l'État puisse être dirigeant de fait. Toutefois, la question de la juridiction compétente pour connaître de ce type d'affaires, pose des difficultés³⁸¹. Ainsi, même si l'État semble de manière générale et sur le plan du droit commun, bénéficiaire d'une irresponsabilité de fait, puisque sa responsabilité est très rarement mise en cause, il ne semble pas qu'elle ne puisse jamais l'être... Mais qu'en est-il après la réforme de 2005 ?

99. L'État, un créancier ? La question se pose de savoir si l'État tombe sous le principe de non responsabilité posé par l'article L 650-1 du Code de commerce. Pour bénéficier du principe de non responsabilité du fait des concours, la qualité de « créancier » est requise. L'État est-il un des « créanciers » visés par le texte ? Les professeurs Jeantin et Le Cannu pensent en effet que cette disposition atténue le risque de poursuites³⁸² contre l'État. En effet, si l'on peut considérer l'État et les collectivités locales comme des personnes « créancières » de l'entreprise en difficulté, ceux-ci tombent sous la protection de l'article L 650-1 du Code de commerce. Peut-on considérer l'État comme un créancier ? Le terme créancier peut être défini comme la « *personne à qui le débiteur doit quelque chose (en nature ou en argent)* »³⁸³. L'entreprise bénéficiaire de l'aide est-elle débitrice d'une dette envers l'État ? Cette qualité va dépendre du type d'aide octroyée. En effet, dans le cadre de subventions, il semble que l'État n'attende aucun remboursement en contrepartie, il ne peut donc être défini

³⁸⁰ Voir Lamy Droit Public des Affaires, Aides d'État, spéc. n° 1913

³⁸¹ T Conflits, 23 janvier 1989, D 1989, p 367, concl. FLIPO, note P. AMSELEK et F. DERRIDA

³⁸² M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 7^e éd. 2007, n° 69, p 51.

³⁸³ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8^eéd. 2007, v° « créancier ».

comme « créancier ». Ainsi, si l'on s'en tient à la conception stricte du terme de « créancier » choisi par le législateur lors de la rédaction du texte définitif, il convient de ne pas considérer l'État comme un créancier de l'entreprise en difficulté et de ne pas lui faire bénéficier du principe de non responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, dans ce cas précis. Mais était-ce là, la volonté du gouvernement ? C'est possible, puisque la volonté des initiateurs de la loi était d'encourager l'apport de concours financiers par les acteurs privés, et rester en conformité avec la réglementation communautaire en matière d'aides publiques. Mais peut-être certains préféreront retenir une conception large du terme de « créancier » et faire bénéficier l'État de cette protection. Qu'en est-il du cas de l'octroi de prêts ? Le contrat de prêt suppose en lui-même le remboursement de la somme prêtée. Dans ce cas, l'État peut être considéré comme un « créancier », et ainsi entrer dans le champ d'application du principe d'irresponsabilité. Il s'agit d'une question délicate, qui appelle à être résolue par la jurisprudence. Peut-être faut-il appliquer une solution unique pour toutes les aides directement octroyées par l'État...

Faut-il appliquer la même solution quant à l'octroi d'aides par l'administration fiscale ou par des organismes sociaux ?

2. Les aides indirectes

100. Les délais de paiement. Bien souvent, l'État accorde, indirectement son aide aux entreprises qui n'arrivent pas à faire face à leurs dettes, par l'octroi de moratoires de paiement, dans le cadre des créances fiscales et sociales. En matière fiscale, les créanciers publics peuvent octroyer des délais de paiement comme par le passé, en matière de TVA collectée sur les clients, de taxe professionnelle, ou encore d'impôts directs. En matière sociale, ces aides correspondent à des reports pour le versement des cotisations de sécurité sociale, y compris celles prélevées sur les salaires, et le versement des sommes dues à des caisses d'assurance complémentaire. Toutefois, ces reports font l'objet des majorations sanctionnant le non respect des délais légaux. Ce sont les CODEFI ou le CIRI qui s'occupent de rechercher une solution pour le recouvrement des créances publiques superprivilégiées. Bien souvent, un plan de remboursement est adopté, prévoyant un échancier, qui, s'il est respecté, permettra la suppression des pénalités de retard. C'est la Commission des chefs des services financiers et des organismes de sécurité sociale qui décide de ce plan d'échelonnement des dettes. Ces aides sont octroyées en conformité avec

l'intérêt général, si la société présente des garanties suffisantes de redressement. Les délais sont en principe accordés pour deux ans ; lorsqu'ils s'avèrent plus longs, il est possible de les assimiler à des crédits fictifs, engageant dès lors la responsabilité de l'Administration.

101. Le contentieux lié à ces délais de paiement. Ces facilités accordées par les organismes fiscaux et sociaux peuvent par ailleurs donner aux tiers une apparence trompeuse de solvabilité de l'entreprise et ainsi leur causer un préjudice. Dès lors, leur responsabilité civile peut-elle être recherchée ? Dans un arrêt du Conseil d'État du 25 mai 1983³⁸⁴, il était reproché à l'administration fiscale de contribuer au maintien artificiel de l'activité du débiteur et donc à l'aggravation du passif social. Mais la condamnation n'a pas eu lieu, les juges ne retenant pas la faute lourde. Quant aux organismes sociaux, un important arrêt du 10 décembre 2003³⁸⁵, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, retient l'éventualité de la responsabilité d'une caisse de mutualité sociale agricole pour soutien abusif. La Haute juridiction a admis en effet que « *la caisse de mutualité sociale agricole engage sa responsabilité à l'égard des créanciers de l'entreprise à laquelle elle a conféré une apparence trompeuse de solvabilité en accordant des délais de paiement à un de ses ressortissants dont elle savait ou aurait dû savoir la situation irrémédiablement compromise* ». Cet arrêt a été de nombreuses fois commenté par la doctrine, qui le qualifiait d'audacieux³⁸⁶. En effet, l'arrêt a assimilé la situation d'un organisme de sécurité sociale à celle d'un partenaire privé de l'entreprise, afin d'en retenir la responsabilité. Avant cet arrêt, une banque dont la responsabilité était mise en jeu pour soutien abusif, pouvait au mieux invoquer le rôle de l'organisme social dans les difficultés de la société débitrice, par l'octroi des moratoires de paiement, pour tenter de s'exonérer de sa responsabilité³⁸⁷. Pour ceux qui croyaient ce domaine « *hermétique à toute responsabilité*³⁸⁸ », la solution retenue est

³⁸⁴ CE 25 mai 1983, Req. 25090 et 25075, D 1983, p 647, note A. MOULIN ; S. REZGUI, La responsabilité de l'administration fiscale dans le prolongement ou la cessation de l'activité d'une entreprise, LPA 15 mai 1989, n°58 p 11 et s.

³⁸⁵ Cass. com 10 décembre 2003, n° 1807, FP PBRI, mutuelle sociale agricole c/ Brénac ès qual., Banque et Droit n° 98, novembre-décembre 2004, p 19 et s, note G-A LIKILLIMBA ; JCP E n° 7, 12 février 2004, étude 252, p 282 et s., note D. LEGEAIS ; JCP G n° 15, 7 avril 2004, p 689 et s. obs. A. BUGADA.

³⁸⁶ A. BUGADA, Délais de paiement et responsabilité civile d'un organisme de sécurité sociale pour soutien abusif d'une entreprise en difficulté, JCP G n° 15, 7 avril 2004, p 689 et s.

³⁸⁷ T com Aix-en-Provence, 1er décembre 1980, RTDCom 1981, p 573, n° 7, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

Pour un exemple où la banque invoque la responsabilité de l'URSSAF et du Trésor, pour se décharger d'une part de responsabilité, mais en vain : CA Aix-en-Provence, 8^och, 23 avril 1982, Sté Lair SA et Banque de la Cité SA c/ Roaldès, inédit, Jurisdata n°1982-601118 RJCom 1983 345, Note P. DE FONTBRESSIN

³⁸⁸ Expression utilisée par le Professeur A. BUGADA, Délais de paiement et responsabilité civile d'un organisme de sécurité sociale pour soutien abusif d'une entreprise en difficulté, JCP G n° 15, 7 avril 2004, p 689 et s. , spéc. p 690.

explosive. En effet, le principe de la responsabilité d'un organisme de sécurité sociale est posé, malgré la mission de service public assumée par celle-ci, dans le recouvrement des cotisations. La Mutuelle sociale agricole se prévalait de l'autonomie de ses statuts, qui lui permettaient d'accorder librement des délais de paiement, de les renouveler, de les interrompre ou d'accepter des paiements partiels³⁸⁹. On constate dès lors que le droit de la sécurité sociale s'en remet aux principes de la responsabilité civile. Toutefois, l'arrêt de la Cour d'appel qui avait retenu la responsabilité de l'organisme est cassé par la Haute juridiction, exigeante quant au respect des conditions de la mise en jeu de cette responsabilité. La décision de la Cour de cassation est donc « *mesurée* ³⁹⁰», puisque la portée du principe de la responsabilité de l'organisme de sécurité sociale est atténuée par la nécessité du respect de certaines conditions, notamment celle relative à la connaissance ou la prétendue connaissance de la situation irrémédiablement compromise de la société débitrice. Mais la portée de l'arrêt reste considérable. En effet, selon le professeur Dominique Legeais, la solution apportée par la Cour de cassation pour l'URSSAF pourrait être étendue à tous les autres organismes tels que l'agent du Trésor ou des impôts, les collectivités locales ou encore tous les organismes qui accordent sur le plan départemental notamment, des aides aux entreprises en difficulté.

102. Les remises de dettes. Outre la possibilité d'accorder des délais de paiement, il a été donné à l'Administration, la faculté d'accorder des remises de dettes dans le cadre de l'accord amiable de la procédure de conciliation³⁹¹, dans la procédure de sauvegarde³⁹² et de redressement judiciaire³⁹³, pour assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise. La loi de Sauvegarde, en 2005, permet, en effet, aux organismes sociaux et fiscaux³⁹⁴, de consentir des remises de dettes en tout ou partie au débiteur si elles interviennent « *concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers* » et si elles sont « *consenties dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans les conditions normales du marché, un*

³⁸⁹ D. LEGEAIS, Une caisse de mutualité sociale agricole est susceptible d'engager sa responsabilité pour soutien abusif résultant des délais de paiement à une société en difficulté, JCP E n° 7, 12 février 2004, étude 252, p 282.

l'accord de délais de paiement est également prévu par l'article 11 de la convention signée entre l'UNEDIC et les caisses, le 4 juillet 1996.

³⁹⁰ Expression utilisée par le Professeur A. BUGADA, Délais de paiement et responsabilité civile d'un organisme de sécurité sociale pour soutien abusif d'une entreprise en difficulté, JCP G n° 15, 7 avril 2004, p 689 et s. , spéc. p 690.

³⁹¹ C. Com. art. L 611-7 .

³⁹² C. Com. Art. L 626-6

³⁹³ C. Com. Art. L 631-19

³⁹⁴ Le Trésor public, l'Administration des douanes, l'Urssaf, l'Assédic et les caisses de mutualité sociale agricole

*opérateur économique privé placé dans la même situation*³⁹⁵ ». Le gouvernement a récemment pris les mesures tendant à la réglementation de ces remises de dettes publiques, par trois décrets du 5 février 2007 et 4 mai 2007 et une circulaire diffusée par instruction du 21 août 2007, soit plus d'un an, pour les premiers, après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, le 1er janvier 2006. Les créances concernées par ces remises sont listées de manière limitative : les remises peuvent porter « *sur les impôts directs dus à l'État et aux collectivités locales, ainsi que sur les cotisations et contributions patronales, les frais de poursuite, les pénalités et les intérêts de retard, les redevances domaniales ainsi que les autres produits pour services rendus. Quant aux impôts indirects, seules les pénalités entrent dans le champ d'application* », de sorte que sont exclues, « *la TVA, la part salariale des contributions et cotisations sociales, ainsi que l'acompte de taxe professionnelle*³⁹⁶ ». Par ailleurs, l'obtention de ces remises de dettes est soumise à l'accord de la commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes sociaux de sécurité sociale et d'assurance chômage, dans sa nouvelle forme³⁹⁷, au niveau de chaque département et qui remplace l'ancienne commission des chefs de services financiers, constituant ainsi une sorte de « *troisième comité des créanciers*³⁹⁸ ». L'octroi de ces remises est particulièrement encadré de sorte que le montant total des remises ne peut excéder trois fois celui des dettes privées³⁹⁹, et le taux de ces remises ne peut excéder le taux moyen pondéré des remises de dettes privées. La CCSF se doit de veiller à l'égalité des créanciers publics et privés, et ainsi de comparer les efforts des uns des autres, ainsi que des autres parties à la procédure (actionnaires) et le comportement du débiteur face à ces obligations fiscales et sociales. Toutefois, ces remises de dettes ne sont pas considérées comme étant une « aide » puisque la formule du texte est empruntée à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes concernant les aides d'État : « *lorsqu'une dette est annulée ou rééchelonnée par l'État, le critère permettant d'établir s'il s'agit ou non d'une aide tient à la question de savoir si, dans des conditions similaires, compte tenu de l'évolution probable du marché et de la situation de l'entreprise, un créancier privé aurait agi de la même façon, et donc si l'entreprise aurait obtenu de ce créancier privé la même*

³⁹⁵ C. Com. Art. L 626-6 al. 1er

³⁹⁶ J-L. VALLENS, Les remises de dettes publiques, in Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, Colloque du 26 octobre 2007, Strasbourg, LPA 11 juin 2008, n° 117, n° Spécial, p 10 et s., spéc. p 10.

³⁹⁷ CCSF, Décret du 5 février 2007.

³⁹⁸ J-L. VALLENS, Les remises de dettes publiques, in Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, Colloque du 26 octobre 2007, Strasbourg, LPA 11 juin 2008, n° 117, n° Spécial, p 10 et s., spéc. p 10.

³⁹⁹ Précisées en décret : créances bancaires, créances de fournisseurs et des établissements de crédit-bail

*annulation ou le même rééchelonnement*⁴⁰⁰». Partant de ce constat, les organismes fiscaux et sociaux sont qualifiés de créanciers publics⁴⁰¹, par opposition aux créanciers privés. De par cette qualité, la possibilité leur est donc offerte de bénéficier du principe de non responsabilité prévu dans la loi de sauvegarde. De plus, ces remises n'étant accordées que dans le cadre des procédures de conciliation, de sauvegarde ou de redressement, négociées et autorisées, il est impossible, et absurde pour les tiers et encore moins pour le débiteur⁴⁰², d'invoquer une des trois exceptions de responsabilité figurant à l'article L 650-1 du Code de commerce, car ils ne sauraient souffrir d'un quelconque préjudice du fait de ces concours financiers strictement encadrés dans les procédures !

103. Le recours aux créanciers publics doit rester exceptionnel. Le rapport du CIRI pour 2006 fait observer néanmoins, que « *le creusement d'un passif public n'est jamais une solution de financement à privilégier* ». Selon ce rapport, il adresse un « *signal négatif aux tiers* » puisque les difficultés sont révélées aux tiers par l'inscription des privilèges des créanciers publics. Il « *rend également plus difficile l'obtention de crédits bancaires* » ; les biens du débiteur se grevant davantage de sûretés. Enfin, « *il expose l'entreprise à des poursuites (allant jusqu'au recouvrement forcé des sommes dues ou à l'assignation) par les créanciers publics* ». Le recours aux créanciers publics doit donc rester exceptionnel.

104. Le cas des créanciers ayant perdu cette qualité. Faut-il exclure du champ d'application du principe de non responsabilité, les dispensateurs de crédit à l'entreprise en difficulté qui ont obtenu le remboursement de leur créance ? Il semble en toute opportunité qu'ils aient la possibilité de bénéficier de cette irresponsabilité. En effet, comme le souligne Monsieur Robine dans son article⁴⁰³, il n'existe aucune raison « *d'opérer une distinction entre les personnes qui ont encore la qualité de créancier au moment du jugement d'ouverture et celles qui ont eu cette qualité* ». En outre, cette distinction pourrait produire des effets pervers tels que la conservation d'une créance minime, afin de garder la qualité de

⁴⁰⁰ CJCE 29 avril 1999, affaire C-342-96, Espagne c./ Commission, Rec. CJCE p I-2459

⁴⁰¹ Voir notamment l'article de B. LAGARDE, Le Trésor public : un créancier comme les autres, Gaz. Pal. 9-10 septembre 2005, n° spécial Proc. Coll. Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (2° partie), p 28 et s.

⁴⁰² Puisqu'il est à l'origine de la demande de remise de dettes

⁴⁰³ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, chron. p 69 et s., spéc. p 71, n° 12.

créancier et la non réclamation de son paiement. Le critère du temps n'intervient donc pas dans la reconnaissance de la qualité pour bénéficier de la protection conférée par l'article L 650-1 du Code de commerce.

*

* *

105. Un large domaine d'application rationae personae. En conclusion, l'application de l'article L 650-1 du Code de commerce concernant les personnes bénéficiaire du principe de non responsabilité, est très large. Nombreux sont les créanciers de l'entreprise soumise ultérieurement à une procédure d'insolvabilité, et donc nombreuses sont les personnes irresponsables quant aux préjudices subis. Les établissements de crédit ne sont pas les seuls visés par le texte, de sorte qu'un argument contraire à celui lancé lors des débats parlementaires peut être avancé : la loi n'est pas un « cadeau⁴⁰⁴ » fait uniquement aux banquiers ! Toutefois, une étude de la matière (c'est-à-dire le type de concours) visée par le texte permettra de mieux délimiter les bénéficiaires du principe d'irresponsabilité.

Section 2. Le champ d'application rationae materiae

106. L'imprécision de la disposition. L'article L 650-1 du Code de commerce précise que « *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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* ». Le texte ne fournit ici aucune précision quant aux concours pour lesquels les créanciers dispensateurs bénéficient de l'immunité de responsabilité. Quelles sont les opérations que vise le législateur, par le terme de « concours » ? Quel moment se trouve être le plus adéquat pour bénéficier de l'irresponsabilité ? Voici tant de questions auxquelles la doctrine se doit de réfléchir. Il

⁴⁰⁴ A. MONTEBOURG, 3^e séance du mardi 8 mars 2005 l'article L 650-1 serait le « cinquième cadeau de l'État au système bancaire ».

convient dès lors d'apporter les solutions qui s'imposent : la détermination de la nature des concours (§ 1) et du moment de ceux-ci (§2), est nécessaire à l'appréciation de l'irresponsabilité pour les préjudices subis du fait de l'octroi des concours.

§ 1. La nature des « concours »

107. Élargissement du domaine. L'article L 650-1 du Code de commerce dispose : « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis(...)* ». Le législateur n'a pas apporté de précisions quant à la nature des concours que les créanciers sont susceptibles d'octroyer. Lors de l'élaboration du projet de loi, l'irresponsabilité était réservée aux créanciers qui bénéficiaient du privilège de New Money, c'est-à-dire pour les créanciers faisant des apports d'argent frais, des apports en trésorerie. Le champ d'application était donc beaucoup plus restreint qu'aujourd'hui, puisque la disposition s'est vue déplacée en tête du titre V relatif aux responsabilités et aux sanctions.

108. Définition des concours. Le législateur a choisi d'utiliser le terme général de « concours », qui consiste, dans le langage commun, en une « intervention », dans le fait d'aider et de participer⁴⁰⁵. L'aide et le soutien sont au centre de la notion de concours. Le « concours », tel qu'employé par le législateur, consiste donc en un service offert par une personne envers la société. Le terme de « concours », on l'a vu, est également employé dans le Code monétaire et financier à l'article L 313-12 qui vise la responsabilité du banquier pour rupture abusive de crédit. Ont été dès lors considérés comme des concours, les prêts et avances, les ouvertures de crédit, les crédits en compte courant, les découverts habituels, le crédit global d'exploitation, les financements structurés, en écartant toutefois, les « tolérances exceptionnelles », ou les simples facilités de caisse non reconductibles⁴⁰⁶. Faut-il retenir le même champ d'application pour l'article L 650-1 du Code de commerce ? L'article L 313-12 étant limité aux établissements de crédit et donc aux concours bancaires, il faut élargir le champ de l'article L 650-1, puisque visant également les créanciers non bancaires. Les partenaires de l'entreprise, nous l'avons vu précédemment, sont bien sûr, les établissements de crédit, mais aussi les fournisseurs, les concédants, les organismes sociaux

⁴⁰⁵ Le nouveau Petit Robert de la langue française 2007, « concours ».

⁴⁰⁶ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7^o éd. 2007, p 444 n^o 636.

et fiscaux, les collectivités locales ou encore l'État. Ceux-ci octroient leur aide sous forme de crédits aux entreprises. Par le terme de crédit, est entendue l'opération par laquelle une personne (généralement une banque) met ou fait mettre une somme d'argent à la disposition d'une autre personne en raison de la confiance qu'elle lui fait⁴⁰⁷. Le crédit correspond donc tout à fait à la notion de concours. Mais qu'entend par le terme de crédit ? Selon l'article L 313-1 du Code monétaire et financier, « *constitue une opération de crédit, tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie. Sont assimilées à des opérations de crédit le crédit-bail et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ». Dès lors, tous les types de concours semblent être visés par le texte, quelle que soit leur forme et leur qualification (A). Toutefois, une question peut-être soulevée : les délais de paiements sont-ils à inclure dans le champ d'application de l'article L 650-1 ? La doctrine reste divisée sur ce point (B).

A. Tous les crédits quelle que soit leur qualification

109. La notion de concours. Le terme de « concours »⁴⁰⁸ est de plus en plus utilisé dans les textes légaux, mais n'a jamais été clairement défini. L'article L 313-12 du Code monétaire et financier, dans le cadre de la responsabilité pour rupture abusive de crédit, emploie comme le fait l'article L 650-1 du Code de commerce, le terme de « concours ». Ces expressions figurent donc également au registre de la jurisprudence⁴⁰⁹. L'article L 313-22 du Code monétaire et financier l'utilise également assorti de l'adjectif « financier ». La difficulté réside dans la question de savoir si ces termes recouvrent la même notion. Les « concours financiers » concernent-ils les « crédits » et inversement tous les crédits sont-ils des concours financiers ? Comme le relèvent les professeurs Stoufflet et Mathey, tout « crédit » n'est pas un « concours financier », tel le crédit par signature. Dans le cadre de l'article L 313-22 du Code monétaire et financier, la jurisprudence écarte un certain nombre de mécanismes du champ d'application de la disposition : ne sont pas des concours financiers, le cautionnement fourni par un établissement de crédit, qui constitue une garantie et non une opération de crédit⁴¹⁰, de même que le crédit-bail⁴¹¹. Cette interprétation du terme de « concours » est-elle applicable dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce ?

⁴⁰⁷ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant. PUF, 8^e éd. 2007, v^o « crédit ».

⁴⁰⁸ J. STOUFFLET in Droit Bancaire, JCP E 2005, 1676, n^o 35.

⁴⁰⁹ CA Lyon 3^e ch. Civ., 13 janvier 2005, Reverdy ès qual. c/ CRCAM du Centre, Jurisdata n^o 2005-269510

Ou bien le terme utilisé dans cette disposition recouvre-t-il la notion de « crédit » ? La réponse n'est pas évidente. Une typologie des diverses formes de crédit (1) permettra d'envisager sereinement le domaine de l'article L 650-1 du Code de commerce (2).

1. Typologie des crédits.

110. Les classifications. Le crédit peut être défini comme une « *mise à disposition de fonds*⁴¹² ». Mais le terme reste encore large, et demande à être précisé par le biais de classifications. Le critère du moment est classiquement retenu afin de distinguer la mise à disposition de fonds future, immédiate ou éventuelle⁴¹³. Une interprétation pragmatique de l'article L 650-1 du Code de commerce amènerait à ne considérer comme concours exonérant de responsabilité, que la mise à disposition immédiate des fonds. En effet, il paraît logique que la mise en jeu de la responsabilité, telle qu'elle l'était avant la réforme, ne concerne que les fonds effectivement remis, puisque la personne doit avoir contribué à la diminution de l'actif ou à l'augmentation du passif⁴¹⁴. Au titre des crédits prévoyant une mise à disposition future ou éventuelle des fonds, figurent les crédits par signature, tels que le cautionnement bancaire, la garantie indépendante, le *ducroire* de banque, l'aval ou encore le crédit d'acceptation. Un autre critère peut être utilisé afin de déterminer les diverses formes du crédit : la mobilisation des créances. La mobilisation de créance se définit comme « *l'opération par laquelle un créancier retrouve auprès d'un organisme mobilisateur, la disponibilité des sommes qu'il a prêtées à son débiteur*⁴¹⁵ ». Cette mobilisation est pratiquée par les établissements de crédit mais est également bien connue des fournisseurs, qui mobilisent les créances qu'ils ont sur leur débiteur auprès des banques, qui leur accordent en contrepartie une avance. Bien d'autres critères, plus traditionnels, peuvent encore être retenus, tels que la durée du crédit : il est alors possible de distinguer le crédit à court terme, le crédit à moyen terme et à long terme. Or, ces diverses classifications se recoupent et s'enchevêtrent. Aussi la typologie qui suit, s'inspire-t-elle de celles-ci.

⁴¹⁰ Cass. com. 3 décembre 2003, n° 99-12653, Bull. Civ. IV n° 188, p 211, D 2004 AJ 206, obs.

AVENA-ROBARDET ; JCP E 2004, n° 6 p 200 ; RDBF 2004 n° 61, obs. D. LEGEAIS ; Banque et Droit mars-avril 2004, 61, obs. T. BONNEAU.

⁴¹¹ Cass. civ. 3°, 23 juin 2004, JCP E 2004 n° 37, p 1367 ; Banque et Droit Septembre-octobre 2004, 86, obs. T. BONNEAU.

⁴¹² T. BONNEAU, Droit Bancaire, Montchrétien, 7° éd. 2007, p 48, n° 56.

⁴¹³ Classification opérée par T. BONNEAU, Droit Bancaire, Montchrétien, 7° éd. 2007, p 48, n° 56.

⁴¹⁴ Cf arrêt Laroche. Cass. com. 7 janvier 1976, DS 1976, jur. p 277, F. DERRIDA et J-P. SORTAIS ; JCP 1976 II 18327 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s., note M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1976, 1, jur., p 412 (journal n° 168 du 16 juin 1976), obs. B. BOULOC ; Revue Sociétés 1976, p 126, note A. HONORAT.

⁴¹⁵ SOUSI-ROUBI, Lexique de banque et de bourse, « mobilisation ».

111. Le crédit à court terme. Le crédit à court terme aux entreprises, est un crédit d'une durée inférieure à deux ans, et destiné à financer les valeurs de roulement des entreprises (capitaux circulants). L'escompte, le crédit de mobilisation des créances commerciales (CMCC), l'affacturage, l'avance bancaire c'est-à-dire le prêt réglementé dans le Code civil, les découverts et facilités de caisse, et le financement par bordereau Dailly, sont des modes de financement à court terme.

112. Les avances bancaires, découverts et facilités de caisse. L'opération de crédit la plus courante est le prêt, tel qu'il a été réglementé dans le Code civil. Le prêt est très souvent l'œuvre des établissements de crédit, et la notion recouvre tant les facilités de caisse, que les découverts, les avances... ou encore les prêts à moyen ou long terme. Par le prêt, le prêteur s'engage à livrer une certaine somme d'argent à charge pour celui qui la reçoit, de la lui restituer⁴¹⁶. La remise immédiate de la somme prêtée participe de la formation du contrat et transfère la propriété des fonds à l'emprunteur. Le contrat de prêt peut être à durée déterminée ou indéterminée. Lorsque le prêt est à durée déterminée, le banquier doit respecter le terme stipulé dans le contrat. En cas de prêt à durée indéterminée, le banquier peut demander le remboursement à son gré, sauf respect d'un délai de préavis pour la rupture de concours à une entreprise⁴¹⁷. Dans une durée de deux ans, le prêt consiste en une avance bancaire, et selon les professeurs Gavalda et Stoufflet, il est le « modèle de l'avance proprement dite⁴¹⁸ ». Cependant, il est assez peu utilisé, car lui sont préférées des techniques plus souples, et moins onéreuses pour le banquier. Il existe ensuite les découverts, ou « avances en compte » et les facilités de caisse. Les découverts sont des « *autorisations données au titulaire d'un compte de rendre ces comptes débiteurs* »⁴¹⁹. Les facilités de caisse sont quant à elles, de très courte durée, souvent quelques jours, le temps pour l'entreprise de compenser le décalage entre les dépenses et les recettes en fin de mois.

113. L'escompte. L'escompte est une « *opération de crédit à court terme par laquelle des effets de commerces sont transférés au banquier, qui en contrepartie, procède à leur paiement immédiat, sous déduction des intérêts et commissions* »⁴²⁰. Cette pratique présente

⁴¹⁶ C. Civ. Art. 1892

⁴¹⁷ CMF Art. L 313-12

⁴¹⁸ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit Bancaire, LITEC, 7^e éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 344, n^o 621.

⁴¹⁹ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit Bancaire, LITEC, 7^e éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 345, n^o 627.

⁴²⁰ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrétien, 7^e éd. 2007, p 418, n^o 567.

l'énorme avantage pour les entreprises de pouvoir se procurer des liquidités en mobilisant les créances dont elles sont titulaires sur leurs clients. Elle obtiennent ainsi, un paiement anticipé de leurs créances.

114. L'affacturage ou factoring. L'affacturage est une technique de financement apparue en France en 1964 avec la création de la première Société française de factoring⁴²¹. Par cette technique, le client, appelé fournisseur, transmet ses créances à une société d'affacturage, appelée factor, établissement de crédit, qui moyennant rémunération, se charge d'en opérer le recouvrement, d'en garantir la bonne fin même en cas de défaillance du débiteur et de régler par anticipation tout ou partie des créances transférées. Le factor paie, par conséquent, tout ou partie du montant des créances transférées, par anticipation. Ce paiement anticipé correspond à une mise à disposition immédiate de fonds⁴²². L'affacturage peut donc être qualifié d'opération de crédit ; la Cour d'appel de Versailles l'a notamment confirmé dans un arrêt du 24 novembre 1989⁴²³.

115. Le financement par bordereau Dailly. Le bordereau Dailly, réglementé dans le Code monétaire et financier aux articles L 313-23 et suivants, est une technique de transmission de plusieurs créances grâce à un même titre. Il permet de céder ou nantir ces créances par un mode simplifié de transmission⁴²⁴. Le bordereau Dailly réalisera une opération de crédit, par la méthode de la cession-escompte ; *« l'opération par laquelle l'établissement de crédit achète la créance du cédant, son client, en créditant son compte du montant de ladite créance diminuée de celui des agios qui sont précomptés⁴²⁵ »*. Cette opération réalise un crédit au sens de l'article 313-1 du Code monétaire et financier, le transfert de créance étant l'instrument juridique d'une avance de fonds dont la créance transmise assure à la fois la garantie et le remboursement⁴²⁶. Cependant, le remboursement du crédit aura lieu lors du recouvrement des créances transmises. Les parties en présence d'un bordereau Dailly, ne peuvent être qu'un établissement de crédit, en qualité de cessionnaire, et un cédant, qui peut être *« toute personne morale de droit privé ou de droit public, ou une personne physique*

⁴²¹ A. STOULLIG « 25 ans d'affacturage en France », Banque , n° 506, juin 1990, p 593.

⁴²² T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrétien, 7° éd. 2007, p 422, n° 572

⁴²³ CA Versailles 24 novembre 1989, JCP E 1991, I, 91, n°36, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.

⁴²⁴ Il est nul besoin de procéder aux formalités de l'article 1690 du Code civil, ou de l'article 2075 du même code.

⁴²⁵ Loi du 2 janvier 1981, facilitant le crédit aux entreprises (loi Dailly), Dix ans de jurisprudence de la loi Dailly, coll. Techn. De banques, AFB Janvier 1992, p 22.

⁴²⁶ Rép. Min. n°4067, JOAN Q 27 janvier 2003, p 600 ; JCP E 2003, n°7-8, p 294.

*dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle*⁴²⁷ ». Par ailleurs, les créances concernées par le bordereau Dailly, consistent en toute créance que le bénéficiaire du crédit « peut détenir sur un tiers⁴²⁸ ».

116. Le crédit à moyen terme. Le financement à moyen terme⁴²⁹, quant à lui, permet aux entreprises de financer les investissements tendant à la création ou la modernisation d'unités d'exploitation. Ces crédits ont une durée variable de deux à sept ans. Le crédit à moyen terme a fait son apparition au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, avec la technique de la mobilisation des créances. On peut donc recenser plusieurs types de crédit à moyen terme. D'une part, les crédits à moyen terme mobilisables, sont distribués essentiellement par les établissements de crédit, assistés ou non d'organismes spécialisés, et sont soumis au régime de l'ordonnance du 28 septembre 1967 aux articles L 313-36 et L 313-41 du Code monétaire et financier. D'autre part, se sont développés des crédits à moyen terme non mobilisables, sous la forme de prêts classiques, assortis de sûretés personnelles et/ou réelles, et octroyés tant par les établissements de crédit que par l'État ou des organismes publics ou semi-publics spécialisés⁴³⁰. A côté de ces prêts classiques, se sont développés des techniques originales et bien plus complexes de financement, telles que le crédit bail mobilier et le crédit MOFF (Multiple Option Financing Facilities)⁴³¹. Le crédit bail mobilier se définit comme « *l'opération de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers*⁴³² ». Il s'agit donc de « *la technique de crédit par laquelle un client demande à une société de crédit-bail, d'acheter à un tiers un bien en vue de le lui louer; cette location étant assortie d'une promesse unilatérale de vente à son profit*⁴³³ ». Cette opération permet donc au crédit preneur de bénéficier d'un bien sans avoir à le financer lui-même puisque le crédit bailleur avance les fonds qui sont nécessaires

⁴²⁷ CMF art. L 313-23, al. 1.

⁴²⁸ CMF art. L 313-23, al. 1.

⁴²⁹ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit Bancaire, LITEC 7^e éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 382 et s, n^o 693 et s.

⁴³⁰ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit Bancaire, LITEC 7^e éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 386, n^o 701.

⁴³¹ « un *consortium* consent à une grande entreprise, pour une durée relativement longue (cinq ans) des engagements divers utilisables au gré du bénéficiaire ; crédits classiques à des taux divers, emprunts par appels d'offre, émissions sur l'eumarché, émissions de billets de trésorerie... », Lamy Droit du financement 2007, n^o 2916 (HERNANDEZ, La MOFF, Banque 1988, p 628).

⁴³² CMF art. L 313-7, 1.

⁴³³ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrétien 7^e éd. 2007, p 394, n^o 531.

à l'acquisition du bien. Par ailleurs, le Code monétaire et financier confère l'exercice de l'opération de crédit-bail qu'il soit mobilier ou immobilier (crédit à long terme), aux seuls établissements de crédit⁴³⁴.

117. Le crédit à long terme. Le financement à long terme⁴³⁵, est constitué des crédits d'une durée supérieure à sept ans. Là aussi, une distinction en fonction de la mobilisation des créances peut être faite. Il existe ainsi les crédits à long terme non mobilisables. Il s'agit de prêts octroyés par des organismes spécialisés tels que les anciens prêts du FDES (Fonds de Développement Economique et Social), ou les financements du Crédit Foncier, de la Caisse des dépôts et consignations, de la Banque de développement des PME, des Sociétés de développement régional (SDR) ; prêts qui sont souvent accordés à des taux bonifiés, c'est-à-dire « *accordés à des conditions inférieures au taux du marché, grâce à des concours publics* »⁴³⁶. Il peut encore s'agir des prêts participatifs ou du crédit-bail immobilier. Les prêts participatifs⁴³⁷ sont particulièrement intéressants de par leur originalité. En effet, on l'a vu, ces prêts ne sont pas uniquement fournis par les établissements de crédit. L'État, les sociétés commerciales, certains établissements publics, les sociétés et mutuelles d'assurances, certaines institutions relevant du Code de la Sécurité sociale et certaines associations⁴³⁸ ont la possibilité de les consentir. Ces prêts ont vocation à renforcer les fonds propres des entreprises artisanales, commerciales et industrielles, sans aucune modification de leur capital social. Il est à noter que le remboursement de ces prêts, en cas de sauvegarde de redressement judiciaire, n'intervient qu'après le désintéressement de tous les autres créanciers privilégiés et chirographaires⁴³⁹ et les remboursements sont suspendus pendant toute la durée de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁴⁴⁰. Cette modalité s'explique par la faculté donnée au prêteur des fonds de partager les bénéfices de l'entreprise emprunteuse. Quant au crédit à long terme mobilisable, il se caractérise essentiellement par le crédit hypothécaire, prévu pour le financement de la construction. Encore bien d'autres techniques de financement à long terme existent, comme le crédit différé. Cette technique de crédit repose sur la mutualité. Les participants effectuent des versements périodiques permettant la constitution d'un fonds. Ils obtiennent en contrepartie

⁴³⁴ CMF Art. L 515-2 : ces opérations « *ne peuvent être faites à titre habituel que par des entreprises commerciales agréées en qualité d'établissement de crédit* ».

⁴³⁵ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit Bancaire, LITEC 7^e éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 395 et s, n^o 725 et s.

⁴³⁶ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, LITEC 7^e éd. 2008 par J. STOUFFLET, p 396, n^o 727.

⁴³⁷ Les prêts participatifs ont été créés par la loi du 13 juillet 1978, JO 14 juillet 1978.

⁴³⁸ CMF Art. L 313-13 ; T. BONNEAU, Droit Bancaire, Montchrétien, 7^e éd. 2007, n^o 529, p 392.

⁴³⁹ CMF Art. L 313-15

⁴⁴⁰ CMF, Art. L 313-16.

et à tour de rôle un crédit financé par les fonds collectés. Cette technique est régie par la loi du 24 mars 1952⁴⁴¹ modifiée par la loi du 24 janvier 1984, qui définit le statut des entreprises de crédit différé. Elle consiste pour les établissements de crédit, à consentir « *des prêts en subordonnant la remise des fonds prêtés à un ou plusieurs versements préalables sous quelque forme que ce soit de la part des intéressés en imposant à ceux-ci un délai d'attente*⁴⁴² ». Ces prêts sont par ailleurs, garantis obligatoirement par une inscription hypothécaire. Ces prêts sont réservés au financement de l'accession à la propriété immobilière ou à la réparation, l'agrandissement et la modernisation d'immeubles appartenant aux emprunteurs.

2. Les crédits concernés par l'article L 650-1 du Code de commerce.

118. Les crédits non bancaires. Les techniques de crédits sont nombreuses et variées, et les établissements de crédit ne détiennent pas en réalité, de monopole en ce qui concerne leur octroi. Les partenaires fournissant des concours à l'entreprise sont presque aussi nombreux que les procédés de crédit eux-mêmes. Ainsi, existe-t-il en marge de ces crédits, des procédés de financement extra-bancaires, par lesquels les entreprises se financent entre elles. Il s'agit des crédits « *face-à-face* », ou appelés communément crédits inter-entreprises, utilisant des techniques, telles que les prêts participatifs, les billets de trésorerie, les titres négociables et des crédits entre sociétés d'un même groupe. Outre ces techniques de crédit légales, se sont développées des pratiques de financement en marge du système financier. Il faut citer ce qu'il est d'usage d'appeler le « *crédit judiciaire*⁴⁴³ ». Il s'agit de recourir aux tribunaux afin de retarder le règlement de factures, par le biais des délais de grâce imposés en vertu de l'article 1244-1 du Code civil, ou encore des avantages tirés de l'ouverture d'une procédure collective : arrêt des poursuites individuelles, cessation du cours des intérêts, maintien des comptes et des crédits bancaires... La notion de concours et de crédit est ainsi très étendue. Le terme de « concours » employé par le législateur, dans l'article L 650-1 du Code de commerce, est-t-il doté d'un domaine aussi étendu ?

119. Les crédits particuliers : le crédit-bail. Bien que le Code monétaire et financier assimile « *à des opérations de crédit, le crédit-bail, et de manière générale toute opération de location assortie d'une option d'achat* », les établissements de crédit leur réfutent parfois

⁴⁴¹ Loi n° 52-332 du 24 mars 1952, loi relative aux entreprises de crédit différé

⁴⁴² Article 1er de la loi.

⁴⁴³ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit Bancaire, LITEC 7° éd. 2008, par J. STOUFFLET, p 435, n° 815.

cette nature, de sorte qu'ils estimaient sous l'empire de la loi de 1985, que la jurisprudence sur le soutien abusif ne pouvait être appliquée aux organismes de crédit-bail. Ils invoquaient le fait que cette activité leur conférerait davantage la qualité de bailleurs de biens et de fonds de commerce, que prêteurs d'argent⁴⁴⁴. Cet argument, transposé à la réglementation nouvelle, conduirait à exclure ces établissements, ou tout du moins ces opérations du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce. La jurisprudence avait tendance à être favorable aux crédit-bailleurs⁴⁴⁵ ; certaines décisions de juges du fond refusant de donner la qualité de concours financier à l'opération de crédit-bail⁴⁴⁶, ou imposant au crédit-preneur de s'assurer de la fiabilité du projet⁴⁴⁷, certains en concluent qu'il ne convient pas de leur appliquer la responsabilité pour soutien abusif⁴⁴⁸. Un arrêt de la Cour de cassation du 8 octobre 1996⁴⁴⁹ a d'ailleurs été par certains professionnels perçu comme une confirmation de la non application de la théorie du soutien abusif aux opérations de crédit-bail. Dans cette affaire, les demandeurs au pourvoi agissait en responsabilité pour soutien abusif, au titre d'une opération de crédit-bail. La première chambre civile cassa l'arrêt d'appel et ne retint pas la responsabilité du crédit-bailleur, en adoptant une motivation néanmoins trop générale, puisqu'elle ne se référait pas à la nature de l'opération visée : *« en se déterminant par ces motifs inopérants à l'égard de M. A..., après avoir relevé que celui-ci avait créé la société L'Européenne de restauration avec M. Y... et qu'il en était le dirigeant, ce dont il résultait qu'il avait ou devait avoir une parfaite connaissance de la situation de l'entreprise lorsqu'il s'en est porté caution et qu'il ne pouvait ignorer, en particulier, que la société ne disposait d'aucuns fonds propres lorsque le contrat de crédit-bail a été conclu; qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé »*. Néanmoins plusieurs arguments concourent à la solution qui prévaut aujourd'hui de ne pas opérer de distinction entre établissements de crédit et organismes de crédit-bail. En effet, le Code monétaire et financier assimilant les opérations de crédit-bail aux opérations de crédit⁴⁵⁰, toutes les dispositions du droit bancaire ont vocation à concerner les organismes de crédit-bail, et notamment la responsabilité du crédit-bailleur pour rupture

⁴⁴⁴ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2^eéd. 2001, p 23, n° 21.

⁴⁴⁵ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2^eéd. 2001, p 23, n° 21.

⁴⁴⁶ CA Pau, 2^e ch. I, 5 décembre 1996, arrêt n° 5010/96, Affaire UCB Locabail Immobilier c/ Hôtel-restaurant de l'Ormeau.

⁴⁴⁷ Ex : CA Riom, 18 février 1998, arrêt n°76/98, affaire M-H. Bras c/ Sté Selectibanque

⁴⁴⁸ Voir sur ce point G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2^eéd. 2001, p 24, n° 21.

⁴⁴⁹ Cass. 1^o civ. 8 octobre 1996, arrêt n°1634 D, pourvoi n° 94-19245.

⁴⁵⁰ CME, Art. L 313-1, al 2.

abusive, au titre de l'article L 313-12 du Code monétaire et financier⁴⁵¹, ou encore le devoir du banquier de s'informer sur la situation de son débiteur et de son devoir de diligence⁴⁵². Dès lors, si le crédit-bail constitue une opération de crédit, alors toutes les mesures applicables aux établissements de crédit concernent les organismes de crédit-bail. Et il ne convient pas de distinguer selon que le crédit-bail constitue ou non un concours « financier ». Aujourd'hui, il ne saurait être davantage distingué entre les établissements de crédit et les organismes de crédit-bail. L'article L 650-1 du Code de commerce employant les termes généraux de « créanciers » et de « concours », sans même préciser qu'il doive s'agir de « concours financier », inclut dans son champ d'application, les opérations de crédit-bail. Les organismes de crédit-bail sont donc susceptibles de bénéficier du cantonnement de responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce.

120. Le crédit par signature. Le crédit par signature correspond à l'opération par laquelle une personne prend, dans l'intérêt d'une autre personne, « *un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie*⁴⁵³ ». Ce type de crédit recouvre les hypothèses de garantie à première demande, de crédit documentaire ou encore de ducroire de banque⁴⁵⁴. Le crédit par signature réalise une avance de fond *éventuelle*. Cette forme de crédit permet au banquier d'éviter la remise immédiate des fonds à l'emprunteur, et peut procurer à celui-ci une véritable garantie pour obtenir une avance de fonds effective d'un autre banquier, permettant une coopération interbancaire. Ce type de crédit permet comme tout autre crédit de rechercher la responsabilité du banquier. Néanmoins, sous l'empire de la loi de 1985, les hypothèses de mise en cause du banquier pour soutien abusif au titre d'un crédit par signature étaient extrêmement rares⁴⁵⁵. Mais certains auteurs⁴⁵⁶ sembleraient croire que ces établissements accordant des crédits par signature puissent être reconnus responsables au titre du soutien abusif. Dès lors, cela-signifie-t-il que désormais ils doivent pouvoir bénéficier du principe d'irresponsabilité de l'article L 650-1 ? La réponse semble positive.

⁴⁵¹ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2^eéd. 2001, p 29, n° 24

⁴⁵² CA Dijon, 18 septembre 1997, LPA n°9, 21 janvier 1998, p 28, note D. R. MARTIN.

⁴⁵³ CMF, Art. L 313-1, al. 1 in fine.

⁴⁵⁴ Voir, Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, 7^eéd. 2008, par J. STOUFFLET, p 415, n° 774 et s.

⁴⁵⁵ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2^eéd. 2001, p 20-21, n° 19.

⁴⁵⁶ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2^eéd. 2001, p 22, n° 19.

121. Conclusion. Il ne fait aucun doute que toutes les opérations de crédit, proprement dites, des établissements de crédit, entrent dans le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce. A l'inverse il est logique d'en exclure le « *crédit judiciaire* » et autres techniques marginales. Les crédits « face-à-face » entre entreprises qu'elles soient liées ou non, sont également pris en compte. Une interrogation se pose toutefois, quant aux délais de paiements accordés par les entreprises ou par les institutions et organismes publics.

B. La question des délais de paiement

122. Le financement par délais de paiement. La légitimité de ce type de financement est apportée par l'article L 511-7 du Code Monétaire et Financier issu de la loi du 1^{er} Août 2003⁴⁵⁷, qui dispose : « *Les interdictions définies à l'article L 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse : dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses cocontractants des délais ou avances de paiement (...)* ». Ce type de fourniture de crédit, que l'on appelle communément le crédit inter-entreprise, constitue une exception au monopole bancaire. Il est donc le résultat de l'accord de délais de paiement, c'est-à-dire de délais entre la livraison d'un bien ou la prestation de service et le règlement de la dette correspondante. Les fournisseurs, les organismes de sécurité sociale, l'administration fiscale, mais aussi les établissements de crédit, apportent leur concours en octroyant des délais de paiement⁴⁵⁸. Mais peut-on qualifier les délais de paiement d'opérations de crédit ?

123. Qualification. Une opération de crédit constitue un acte positif, c'est une mise à disposition de fonds rémunérée. Or, l'octroi d'un délai de paiement, ne réalise pas cet acte positif de fourniture de crédit. Le délai de paiement est lié à un acte commercial, la livraison. Celle-ci réalisera à la fois l'exécution de la vente et la mise à disposition de fonds⁴⁵⁹. Il n'existe aucun transfert matériel de fonds mais la mise à disposition de fonds est liée à la valeur de la marchandise livrée. Au niveau de l'inscription dans les bilans de la société, le délai de paiement apparaîtra comme une dette commerciale dans le cadre du crédit fournisseur. Ainsi, de ces éléments, il est possible de définir le crédit inter-entreprise

⁴⁵⁷ Article 70 de la Loi n° 2003-706 du 1^{er} Août 2003

⁴⁵⁸ Pour un exemple de mise en cause de la responsabilité (non retenue) de La Poste pour l'octroi de délais de paiement, basé sur le soutien abusif : Cass. com. 17 mars 2007, n° 05-19.584.

⁴⁵⁹ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrétien, 7^e éd. 2007, n° 212 p 142

comme « *une source de financement à court terme, non gagée, accordée par une entreprise non financière et liée à l'achat de biens ou services* »⁴⁶⁰. Les entreprises prêteuses font ainsi office de banques.

124. Les avantages du financement par délais de paiement. Dès lors, les délais de paiement, comme le souligne Monsieur Bonneau⁴⁶¹, présentent des avantages. En effet, ils constituent un élément non négligeable de la négociation commerciale et permettent surtout d'éviter le recours au crédit bancaire qui peut s'avérer plus onéreux. Le crédit inter-entreprise est facteur de souplesse et de fluidité dans les échanges, particulièrement apprécié par les entreprises. Il a été constaté que l'industrie pouvait, par ce biais, répercuter ses difficultés financières sur les sous-traitants, lesquels préfèrent traiter avec leurs fournisseurs, plutôt que de négocier avec les banques un crédit plus onéreux, souvent assorti de garanties. Les entreprises en difficulté trouvent ainsi, dans ce type de crédit, un second souffle pour survivre. Le crédit fournisseur « *reflète en surplus, des relations de pouvoirs entre clients et fournisseurs* »⁴⁶². Par ailleurs, les industriels et commerçants étaient incités à perpétuer cette pratique du crédit inter-entreprise dans un système de crédit fondé sur la mobilisation des créances commerciales. En effet, les fournisseurs ayant la faculté d'escompter leurs effets de commerce auprès des banques, consentaient volontiers des facilités de paiement. La technique des délais de paiement concerne tous les secteurs d'activité (industrie, commerce), et toutes les entreprises quelle que soit leur taille.

125. Les risques du financement par délais de paiement. Toutefois, ce type de crédit peut présenter certains risques. Il peut en effet constituer un facteur de fragilité des entreprises. En effet, les fournisseurs, par l'accord de ces délais de paiement, vont se priver d'une somme d'argent qui entrerait dans leur actif. Par voie de conséquence, il est possible que ces faveurs faites aux clients, les conduisent eux aussi, à d'importantes difficultés financières, et parfois au dépôt de bilan⁴⁶³. Certains craignent le fameux effet domino⁴⁶⁴ car les entreprises sont bien souvent victimes de mauvais payeurs. D'autant plus que les délais accordés sont parfois de longue durée. Ils peuvent avoir une durée de 20 à 50 jours, voire 80 jours, même si la tendance actuelle est à la baisse. La France fait partie des États européens, avec la Belgique, l'Italie, l'Espagne et le Portugal, où les délais sont les plus longs⁴⁶⁵. Un rapport de la

⁴⁶⁰ R. TREGOUËT, Rapport sur le projet de loi relatif aux délais de paiement entre les entreprises, Sénat, n° 275, 3^e session extraordinaire de 1991-1992 spéc. 7-8.

⁴⁶¹ T. BONNEAU, Droit Bancaire, Montchrétien, 7^e éd. 2007, p 142, n° 212

⁴⁶² Rev. Points de vente n° 395, 17-23 octobre 1990.

⁴⁶³ F.SAUVAGE, Rev. Éco. Et fin., octobre 1999, n° 54 p 105.

⁴⁶⁴ Étude UFB-Locabail Bull. Centre info sur l'épargne et le crédit, avril 1991.

⁴⁶⁵ Selon l'étude Sofres Slifac de 1994.

Commission Permanente de Concertation pour l'Industrie de 2006⁴⁶⁶, indique que les délais sont très variables d'une entreprise à une autre. Cette disparité serait due à plusieurs critères notamment la nature de l'activité de l'entreprise et la place que celle-ci tient en son sein, les délais de paiement étant parfois très spécifiques à une activité, et les entreprises de petites tailles ayant un pouvoir de négociation plus limité que les grandes, ou encore la dépendance d'une entreprise sur l'autre. Les pouvoirs publics, et les autorités communautaires⁴⁶⁷, incitent donc à en réduire la durée... Deux lois du 31 décembre 1992, relative aux délais de paiement entre les entreprises et du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique⁴⁶⁸, étaient ainsi venues imposer de nouveaux délais de paiement, dans le cadre de certains contrats de distribution. De nombreuses critiques de la doctrine se sont d'ailleurs élevées contre ces mesures. Toutefois, les pouvoirs publics⁴⁶⁹ ont toujours été quelque peu réticents à prendre de telles mesures, estimant que la question d'une éventuelle réduction des délais de paiement appartient aux professionnels concernés, fournisseurs et distributeurs. Récemment pourtant, le Gouvernement a prévu la réduction des délais de paiement à moins de 60 jours, dans tous les secteurs de l'économie. Un projet de loi a été déposé au cours du premier semestre 2008⁴⁷⁰. Il s'agissait de « *mettre fin rapidement aux abus* ⁴⁷¹ » : « *Le rôle des PME n'est pas de contribuer au financement des grandes entreprises ou des administrations publiques* », a expliqué Hervé Novelli, Secrétaire d'État chargé des Entreprises et du Commerce extérieur. En effet, « *les PME françaises sont les seules à devoir se constituer un fonds de roulement pour faire face aux délais de paiement qui sont supérieurs de 10 jours à la moyenne européenne. Pour mettre fin aux abus, le délai maximal de paiement sera de 60 jours à compter de la réception de la facture sous peine d'intérêts de retard dissuasifs*⁴⁷² ». Cette mesure a été intégrée au Code de commerce à l'article L 441-6, par l'article 21 de la loi de modernisation de l'économie du 4 Août 2008⁴⁷³ : « *Après le huitième alinéa, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés : « Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq*

⁴⁶⁶ Les délais et les défauts de paiement dans l'industrie en 2006, CPCI édition 2006, p 55 et s.

⁴⁶⁷ Directive 2000/35/CE du Parlement Européen et du conseil du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JOCE n° L 200/35 du 8 août 2000.

⁴⁶⁸ Colloque sur « Les nouvelles lois du 31 décembre 1992, relative aux délais de paiement entre les entreprises et du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », JCP E 1993 supplément n° 3, p 6 et s.

⁴⁶⁹ Réponse du Secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie des finances et du budget, chargé de la consommation, à la question écrite de M Xavier DENIAU, JO Ass. Nat., 24 septembre 1990, p 4470

⁴⁷⁰ Annonce de Hervé NOVELLI, Secrétaire d'État chargé des Entreprises et du Commerce extérieur, Discours du 18 décembre 2007 à propos de la remise du rapport sur les délais de paiement de l'Observatoire des délais de paiement, 2007. source : <http://www.minefe.gouv.fr/discours-presse>

⁴⁷¹ J-P. BETBÈZE, Président de l'Observatoire des délais de paiement, Présentation à la presse du rapport sur les délais de paiement sur le site du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, p 3.

⁴⁷² Guide des réformes et des mesures 2007-2008, site du Gouvernement : www.premier-ministre.gouv.fr.

jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs, peuvent décider conjointement de réduire le délai maximum de paiement fixé à l'alinéa précédent. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services demandée comme point de départ de ce délai. Des accords sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement à tous les opérateurs du secteur ou, le cas échéant, valider le nouveau mode de computation et l'étendre à ces mêmes opérateurs(...) ».

126. Inclusion des délais de paiement dans le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce. Selon les professeurs Jeantin et Le Cannu⁴⁷⁴, il faut inclure les délais de paiement dans les concours visés par l'article L 650-1 du Code de commerce. Ils sont rejoint par le professeur Legeais⁴⁷⁵, Moury⁴⁷⁶, et Hoang⁴⁷⁷. Monsieur Robine est également de cet avis : il faut retenir une conception large du terme de concours⁴⁷⁸, et donc inclure les délais de paiement. En effet, ne pas les considérer comme des concours ouvrant droit au principe de non-responsabilité, reviendrait à exclure bon nombre de personnes susceptibles de l'invoquer. Car nombreux, on l'a vu, sont les partenaires de l'entreprise accordant des délais de paiement, et leur action participe du bien-être des sociétés et de leur financement. La question qui se pose ici est en fait de savoir quelle conception doit être retenue du terme « concours », employé par le législateur. Faut-il retenir une conception large ou bien stricte de ce terme ? Dans le premier projet de loi, le principe de non-responsabilité était un avantage consenti, en plus du privilège de New Money aux personnes qui consentaient « *un crédit, une avance, ou un délai de paiement* »⁴⁷⁹, mais par la suite, le projet de loi, en date du 12 mai 2004, n'octroyait ces deux prérogatives qu'aux

⁴⁷³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, NOR : ECEX0808477L, JORF n° 0181 du 5 août 2008 page 12471, texte n° 1.

⁴⁷⁴ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7^e éd. 2007, p 445 n° 636

⁴⁷⁵ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, 1510, p 1747

⁴⁷⁶ J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L 650-1 du Code de commerce, D 2006, n° 25 chron. p 1743, spéc. p 1746, n° 12

⁴⁷⁷ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Colloques et débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD (colloque 24 février 2006) Litec, 2007, p 75 et s. spéc. p 82, n° 19.

⁴⁷⁸ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné?, D 5 janvier 2006, Cahier de Droit des Affaires, p 69 et s., spéc. p 71 n° 9

⁴⁷⁹ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Colloques et débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD (colloque 24 février 2006) Litec, 2007, p 75 et s. spéc. p 82, n° 19. Article 7 du projet de loi en date du 26 janvier 2004, article L 611-4, IV.

personnes ayant consenti « *un crédit ou une avance* »⁴⁸⁰. Or, les bénéficiaires du principe de non responsabilité, au terme de l'élaboration de la loi ne semblent plus être les mêmes que les bénéficiaires du privilège de la conciliation, puisque la disposition a été déplacée en tête du Titre V relatif aux responsabilités et sanctions. Par ailleurs, les deux textes sont désormais animés par deux idées distinctes, l'une est orientée vers les concours antérieurs (L 650-1), semble-t-il, l'autre les exclut expressément (L 611-11 al 3) « *Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation* ». Par ce raisonnement, emprunté au Professeur Hoang, il paraît certain que le législateur ait eu la volonté d'intégrer les délais de paiement dans les concours ouvrant droit à la protection de l'article L 650-1. Lors des auditions de praticiens opérées par la mission d'information composée le 16 octobre 2002, Madame Simon, directeur juridique du MEDEF⁴⁸¹, s'accorde avec les créanciers octroyant des délais de paiement pour dire que, en l'état du projet de réforme, il est nécessaire de les faire bénéficier, non pas « *de la priorité de paiement* », mais de l'exclusion de responsabilité pour soutien abusif, car « *leur geste contribue à aider l'entreprise dans cette situation* ». Car si ces délais de paiement n'intégraient pas la notion de concours à laquelle le législateur a eu recours, cela reviendrait à ce que la responsabilité des créanciers les ayant accordé dans l'accord de conciliation, soit recherchée pour soutien abusif au cas où le débiteur se verrait mis sous redressement ou liquidation judiciaire .

§ 2. Le moment de l'octroi des concours

127. Les exigences du droit des entreprises en difficulté. La lettre de l'article L 650-1 du Code de commerce n'apporte aucune précision quant au moment de l'octroi des concours. Néanmoins, s'il semble que la date d'octroi des concours soit indifférente (A), l'inclusion de la disposition au sein du droit des entreprises en difficulté impose l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés du livre VI du Code de commerce(B).

⁴⁸⁰ Article 8 du projet de loi du 12 mai 2004, article L 611-11, al. 1 et 2.

⁴⁸¹ Rapport d'information n° 2094, déposé en application de l'article 145 du règlement, par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. Procès verbal de la séance du 1er juillet 2004, p 181 et s.

A. Indifférence de la date des concours

128. L'imprécision du texte. L'article L 650-1 du Code de commerce dispose « *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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles.* ». En plus de l'absence d'indication sur le type de concours visé par le texte, il faut tout autant constater l'absence de détails sur le moment de l'octroi de ces concours. En effet, afin de déterminer le champ d'application de l'exclusion de responsabilité prévue par l'article L 650-1 du Code de commerce, il convient de déterminer dans quelles circonstances le crédit doit avoir été octroyé, et à quelle fin. En somme, faut-il dégager un critère téléologique, dans ces dispositions ? Autrement dit, peut-on prendre en considération les crédits octroyés dans le cadre du financement de la société à chaque instant de son existence ? C'est-à-dire en vue de la création de l'entreprise, ou lors de sa transmission, des premières difficultés, ou bien au moment de l'aggravation de ces difficultés ? L'article L 650-1 du Code de commerce s'inscrit dans le droit des entreprises en difficulté. Dès lors, l'application du texte doit être écartée dans certaines hypothèses. Le texte ne semble pas avoir vocation à s'appliquer dans le cadre des concours consentis pour financer des créations d'entreprises ou encore des acquisitions d'entreprises. Par ailleurs, le législateur a, dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce, voulu encadrer la jurisprudence antérieure en matière de soutien abusif. Or les juges ont toujours retenu que le soutien abusif ne pouvait être caractérisé par le fait qu'un crédit ait été octroyé par une banque à une entreprise pour permettre le démarrage de l'exploitation de celle-ci⁴⁸². Dès lors, l'article L 650-1 ne semble que reprendre les solutions appliquées par la Cour de cassation, si bien que se pose la question de la pertinence de cette création législative. Elle se justifie peut-être afin d'écartier le doute quant à la situation des créanciers, les juges du fond prenant à leur encontre des décisions parfois très sévères, qui sont heureusement censurées par la Haute juridiction. L'article L 650-1 du Code de commerce aurait été créé afin de mettre un terme à des actions en responsabilité intentées à l'encontre des créanciers dispensateurs de

⁴⁸² Cass. com. 22 mars 2005, Boyer c/Crédit Lyonnais, n° 02-20.678, arrêt n° 493 F-P+B Jurisdata n° 2005-027720, D 2005 AJ p 1021, obs. A. LIENHARD, Bull. Joly 2005, p 1213, § 266, note F-X. LUCAS ; Cass. com 12 juillet 2005, BNP Paribas c/ Souchon, n° 03-11.089, arrêt n° 164 D, RTDCom 2005, p 821, obs. D. LEGEAIS. Sur ces 2 arrêts, A. MARTIN-SERF, Revue Proc. Coll. n° 3 septembre 2005, p 293 n° 2.

concours, et qui, selon le législateur constituaient un « *frein sérieux aux concours bancaires*⁴⁸³ ». Dans ces situations, il ne peut donc y avoir soutien abusif. Le champ d'application de L 650-1 du Code de commerce se limite donc aux concours octroyés à une entreprise en difficulté. Mais à quel moment ? L'ouverture d'une procédure constitue-t-elle un repère ?

129. Concours antérieurs et postérieurs à l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés des entreprises. Comme le souligne le professeur Hoang⁴⁸⁴, il n'est pas utile dans le cadre de ce nouvel article L 650-1 du Code de commerce, de distinguer les concours consentis avant ou après l'ouverture de la procédure. Si le projet de loi du 26 janvier 2004, dans son article 7, prévoyait une exclusion de responsabilité pour les seuls concours octroyés dans le cadre d'un accord homologué de conciliation, dans la loi de sauvegarde des entreprises telle qu'elle a été adoptée par le Parlement le 26 juillet 2005, une telle précision n'existe plus. Dès lors, il convient de considérer le champ d'application aussi large que possible. Dans le cadre des concours postérieurs, la formule « *du fait des concours consentis* » doit pouvoir concerner les concours octroyés dans l'accord homologué par le tribunal, ou bien dans un accord non homologué (qui peut être simplement constaté), ou encore en dehors de l'accord conclu en présence du conciliateur, et même « *en l'absence de toute procédure négociée*⁴⁸⁵ ». Sont même concernés les concours consentis dans toute autre procédure (sauvegarde, redressement ou liquidation). Toutefois, cette situation n'est pas nouvelle puisque les juges, sous l'empire de la loi de 1985 admettaient déjà comme cause d'exonération de responsabilité, le cas des concours octroyés dans le cadre d'un règlement amiable sur demande du conciliateur, ou dans le cadre de plan de redressement⁴⁸⁶, lorsque le juge-commissaire les avait autorisés. La grande nouveauté de l'article L 650-1 du Code de commerce réside dans l'exonération de responsabilité pour les concours octroyés antérieurement à l'ouverture de la procédure. En effet, sous l'empire de la loi de 1985, les banquiers pouvaient voir leur responsabilité mise en cause que dans le cadre de concours

⁴⁸³ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1510, p 1747 et s.

⁴⁸⁴ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Colloques et débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD (colloque 24 février 2006) Litec, 2007, p 75 et s. spéc. p 82, n° 19.

⁴⁸⁵ J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L 650-1 du Code de commerce. D 2006, n° 25, chron. p 1743.

⁴⁸⁶ Ex : Cass. com. 23 octobre 1990, SARL Ch. Libeaux et consorts C. c/ Syndic SA Logabax et consorts., Rev. Sociétés. 1991, p 538, note Y. CHAPUT. : « *les banques avaient accordé à la société Logabax, un soutien mesuré dans le cadre d'une politique de redressement de la société présentant des chances de succès, telles que ces banques avaient pu les apprécier au moment de leur intervention, et (...) l'échec de ce plan tenait à des causes extérieures non sérieusement prévisibles (...)* ».

octroyés avant l'ouverture ; il s'agissait de sanctionner des « *agissements qui avaient contribué à l'augmentation du passif ou à l'aggravation de l'actif*⁴⁸⁷ », concours qui devaient donc avoir précipité la société dans un état de grande difficulté.

Par conséquent, le moment de l'octroi du concours est indifférent, tous les créanciers qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à l'ouverture de la procédure bénéficient de l'exclusion de responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce.

B. Exigence de l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés du Livre VI du Code de commerce.

130. Indifférence des procédures ouvertes⁴⁸⁸. L'article L 650-1 du Code de commerce prévoyant un principe de non responsabilité des créanciers pour les préjudices subis du fait des concours consentis, est une disposition du droit des entreprises en difficulté. Cette disposition est donc de droit spécial. Dès lors, il convient de considérer l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés comme une condition à la reconnaissance de l'irresponsabilité... ou des trois dérogations constituant trois cas de responsabilité. L'application de l'article L 650-1 est donc subordonnée à l'ouverture d'une procédure. Mais quelle procédure ? Doit-on cantonner le champ d'application du texte aux seules procédures collectives, c'est-à-dire procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, et de liquidation judiciaire ? Ou bien inclure la procédure de conciliation et le mandat *ad-hoc* ? L'article L 650-1 du Code de commerce a été placé en tête du titre V relatif aux responsabilités et sanctions, il a donc vocation à concerner toutes les procédures, contrairement à ce qui était prévu dans le projet de loi de sauvegarde du 12 mai 2004. Auparavant, seuls les créanciers ayant consenti des concours dans l'accord homologué de conciliation, bénéficiaient de l'irresponsabilité. Ces créanciers étaient d'ailleurs les plus privilégiés. En effet, une fois l'accord homologué, le banquier et les autres créanciers sont doublement protégés, d'une part par l'exclusion du report de la date de la cessation des

⁴⁸⁷ Voir arrêt Laroche : Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, DS 1976, jur. p 277, F. DERRIDA et J-P SORTAIS ; JCP 1976 II 18327 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; JCP G 1976 I, 2786, note J. GHESTIN ; Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s. M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1976, I, jur., p 412 (journal n° 168 du 16 juin 1976) obs. B. BOULOC ; Rev. Sociétés 1976, p 126, note A. HONORAT.

⁴⁸⁸ Attention, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté modifie le premier alinéa de l'article L 650-1 et précise le domaine du principe d'irresponsabilité : « *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.* » Cette disposition ne sera applicable que pour les procédures ouvertes après l'entrée en vigueur de l'ordonnance c'est-à-dire le 15 février 2009.

paiements à une date antérieure à la décision ayant homologué l'accord, excluant ainsi tout risque de nullité de la période suspecte et, d'autre part, du fait que les actes accomplis avant la procédure de conciliation, ne peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité civile pour soutien abusif. Aujourd'hui, le principe d'irresponsabilité bénéficie à tous les créanciers dans toutes les procédures, mais a vocation à s'appliquer uniquement dans le cadre d'une entreprise soumise à l'application des dispositions du livre VI du code de commerce, c'est-à-dire une entreprise bénéficiant d'un mandat ad hoc, ou éprouvant des « *difficultés qu'(elle) n'est pas en mesure de surmonter et de nature à la conduire à la cessation des paiements*⁴⁸⁹ », ou des « *faits* » ou des « *difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*⁴⁹⁰ », ou « *une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible*⁴⁹¹ ».

131. L'indispensable ouverture d'une procédure. Si le champ d'application quant aux procédures concernées est large, il est indispensable qu'une procédure soit ouverte. En dehors de l'article L 650-1, la responsabilité du banquier et des autres créanciers dispensateurs de concours peut être mise en jeu, car la disposition est d'application spéciale. Le droit commun de la responsabilité civile retrouve son empire, hors des cas d'application de l'article L 650-1. Or, cette interprétation peut engendrer des « effets pervers ». En effet, dans la continuité de ce raisonnement, les créanciers se trouvant exonérés de leur responsabilité quant aux concours consentis, uniquement dans le cadre de l'ouverture d'une procédure, pourraient être amenés à précipiter⁴⁹² l'ouverture d'une quelconque procédure et donc la naissance ou l'aggravation des difficultés ! Cette conception trahit l'esprit même de la loi de 2005, tendant à la sauvegarde des entreprises ! Madame Perot-Reboul notait justement qu' « *afin d'éviter tout grief de soutien abusif, et sous réserve de la fraude, les sociétés et organismes dispensateurs de crédit pourraient être enclins à imposer à leur cocontractant, l'ouverture d'une procédure de conciliation préalablement à la remise des fonds indispensable à l'effacement des difficultés*⁴⁹³ ».

⁴⁸⁹ Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde C. Com. Art. L 620-1, al 1er.

⁴⁹⁰ C. Com. Art. L 611-2 al 1er et L 612-3, al 1er,

⁴⁹¹ C. Com. Art. L 611-4.

⁴⁹² R. ROUTIER, L'article L 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ? D 2006, n° 42, chron. p 2916 et s.

⁴⁹³ C. PEROT-REBOUL, Les Plans dans la loi de sauvegarde des entreprises, LPA 17 février 2006, n° 35, p 35.

Toutefois, si toutes les procédures sont concernées en l'espèce, il ne peut s'agir que de procédures ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises.

132. La postériorité de l'ouverture de la procédure au 1er janvier 2006. Comment l'article L 650-1 du Code de commerce s'applique-t-il dans le temps ? La disposition s'applique-t-elle, de manière rétroactive, aux procédures en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi ? Il n'existe aucune disposition spéciale, au sein de la loi, régissant cette question⁴⁹⁴. Dès lors, l'article L 650-1 aurait vocation à s'appliquer dans le seul cas de procédures de traitement des difficultés ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006. La Cour d'appel de Versailles⁴⁹⁵ s'est prononcée sur cette question le 15 décembre 2005. Se fondant sur le principe selon lequel une loi nouvelle, dans le silence du législateur, ne peut s'appliquer aux instances en cours que si elle répond à d'impérieux motifs d'intérêt général, élément qui semblait faire défaut dans le cas de l'article L 650-1 du Code de commerce, retient que ce dernier ne peut s'appliquer aux instances en cours. Le banquier ne bénéficiera de l'immunité de responsabilité conférée par l'article L 650-1 du Code de commerce, au titre des concours octroyés, que pour les seules procédures ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. La Cour de cassation a récemment confirmé cette solution dans un arrêt du 8 janvier 2008⁴⁹⁶ : en l'espèce la Cour, saisie d'un pourvoi d'une banque qui avait été condamnée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil à réparer le dommage subi par les créanciers d'une entreprise en procédure collective en raison de financements excessifs, a écarté l'application de l'article L 650-1 du Code de commerce au motif que la procédure avait été ouverte avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde.

*

* * *

⁴⁹⁴ En effet, les articles 190, 191 et 192 de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, dispositions transitoires, n'envisagent pas le cas de l'article L 650-1 du Code de commerce.

⁴⁹⁵ CA Versailles, 15 décembre 2005, D 2006, AJ p 1601, obs. A. LIENHARD.

⁴⁹⁶ Cass. com. 8 janvier 2008, n° 05-17.936, CRCAM Ille-et-Vilaine c/Pinson, Jurisdata n° 2008-042227

Le principe d'irresponsabilité ne peut trouver sa légitimité que dans les limites qui lui sont fixées à savoir la détermination de trois cas de responsabilité, trois exceptions, qui concerneront bien évidemment le même champ d'application que le principe en lui-même.

TITRE II. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ DU BANQUIER

133. La légitimité du principe par ses limites. Le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce a été défini. Désormais, si les conditions requises pour l'application du texte sont réunies, les banquiers et autres créanciers dispensateurs de concours bénéficieront d'un principe d'irresponsabilité à raison de leurs concours. Toutefois cette irresponsabilité n'est pas totale, auquel cas elle serait inconstitutionnelle. Cette irresponsabilité est nécessairement limitée. La mise en œuvre de la responsabilité du banquier en cas de faute de celui-ci doit être prévue. Néanmoins, la mise en place de ces exceptions au principe ne s'est pas faite sans discussion.

134. Première étape : « la fraude ou le comportement manifestement abusif ». A l'origine, lors de l'élaboration du texte, la responsabilité du banquier était envisagée dans le cas de « *fraude ou de comportement manifestement abusif* », lorsque la responsabilité du banquier était cantonnée au cadre de la procédure de conciliation. Pour les parlementaires, cette notion de « *comportement manifestement abusif* » engendrait de trop nombreuses difficultés d'appréciation. Selon Monsieur Xavier De Roux, le terme « manifestement », ajouté à celui d' « abusif », nécessitait un grand pouvoir d'appréciation du juge. En effet, le terme abusif est assez imprécis. On qualifie une situation d'abusives en la comparant à une situation normale. Le pouvoir du juge était dès lors très grand. L'ajout de la limite « manifestement » par le législateur tendait donc à réduire la marge d'appréciation du juge. Il observe notamment que cette expression est très appréciée du législateur, qui l'insère dans de nombreuses dispositions⁴⁹⁷. Toutefois, ce cas de responsabilité n'a pas tardé à être supprimé, lui préférant trois cas précis de responsabilité. En effet, l'imprécision de la formule auparavant employée, conduisait à ne retenir la faute du banquier, qu'en cas d'évidence⁴⁹⁸. « *L'adverbe manifestement crée donc le droit de l'évidence, celui où la preuve n'a pas de place et où le sens commun suffit*⁴⁹⁹ ». Dès lors, quelles situations cette notion recouvre-t-elle en pratique ? Pour Monsieur De Roux⁵⁰⁰, un comportement manifestement

⁴⁹⁷ X. De Roux, Rapport n° 2095 du 11 février 2005, au nom de la Commission des Lois, AN,

⁴⁹⁸ Voir notamment, P-M. Le CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, 2006-2007, Dalloz Action 2006, 3° éd. p 579, n° 434.33.

⁴⁹⁹ X. De Roux, Rapport n° 2095 du 11 février 2005, au nom de la Commission des Lois, AN, p 156.

⁵⁰⁰ X. De Roux, Rapport n° 2095 du 11 février 2005, au nom de la Commission des Lois, AN, p 156.

abusif est constitué par « *une fuite en avant*⁵⁰¹, *la volonté de masquer la situation le temps de se dégager*⁵⁰², ou [encore] *le crédit qui crée un déséquilibre insupportable*⁵⁰³ », hypothèses qu'il considère comme révélant des évidences. Aucun effort de preuve n'est à fournir ici. Au contraire, certaines situations ne peuvent être reconnues comme révélant des comportements manifestement abusifs, elles ne correspondraient qu'à des comportements simplement abusifs du banquier, n'emportant pas dès lors, la mise en cause de sa responsabilité. « *L'imprudence du banquier*⁵⁰⁴ », par exemple, ne constitue pas un comportement manifestement abusif, ni même « *l'inadaptation du crédit, par son montant, sa destination ou ses modalités, aux besoins de l'entreprise, la mettant en conséquence en difficulté. Cette inadéquation peut tenir au montant ou au coût du crédit qui est ruineux*⁵⁰⁵, *qui entraîne une charge excessive*⁵⁰⁶, *qui est hors de proportion avec les capacités*

⁵⁰¹ Voir notamm. Cass. com., 9 juillet 2002, pourvoi n° 01-01.565, BRDA 2002, n° 18, p. 8 « (...) en déduit que le Crédit mutuel avait accepté de pratiquer une politique de crédits ruineux qui avait permis la poursuite d'une activité déficitaire (...) »

⁵⁰² Voir Cass. com., 5 décembre 1978, pourvoi n° 76-10129 JCP G 1979 II, n° 19132, note J. STOUFFLET.

⁵⁰³ Cass. com. 9 mai 2001, arrêt n° 908 FS-D, Banque Marze c/ Madonna és qual., RJDA, n°10, n°1016, p 877 « qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que le crédit accordé était, compte tenu des frais financiers qu'il devait entraîner et de la situation de trésorerie de l'entreprise, insupportable pour la société Lanfray dont il devait inéluctablement entraîner la ruine(...) »

⁵⁰⁴ CA Paris, 15° ch., section A, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-106741 « Le banquier engage sa responsabilité lorsqu'il manque à ses devoirs de discernement et de suivi régulier des relations avec son client, (...) de légèreté et d'imprudence en laissant croître démesurément des concours, pour la plupart non autorisés, qui n'étaient en rapport, ni avec les capitaux propres, ni avec le chiffre d'affaires, ni avec les bénéfices de la société. De tels concours non justifiés par les besoins de l'exploitation, ont en effet servi à financer une perte puis des moins-values latentes, voire à renflouer une autre société. Ainsi que l'a relevé l'expert, le banquier chef de file n'a surveillé en temps utile ni les indicateurs élémentaires qualitatifs (comptes produits tardivement, absence de commissaire aux comptes) ni les indicateurs quantitatifs ».

⁵⁰⁵ Cass. com. 7 février 1983, pourvoi n° 81-13.993 « qu'en retenant dès lors que la BPROP a accordé sans interruption depuis le début de leur exploitation aux trois entreprises un **crédit ruineux** et que dès avril 1974, l'arrêt du service de caisse n'a été évité que grâce aux avances de la BPROP, ce qui démontrait, dès cette époque, une situation irrémédiablement compromise, la Cour d'appel a caractérisé et la faute de la banque et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi par les créanciers. » ; Cass. com., 26 mars 2002, n° 99-19.839 : « pour retenir la responsabilité de la BFCC, l'arrêt retient qu'elle a manqué de prudence et de vigilance en octroyant au groupe La Chenaie des **crédits importants et onéreux**, qui avaient encore aggravé les déséquilibres, à une structure dont elle aurait dû connaître la situation déficitaire et le défaut de toute perspective de rentabilité si elle avait effectué les études, contrôles et vérifications auxquels elle avait le devoir de procéder »

⁵⁰⁶ Cass. com. 2 mai 1983, pourvoi n° 81-14.223 « en constatant que la banque, méconnaissant les résultats de l'étude à laquelle elle avait elle même fait procéder, a continué à accorder des **crédits considérables** et, au moins à certains moments, les avait accrus, alors qu'aucune contrepartie dans la gestion n'apparaissait, la Cour d'appel ne s'est donc pas contredite et, peu important que la situation de M Dufour n'est pas été irrémédiablement compromise lors de l'octroi de ces nouveaux crédits, a pu retenir la faute du Crédit du Nord (...) » ; Cass. 1re civ., 8 juin 2004, n° 02-12.185, Bull. Civ. I, n° 166, p 138, RTDCom. 2004, p. 581, obs. D. LEGAIS : « la cour d'appel a retenu qu'avant de solliciter ainsi le Crédit agricole, leur banquier habituel, auprès duquel ils étaient parallèlement tenus de plusieurs emprunts professionnels souscrits par le mari en sa qualité d'artisan peintre, ils avaient vainement pressenti la Banque nationale de Paris, laquelle leur avait opposé la prévisibilité d'un **endettement excessif**, de sorte qu'ils avaient ultérieurement obtenu l'emprunt litigieux en pleine connaissance de cause(...) »

*financières du client*⁵⁰⁷, qui est trop important par rapport aux fonds propres⁵⁰⁸, où lorsque l'emploi auquel il est destiné est irrationnel⁵⁰⁹, sa durée inadaptée⁵¹⁰, son caractère inopportun⁵¹¹, ou inconsidéré⁵¹², au caractère manifestement dépourvu de viabilité du projet⁵¹³ ».

135. Un comportement « intentionnellement » abusif ? Toutefois avant de supprimer cette formulation qui instaurait « un droit de l'évidence », certains souhaitaient voir le terme « manifestement » remplacé par celui d'« intentionnellement », qui aurait permis d'intégrer de l'objectivité là où n'avait place que la subjectivité dans les décisions des juges du fond.

⁵⁰⁷ Cass. com., 22 mai 2001, n° 97-21.460, RJDA 2001, n° 10, n° 1017, p 877 ; Cass. 1re civ., 8 juin 1994, n° 92-16.142, Bull. civ. I, n° 206, p 150, JCP E 1995, II, p 25, n° 652, obs. D. LEGEAIS :

⁵⁰⁸ Cass. com., 26 janvier 1993, n° 91-13.462 ; Cass. com., 8 octobre 1991, n° 89-11.230 : « *Attendu (...), que la cour d'appel a relevé que la banque avait consenti des avances trop importantes eu égard aux fonds propres de la SCI, alors même qu'ayant les moyens de contrôler la gestion de la société, par sa qualité d'associé et par l'intermédiaire d'une de ses filiales, gestionnaire de cette société, elle ne pouvait ignorer que son concours financier était excessif* », Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-17.065, RJDA 1998, n° 1, n° 90, p. 55 : « *l'arrêt retient, qu'elle avait accordé des concours financiers pour des montants dépassant ce qui avait été contractuellement convenu, hors de proportions avec les fonds propres des sociétés, et générant de lourdes charges financières, considère, en outre, que le Crédit agricole s'est efforcé de retarder le plus possible la déclaration de cessation de paiement des deux sociétés, afin de réduire leur endettement à son égard(...)* »

⁵⁰⁹ Cass. com 13 février 2001, pourvoi n° 97-21.460 « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que commet une faute génératrice de responsabilité la banque qui, portant au compte courant de sa cliente, dont elle réduit ainsi le déficit, une somme dont elle connaît le caractère conventionnellement indisponible, donne ainsi aux fonds une autre affectation que celle prévue lors de son versement(...)* » ; Cass. com., 2 mai 1983, n° 81-14.223, précité.

⁵¹⁰ CA Versailles 10 décembre 1998, Jurisdata n° 1998-056106 : « *un établissement bancaire qui tolère pendant trois ans un découvert de près d'un million et décompte pendant la même période des intérêts au taux des prêts à court terme sans proposer un prêt à long terme, en sachant que ce prêt ne pourrait être remboursé avant plusieurs années, commet une faute* »

⁵¹¹ CA Grenoble 14 mai 1992 Jurisdata n° 1992-043883, « *Le banquier dispensateur de crédit a commis une faute l'engageant à contribuer au passif de la société en liquidation judiciaire à hauteur de 50 %, dès lors que la complaisance d'un préposé a permis l'octroi de concours importants à une société nouvelle sans aucune précaution (...)* »

⁵¹² CA Versailles 2 octobre 1991, Jurisdata n° 1991-044906 « *La banque engage sa responsabilité en acceptant l'augmentation constante du solde débiteur de deux sociétés animées et cautionnées par une personne à laquelle elle autorise parallèlement un découvert exorbitant sans garantie, et de laquelle elle accepte des chèques au profit des sociétés débitrices par débit d'un compte personnel largement débiteur* »

⁵¹³ Cass. com. 25 avril 2001, pourvoi n° 98-13.677, RJDA 2001, n° 10, n° 1018 « *qu'en l'état de ces constatations et énonciations, dont il ressortait que la Camefi avait octroyé sans discernement un crédit ruineux à une entreprise manifestement dépourvue de viabilité dès l'origine(...)* » Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-11.947 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi sans constater qu'au moment de son octroi, le crédit relais accordé à un marchand de biens, était destiné à financer une opération immobilière dépourvue de viabilité(...)* » ; Cass. com., 1er juillet 2003, n° 01-16.629 : « *la diminution de rentabilité du fonds de commerce était déjà apparente lors de la vente, que l'analyse de la banque relativement aux perspectives de développement du fonds étaient erronée et qu'en acceptant, dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan social dont la finalité était de réduire ses effectifs salariaux, le projet validé par son antenne emploi, le Crédit lyonnais avait commis une imprudence coupable ; Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que les crédits litigieux avaient été sollicités par M. X... lui-même, alors que ce dernier n'avait jamais prétendu que le Crédit lyonnais aurait eu, sur le projet, des informations que lui-même aurait ignorées, et que dans son activité de dispensateur de crédits, la banque, fût-elle également l'employeur agissant pour la mise en œuvre d'un plan social, n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

L'amendement de Monsieur Xavier De Roux, qui prévoyait cette substitution de termes, a été adopté, bien que critiqué par certains, redoutant que la notion d'intention ne vienne « *supprimer le concept même de soutien abusif*⁵¹⁴ ».

136. Seconde phase : l'élaboration de trois exceptions au principe d'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de concours. L'ancienne formulation a ensuite fait place à trois exceptions. Trois comportements sont désormais susceptibles d'ouvrir l'action en responsabilité contre le banquier : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et la prise de garanties disproportionnées. « *Le cantonnement du champ rationae materiae à trois cas limitatifs et d'appréciation objective a pour objet de lever l'aléa juridique né des évolutions de la jurisprudence par une consécration législative des principaux fondements de la responsabilité des créanciers retenus par les tribunaux.*⁵¹⁵ ». Ces trois cas constituent donc des « exceptions » au principe d'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de concours à une entreprise en difficulté. Aussi convient-il immédiatement de constater l'opportunité et l'importance contrastée de ces trois exceptions, la troisième venant prendre certainement la part du lion en matière de contentieux.

137. La prédominance du contentieux lié à la prise de garanties disproportionnées. Le législateur a eu l'ambition, par la création de cette disposition, de poser des « *critères clairs et objectifs de responsabilité, afin d'apporter aux créanciers la sécurité juridique nécessaire à l'amélioration des conditions de financement et de pérennisation de l'activité des entreprises*⁵¹⁶ ». Toutefois, les formules employées sont sujettes à discussion, et ne seront dès lors qu'à l'origine de malentendus et de contentieux au lieu d'instaurer la sécurité juridique tant recherchée. Certains auteurs « *prophétisent déjà un glissement, voir un gonflement du contentieux du soutien abusif, et non une raréfaction, [comme le souhaitait le législateur], sur le terrain des nombreuses exceptions prévues et qui supposent toutes de beaux efforts de preuve*⁵¹⁷ ». Le législateur se félicite d'avoir repris les cas les plus importants de mise en cause de la responsabilité des créanciers dispensateurs de concours, toutefois, s'il est vrai que la fraude et l'immixtion sont des notions anciennes, ancrées dans le droit commun de la responsabilité civile (Chapitre 1), la prise de garanties disproportionnées est une notion récente, qui sera source de bon nombre d'incertitudes (Chapitre 2).

⁵¹⁴ Intervention de Monsieur Ph. HOUILLON, Débats assemblée nationale.

⁵¹⁵ Ph. MARINI, Commission des Finances pour le Sénat, Avis n° 355, du 26 mai 2005.

⁵¹⁶ Ph. MARINI, Commission des Finances pour le Sénat, Avis n° 355, du 26 mai 2005, p 31.

⁵¹⁷ A. MARTIN-SERF, Responsabilité des tiers, la loi de sauvegarde a fait plusieurs « cadeaux » aux banquiers, Rev. Proc. Coll. n° 4, Décembre 2005, p 386 et s. spéc. p 387.

CHAPITRE 1. LES HYPOTHÈSES DE DROIT COMMUN

138. Un objectif précis : l'éclaircissement des notions. La nécessité de déterminer le contour des exceptions est indispensable pour les créanciers. En effet, pour ne pas être inquiétés, les créanciers n'auront qu'à éviter d'entrer dans le cadre de l'exception. Le Gouvernement précisait lors de ses observations relatives à la saisine du Conseil constitutionnel, que l'article L 650-1 du Code de commerce, ne supprimant pas entièrement la responsabilité du banquier, et donc le droit au recours des victimes de préjudices, précise les conditions d'engagement de l'action. L'action en responsabilité est donc uniquement recevable si l'un des trois comportements ci-après est relevé : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la prise de garanties disproportionnées aux concours. Pour limiter les risques d'engagement de leur responsabilité les créanciers dispensateurs de concours doivent connaître l'étendue des fautes qui peuvent leur être imputées. C'est pourquoi les exceptions au principe d'irresponsabilité, doivent être clairement définies. Si la fraude et l'immixtion sont des situations, dans les faits, bien connues des praticiens et des tribunaux, elles demandent néanmoins des éclaircissements quant à leur application dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce. La fraude est en effet une hypothèse que la doctrine a défini avec ferveur, et qui tend à la moralisation du droit des affaires. Le professeur Vidal s'est ainsi attaché à élaborer une théorie générale de la fraude en droit français, en 1956⁵¹⁸. L'adage *fraus omnia corrumpit* a trouvé désormais application dans les diverses branches du droit, notamment en droit du crédit. La notion d'immixtion, quant-à elle, est plus récente mais néanmoins tout aussi utilisée en droit positif. La notion est cependant moins bien définie, de sorte que la jurisprudence s'est davantage attachée à sa définition qu'à celle de la fraude. Il convient donc dans une première section, d'envisager l'exception de fraude (section 1), et dans une seconde, l'exception d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur (section 2).

⁵¹⁸ José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Toulouse, le 10 novembre 1956, Dalloz 1957 préface G. MARTY

Section 1. La fraude

139. La fraude, fait générateur de responsabilité ? L'article L 650-1 du Code de commerce contient une première exception au principe d'irresponsabilité : la fraude. Mais la sanction de ce type de comportement par la mise en cause de la responsabilité va de soi ; dès lors, en apporter la précision était « inutile⁵¹⁹ ». Selon l'adage *fraus omnia corrumpit*⁵²⁰, c'est-à-dire « la fraude corrompt tout », qui est d'application générale, la fraude peut toujours être reconnue par les juges comme constituant une faute du banquier. Il était nullement nécessaire de préciser ce cas d'ouverture d'une action en responsabilité. Le Garde des Sceaux avait d'ailleurs envisagé cette critique, en précisant que « *certaines pourraient objecter que cela va sans dire !* ». C'est ainsi que Monsieur Pierre Cardo⁵²¹, député, énonçait lors des débats à l'Assemblée Nationale que, même s'il est d'accord « *sur le cas de fraude* », celle-ci « *est en elle-même condamnable...* ». Si cette précision était inutile, pourquoi le législateur l'a-t-il maintenue ? Tout simplement pour que l'article 126 de la loi de sauvegarde qui crée l'article L 650-1 du Code de commerce ne soit pas censuré par le Conseil constitutionnel. En effet, afin de légiférer dans le respect du principe de responsabilité, la loi ne pouvait prévoir un principe général d'irresponsabilité, même si, nous le savons, le droit commun est toujours applicable, de sorte que les juges ne peuvent conclure à l'irresponsabilité du banquier, s'ils observent un comportement frauduleux de sa part. Afin de concevoir la notion de fraude comme il se doit, il importe dans un premier temps de la définir (§1), avant, dans un second temps de l'apprécier au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce (§2).

§ 1. La notion de fraude

140. Définition. La fraude peut se définir comme « *les actes accomplis dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter*⁵²² ». Elle vise la « *violation d'une règle dont les conditions d'application sont réunies. Sa spécificité réside dans le caractère volontaire de la transgression de la part du sujet. Il implique donc un élément intentionnel, de*

⁵¹⁹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1510, n° 11, p 1748. et R. ROUTIER, De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D 2005, n° 22, chron. p 1478 et s, spéc. p 1480, n° 13.

⁵²⁰ Adage formulé par les glossateurs et notamment par Bartole et son école, consacré ensuite par la Cour de cassation, Cass. 3 juillet 1817, Sirey 1818, 1, 338. « la fraude fait exception à toute les règles ».

⁵²¹ Intervention de P. CARDO, débats à l'AN 3° séance du 8 mars 2005.

⁵²² G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF 8° éd. 2007, v° « fraude ».

*mauvaise foi, dont la fraude constitue en quelque sorte une forme aggravée*⁵²³ ». Pour le Professeur Vidal, « *il y a fraude à chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend le résultat inattaquable sur le terrain du droit positif*⁵²⁴ ». Monsieur Xavier De Roux, estime que traduisent dès lors, la fraude, de manière générale, « *tous les moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou fait pour échapper à l'exécution des lois*⁵²⁵ ». L'exception de fraude a donc pour objectif « *d'éviter que des manœuvres ne soient exercées par le créancier qui consentirait une avance ou un crédit au débiteur dans un but autre que celui de maintenir l'activité de l'entreprise ou d'assurer sa pérennité*⁵²⁶ ». La fraude peut donc être envisagée au travers de comportements relevant du droit pénal (A), ou au travers de fautes exclusivement civiles, l'élément moral étant ici plus diffus (B).

A. Comportements relevant du droit pénal.

141. Financement d'activités illicites et financement d'activités licites par des procédés illicites. La fraude est ici envisagée dans le cadre d'opérations illicites réalisées par le banquier dispensateur de crédit. Ainsi le banquier pourrait se voir reprocher, en premier lieu, d'avoir soutenu une activité illicite. En effet, pour ne pas être inquiété, le banquier doit s'abstenir, par ses concours, de financer une activité irrégulièrement exercée, par exemple, par un étranger non autorisé à faire le commerce en France⁵²⁷, ou encore par un commerçant frappé d'une interdiction d'agir à la suite du prononcé d'une faillite personnelle en application de l'article L 653-2 nouveau du Code de commerce. Le professeur Stoufflet⁵²⁸ envisageait déjà l'hypothèse en 1965, de l'éventuelle responsabilité du banquier pour fourniture de crédit à un commerçant indigne. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 13 novembre 1963⁵²⁹, le syndic invoquait le fait que la banque avait permis à « un failli taré et incapable » d'arranger sa situation et ainsi de tromper les créanciers tiers. De même, la responsabilité du banquier ne fait pas de doute lorsqu'il accorde des crédits à un

⁵²³ B. AUDIT, Fraude, Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF 2003, p 755 et s.

⁵²⁴ J. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz 1957, préface G. MARTY, p 208.

⁵²⁵ X. De Roux, Rapport n° 2095 du 11 février 2005, au nom de la Commission des Lois, AN, p 168.

⁵²⁶ J-J. HYEST, Rapport n° 335 du 11 mai 2005, au nom de la Commission des Lois, Sénat, p 442.

⁵²⁷ CA Paris, 26 mai 1967, JCP G 1968, II, n° 15518, obs. J. STOUFFLET.

⁵²⁸ J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?, JCP G 1965, I, 1882, spéc. n° 16 et s.

⁵²⁹ CA Nîmes 13 novembre 1963, RTDCom 1964, p 163.

emprunteur pour la réalisation d'activités délictueuses telles une escroquerie, une fraude fiscale ou le financement d'activités terroristes⁵³⁰... En second lieu, le comportement frauduleux du banquier ressort de l'utilisation de moyens frauduleux dans l'octroi du crédit, tels « l'escompte d'effets fictifs ou de complaisance⁵³¹, la mobilisation par bordereau Dailly de factures ne correspondant pas à des créances réelles⁵³² ou encore la circulation de traites de cavalerie⁵³³ ». Les traites de cavalerie⁵³⁴ désignent dans la pratique les effets de complaisances créés par des parties tirant réciproquement les unes sur les autres pour se procurer frauduleusement du crédit au moyen de l'escompte de ces effets. Les effets de complaisance correspondent aux effets de commerce créés collusoirement, c'est-à-dire en l'absence de toute valeur ou cause réelle et par des parties qui n'ont pas la volonté de s'obliger ensemble, qui cherchent uniquement à se procurer frauduleusement du crédit au moyen de l'escompte de ces effets. Par ailleurs, le client, en étroite relation avec son banquier, peut se voir imposer un taux de crédit parfois excessif, entraînant un coût insurmontable. La pratique de taux usuraires était en particulier constitutive de fraude, et punie pénalement. Aujourd'hui, l'usure a été dépénalisée, de sorte qu'elle constitue aujourd'hui uniquement une fraude civile.

142. La dépénalisation de l'usure. Dans un objectif de protection de l'emprunteur dont le pouvoir de négociation est bien moindre que celui du prêteur, le taux d'intérêt a fait l'objet de nombreuses réglementations législatives afin d'en limiter le caractère abusif. Le taux a toujours été assorti d'un plafond. Aussi la loi du 3 septembre 1807 fixait-elle un plafond de 5 % en matière civile et de 6 % en matière commerciale, au delà duquel, le taux devenait usuraire et engendrait des sanctions pénales pour le prêteur⁵³⁵. Toutefois, le bon fonctionnement de l'économie demandait un système plus souple, qui a été introduit par un Décret-loi du 30 octobre 1935 (après une longue période de liberté), puis précisé par la loi du 28 décembre 1966⁵³⁶, qui pose les fondements de la réglementation sur l'usure. En 1966 est fixé un maximum au taux de l'intérêt pour toutes les opérations de crédit, effectuées par des établissements de crédit, des entreprises ou des particuliers. Et malgré l'insertion des

⁵³⁰ Lamy Droit du financement 2008, n° 2967.

⁵³¹ Cass. com., 18 novembre 1997, n° 95-19.415, RJDA 1998, n° 3, n° 326 ; Cass. com., 9 juin 1987, n° 82-16.703, Bull. civ. IV, n° 135, p 103, Gaz. Pal. 1987, 2, pan., p 211

⁵³² Cass. com., 15 juin 1999, n° 96-12.666, RDBB 1999, n° 75, p 186, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD.

⁵³³ J-J. HYEST, Rapport n° 335 du 11 mai 2005, au nom de la Commission des Lois, Sénat, p 442.

⁵³⁴ La jurisprudence a déjà sanctionné un banquier sur ce point : Cass. com. 6 octobre 1998, D Affaires 1998, 1904, obs. X.DELPECH : « *en participant à des financements par des crédits de « cavalerie », le banquier avait permis à un emprunteur, alors même que sa situation n'était pas compromise, de se constituer une trésorerie fictive et ce à un coût excessif* »

⁵³⁵ W. JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, Dalloz 4° éd., 2000, n° 144 et s.

⁵³⁶ Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966, loi sur l'usure.

règles dans le Code de la consommation par une loi du 26 juillet 1993, le principe de l'usure s'appliquait à tous, même aux professionnels⁵³⁷. Le dépassement du plafond légal constituait le délit d'usure sanctionné par l'article L 313-5 du Code monétaire et financier. La loi Neiertz du 31 décembre 1989 sur le surendettement des ménages a apporté d'importantes modifications au système de plafonnement en place. Le champ d'application rationae personae est restreint à une liste dressée par un arrêté du Ministre chargé de l'économie. Cependant, cette réglementation censée contribuer à la réduction du nombre et du coût économique des faillites, engendrait des conséquences néfastes sur l'offre de crédit, notamment l'exclusion d'entreprises qui, bien que présentant un risque important, pouvaient assumer la charge financière de crédits à un taux élevé, mais aussi incitait les banques à accroître le nombre de garanties ou les entreprises à recourir à des financements de substitution. Les critiques se sont renforcées à la fin des années quatre-vingt-dix, avec la baisse des taux d'intérêts. La loi pour l'initiative économique du 1er Août 2003⁵³⁸ et la loi du 2 août 2005⁵³⁹ en faveur des petites et moyennes entreprises, sont venues modifier en profondeur la réglementation sur l'usure, et restreindre son champ d'application aux découverts en compte pour les sociétés puis pour les entrepreneurs individuels. Sont ainsi exclus du champ des prêts usuraires, les prêts consentis aux personnes morales se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale et aux entrepreneurs individuels (sauf en ce qui concerne les découverts en compte). Cette déréglementation a été accueillie de façons diverses par les praticiens. Au sein de la doctrine, certains considéraient que la liberté ainsi reconnue quant au taux d'intérêt favoriserait l'endettement des entreprises⁵⁴⁰. Les professionnels ont quant à eux observé des effets positifs sur l'accès au crédit et le financement des PME. Par ailleurs, ces réformes s'inscrivent dans le droit chemin des législations étrangères et notamment de la zone euro, qui ne maintiennent une réglementation de l'usure uniquement pour les particuliers, seules la France et l'Italie continuent d'y inclure, en tout ou partie, le crédit aux entreprises ou assimilées⁵⁴¹. Aujourd'hui, constitue un taux usuraire, selon l'article L 313-5-1 du Code monétaire et financier, « pour les découverts en compte à une personne physique

⁵³⁷ Cass. 1^{ère} civ. 22 janvier 2002, Jurisdata n° 012662 ; RDBF mars avril 2002, p 65 obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD.

⁵³⁸ Loi n° 2003-721 sur l'initiative économique, du 1er Août 2003.

⁵³⁹ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Voir notamment D. GABRIELLI, M. HOUSNI-FELLAH et V. OUNG, Les incidences de la réforme de l'usure sur les modalités de financement des PME, Bulletin de la Banque de France, n° 157, janvier 2007, p 19 et s.

⁵⁴⁰ S. PIEDELIEVRE, Le déplafonnement de certains taux d'intérêts, JCP E n° 42, 16 octobre 2003, étude 1466, p 1658 et s. , spéc. p 1660, n° 11.

⁵⁴¹ D. GABRIELLI, M. HOUSNI-FELLAH et V. OUNG, Les incidences de la réforme de l'usure sur les modalités de financement des PME, Bulletin de la Banque de France, n° 157, janvier 2007, p 19 et s.

agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, ou professionnelle non commerciale, tout prêt conventionnel consenti à un TEG qui excède, au moment où il est accordé, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues telles que définies par l'autorité administrative après avis du Conseil National du Crédit et du Titre (remplacé par le comité consultatif du secteur financier) ». Le taux de l'usure est par ailleurs, calculé pour chaque type de prêt, par la Banque de France, après avoir recensé les taux pratiqués par les banques. En outre, par ces réformes, la sanction pénale pour les prêts usuraires consentis aux personnes morales et entrepreneurs individuels est supprimée. Seule la sanction civile demeure : la restitution des intérêts trop perçus, pour les manquements au dispositif prévu pour les découverts en compte courant. Toutefois, les dispensateurs de ce crédit consenti à des taux plus élevés, encourent toujours le risque pénal⁵⁴². En effet, l'article L 654-2 du Code de commerce tel qu'il résulte de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, sanctionne le fait d'avoir, « pour éviter ou retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds », faits constitutifs de l'infraction de banqueroute. Les moyens ruineux peuvent en effet consister en un procédé régulier mais dont les frais financiers sont tels que l'entreprise ne peut y faire face, le banquier devenant alors complice de banqueroute⁵⁴³.

143. L'intention criminelle⁵⁴⁴. Ces comportements frauduleux peuvent cependant parfois correspondre à ceux du débiteur lui-même : il y a collusion frauduleuse entre le banquier et le débiteur, constituant une fraude aux droits des créanciers et de la procédure, par la rupture de l'égalité des créanciers. La vigilance est donc de mise. L'élément intentionnel de la fraude est donc déterminant, dans le cadre de comportements relevant du droit pénal. La fraude en matière civile peut-elle être fondée sur cet élément intentionnel ?

B. La fraude au travers de fautes exclusivement civiles.

144. L'élément moral dans la fraude civile. La fraude, en matière civile, concerne-t-elle des comportements intentionnels ou bien dénués de mauvaise foi ? La notion de fraude, en matière civile, n'a eu de cesse d'évoluer dans le cadre de la jurisprudence relative à l'action

⁵⁴² B. BOULOC, La réforme de l'usure (loi du 1er Août 2003), RDBF n° 6, nov-déc 2003, p 387 et s., spéc. p 388.

⁵⁴³ Cf infra.

⁵⁴⁴ Au sens général du terme.

paulienne de l'article 1167 du Code civil. Selon la Cour de cassation, « *la fraude paulienne n'implique pas nécessairement l'intention de nuire* » ; elle résulte de la seule conscience de causer à autrui un dommage⁵⁴⁵. Cette solution doit-elle être transposée au cas de la fraude de l'article L 650-1 du Code de commerce ? Quelles en seraient alors les conséquences quant au champ d'application du texte ? La diversité des conceptions de la fraude, conduira nécessairement à des difficultés ; ce que Monsieur Xavier De Roux ne semble pas croire : « *la réserve du cas de fraude n'appelle guère de commentaire*⁵⁴⁶ ». Or, un approfondissement de la question montrera que la précision faite par le législateur animé par la volonté d'écartier toute difficulté, a au contraire produit l'effet inverse. Les interrogations se posent. Quelle conception de la notion de fraude convient-il de retenir ?

§ 2. L'appréciation de la notion de fraude au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce.

145. Intention ou mauvaise foi ? Deux conceptions de la notion de fraude sont envisageables. D'un côté, le comportement frauduleux sera animé par l'intention de nuire. L'élément intentionnel est dès lors déterminant. La fraude est donc entendue très strictement. De l'autre, le caractère frauduleux peut être tiré de la simple conscience de causer un préjudice à autrui. Cette conception de la fraude est ici extrêmement large. En effet, par ce biais, la responsabilité du banquier pourrait être engagée dans tous les cas, puisque le fait d'octroyer un crédit à une entreprise dont les banquiers savent que sa situation est compromise, constituerait une fraude aux droits des créanciers tiers : « *Cette connaissance implique en effet la conscience de leur causer un préjudice*⁵⁴⁷ ». L'article L 650-1 du Code de commerce, et son principe d'irresponsabilité n'aurait dès lors plus aucune utilité. Seule une conception stricte de la fraude doit être retenue. Toutefois, bien que les auteurs s'accordent⁵⁴⁸ sur ce point, les appréciations divergent. Entendre strictement la notion de fraude revient à considérer l'élément intentionnel comme déterminant. Dès lors,

⁵⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 1995, D 1996, jur. p 391, note AGOSTINI.

⁵⁴⁶ X. De ROUX, Rapport n° 2095 du 11 février 2005, au nom de la Commission des Lois, AN, p 168.

⁵⁴⁷ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, Cahier de Droit des Affaires, chron. p 69 et s, notamm. p 74 n° 25.

⁵⁴⁸ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, Cahier de Droit des Affaires, chronique p 69 et s, notamm. p 74 n° 25 ; D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1510, n° 11, p 1748 ; P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Colloques et Débats (Colloque du 24 février 2006) sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s, spéc. p 87, n° 37.

le comportement frauduleux consisterait en « *l'utilisation de moyens de financement illicites*⁵⁴⁹ », c'est-à-dire des comportements sanctionnés pénalement ; autrement dit, l'utilisation de « *crédits noirs* » ou encore le cas de la complicité du banquier dans l'emploi de moyens ruineux ou dans l'emploi de moyens frauduleux⁵⁵⁰. Cette interprétation conduirait à la situation dans laquelle le banquier serait susceptible d'être condamné pénalement⁵⁵¹ et civilement, et encourrait de surcroît, la sanction de l'article L 650-1 du Code de commerce, à savoir la nullité des garanties prises en contrepartie du concours consenti⁵⁵². En outre, traduirait également une fraude, cette fois sur le plan civil, le détournement délibéré d'une règle de droit : « *le fait de se soustraire à une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif*⁵⁵³ ». Selon le Professeur Philippe Pétel, « *Appliquée à la situation examinée, la fraude recouvre, par exemple, le cas du créancier qui profite de l'irresponsabilité de principe énoncée par la loi pour échapper à la règle d'égalité en soutenant délibérément un débiteur en difficulté dans le seul but de consolider sa position avant un dépôt de bilan inéluctable*⁵⁵⁴ ». En effet, le banquier est tenté, par l'octroi de crédit, de retarder l'ouverture d'une procédure collective, et donc de retarder l'application de la règle de l'égalité des créanciers. Il s'agit ici, par exemple, pour le prêteur de « *masquer la situation irrémédiablement compromise de son débiteur le temps de se décharger au détriment des autres créanciers*⁵⁵⁵ », ou « *la pratique de taux ruineux, une augmentation frauduleuse de sa créance avec l'objectif d'alourdir sa participation dans la future et inéluctable procédure*⁵⁵⁶ ». En outre, dans la cadre de la procédure de conciliation, l'apport de fonds nouveaux permettra au banquier de bénéficier d'un privilège⁵⁵⁷, qui le placera devant les autres créanciers pour le remboursement des

-
- ⁵⁴⁹ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Colloques et Débats (Colloque du 24 février 2006) sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s, spéc. p 87, n° 38.
- ⁵⁵⁰ D. VIDAL, La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client, RDBF Novembre Décembre 2006, p 87, spéc. p 89, n° 29
- ⁵⁵¹ Notamment pour complicité de banqueroute. Cf Infra.
- ⁵⁵² Cf supra. Sur ce point, la solution n'est pas plus limpide.
- ⁵⁵³ J. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, 1957, préface G. MARTY, p 208.
- ⁵⁵⁴ Ph. PETEL, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1509, n° 67.
- ⁵⁵⁵ F.-J. CRÉDOT, et Y. GÉRARD, Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif, RDBF, Septembre-Octobre 2005, n° 154, p 10.
- ⁵⁵⁶ R. BONHOMME, La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. BOULOC, Dalloz 2007, p 59 et s. spéc. p 68 n° 13.
- ⁵⁵⁷ Privilège de New Money prévu à l'article L 611-11 du Code de commerce

créances. La vigilance du conciliateur est donc de mise. L'intérêt personnel du banquier est donc ici le révélateur d'une fraude. La fraude consiste en un comportement d'une particulière gravité devant révéler si ce n'est une intention de nuire, peut-être une mauvaise foi.

146. La portée du texte, fonction du pouvoir souverain d'appréciation des juges. En définitive, il appartiendra aux juges de décider de la conception à retenir. Le rôle des juges est alors considérable⁵⁵⁸. De leur appréciation de la notion de la fraude, dépendra le sort des créanciers dispensateurs de crédit, et l'éventuelle résurgence de la jurisprudence relative au soutien abusif. En effet, rien n'interdit aux juges de retenir une conception large de la fraude afin de sanctionner un créancier qui a octroyé un crédit en ayant connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur⁵⁵⁹. Aux incertitudes posées par la formule du texte s'ajoutent ainsi celles liées au pouvoir d'appréciation du juge.

Section 2. L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur

147. De l'imprécision du texte à l'interprétation doctrinale. Est-ce une innovation ou là encore le législateur a repris les solutions posées par la jurisprudence ? Dans ce cas, quelle était la teneur des condamnations ? Le législateur n'a pas davantage défini la notion « *d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur* ». Or la notion d'immixtion est extrêmement large, elle peut recouvrir bon nombre de situations et de comportements des créanciers dispensateurs de crédit. Il faudra parvenir à délimiter cette notion (§1) avant de l'apprécier au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce (§2).

§ 1. Délimitation de la notion d'immixtion

148. Pertinence de la référence à l'immixtion. Cette seconde exception au principe de non responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, ne fait pas l'unanimité. Les avis sont partagés. Pour certains, cette exception « *renvoie à l'hypothèse extrêmement rare, dans*

⁵⁵⁸ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1510, n° 11, p 1748

⁵⁵⁹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1510, n° 11, p 1748

laquelle le créancier acquiert la qualité de dirigeant de fait en participant activement à la gestion du débiteur et en prenant seul les décisions importantes en ses lieux et place⁵⁶⁰ », et rendait cette disposition évidente ; pour d'autres, elle est inutile et imprécise : « *L'immixtion caractérisée ? Il n'est pas très rigoureux de créer une catégorie de droit sans utiliser les termes consacrés. Mais il est bien évident que si le créancier a exercé une gestion de fait, sa responsabilité sera en jeu, même si ce n'est pas au titre de soutien abusif.*⁵⁶¹ ». Dès lors il semble que la notion, si elle peut correspondre à la notion de direction de fait (A), peut recouvrir bien d'autres situations (B).

A. La direction ou gestion de fait.

149. Définition de la direction de fait. La notion de direction de fait a été définie par la jurisprudence⁵⁶², qui, de l'observation des situations de fait, en a établi les critères déterminants. « *Est un dirigeant de fait, celui qui, en toute souveraineté, exerce une activité positive de gestion et de direction*⁵⁶³ ». Trois critères sont donc indispensables : l'indépendance, une activité positive, et une activité positive de direction.

150. Critères de la direction de fait. L'indépendance correspond à l'idée selon laquelle la personne en question n'est pas liée à la société par un lien de subordination, de sorte que son activité soit exercée en toute liberté. L'activité positive est par ailleurs nécessaire à la reconnaissance de cette qualité. En effet, des abstentions ne peuvent conférer cette qualité, il doit s'agir d'une participation effective. La jurisprudence a notamment rappelé dans de récents arrêts, la nécessité d'actes positifs. Ainsi, par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 juillet 2007⁵⁶⁴, la Cour estime que « *la banque, en payant la taxe foncière, la prime d'assurances multirisque-habitation, deux acomptes sur la facture d'un artisan, la prime d'assurances dommage-ouvrage, après avoir mis sa débitrice en demeure de payer les intérêts des ouvertures de crédit de 8 000 000 francs et du solde débiteur du compte, s'est bornée à prendre une mesure conservatoire comme un créancier soucieux de sauvegarder sa créance, sans accomplir des actes positifs de gestion* ». Les limites sont dès

⁵⁶⁰ J.-J. HYEST, Rapport n° 335 du 11 mai 2005, au nom de la Commission des Lois, Sénat, p 442.

⁵⁶¹ Intervention de P. GIACOBBI, Débats à l'assemblée nationale, 2° séance du 3 mars 2005, JOAN 4 mars 2005, p 1634.

⁵⁶² Cass. com. 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-19.860, FP-P+B+R, Mme Nicoud épouse Dru : Jurisdata n° 2005-029487, Cass. com. 12 juillet 2005, pourvois n° 03-14.045, et n° 03-15.855, FP-P+B+R, M. Maître et JP Maître : Jurisdata n° 2005-029479.

⁵⁶³ J.-L. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait, D. 1975, chron. p 41 et s.

⁵⁶⁴ Cass. com. 3 juillet 2007, n°06-10.803, SCI du Beffroi, Bull. Joly Sociétés, 1 décembre 2007 n° 12, p 1357, obs. P. PÉTEL.

lors posées : l'analyse du comportement dépend de son contexte. Par conséquent, « *le banquier ne prend pas de risques s'il se borne à exiger de son client des informations, à conseiller ou même à prendre des mesures tendant à sauvegarder sa créance*⁵⁶⁵ ». C'est l'exigence d'actes positifs qui différencie d'ailleurs le dirigeant de fait du dirigeant de droit. « *Si le dirigeant de droit engage sa responsabilité pour ses fautes d'omission, le dirigeant de fait se révèle par son action*⁵⁶⁶ ». Mais une fois que la qualité de dirigeant de fait est établie, ses actes positifs comme ses manquements seront à l'origine de fautes de gestion, et donc de la mise en jeu de sa responsabilité, sur le plan de l'action pour insuffisance d'actif. Par ailleurs, l'activité exercée doit relever de la direction ou de la gestion de la société. Ce critère a notamment été rappelé par la jurisprudence dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 octobre 2007⁵⁶⁷, qui a rejeté dans cette affaire l'immixtion du banquier. Le demandeur au pourvoi, M. Patrice X... invoquait une immixtion du banquier dans la gestion de la SCI Vendôme, et souhaitait le voir condamné pour soutien abusif. Il faisait notamment valoir que « *la SCI Vendôme ne disposait pour l'utilisation de ces prêts d'aucun compte chèque et qu'il lui fallait pour l'utilisation de la moindre somme recueillir l'accord de la banque, que la banque avait exigé de lui une procuration et que le contrat de prêt en date du 28 janvier 1992 indiquait dans son article 1er que " le versement des fonds interviendra entre les mains des entrepreneurs au fur et à mesure de l'avancement des travaux sur présentation de leurs situations dûment approuvées par l'emprunteur et vérifiée par nos soins " de sorte que la banque se réservait le droit de vérifier les factures fournisseurs selon l'état des travaux subordonnant le paiement des fournisseurs à son accord et qu'elle avait ainsi un droit de veto sur la réalisation des travaux par la SCI Vendôme dont c'était pourtant toute l'activité* ». La Cour de cassation rejette néanmoins le pourvoi en soutenant « *qu'après avoir constaté que la banque avait effectué le paiement des entrepreneurs en vertu d'une stipulation selon laquelle ces versements interviendraient sur présentation des situations dûment approuvées par l'emprunteur et vérifiées par elle, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que cette disposition avait pour seul objet le*

⁵⁶⁵ J. STOUFFLET, Essai de définition des limites entre la vigilance normale d'un prêteur et le comportement relevant de la qualification de dirigeant de fait, in Droit bancaire, JCP E n° 46, 15 Novembre 2007, 2377, n° 13.

Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-02.896, Banque du BTP c/ Rey : Jurisdata n° 2004-021752 : « *l'accomplissement de tels actes (état prévisionnel des dépenses soumis à la BTP pour qu'elle donne ou refuse l'accord de règlement) est impropre à caractériser une immixtion fautive de la banque dans la gestion de la société emprunteuse, la BTP s'étant contentée d'exercer un contrôle de l'emploi des fonds prêtés dans l'attente des documents comptables réclamés* ».

⁵⁶⁶ D. TRICOT, Les critères de la gestion de fait, Dr. et Patrim. Janvier 1996, p 24 et s., spéc. p 27

⁵⁶⁷ Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-12.677, arrêt n° 1169 F-P+B, D 2007, p 2870, obs. X. DELPECH ; Banq. et dr. 2008, Ch. Droit bancaire, p 22, obs. Th. BONNEAU ; RDBF n° 2, Mars 2008, n°35, note F-J. CREDOT et Th. SAMIN.

contrôle de l'emploi des fonds empruntés pour le financement d'une opération immobilière et n'était pas susceptible de conférer à la banque un pouvoir de direction sur l'activité de son client ». Le pouvoir de contrôle sur l'utilisation des fonds prêtés ne peut se concevoir comme un pouvoir de direction, de sorte que l'immixtion du banquier ne peut être retenue dans ce cas. Il est par ailleurs nécessaire qu'il existe « *une variété suffisante d'actes de nature à démontrer que les fonctions exercées ne sont pas limitées à des opérations ponctuelles*⁵⁶⁸ ».

151. Les responsabilités des dirigeants de fait. Cette définition de la direction de fait a permis d'appliquer à ces personnes les sanctions qu'encourraient les dirigeants de droit. C'est ainsi que leur est appliquée, la responsabilité pour insuffisance d'actif de l'article L 651-2 ou la sanction de l'obligation aux dettes de l'article L 652-1 du Code de commerce. La qualité de dirigeant de fait ouvre la possibilité, en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, de condamner certains créanciers de la société. Le banquier s'est vu qualifié de dirigeant de fait quoique par personne interposée, par le passé⁵⁶⁹ ; mais pas uniquement. Ainsi, un franchiseur a été également condamné sur ce fondement⁵⁷⁰. Ainsi, si l'immixtion de l'article L 650-1 du Code de commerce désigne la direction de fait, les créanciers dispensateurs de concours sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur le fondement du soutien abusif tel que prévu à l'article L 650-1 du Code de commerce mais aussi sur le fondement de l'action pour insuffisance d'actif de l'article L 651-2 du Code de commerce ! Toutefois, l'ajout du terme « caractérisée » par le législateur dans la formule de l'article L 650-1 du Code de commerce, serait susceptible d'éviter les antinomies. En effet, selon le professeur Routier, cette précision permettrait d'éviter un « *conflit entre l'irresponsabilité du prêteur et la responsabilité des dirigeants de fait*⁵⁷¹ ».

Cette notion de direction de fait est-elle la seule occasion de déceler l'immixtion du créancier dispensateur de crédit ?

⁵⁶⁸ D. TRICOT, Les critères de la gestion de fait, Dr. et Patrim. Janvier 1996, p 24 et s., spéc. p 27

⁵⁶⁹ Cass. com. 27 juin 2006, Banque Worms, D 2006, n° 36, p 2534 et s, note R. DAMMANN et J. PASZKUDZKI ; JCP E 2006, 2408, note Y. REINHARD ; Dr. Sociétés. 2006, comm. 160, note J.-P. LEGROS ; Rev. Sociétés 2006, p 900, note D. PORACCHIA ; Bull Joly Sociétés. 2006, n° 286, p 1372 note F.X. LUCAS venant rejeter le pourvoi contre CA Versailles 29 avril 2004, Bull. Joly Sociétés. 2004, § 245 p 1201, note A. CONSTENTIN et Y. LEVY.

⁵⁷⁰ Cass. com. 9 novembre 1993, Bull. Civ. IV, n° 390, p 284

⁵⁷¹ R. ROUTIER, Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, commentaire de l'article L 650-1 du Code de commerce. Gaz. Pal. 9-10 septembre 2005, p 33 et s., spéc. p 35, n° 11. Sujet requérant de plus amples développements, voir infra.

B. L'immixtion, une notion plus large que la direction de fait

152. Distinction immixtion / direction de fait. La direction de fait, on l'a vu, est une notion précise et très bien délimitée. La jurisprudence l'a définie de la sorte : « *l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause*⁵⁷² ». Les juges sous-entendent par le terme de « *participation continue* », qu'il faut en outre une *pluralité* d'actes positifs de gestion⁵⁷³, de sorte qu'un acte isolé ne sera pas révélateur d'une direction de fait. Peut-elle néanmoins caractériser une immixtion ? La réponse pourrait être positive. Par ailleurs, les juges ont employé le terme d'immixtion, afin de définir la direction de fait, ce qui signifie qu'elle pourrait être une forme d'immixtion. L'immixtion est donc une notion bien plus large. Si la direction de fait suppose une activité de direction et de gestion, l'immixtion recouvre quant à elle, le cas du banquier ou d'un créancier, qui bien que s'immisçant dans la gestion, n'en serait pas le dirigeant. L'immixtion pourrait donc concerner les cas d'ingérence, ou bien, simplement, le cas d'un créancier exerçant une influence sur les décisions de l'emprunteur, afin de mieux garantir les crédits accordés. Toutefois, le récent arrêt de la Cour de cassation en date du 30 octobre 2007⁵⁷⁴, semble assimiler les critères de définition de la direction de fait à ceux de l'immixtion, de sorte que l'immixtion se révélerait également par une « *activité de direction* ». Ainsi, pour certains auteurs⁵⁷⁵, l'immixtion pourrait s'illustrer par le cas de la direction de fait par personne interposée, tel que la Cour l'a retenu dans le cadre de la responsabilité pour comblement de passif sous l'empire de la loi de 1985⁵⁷⁶.

⁵⁷² CA Paris, 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, p 719.

⁵⁷³ Déjà retenu dans une décision antérieure : CA Paris 17 mars 1978, D 1978, IR, p 420, obs. M. VASSEUR.

⁵⁷⁴ Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-12.677, arrêt n° 1169 F-P+B, D 2007, 2870, obs. X. DELPECH.

⁵⁷⁵ V. BOUTHINON-DUMAS, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, Préface de A. GHOZI, Rev. Banque éditions, 2008, p 69, n° 74.

⁵⁷⁶ Cass. com. 27 juin 2006, Banque Worms, D 2006, n° 36, p 2534 et s, note R. DAMMANN et J. PASZKUDZKI ; JCP E 2006, 2408, note Y. REINHARD ; Dr. Sociétés. 2006, comm. 160, note J-P. LEGROS ; Rev. sociétés 2006, p 900, note D. PORACCHIA ; Bull Joly Sociétés 2006, n° 286, p 1372 note F.X. LUCAS venant rejeter le pourvoi contre CA Versailles 29 avril 2004, Bull. Joly Sociétés 2004, § 245 p 1201, note A. CONSTENTIN et Y. LEVY.

Mais cette immixtion n'est pas en elle-même source de dommages pour les créanciers tiers. Et elle est encore moins constitutive d'une faute de l'intéressé. L'immixtion ne serait fautive, que s'il s'agit d'une « faute grossière⁵⁷⁷ ». Comment l'immixtion du banquier, ou du créancier dispensateur de concours, pourrait-elle révéler une faute ? Peut-être au travers du devoir de non-immixtion imposé au banquier.

153. Une particularité : le devoir de non-immixtion du banquier. Le devoir de non-immixtion ou plus couramment appelé devoir de non ingérence, interdit aux établissements de crédit d'intervenir dans les affaires de leurs clients. Ce devoir a une origine prétorienne. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1930⁵⁷⁸ semble en être la première application. Dans cette affaire, la Cour déclare qu' « *il s'agissait d'un dépôt de fonds aux mains d'un banquier, qu'aucune règle de droit ne met à la charge du dépositaire l'obligation de procéder spontanément à la vérification de l'identité du déposant ou des droits de celui-ci, pas plus lors du dépôt que de la restitution* ». Il s'agit là des prémices du devoir de non-immixtion du banquier. Ce principe a ensuite été sans cesse rappelé par les juges et systématisé par la doctrine⁵⁷⁹. Selon le professeur Bonneau⁵⁸⁰, « *ce principe repose sur un paradoxe apparent : il protège à la fois le client et le banquier* ». Il protège le client en lui conférant une large marge de manœuvre. Le banquier ne se mêlera pas de ses affaires. Il ne peut intervenir ni pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, ni pour

⁵⁷⁷ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Colloques et Débats (Colloque du 24 février 2006) sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s, spéc. p 87, n° 36

⁵⁷⁸ Cass. 28 janvier 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 550 ; RTDCiv 1930, p 369 obs. R. DEMOGUE.

⁵⁷⁹ Cass. com., 25 avril 1967, 2 arrêts, JCP 1967, II, 15306, note Ch. GAVALDA ; CA Paris, 3e ch., 24 avril 1975, JCP G 1976 I, 2801, n° 8, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; CA Paris, 1re ch., 5 mars 1979, JCP G 1979 I, 2965, n° 22, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Cass. com. 9 novembre 1993, n° 91-13.950, Jurisdata n° 1993-002383 : « *la banque a accompli toutes les diligences compatibles avec son devoir de non-immixtion dans les affaires de ses clients* » ; Cass. com. 27 février 1996, n° 94-15.176, inédit : « *sans dénier le devoir de non-immixtion du banquier dans les affaires de ses clients* » ; Cass. com. 21 octobre 1997, n° 95-12.062 : « *l'arrêt énonce, en outre, que la banque n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients* » ; Cass. com. 20 octobre 1998, n° 95-19.000 : « *qu'il leur appartenait dès lors, disposant ou pouvant disposer de toutes les informations nécessaires, d'apprécier par eux-mêmes la perspective de rentabilité de l'opération, de sorte qu'ils ne peuvent imputer l'erreur commise dans cette appréciation à la banque, qui était en outre tenue de ne pas s'immiscer dans le choix des investissements effectués par ses clients* » ; Cass. com. 14 juin 2000, RDBF juill.-août 2000, p 222, n° 141 obs. F.J. CREDOT et Y. GERARD ; Cass. com. 5 novembre 2002, n° 00-11.314, Jurisdata n° 2002-016248 « *la banque étant tenue de ne pas s'immiscer dans les opérations réalisées par ses clients* » ; Cass. com. 1er juillet 2003, n° 01-16.629, Jurisdata n° 2003-019882 : « *la banque, fût-elle également l'employeur agissant pour la mise en œuvre d'un plan social, n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client* » ; CA Dijon, 23 mars 2004, Jurisdata n° 2004-238380 ; Cass. com. 22 novembre 2005, n° 04-13.716, Jurisdata n° 2005-030928 « *le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de sa cliente* » ; CA Paris, Ch. 15, section B, 21 décembre 2006, Jurisdata n° 2006-332108 ; CA Paris, Ch. 15 section B, 23 février 2007 Jurisdata n° 2007-338050 ; CA Paris Ch. 15, section B, 8 mars 2007, Jurisdata n° 2007-334544

⁵⁸⁰ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrétien 7° éd. 2007, n° 405, p 303.

refuser d'exécuter les instructions données par son client au motif que celles-ci lui paraissent inopportunes⁵⁸¹. Si le banquier décide d'intervenir, sa responsabilité pourra être mise en jeu. C'est en ce sens que ce principe protège les intérêts du banquier. En respectant ce principe, le banquier évite d'être poursuivi par l'emprunteur lui-même (il ne peut être responsable du mauvais usage du crédit⁵⁸²), ou par les cautions⁵⁸³, ou encore par les tiers en raison des opérations effectuées par leurs clients⁵⁸⁴. Ce principe prend toute son importance dans le cadre des opérations de crédit : le banquier ne dispose pas d'un droit de regard sur l'affectation des fonds prêtés. Néanmoins, si ce principe semble assez général, il se trouve limité par le devoir de vigilance qui incombe au banquier. Dans ce cadre, il a l'obligation de prendre les renseignements nécessaires à sa prise de décision. Le banquier doit donc s'informer sur son client, sur ses projets, doit être vigilant et se renseigner sur sa situation financière, le conseiller également⁵⁸⁵, ce qui revient à une certaine immixtion, mais sans aller trop loin, afin de ne pas « s'immiscer dans la gestion de son débiteur ». La pondération et la tempérance sont donc les maîtres mots du comportement du banquier. Dès lors, par ce devoir de non-immixtion, le banquier se doit d'adopter un rôle passif. Et il y a immixtion dès que le banquier dépasse ce rôle passif⁵⁸⁶. Il a été notamment admis que l'exercice du devoir de surveillance et de contrôle du banquier, ne peut conférer au banquier la qualité de dirigeant de fait⁵⁸⁷, en revanche, il pourrait entrer dans le cadre de la simple immixtion. L'article L 650-1 du Code de commerce tendrait dès lors à sanctionner la violation caractérisée de ce principe de non ingérence⁵⁸⁸.

⁵⁸¹ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrétien 7^e éd. 2007, n° 405, p 303.

⁵⁸² Cass. com. 11 mai 1999, Bull. Civ. IV n° 95, p 78 ; JCP E 1999 p 1730, 2^e espèce note D. LEGEAIS ; RDBB n° 75, septembre-octobre 1999, 184, obs. F-J. CREDOT et Y. GERARD ; RTDCom 1999, 733, obs. M. CABRILLAC ; LPA n°118, 15 juin 1999, 12 ; D. Aff. 1999, 990, obs. J.FADDLOUL ; RJDA 6/99 n° 710, p 556 ; JCP E 1999 panorama p 1218, note P. BOUTEILLER

⁵⁸³ Cass. com. 19 novembre 2002, Bull. Civ. IV, n° 167, p 191, Banque et droit n° 88 mars avril 2003, 61, obs. T. BONNEAU ; RTDCom 2003, 150, obs. D. LEGEAIS.

⁵⁸⁴ Cass. com. 30 janvier 1990, Banque n° 505, mai 1990, 535, obs. J-L. RIVES-LANGE

⁵⁸⁵ Toutefois cette obligation de conseil ne semble plus aussi importante depuis la récente création de l'obligation de mise en garde qui incombe au banquier envers les emprunteurs non avertis (point qui sera développé plus loin)

⁵⁸⁶ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1510, n° 13, p 1748

⁵⁸⁷ CA Paris, 6 janvier 1977, JCP 1978, II, 18689, note J. STOUFFLET ; CA Paris, 17 mars 1978, Banque 1978, 656, note L-M. MARTIN ; CA Nancy, 15 septembre 1977, JCP 1978, II, 18912, note J. STOUFFLET et plus récemment CA Paris, 3e ch., sect. C., 15 décembre 1995, Sté Raajmahal Basmati c/ SNBE : Jurisdata n° 1995-024798 ; Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17.987, F-D, Jurisdata n° 2007-037545, Dr. Sociétés. 2007, comm. 194, note J-P. LEGROS ; et voir J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit Bancaire 6^e éd, 1995, p 608, n° 658.

⁵⁸⁸ Voir notamment J. TAMBA, Entreprises en difficultés, vers un allègement de la responsabilité des banques ?, Banque Décembre 2006, n° 686, p 41 et s.

Par conséquent, le domaine concerné par le terme d' « immixtion », est large. Il est donc nécessaire d'apprécier la notion au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce.

§ 2. L'appréciation de la notion d'immixtion au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce.

154. De la conception issue de la définition. Selon le vocabulaire de l'association Henri Capitant⁵⁸⁹, l'immixtion peut avoir deux sens : dans un sens large, elle désigne « *toute intervention sans titre dans les affaires d'autrui, se traduisant par l'accomplissement d'un acte* » ; dans un sens strict, « *l'intervention illicite dans les affaires d'autrui, l'absence de tout titre d'intervention (mandat, habilitation judiciaire, pouvoir légal) s'aggravant ici de la transgression d'une interdiction d'agir* ». Quelle conception de l'immixtion doit-on retenir au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce ?

155. Conception stricte. Selon Monsieur Robine⁵⁹⁰, « l'immixtion caractérisée » doit être appréciée selon la conception stricte. L'acte du banquier doit être illicite. En quoi cet acte serait-il illicite ? L'illicéité requiert une faute du banquier. Dès lors, il semblerait que cette intervention du banquier ne puisse être illicite, puisque l'on a vu que l'immixtion ne serait pas en elle même fautive. Dans le cadre de la direction de fait et de l'action en insuffisance d'actif, l'immixtion (ou plutôt la direction de fait) n'est pas suffisante pour retenir la responsabilité du banquier, il faut apporter la preuve d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Quant au devoir général de non immixtion du banquier, qui ne concerne par ailleurs que les établissements de crédit et non tous les créanciers dispensateurs de concours, il édicte en effet une interdiction d'agir, qui permet au banquier de protéger ses intérêts. Mais dans ce principe, il n'est nullement fait référence à l'octroi de concours. La violation de ce devoir n'entrerait donc pas dans le cadre du principe d'irresponsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce. L'affirmation de cette exception d'immixtion serait donc inutile⁵⁹¹, puisque le principe d'irresponsabilité ne fait pas « obstacle à un recours sur ce fondement ». Maître Dammann estime lui aussi qu'une

⁵⁸⁹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd. 2007, v^o « immixtion »

⁵⁹⁰ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce, un « cadeau » empoisonné ? D 2006, n^o 1, Cahier de droit des affaires, chron. p 69 et s. spéc. p 74, n^o 27.

⁵⁹¹ Pour ce raisonnement, voir D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce, un « cadeau » empoisonné ? D 2006, n^o 1, Cahier de droit des affaires, chron. p 69 et s. spéc. p 75, n^o 28.

interprétation plus large de cette notion par référence au devoir de non immixtion du banquier « *viderait le principe de non-responsabilité d'une grande partie de sa substance*⁵⁹² ».

156. Conception large. Monsieur Robine, écartant l'illicéité de la notion d'immixtion, en vient à considérer l'application de la conception large, dont il faut en déduire que l'immixtion n'est pas en elle même fautive. La caractérisation de cette immixtion, requise par le législateur devrait dès lors montrer toute sa pertinence. Mais il convient de définir cette immixtion « caractérisée ». Monsieur Routier, comme Monsieur Robine, estime que cette précision est inutile : « *il est assez peu vraisemblable qu'une immixtion non caractérisée puisse être retenue par le juge*⁵⁹³ ». En effet, avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, les juges caractérisaient déjà les éléments constitutifs de la qualité de dirigeant de fait⁵⁹⁴, ou l'immixtion de l'intéressé dans la gestion du débiteur⁵⁹⁵. Toutefois, le nombre de condamnations des banquiers sur le fondement de l'immixtion restait particulièrement faible.

157. Immixtion caractérisée... Le terme de « caractérisée » serait donc une pure forme de langage, de sorte que certains auteurs lui auraient préféré le terme de « manifeste », afin de reprendre les termes employés en jurisprudence : « *une banque s'est manifestement immiscée dans la gestion de son débiteur et lui octroie un soutien abusif, lorsqu'elle a mis en place un montage financier consistant à octroyer, par personne interposée, un crédit à un débiteur en situation qu'elle savait désespérée*⁵⁹⁶ ». Bien que ce terme appelle de nouveau une interprétation des juges du fond.

158. ...Dans la gestion du débiteur. Le législateur a précisé en outre qu'il doit s'agir d'une immixtion caractérisée dans la « gestion » du débiteur. La souscription d'un crédit correspond-elle à un acte de gestion ? Il s'agit ici de distinguer entre les actes conservatoires, d'administration ou de disposition qui sont à la charge d'un dirigeant de droit ou de fait. Le fait d'effectuer des actes conservatoires à la place du dirigeant de droit ne correspond pas à une immixtion. En revanche, les actes d'administration stricto sensu et certains actes de

⁵⁹² R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2007, p 73 et s., spéc. p 82, note de bas de page n° 52.

⁵⁹³ R. ROUTIER, Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, commentaire de l'article L 650-1 du Code de commerce. Gaz. Pal. 9-10 septembre 2005, p 33 et s., spéc. p 35, n° 14.

⁵⁹⁴ Cass. com. 16 mars 1999, Bull. Civ. IV, n° 64, D 1999, IR p 103

⁵⁹⁵ Cass. com. 18 janvier 2000, n° 97-19.010 Lexbase A2830A39 ; Cass. com. 7 janvier 2004, Banque du Bâtiment et des travaux publics c/ Rey ès qual. Jurisdata n° 2004-021752, JCP E 2004, 736, n° 20, obs. J. STOUFFLET.

⁵⁹⁶ Cass. com. 25 mars 2003, CDR c/ Rambour, pourvoi n° 01-01.690, Bull. Civ. IV n° 50.

disposition peuvent entrer dans la catégorie des actes de gestion, et ainsi révéler une immixtion. La souscription d'un crédit est donc un acte de gestion. Mais en pratique, pour que la souscription d'un crédit ait de graves conséquences pour la société, il faut que ce crédit soit important. L'immixtion est donc une notion qui concerne un domaine bien plus large que la simple souscription de crédit. « *L'immixtion n'est pas obligatoirement la connaissance d'un problème qu'on essaye de masquer par des crédits aventureux.*⁵⁹⁷ ».

*

* *

159. Portée du texte, fonction de l'appréciation des juges. Par conséquent, la notion même d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur si imprécise et soulevant de ce fait nombreuses interrogations, sera inévitablement source de contentieux. Ce qui donnera bien du travail aux juges ! Cela dit, si cette deuxième exception, comme la première, soulèvera des difficultés d'appréciation, elles seront minimales en comparaison de celles posées par la troisième et dernière exception, la prise de garanties disproportionnées aux concours consentis.

⁵⁹⁷ Intervention de P. CARDO, débats à l'AN 3^e séance du 8 mars 2005.

CHAPITRE 2. LA PRISE DE GARANTIES DISPROPORTIONNÉES

160. Un nouveau principe de proportionnalité. L'article L 650-1 du Code de commerce prévoit une troisième et dernière exception, mais pas des moindres, au principe d'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de concours. Si les deux premières exceptions au principe d'irresponsabilité, édictées par l'article L 650-1 du Code de commerce, sont à présent relativement définies, la prise de garanties disproportionnées est l'exception requérant le plus important travail d'interprétation par les juges du fond. Les créanciers dispensateurs de concours sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée « *si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Cette troisième exception pose de nombreuses incertitudes quant à l'appréciation de la disproportion par le juge. Les difficultés ne proviennent pas, comme pour les autres exceptions de l'absence de définition ou de l'ambiguïté des termes employés, mais de l'absence de précision quant aux conditions d'appréciation de la disproportion. En effet, si selon le législateur, le texte ne fait que reprendre les cas développés par la jurisprudence antérieure à l'occasion de la définition du régime de la responsabilité pour soutien abusif⁵⁹⁸, cette situation n'évoque pourtant qu'interrogations et dilemmes d'appréciation. Cette exception prévoit en effet un principe de proportionnalité, dont la notion n'est pas encore définie par le droit positif (Chapitre 1) affectant des « garanties », dont l'ambiguïté du terme tend à affecter l'appréciation générale du texte (Chapitre 2).

⁵⁹⁸ Ph. MARINI, Commission des Finances pour le Sénat, Avis n° 355, du 26 mai 2005.

Section 1. La notion de proportionnalité

161. « Le flou juridique » de la notion de proportionnalité. La lettre du texte prévoit l'engagement de la responsabilité du banquier et des autres créanciers dispensateurs de concours si « *les garanties prises en contrepartie des concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Le législateur utilise la notion de « disproportion », qui appelle a priori une appréciation subjective. La formule du texte indique uniquement, qu'il convient de comparer les « garanties » aux concours octroyés. Certes, le législateur souhaite que soit réalisé un contrôle de proportionnalité dans le cadre de la responsabilité pour soutien abusif. Toutefois, si cette exigence de proportionnalité fait partie des concepts très discutés ces dernières années en droit privé, afin de la définir (§1), elle est bien plus délicate à déterminer et mesurer dans le cadre de ce nouvel article L 650-1 du Code de commerce (§2).

§ 1. L'imprécision de la notion de proportionnalité

162. Une notion dans « l'air du temps »⁵⁹⁹. La notion de proportionnalité, par l'article L 650-1 du Code de commerce fait son apparition au sein du droit des procédures collectives, alors qu'elle constitue une notion bien connue en matière de droit civil. Ce principe permet de protéger le débiteur contre les abus⁶⁰⁰ et la « déloyauté contractuelle d'un créancier⁶⁰¹ », mais aussi contre l'excès. La notion de proportionnalité recouvre dès lors plusieurs autres concepts, sans pour autant être clairement définie (A). Cette étape est pourtant nécessaire à la distinction des différentes formes sous lesquelles le principe de proportionnalité apparaît. La naissance de ce principe (B) a d'ailleurs connue plusieurs étapes, avant d'intégrer aujourd'hui le droit des entreprises en difficulté, dans le cadre de la fourniture de crédit.

⁵⁹⁹ Expression de N. MOLFESSIS, Le principe de proportionnalité en matière de garanties, Banq. et Dr. n° 71, mai-juin 2000, p 4 et s. spéc. n° 1.

⁶⁰⁰ V. notamment D. LEGEAIS, Le principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie, in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, LPA n° 117, 30 septembre 1998, p 38.

⁶⁰¹ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Colloques et Débats (Colloque du 24 février 2006) sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s, spéc. p 85, n° 27.

A. Définition de la notion de proportionnalité

163. L'élaboration d'une définition par la doctrine. La proportionnalité est une notion utilisée tant par le législateur, que par la jurisprudence ou la doctrine⁶⁰², mais n'a pourtant jamais été définie. Si bien que la notion peut recouvrir bon nombre de situations, rajoutant à son imprécision. La difficulté vient de ce que cette notion, si elle est utilisée dans le domaine juridique, est en premier lieu une expression du langage courant, en particulier du domaine des mathématiques. Le petit Robert définit ainsi la proportionnalité par les termes d'équilibre, d'harmonie, de pondération, d'équivalence, de mesure, et la disproportion par l'emploi des termes d'excès ou encore d'abus. En matière juridique, la proportionnalité a fait son apparition il y a un certain nombre d'années, incitant la doctrine à essayer de l'encadrer et de la définir. Les auteurs se sont donc penchés sur cette notion dans « l'air du temps⁶⁰³ », conduisant à l'élaboration de thèses⁶⁰⁴ et de colloques⁶⁰⁵. Les efforts de définition se sont réalisés par une appréciation a contrario de diverses notions auxquelles la proportionnalité peut renvoyer, tels l'excès et l'abus, par exemple. Monsieur Bakouche⁶⁰⁶, au moyen du critère de l'évidence, hiérarchise ces notions. L'excès se définit au moyen de l'évidence : il « ne se conçoit que manifeste⁶⁰⁷ ». Il est, dès lors, nécessairement apprécié de manière objective ; c'est une « notion sûre et prévisible », contrairement à l'abus, qui lui ne peut être apprécié que subjectivement par rapport à un comportement individuel. L'évidence est la clé de la définition de l'excès et donc de la disproportion. Selon cet auteur, il faut distinguer le défaut d'équivalence, qui se définit comme le simple défaut « d'égalité de valeur entre des biens ou des services⁶⁰⁸ », de la disproportion qui « postule un déséquilibre « un peu vague » du rapport d'obligations⁶⁰⁹ » et donc de l'excès qui suppose bien plus qu'un défaut

⁶⁰² La prise en compte de l'excès semble constituer « depuis une quarantaine d'année, une réalité commune à toutes les branches du droit civil » D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

⁶⁰³ Expression de N. MOLFESSIS, Le principe de proportionnalité en matière de garanties, Banq. et Dr., n° 71, Mai juin 2000, p 4, n°1.

⁶⁰⁴ S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, préface de H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000 ; L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, Préface de C. THIBIERGE, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2002 ; D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005

⁶⁰⁵ Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, LPA 30 septembre 1998 n° spécial, n° 117

⁶⁰⁶ D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

⁶⁰⁷ D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005, p 105, n° 107.

⁶⁰⁸ G. CORNU, Vocabulaire juridique Association H. CAPITANT, PUF, 8° éd., 2007 v° « équivalence »

⁶⁰⁹ D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005, p 106, n° 108, citant J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, PUF coll. Thémis Droit privé 26° éd. refondue, 1999, n° 53 et se référant à S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, préface H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000.

d'équivalence ou une simple disproportion. Par ce critère, Monsieur Bakouche assimile ce que certains appellent « une disproportion manifeste », à l'excès, et non à la disproportion. L'excès est manifeste, la disproportion, elle, se situe à un autre niveau. Selon un autre auteur, Madame Le Gac-Pech, la proportionnalité se définit par la notion d'équilibre : « *la proportionnalité permet d'instaurer un équilibre qui ne mène pas à une équivalence stricte mais plutôt à la recherche du raisonnable, autrement dit à la découverte de justes proportions. Tout en restant proche dans sa philosophie d'un mécanisme d'équité, il s'en éloigne par son objectivité*⁶¹⁰ ». La proportionnalité renvoie donc à la notion d'équilibre, de raisonnable, de « juste mesure⁶¹¹ ». Mais comment apprécier cette « juste mesure » ? Pour le professeur Martine Behar-Touchais, il convient de considérer tant la nécessité de l'acte que son caractère raisonnable⁶¹², ou encore la bonne foi. « *La disproportion des moyens employés par rapport aux objectifs poursuivis peut être le signe de l'abus ou de la mauvaise foi*⁶¹³ ». Dès lors, la proportionnalité suscite un équilibre, une harmonie, une juste mesure, et se distingue à la fois de l'excès et de l'abus, car toute disproportion n'est pas excessive, et ne révèle pas dans tous les cas, un usage abusif. En effet, l'exigence de proportionnalité, si elle peut servir à condamner un comportement, par son caractère modérateur⁶¹⁴, peut aussi le valider⁶¹⁵ par son caractère d'instrument d'adéquation. On peut dès lors hiérarchiser ces notions : il y aurait d'abord l'excès puis l'abus. L'abus est fautif ; l'excès et la disproportion ne le sont pas nécessairement.

⁶¹⁰ S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, préface de H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000, p 6.

⁶¹¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, Rapport introductif, Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé, LPA 30 septembre 1998 n° spécial, n° 117, p 3 et s.

⁶¹² Le raisonnable « exprime essentiellement la modération, l'adaptation, et la proportionnalité, toute mesure récusant l'excès » : G. KHAIRALLAH, Le « raisonnable » en droit privé français, RTDCiv. p 439 et s.

⁶¹³ M. BEHAR-TOUCHAIS, Rapport introductif, Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, LPA 30 septembre 1998 n° spécial, n° 117, p 3 et s, spéc. n° 16.

⁶¹⁴ P. CROCQ, Sûretés et Proportionnalité, in Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 293, n° 4

⁶¹⁵ Le professeur BEHAR-TOUCHAIS envisage notamment le cas de la validation des restrictions volontaires proportionnées à un droit fondamental ou à une liberté, par exemple, « un contrat entre entreprises qui a des effets anticoncurrentiels supérieurs à ses avantages concurrentiels, en principe interdit par l'ordre public économique, peut être valable si la restriction de concurrence n'est pas disproportionnée avec l'avantage économique attendu.(art. 85 §3 Traité de Rome et art. 10 ordonnance du 1er décembre 1986)

164. La proportionnalité au sein de multiples domaines. Malgré cet effort de définition, la proportionnalité reste une notion floue. Elle sera, en effet, appréciée différemment selon les domaines dans lesquels elle s'inscrit, et ceux-ci sont de plus en plus nombreux. L'exigence de proportionnalité a ainsi beaucoup évolué au travers de nombreuses branches de notre droit avant de trouver application aujourd'hui en droit des procédures collectives.

B. La naissance de l'exigence de proportionnalité

165. Polyvalence de la proportionnalité. Avant de prendre son essor en droit privé, la notion de proportionnalité était en premier lieu utilisée par le droit public, au niveau externe puis interne. En effet, tant le droit communautaire, ou le droit européen que le droit constitutionnel et administratif connaissaient ce qu'on appelle le principe de proportionnalité.

166. Application du principe de proportionnalité en droit public. En droit communautaire, les institutions communautaires ou les États membres ne doivent « pas dépasser les limites de ce qui est approprié pour atteindre le but recherché⁶¹⁶ ». Ce principe de proportionnalité trouve application tant dans le domaine des mesures administratives⁶¹⁷ ou sanctions douanières⁶¹⁸, que pour contrôler l'application du droit communautaire par les autorités nationales⁶¹⁹. La Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales prévoit également ce principe de proportionnalité en posant l'exigence de « mesures nécessaires⁶²⁰ ». En droit public interne, le principe de proportionnalité reçoit également application mais de manière implicite. Le conseil d'État réalise ainsi un « contrôle de strict nécessité⁶²¹ » et un contrôle de l'adéquation de la mesure aux objectifs poursuivis, en réalisant un bilan coût-avantages ou coût-efficacité⁶²². Est

⁶¹⁶ Voir S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préface de H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000, p 18, n° 17.

⁶¹⁷ CJCE 23 novembre 1971 Bock, Rec. 897

⁶¹⁸ CJCE 15 décembre 1976, Donckerwolke, Rec. 1921

⁶¹⁹ S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préface de H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000, p 18, n° 17 : CJCE 26 novembre 1975, aff. 39/75, Rec. 1547 ; CJCE 28 octobre 1975, aff. 36/75, Rec. 1219, RTD eur. 1976, 135

⁶²⁰ S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préface de H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000, p 19, n° 18

⁶²¹ CE 19 février 1909, « abbé Olivier », Rec. P 181, S 1909, 3. 34, D 1910. 3. 121, concl. CHARDENET, RDP 1910, p 69, note JEZE. « l'intention manifeste du législateur a été de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre »

⁶²² M. BEHAR-TOUCHAIS, Rapport introductif, Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, LPA 30 septembre 1998 n° spécial, n° 117, p 3 et s, spéc. n° 2.

notamment contrôlé le cumul des peines administratives et pénales. Ce principe de proportionnalité existe aussi en droit constitutionnel ; le conseil constitutionnel vérifie ainsi qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste de la sanction prévue par le législateur avec l'objectif poursuivi⁶²³.

167. L'application en droit pénal. Ce principe de proportionnalité a également trouvé son domaine de prédilection en matière pénale, par le célèbre principe de « proportionnalité des délits et des peines », et par un contrôle de la nécessité de la sanction pénale⁶²⁴.

168. Un même fondement en droit des contrats ? Le principe de proportionnalité s'impose dans ces domaines en établissant la règle selon laquelle une restriction légale ou administrative à un droit fondamental ou à une liberté doit être proportionnée au but légitime poursuivi⁶²⁵. Ce principe trouve-t-il la même application en droit privé des contrats ? L'exigence de proportionnalité⁶²⁶ a fait son apparition de manière progressive en droit du crédit, d'abord dans le droit des sûretés(1), avant d'intégrer le droit « de la fourniture de crédit » (2).

1. L'exigence de proportionnalité en droit des sûretés.

169. Justification de la notion par les caractéristiques du cautionnement. La proportionnalité a fait son apparition en matière de cautionnement, au travers du droit de la consommation, d'abord puis par le droit des sûretés en général. Le cautionnement, est une sûreté, qui suppose qu'une personne s'engage personnellement auprès du créancier à garantir le paiement de la dette du débiteur principal. La caution est dès lors engagée sur l'ensemble de son patrimoine. Il convenait donc d'intégrer la proportionnalité dans ce rapport contractuel, la garantie ainsi constituée s'avérant particulièrement dangereuse pour la caution. La notion de proportionnalité a vu le jour au sein du droit civil, par une initiative du

⁶²³ Voir S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préface de H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000, p 25, n° 30 : Cons. Const. 13 Janvier 1994, D 1995 somm. com. p 296, obs. A. ROUX

⁶²⁴ Voir S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préface de H. MUIR-WATT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2000, p 27, n° 33.

⁶²⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, Rapport introductif, Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé, LPA 30 septembre 1998 n° spécial, n° 117, p 3 et s, spéc. n° 2.

⁶²⁶ La question d'un véritable principe de proportionnalité se pose : voir Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé, LPA 30 septembre 1998 n° spécial, n° 117

législateur dans le cadre de crédits à des consommateurs (a), puis a été consacrée au sein du droit des sûretés pour les crédits à usage professionnel, par la jurisprudence (b) et le législateur (c).

a. L'apparition législative en droit de la consommation.

170. L'article L 313-10 du Code de la consommation. Depuis une quinzaine d'années, est apparue une exigence de proportionnalité entre les facultés financières de la caution et le montant de son engagement. Le premier texte à intégrer cette exigence est l'article L 313-10 du Code de la consommation. « *Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres I ou II du présent titre, conclu, par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». La proportionnalité s'intègre ainsi en matière de cautionnement des emprunts à la consommation, ou de crédits immobiliers, souscrits par une personne physique. Il faut noter que la sanction applicable n'est pas la nullité⁶²⁷, mais l'inopposabilité au créancier, puisque la proportionnalité ne constitue pas ici une condition de validité du cautionnement. Le créancier est dans l'impossibilité de se prévaloir du cautionnement ; l'acte est donc inefficace en ce qui le concerne. Et cette inefficacité n'est pas définitive : l'article prévoit que la caution peut être poursuivie, même s'il y a disproportion, au cas où son patrimoine, lors de l'appel en garantie, lui permet de faire face à ses engagements ; ceci exclut que l'engagement puisse être réputé nul. Il s'agit en fait d' « un nouveau cas de déchéance⁶²⁸ », de sorte que « le lien d'obligation existant entre la caution et le créancier n'est (...) pas remis en question et seul le droit d'agir en paiement du créancier se trouve affecté par l'application de l'article L 313-10 du Code de la consommation⁶²⁹ ». L'affirmation d'une telle exigence a été maintes fois critiquée, dénonçant une contrariété au principe de la force obligatoire des contrats de l'article 1134 du Code civil⁶³⁰.

⁶²⁷ Cass. 1ère civ. 22 octobre 1996, Bull. Civ. I, n° 362, JCP 1997 II 22826, obs. S. PIEDELIEVRE, D 1997 somm. 166, obs. L. AYNES, Defrénois 1997, art. 36526, p 397 obs. P. DUBOIS

⁶²⁸ S. PESENTI, Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, LPA 11 mars 2004, n° 51 p 12 et s., spéc. n°16.

⁶²⁹ P. CROCQ, obs. Sous Cass. civ. 1° 22 octobre 1996, RTDCiv 1997, 189.

⁶³⁰ V. notamment M. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMONT, Droit des sûretés, Dalloz Sirey Université, 2007, p 122, n° 411.

b. La consécration prétorienne de la proportionnalité dans le cadre de crédits à usage professionnel

171. L'arrêt Macron. Par la suite, la jurisprudence a pris la relève du législateur et introduit l'exigence prétorienne de proportionnalité dans le droit du cautionnement, en dépassant les frontières du droit de la consommation. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi approuvé, dans son arrêt Macron du 17 juin 1997⁶³¹, les juges du fond, d'avoir retenu la responsabilité civile d'un établissement de crédit pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi. Le banquier, dans cette affaire avait fait souscrire à une caution dirigeante, pourtant rompue aux affaires, un engagement sans rapport avec son patrimoine et ses revenus. La sanction n'était pas la nullité de l'engagement mais le versement de dommages et intérêts ; ce qui avait pour finalité de supprimer l'excès, et non de libérer la caution de son engagement. L'exigence de proportionnalité est donc par cet arrêt, étendue aux crédits à usage professionnel. La jurisprudence postérieure a repris cette solution, la Cour d'appel de Lyon le 16 janvier 1998⁶³², et la Cour d'appel de Paris le 27 novembre 1998⁶³³, ont retenu la responsabilité de la banque ayant obtenu un aval d'un montant disproportionné par rapport aux ressources de la caution.

172. L'arrêt Nahoum, un revirement ? La jurisprudence, par l'arrêt Nahoum du 8 octobre 2002⁶³⁴, a semble-t-il effectué un léger retour en arrière. Les juges n'admettaient désormais la disproportion, quand elle était invoquée par des cautions dirigeantes, uniquement dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire à condition de démontrer que le créancier disposait sur la situation de la caution des informations que celle-ci aurait elle-même ignorées. La jurisprudence fonde, ici, l'exigence de proportionnalité sur une obligation d'information à la charge des créanciers, portant sur des faits, ignorés de la caution, relatifs aux revenus, au patrimoine et aux facultés de remboursement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par le débiteur principal. La disproportion n'est, dès lors, plus envisagée uniquement de manière objective ; la preuve d'une réticence dolosive du créancier doit être rapportée. La proportionnalité vise dès lors à sanctionner un comportement abusif.

⁶³¹ Cass. com. 17 juin 1997, Macron, n° 95-14.105 Bull. Civ. IV n° 188, p 165, Defrénois 1997, art. 36703, n° 158 p 1424, note L. AYNES, RTDCiv 1998, p 157, obs. P. CROCQ ; RTDCom 1997, n° 662 obs. M. CABRILLAC ; JCP 1998 I 103, obs. P. SIMLER ; JCP E 1997 II 1007, p 235, note D. LEGEAIS ; D 1998, 208, note J. CASEY.

⁶³² CA Lyon 16 janvier 1998, JCP 1999 I, 116 n° 6, obs. Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER

⁶³³ CA Paris 27 novembre 1998, JCP 1999 I 116 n° 6, obs. Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER, JCP 1999 II 10092, obs. J. CASEY, JCP E 1999 105, obs. J. CASEY : Dans cet arrêt, la cour a même condamné le créancier à verser à la caution des dommages intérêts d'un montant égal à celui de son engagement.

⁶³⁴ Cass. com. 8 octobre 2002, Nahoum, Bull. Civ. IV n°136, p 152

173. Le principe de proportionnalité selon les arrêts Macron et Nahoum. Aux fins de retenir la responsabilité du créancier, dans l'arrêt Macron, deux conditions objectives semblaient requises : « *un cautionnement donné en garantie d'une somme énorme et par une caution dont l'engagement excédait manifestement les ressources*⁶³⁵ ». Les commentateurs de cette décision, ont fait valoir qu'en vertu des motifs de la Cour de cassation dans cette affaire, « *un élément supplémentaire viendrait s'ajouter au constat d'une disproportion manifeste pour caractériser la faute commise par la banque* », un élément subjectif serait nécessaire à la caractérisation de la faute du banquier ; celui de la « *déloyauté du comportement*⁶³⁶ » du banquier, condition que la Cour de cassation a semblé-t-il rajouté dans l'arrêt Nahoum. La Cour a donc intégré au principe de proportionnalité une condition subjective afin de caractériser la faute du créancier : la réticence dolosive. Elle existera dès lors que le banquier aura failli à son obligation d'information. La Cour de cassation a donc rappelé le devoir d'information qui incombe aux établissements de crédit, et ainsi rappelé en outre les « limites normales à l'engagement de leur responsabilité pour souscription fautive de cautionnements disproportionnés⁶³⁷ ».

174. Les conditions requises. La reconnaissance de la responsabilité du banquier s'inscrit donc dans une fine analyse des faits : deux conditions objectives et une condition subjective sont requises dans le cadre d'un cautionnement fourni par un dirigeant. Dès lors, un quatrième élément doit être vérifié : le degré de connaissance de la caution⁶³⁸. Par cette jurisprudence, il paraît désormais nécessaire de différencier les cautions dirigeantes des cautions profanes⁶³⁹. Cette distinction ne peut résulter que des circonstances de fait, « la caution non dirigeante pouvant disposer de moins de moyens que la caution dirigeante de se persuader de la dangerosité effective de son engagement⁶⁴⁰ ». En effet, le dirigeant qui se porte caution des dettes de la société est présumé connaître la portée de son engagement⁶⁴¹.

⁶³⁵ C. BRENNER, De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : d'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure ? LPA 18 juillet 2003, n° 143, p 12-17.

⁶³⁶ P. CROCQ, note sous Cass. com. 17 juin 1997, arrêt Macron RTDCiv 1998, p 159.

⁶³⁷ C. BRENNER, De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : d'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure ? LPA 18 juillet 2003, n° 143, p 12-17.

⁶³⁸ La distinction cautions (ou emprunteurs) profanes et averties, encore appliqué dans de récents arrêts, a été par ailleurs appliquée en ce qui concerne la nouvelle obligation de mise en garde qui incombe au banquier, envers les cautions profanes.

⁶³⁹ La solution de l'arrêt Macron n'a pas cessé d'être appliquée aux cautions profanes (ce qui fait de l'arrêt Nahoum, non un revirement mais plutôt un apport de précisions) Ex : Cass. com. 9 juillet 2003, Bull. civ. I n° 167 ; Cass. 1ère civ. 10 mai 2005 RJDA 10/05, n°1152 ; Cass. com. 18 mai 2005, JCP 2005 I 185, n°5, obs. Ph. SIMLER

⁶⁴⁰ C. BRENNER, De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : d'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure ? LPA 18 juillet 2003, n° 143, p 12-17.

⁶⁴¹ Cass. Com. 1er juillet 1993, Bull. Civ. IV, n° 213 ; Cass. com. 6 décembre 1994, Bull. Civ. IV, n° 363 et 364.

Par ailleurs, afin de caractériser la disproportion et la faute du créancier, « il faut tenir compte de toutes les ressources de la caution, tant en revenus qu'en capital, et aussi bien les ressources actuelles que les ressources simplement prévisibles lors de la souscription du cautionnement⁶⁴² ». Par ailleurs, cette jurisprudence Nahoum qui impose une condition supplémentaire à la reconnaissance de la responsabilité du banquier engagée par une caution dirigeante, est à rapprocher des solutions applicables envers l'emprunteur. En effet, la même solution s'applique en ce qui concerne la caution avertie et l'emprunteur averti : la Cour de cassation, dans son rapport pour l'année 1999⁶⁴³, relevait que « *l'emprunteur ne peut invoquer la responsabilité de la banque pour octroi abusif de crédit que dans des circonstances exceptionnelles où lui-même aurait été moins bien informé sur sa situation désespérée ou celle de son entreprise que la banque* », « *si chacune des parties dispose, à cet égard, du même degré d'information, elle a pris la décision de s'engager en connaissance de cause et ne peut reprocher à l'autre la conclusion du contrat* »⁶⁴⁴. C'est exactement cette solution qui a été transposée aux cautions averties par l'arrêt Nahoum. La caution doit désormais rapporter la preuve d'une « *dissymétrie de l'information sur les chances de réussite du projet financé et cautionné* »⁶⁴⁵.

175. La sanction de la disproportion. En cas de disproportion de l'engagement, la sanction dépend de la caractérisation de la faute. Même en cas de vice du consentement, c'est-à-dire ici de la réticence dolosive, il semble que les juges préfèrent, à la nullité, la réduction de l'engagement excessif de la caution, en plus de la mise en jeu de la responsabilité du banquier.

c. La généralisation et la consécration législative.

176. L'article L 341-4 du Code de la consommation. La loi Dutreil du 1er Août 2003⁶⁴⁶ a ensuite consacré et généralisé cette exigence dans le droit du cautionnement, par l'article L 341-4 du Code de la consommation : « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était,*

⁶⁴² C. BRENNER, De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : d'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure ? LPA 18 juillet 2003, n° 143, p 12-17.

⁶⁴³ Rapport de la Cour de cassation pour 1999, p 358, à propos de l'arrêt Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Méneteau, Bull. Civ. IV, n° 95, RTDCom 1999, 733, obs. M. CABRILLAC ; RJDA 6/1999, p 495, note M-C. PINIOT ; JCP E 1999, p 1730, note D. LEGAIS

⁶⁴⁴ Voir aussi, Cass. com. 26 mars 2002, époux Thiéry, JCP E 2002, 852, p 903, note A. GOURIO ; D 2002 AJ 1341, obs. A. LIENHARD.

⁶⁴⁵ J-F. BARBIERI, Application du bénéfice de disproportion au sous cautionnement consenti par le conjoint d'un dirigeant, solidairement avec celui-ci, note sous Cass. com. 17 décembre 2003, pourvoi n° 00-19.993, Époux Y. c/ SA Brasseries Heineken, Bulletin Joly Sociétés, 1er avril 2004, n° 4, p 496, spéc. n° 2.

⁶⁴⁶ Loi n° 2003-721 du 1er Août 2003 pour l'initiative économique

lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». On peut dès lors constater que le principe de proportionnalité consacré par ce texte se distingue en deux points de l'article L 313-10 du Code de la consommation et de la jurisprudence. Première constatation : la disproportion manifeste concerne semble-t-il tous les crédits. Le bénéfice de la disproportion ne concerne donc plus uniquement les particuliers, mais aussi les professionnels. Elle n'est plus limitée aux établissements de crédit, ni aux crédits à la consommation et crédits immobiliers comme le prévoyait l'article L 313-10 du Code de la consommation. Seconde constatation : la sanction applicable en la matière se traduit désormais, pour le créancier, par la perte de la sûreté. S'agit-il d'une nullité ou d'une inopposabilité ? Pour certains, la loi introduit une déchéance et non une nullité. La jurisprudence a néanmoins hésité à faire application de cette sanction, retenant que s'il y avait disproportion, la caution était susceptible d'obtenir des dommages et intérêts, ou être déchargée en réparation du préjudice subi⁶⁴⁷. La jurisprudence⁶⁴⁸ a toutefois continué à faire application de cette exigence de proportionnalité. Le professeur Crocq⁶⁴⁹, dans son étude dédiée à Monsieur Philippe Simler, notait que cette loi constituait non une consécration de la jurisprudence mais un retour en arrière, puisque le nouvel article L 341-4 du Code de la consommation « *n'effectuait aucune distinction selon la qualité de la caution* », comme l'avait fait la Cour de cassation dans l'arrêt Nahoum.

2. L'exigence de proportionnalité dans le cadre de la fourniture de crédit.

177. Proportionnalité « interne » de l'article L 650-1 du Code de commerce. La proportionnalité étudiée ci dessus est applicable dans le cadre restreint du cautionnement. Elle s'apprécie entre l'engagement de cautionnement et la situation patrimoniale du garant ;

⁶⁴⁷ Cass. com. 9 juillet 2003, n° 01-14.082, FS-P+B, Champeix c/ Rivière, Jurisdata n° 2003-019916, Bull. Civ. 2003, I, n° 167 ; Cass. 1ère civ. 6 avril 2004, n° 01-10.926 FS-P, Caisse de crédit mutuel de Châteauneuf de Faou c/ Goubin et a., Jurisdata n° 2004-023200, Bull. Civ. 2004, I, n° 110 ; Cass. 1ère civ. 29 juin 2004, n° 02-13.424, F-P+B, Adhéra c/ Sté Générale, Jurisdata n° 2004-024343 ; Cass. com. 18 mai 2005, n° 03-15.109, F-D Ferrand épouse Puaud c/ Sté Générale, Jurisdata n° 2005-028473.

⁶⁴⁸ Cass. com. 18 mars 2003, n° 98-16.427 ; Cass. com. 11 juillet 2003, n° 00-11.913 FS-P, Cornaz et a. c/ Sté Fideimur et a., Jurisdata n° 2003-019474, Bull. Civ. V 2003, n° 95 ; Cass. com. 17 décembre 2003, n° 00-19.993, FS-P, Vegler c/ Sté Brasserie Heineken, Jurisdata n° 2003-021625, Bull. Civ. 2003, n° 208 ; Cass. com. 17 décembre 2003 n° 01-13.419, FS-P, Sté Interfimo c/ Cie d'Assurance Gan et a., Jurisdata n° 2003-021627, Bull. Civ. 2003, n° 206 ; Cass. 1ère civ. 29 juin 2004, n° 01-13.651, F-D, Sté Abbey national c/ Grelot et a., Jurisdata n° 2004-024473 ; Cass. com. 7 juillet 2004, n° 03-11.413, F-D, Banque populaire occitane c/ Tue, Cass. com. 4 janvier 2005, n° 02-15.409, F-D, Mistarz c/ Banque régionale de l'Ouest.

⁶⁴⁹ P. CROCQ, Sûretés et Proportionnalité, in Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 311, n° 39 et 40.

il s'agit d'une « proportionnalité externe⁶⁵⁰ » qui « évite que le garant ne s'engage de manière démesurée ». La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 intervient quelques années après le développement de cette notion en droit des sûretés afin de l'intégrer au droit des entreprises en difficulté, et à la responsabilité du banquier pour soutien abusif. Elle pose un principe de non-responsabilité du créancier dispensateur de concours, sauf, en particulier, dans le cas où « *les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». La disposition de l'article L 650-1 du Code de commerce consacre-t-elle au sein du droit des procédures collectives une telle disproportion des garanties ? La réponse est négative ; le domaine et les critères de l'exigence de proportionnalité sont ici bien différents. Il s'agit ici d'un contrôle de la proportionnalité des garanties, comme précédemment, mais désormais au niveau « interne⁶⁵¹ », ce qui permet de contrôler « l'équivalence des prestations contractuelles », la disproportion de la garantie s'appréciant désormais par rapport au crédit consenti. Cela signifie-t-il pour autant que le contrôle de proportionnalité externe ne puisse plus être réalisé ? Cette précision supprime-t-elle pour autant l'exigence d'une proportion avec la situation patrimoniale du garant ? Il ne semble pas. Le professeur Routier semble se rallier à cette idée, lorsqu'il énonce que « *Jusqu'à présent la disproportion de la sûreté, quand elle était admise, était caractérisée par rapport aux biens et revenus de celui qui la consentait. Maintenant elle le serait aussi par référence aux concours accordés*⁶⁵² ». On l'a vu, l'exigence de proportionnalité nouvellement créée en droit des procédures collectives à l'article L 650-1 du Code de commerce ne s'applique que dans le cadre d'entreprises en difficulté, il s'agit donc d'une règle d'application spéciale. Dans le cadre de cautionnements au sein de sociétés in bonis, l'article L 341-4 du Code de la consommation est toujours applicable⁶⁵³. Néanmoins, si cette exigence de proportionnalité intégrée en 2005 dans le droit des procédures collectives est sans précédent, son appréciation au niveau interne n'est cependant pas nouvelle. En effet, ce principe de proportionnalité de la garantie au crédit octroyé existe déjà dans les règles relatives au cautionnement mais de manière implicite. Le caractère accessoire du cautionnement édicté par l'article 2290 du Code civil, suppose que le cautionnement ne doit pas dépasser le montant de la dette principale, dans le cas contraire,

⁶⁵⁰ Expression utilisée par S. PESENTI, Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, LPA 11 mars 2004, n° 51 p 12 et s. spéc. n° 6 et s.

⁶⁵¹ Expression utilisée par S. PESENTI, Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, LPA 11 mars 2004, n° 51 p 12 et s. spéc. n° 6 et s.

⁶⁵² R. ROUTIER, De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D 2005, n° 2, chron. p 1478 et s., spéc. p 1481, n° 15.

⁶⁵³ En effet, l'emprunteur et la caution qui subissent un préjudice du fait de l'octroi de concours par le banquier alors que l'entreprise ne connaissait pas encore de difficultés, peuvent agir en responsabilité contre le banquier pour crédit disproportionné.

le juge est habilité à réduire le cautionnement disproportionné. Dans le cadre des sûretés réelles, quelques règles éparses dénotent cette exigence de proportionnalité. « *Les articles 2161 et 2162⁶⁵⁴ du Code civil, applicables aux hypothèques, organisent le contrôle judiciaire de la proportionnalité de la sûreté au montant de la créance⁶⁵⁵* ». Ces articles visent notamment les « inscriptions excessives » d'hypothèques légales et judiciaires, dépassant certains seuils légaux. Le législateur a souhaité ici, que soient sanctionnées les disproportions « manifestes⁶⁵⁶ » ou supérieures à un seuil élevé (7/3). Selon, le professeur Nicolas Molfessis, « *ce contrôle de proportionnalité n'exprime pas une exigence d'adéquation et de parfaite correspondance entre la créance garantie et la sûreté procurée⁶⁵⁷* ». Par ailleurs, il ne s'agit ici que de cas ponctuels, c'est pourquoi certains auteurs tels Messieurs Mestre, Putman et Billau⁶⁵⁸, il y a quelques années, faisaient valoir « *la généralisation d'un recours en réduction des sûretés manifestement disproportionnées* », le professeur Mestre ayant déjà attiré l'attention au début des années quatre vingt, sur un possible abus de droit dans la constitution et la réalisation de sûretés⁶⁵⁹. Toutefois, cette éventualité ne s'est jamais présentée, certains évaluant ce contrôle injustifié et inutile. En effet, Monsieur Molfessis estimait qu'une sûreté, bien qu'outrepasant « *la mesure nécessaire au paiement de la créance, n'est pas nécessairement inutile⁶⁶⁰* », et l'excès pas nécessairement préjudiciable au débiteur. Le préjudice du débiteur viendrait de ce que l'excès de garanties conduit au gaspillage de crédit. Toutefois, le débiteur a bien souvent l'occasion de continuer à bénéficier de crédits sur un bien déjà donné en garantie pour une créance inférieure à sa valeur. Le législateur n'a d'ailleurs pas souhaité aller dans le sens de cette généralisation du contrôle de proportionnalité des sûretés, et de cette lutte contre le gaspillage de crédit, autorisant, par l'ordonnance du 26 mars 2006, les hypothèques sur les créances futures⁶⁶¹, l'hypothèque rechargeable⁶⁶², et le prêt viager hypothécaire⁶⁶³.

⁶⁵⁴ Nouveaux articles 2444, alinéa 2 et 2445 du Code civil.

⁶⁵⁵ S. PESENTI, Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, LPA 11 mars 2004, n° 51 p 12 et s, spéc. n° 9.

⁶⁵⁶ Nous reprenons ici l'étude réalisée par D. BAKOUCHE sur la notion d'excès. D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 2005.

⁶⁵⁷ N. MOLFESSIS, Principe de proportionnalité en matière de garanties, Banque et Droit n° 71 mai juin 2000, p 4 et s. spéc. n° 7.

⁶⁵⁸ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, Droit commun des sûretés réelles, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 1996, p 196, n° 206.

⁶⁵⁹ J. MESTRE, Réflexion sur l'abus du droit de recouvrer sa créance, Mélanges Raynaud 1985, p 439 et s.

⁶⁶⁰ N. MOLFESSIS, Principe de proportionnalité en matière de garanties, Banque et Droit n° 71 mai juin 2000, p 4 et s. spéc. n° 8. reprenant la définition de la « sûreté inutile » donnée par J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, Droit commun des sûretés réelles, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 1996, p 189, n° 200.

⁶⁶¹ C. Civ. Art. 2421.

⁶⁶² C. Civ. Art. 2422.

⁶⁶³ C. Consom. Art. L 314-1, qui prévoit le remboursement du prêt à une date et pour un montant aléatoires.

Ainsi le contrôle de proportionnalité, s'il est resté à ce stade en droit commun des sûretés, n'est pas resté cantonné à ce domaine. Le législateur a souhaité intégrer ce contrôle dans le cadre de la fourniture de crédit aux entreprises en difficulté, par l'article L 650-1 du Code de commerce. Certes, en matière de droit bancaire, l'exigence de proportionnalité n'était pas inconnue. Elle existait dans le cadre des devoirs de prudence et de discernement incombant au banquier, par l'obligation de ne pas consentir des crédits excessifs, c'est-à-dire disproportionnés par rapport aux capacités financières et aux facultés de remboursement de l'emprunteur⁶⁶⁴. La jurisprudence employait d'ailleurs les termes de « *disproportion manifeste* », « *hors de proportion* », « *incompatible* » ou « *sans rapport* » avec les capacités de remboursement. En cas de procédure collective du débiteur, le non respect de ces exigences pouvait amener le banquier à voir sa responsabilité engagée, sur le plan contractuel, pour crédit ruineux. La proportionnalité était une notion bien connue en droit commun de la responsabilité bancaire, mais uniquement dans le cadre d'un crédit disproportionné, et non d'une garantie disproportionnée.

§ 2. La disproportion de l'article L 650-1 du Code de commerce : une appréciation délicate.

178. De nouveaux critères d'appréciation de la proportionnalité en droit positif. L'article L 650-1 du Code de commerce, après avoir posé un principe d'irresponsabilité des créanciers pour les concours consentis, a spécifié que leur responsabilité pouvait toutefois être mise en jeu dans le cas où « *les garanties prises en contrepartie des concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». La disproportion ainsi spécifiée ici concerne le rapport garanties/concours. Elle « *témoigne de la démesure entre [ces] deux éléments*⁶⁶⁵ ». Elle prend dès lors un nouveau visage, et semble par là même élargir son domaine d'application. Le contrôle de proportionnalité concerne les garanties prises au moment de l'octroi du concours. Néanmoins, quand doit-il s'effectuer ? Le législateur a intégré le contrôle de proportionnalité au cœur de la responsabilité pour soutien abusif, sans préciser à quelle date ce contrôle doit être réalisé (A), et surtout dans quelle mesure (B).

⁶⁶⁴ Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Ménetau, Bull. Civ. IV, n° 95, RTDCom 1999, 733, obs. M. CABRILLAC ; RJDA 6/1999, p 495, note M-C. PINIOT ; JCP E 1999, p 1730, note D. LEGEAIS.

⁶⁶⁵ C. MAURY, Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement. LPA 28 juillet 2006, n° 150, p 4 et s, spéc. n° 10.

A. Les doutes quant à la date d'appréciation de la disproportion

179. Date du jour de la prise de garantie. Faut-il apprécier la disproportion au jour de l'octroi des crédits ou bien au jour de la mise en œuvre de la garantie ? L'article L 650-1 alinéa premier du Code de commerce dispose : « *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* ». La formulation du texte incite à retenir le jour de la prise de garantie, c'est-à-dire le jour où les crédits sont consentis, comme date d'appréciation de la disproportion. Le contrôle que suscite l'article L 650-1 du Code de commerce a vocation à s'effectuer au stade de la formation de la sûreté⁶⁶⁶. Les auteurs s'accordent sur ce point. Toutefois la valeur du comparant (le concours) et comparé, (la garantie) fluctue. L'évolution de la valeur de chacun doit-elle être prise en compte ?

1. L'évolution du concours.

Avant de s'attacher à l'évolution du concours, il convient de procéder à leur détermination.

180. Détermination des concours. Parallélisme des formes. La définition de ces « concours » nécessaire à l'appréciation de la disproportion doit en toute logique correspondre à celle retenue précédemment dans le cadre de la détermination du champ d'application du principe d'irresponsabilité. C'est le principe du parallélisme des formes. En effet, les éléments entrant dans la détermination de la responsabilité et ceux entrant dans celle de l'irresponsabilité doivent s'accorder. Dès lors, sont supposées entrer dans la notion de concours⁶⁶⁷, toutes les « opérations de crédit » : l'octroi de crédit à proprement parler mais aussi les promesses de prêt, les délais de paiement, ou la mise à disposition éventuelle de fonds par un crédit par signature⁶⁶⁸. Le professeur Legeais estime qu'il serait dans l'intérêt du banquier, de retenir cette solution. En effet, si les concours dont il est question dans l'article L 650-1 du Code de commerce, sont ceux « dont l'entreprise peut disposer si elle le souhaite⁶⁶⁹ », c'est-à-dire ceux accordés dans le principe mais dont les fonds n'ont pas encore

⁶⁶⁶ R. DAMMANN, La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises. Banque et Droit n° 103, septembre octobre 2005, p 16 et s., spéc. p 20.

⁶⁶⁷ Voir notamment P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Colloques et Débats (Colloque du 24 février 2006) sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s., spéc. p 85, n° 27.

⁶⁶⁸ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien, 7° éd. 2007, n° 52, p 45-46.

⁶⁶⁹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E, n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 18.

été remis à l'emprunteur, alors ils ne seront jamais considérés comme excessifs par rapport aux garanties. Toutefois, le professeur Legeais convient lui même, que retenir cette solution, inciterait le banquier à fournir un maximum de crédits, qu'ils soient ou non justifiés économiquement, afin que les garanties qu'il a demandées ne soient pas déclarées disproportionnées. Ce raisonnement aboutirait à une situation paradoxale, allant à l'encontre de l'objectif poursuivi par le législateur. Si celui-ci souhaite encourager la fourniture de crédit aux entreprises, il « *ne doit pas [pour autant] favoriser l'octroi de crédits injustifiés*⁶⁷⁰ ».

181. Évolution du concours. Mais faut-il prendre en compte le risque d'évolution du concours ou simplement les concours consentis au moment de la prise de garantie ?⁶⁷¹ Car il pourrait être reproché au banquier « *de ne pas avoir procédé à un réexamen du risque à l'occasion d'un nouveau concours, ou de tout événement important survenant dans la situation du débiteur*⁶⁷² ». En effet, « *une bonne sûreté est une sûreté « suffisante » c'est-à-dire proportionnée au risque pris par le créancier*⁶⁷³ ». Il appartient donc au créancier d'apprécier ab initio si la garantie fournie en contrepartie du concours est suffisante, et dans ce cas de décider d'octroyer ou non le crédit. La garantie « prise en contrepartie du concours », doit recouvrir tous les coûts possibles du concours, qui sont liés au risque de l'opération. Le banquier doit prendre les mesures nécessaires à la diminution de son risque.

2. Détermination et évolution du montant des garanties.

182. Une tâche délicate. L'appréciation de la disproportion porte également sur le montant des garanties. Celui-ci est parfois difficile à appréhender, tant au sein des sûretés personnelles que des sûretés réelles.

183. Les sûretés personnelles. Dans le cadre des sûretés personnelles, la tâche peut parfois s'avérer délicate, en particulier en cas de cautionnement illimité ou indéfini. Le cautionnement indéfini est visé à l'article 2293 du Code civil, et concerne la situation dans laquelle l'engagement de la caution n'est pas distinct de celui du débiteur, et ne comporte

⁶⁷⁰ D. LEGEAIS, article précité.

⁶⁷¹ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, 5 janvier 2006, Cahier de droit des affaires, chron. p 69 et s., spéc. p 75, n° 32.

⁶⁷² M-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, et V. BREMONT, Droit des Sûretés, Sirey Université, Dalloz, 2007, p 607, n° 2456.

⁶⁷³ P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 293, n° 5.

donc pas d'autre montant que celui de la dette principale. La difficulté survient dans cette hypothèse lorsque l'engagement de la caution est stipulé en ces termes : garantir « *le paiement ou le remboursement de toutes sommes que le cautionné peut à ce jour ou pourra devoir à l'avenir à la banque, en toute monnaie, chez l'un quelconque de ses sièges, en principal augmenté des intérêts, commissions, frais et accessoires, à raison de tous engagements, de toutes opérations et, d'une façon générale, de toutes obligations nées sans exception, directement ou indirectement, pour quelque cause que ce soit*⁶⁷⁴ ». Si cette garantie présente l'avantage pour le créancier de voir les dettes futures du débiteur cautionnées, elle présente également le danger pour la caution d'ignorer au moment de son engagement le montant exact de la somme qu'elle sera amenée à verser au créancier. Aussi le montant de l'engagement et une éventuelle disproportion ne sont-ils pas aisés à déterminer.

184. Les sûretés réelles et les difficultés liées à la valeur du bien grevé. Dans le cadre des sûretés réelles, la situation est identique. Toutefois, si ce n'est pas le montant de la sûreté elle-même qui est difficile à déterminer, quoique le cas de la cession de créance à titre de garantie par Bordereau Dailly, garantie « décrochée juridiquement » du crédit consenti, peut s'avérer difficile, l'assiette ne correspondant pas au montant du crédit, et pouvant être amené à évoluer dans le temps⁶⁷⁵, c'est la détermination de la valeur du bien grevé qui peut être délicate. En effet, la valeur du bien grevé d'une garantie est parfois amenée à fluctuer. Ainsi, le montant des sûretés portant sur des instruments financiers, ou sur des actions⁶⁷⁶ est difficile à évaluer ; de même s'agissant de sûretés portant sur le fonds de commerce ou sur les stocks, en particulier lors de procédures collectives : « *un immeuble ou un fonds de commerce peuvent avoir une valeur importante lors de l'octroi du concours et pourtant ne désintéresser que partiellement ou pas du tout le créancier dont la créance pourra être primée par des créances super privilégiées des salaires ou par des créances fiscales*⁶⁷⁷ ». Les biens, assiette de la sûreté, sont donc susceptibles de s'apprécier ou de se déprécier, et la valeur de la sûreté en pâtit peu importe qu'elle porte sur des biens individualisés⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Voir M-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMONT, Droit des sûretés, Dalloz Sirey Université, 2007, p 109, n° 341. il s'agit d'une clause figurant dans les contrats types de cautionnement.

⁶⁷⁵ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de concours, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, colloque du 23 février 2006, Colloques et Débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s. spéc. p 86, n° 30.

⁶⁷⁶ Nantissement d'actions, voir D. LEGAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E, n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 19.

⁶⁷⁷ J. TAMBA, Entreprises en difficulté, vers un allègement de la responsabilité des banques ?, Rev. Banque décembre 2006, n° 686, p 41 et s., spéc. p 43.

⁶⁷⁸ R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2007, p 73 et s., spéc. p 85, n° 202.

185. Les modes d'évaluation de la valeur du bien grevé. La fluctuation de la valeur du bien peut être prise en charge lors de la constitution de la sûreté, par les parties⁶⁷⁹. Et lorsque les parties n'ont pas prévu l'évolution de la valeur de la sûreté, il est parfois mis à leur charge, une obligation de maintien de cette valeur, laissée à l'appréciation des juges, sur le fondement de la faculté ou non de maîtriser son évolution future. Le constituant se voit donc dans certains cas engagé à maintenir une juste proportion entre la sûreté constituée et la dette garantie. Dès lors, dans ces situations, l'argument d'une disproportion afin de retenir la responsabilité du banquier ne saurait être avancé. En revanche, il est de nombreux cas où le constituant n'est pas soumis à une telle obligation. Il est donc logique que le créancier veuille prendre davantage de sûretés afin de prévenir cette fluctuation de la valeur des sûretés. De plus, les créanciers évaluent les garanties à constituer dans l'hypothèse d'une procédure collective du débiteur, et peuvent prendre en conséquence, davantage de garanties : ils vont « surprotéger » leurs intérêts. D'où la difficulté de retenir une date pour l'appréciation de la disproportion. Doit-on retenir la valeur des biens au jour où la garantie est constituée, ou bien le montant de leur réalisation ? Maître Dammann semble vouloir retenir cette seconde solution. Il serait « raisonnable », selon lui de se référer à la valeur future des sûretés, et non à leur valeur de réalisation immédiate, en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité du débiteur. Il convient peut-être de « se référer au montant maximum autorisé dans la convention de crédit, majoré des intérêts prévus (y compris de retard) et des frais de recouvrement, soit un montant correspondant aux risques réels du banquier⁶⁸⁰ ». Par conséquent, le contrôle de proportionnalité semble devoir être effectué au moment de la prise des garanties en tenant compte de la valeur future de ces garanties, au vu des circonstances.

B. Les difficultés liées à l'évaluation de la disproportion.

186. L'utilité d'un éventuel seuil de disproportion ? Il est évident que par l'addition de toutes les garanties, le montant de celles-ci sera supérieur à celui des crédits consentis. Dès lors, à partir de quel seuil le juge décidera-t-il que les garanties sont excessives ? Le texte n'apporte ici aucune indication, le législateur s'étant abstenu dans le cadre de cette exception de poser un critère d'appréciation, tel que « caractérisée » ou « manifeste ». Comme l'a

⁶⁷⁹ Convention cadre dans le cadre des cessions par bordereaux Dailly, ou clauses d'arrosage ou de substitution d'assiette, dans le cadre par exemple du gage d'instruments financiers. Voir P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Mélanges Simler, 2006, p 291, spéc. p 294, n° 7.

⁶⁸⁰ R. DAMMANN, La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises. Banque et Droit n° 103, septembre octobre 2005, p 16 et s., spéc. p 20.

souligné Maître Dammann⁶⁸¹, « à la lecture du texte, une simple disproportion objective suffit. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit caractérisée ou notable ». Mais qu'est ce qu'une disproportion objective ?

187. Simple disproportion ou disproportion manifeste ? Dans le cadre de son étude sur l'excès⁶⁸², Monsieur Bakouche fait valoir que l'excès s'apprécie au moyen du critère de l'évidence. Le terme de « manifeste » est très souvent employé par le législateur ou la jurisprudence pour caractériser l'excès. Cet adverbe « réserve la prise en compte juridique de l'excès à des situations dépourvues d'équivoque », afin de « faciliter la tâche du juge chargé de la mise en œuvre de la sanction de l'excès en lui évitant un long examen de la situation⁶⁸³ », puisque « l'excès force l'entendement ». Dans le cadre de la disproportion de l'article L 650-1 du Code de commerce, le législateur n'a pas pris la peine de faire cette précision. S'agit-il d'un oubli ou est-ce délibéré, de sorte que le juge sera dans l'obligation de sanctionner chaque disproportion constatée ? Les conséquences de cette volonté seraient importantes. En effet, comme le souligne Monsieur Bakouche, « retenir la qualification de l'excès dans des cas dans lesquels la démesure ne serait pas choquante reviendrait à faire de l'exception de la prise en compte de l'excès le principe et donc à renverser la règle qui reste, du moins actuellement, le refus d'une sanction systématique du caractère excessif⁶⁸⁴ ». Le législateur souhaite-t-il que la disproportion, puisque non manifeste, soit sanctionnée automatiquement ?

188. Une appréciation objective de la disproportion ? La plupart du temps, lorsqu'un contrôle de proportionnalité était requis, le législateur utilisait le terme de « manifestement disproportionné », comme dans l'article L 341-4 du Code de la consommation. Et lorsqu'il est réalisé par les juges, ils s'attachent eux mêmes à relever des éléments révélant une « disproportion manifeste ». Même s'ils n'utilisaient pas cet adverbe à chaque fois, il s'agissait pour eux de dénoncer une disproportion évidente, choquante. Monsieur Bakouche estime par ailleurs, que lorsque l'expression « disproportion manifeste » est employée, celle-ci renvoie en fait à la notion d'excès. Le législateur en omettant cette précision, a peut-être souhaité que seule la disproportion soit sanctionnée, et non l'excès, comme l'entend Monsieur Bakouche. L'importance de la démesure que le législateur souhaite voir relevée

⁶⁸¹ R. DAMMANN, Soutien abusif : la responsabilité des banques, Les Echos, 19 septembre 2005, p 13.

⁶⁸² D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

⁶⁸³ D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005, p 84, n° 86.

⁶⁸⁴ D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005, p 85, n° 87.

dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce est peut-être moindre que celle exigée dans le cadre d'un excès. Mais quelle est-elle dès lors ? Certains estiment qu'il s'agit d'une disproportion objective⁶⁸⁵. S'agit-il d'un « défaut d'équivalence » entre la garantie et le crédit octroyé, ou d'un « déséquilibre » ? Au travers des différentes interventions sur le point de savoir s'il existe un principe de proportionnalité en droit privé, au colloque du 20 mars 1998, il est possible de tirer une définition de la disproportion objective. En effet, si pour certains le principe de proportionnalité est un « *principe de juste mesure, un principe d'adéquation des moyens employés au but poursuivi*⁶⁸⁶ », tel que la disproportion ne peut être que manifeste et ainsi se rapprocher de la notion d'excès, pour d'autres, il serait un « principe d'équilibre objectif dans le contrat ». Mais cela signifie qu'il doit y avoir un « équilibre véritable ». Cette conception de la proportionnalité est dangereuse car elle va à l'encontre du principe de la liberté contractuelle. Par ailleurs, comment pourrait-on appliquer cette conception à l'exigence de proportionnalité de l'article L 650-1 du Code de commerce ? En effet, il ne s'agit pas de contrôler l'équilibre entre les diverses prestations d'un seul et même contrat, à savoir le cautionnement, mais plutôt l'équilibre entre deux contrats, la garantie, et le prêt. Or cet équilibre peut-il être atteint en la matière ? La réponse nous paraît négative. Il conviendrait de considérer au contraire un certain « déséquilibre excessif ». En effet, la tendance est au surplus de garantie en cas de crédit, afin de prévenir l'insolvabilité du débiteur ; la pratique des affaires démontre que certains « *créanciers exigent la constitution de sûretés sur tous les actifs encore disponibles du débiteur avant de consentir un nouveau crédit à un débiteur en difficulté*⁶⁸⁷ », procédé encore appelé « coup de râteau ». Comment apprécier dès lors l'équilibre entre les garanties et les concours ? La proportionnalité doit-elle s'apprécier par ailleurs par rapport à l'importance du crédit octroyé, ou par rapport à la façon dont elle est perçue par les tiers ? Il semblerait que l'objectivité requise incite à ne considérer la disproportion des garanties que par rapport au crédit lui-même. Cela signifie-t-il qu'il faille comparer le montant de chacun des deux termes de la comparaison ? Ceci ne paraît pas opportun, le législateur ne précisant pas qu'il s'agisse d'une comparaison de « montants ». Ce critère mathématique ne doit pas être attaché au contrôle de proportionnalité de l'article L 650-1 du Code de commerce. Selon le professeur Crocq⁶⁸⁸, le législateur, lors de l'élaboration de ce texte, ne souhaitait pas que le juge se lance dans un calcul mathématique, ce qui le pousserait inévitablement à considérer

⁶⁸⁵ R. DAMMANN, Soutien abusif : la responsabilité des banques, Les Echos, 19 septembre 2005, p 13.

⁶⁸⁶ Voir M. BEHAR-TOUCHAIS, Conclusion, Colloque du 20 mars 1998, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? LPA n° spécial, 30 septembre 1998, n°117, p 68 et s.

⁶⁸⁷ P. CROCQ, La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, D 2006, p 1306, spéc. n° 15.

⁶⁸⁸ P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Études offertes à Ph. SIMLER, Dalloz Litec 2006, p 291 et s.

ce contrôle de proportionnalité comme un instrument de lutte contre le gaspillage de crédit⁶⁸⁹. Selon lui, le véritable objectif poursuivi serait de sanctionner un comportement fautif. Ce qui signifie que le critère mathématique est inutile, la disproportion ne saurait être envisagée de manière objective, il faut une connotation d'excès. Les opinions doctrinales sont donc divergentes sur ce point. Pour ceux⁶⁹⁰ qui soutiennent que la disproportion doit être appréciée en dehors de tout caractère excessif, la mesure du déséquilibre entre les garanties et les concours nécessite la détermination de seuils.

189. Des seuils de disproportion ? Peut-être serait-il pertinent d'établir des seuils à partir desquels la disproportion serait sanctionnée. Le professeur Le Corre⁶⁹¹ déplore l'absence de ratios de disproportion dans le Code de commerce, alors que le droit allemand (comme le droit italien), qui sanctionne lui aussi la prise de sûretés excessives, dispose de seuils précis fixés par la Cour fédérale allemande⁶⁹² : « la valeur du bien donné en garantie ne peut, en cas de procédure d'insolvabilité, excéder 110 % du montant du financement ». En cas d'excès, le débiteur a le droit de demander une main levée partielle. (Ici, il faut noter que la sanction d'une garantie excessive est la réduction de la garantie, et non, comme le droit français le prévoit désormais, la nullité). Cet auteur propose dès lors de recourir à la réglementation bancaire internationale qui pose des ratios en deçà desquels la banque n'est pas suffisamment garantie, afin de fixer un seuil, au dessus duquel le créancier fournisseur de concours serait « sur-garanti ». Il faut noter que la Cour de cassation dans un arrêt non publié au Bulletin, semble avoir admis une disproportion en matière de prise de sûretés réelles lorsque la valeur expertisée du bien affecté en garantie atteignait près de 200 % du montant du prêt⁶⁹³.

⁶⁸⁹ Pour une opinion contraire voir R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques, sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presses de Science Po et Dalloz, 2007, p 73 et s. spéc. p 80. : « *La nouvelle finalité de la responsabilité du banquier du fait des concours consentis [serait] la protection du débiteur contre le gaspillage de crédit* ». Voir aussi R. DAMMANN, La situation du banquier titulaire de sûretés après la loi de sauvegarde des entreprises, Banque et Droit, n° 103, septembre octobre 2005, p 16 et s., spéc. p 20.

⁶⁹⁰ Notamment R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques, sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presses de Science Po et Dalloz, 2007, p 73 et s. spéc. p 80.

⁶⁹¹ P-M. Le CORRE, Concours bancaires-Responsabilité bancaire, Droit et Pratique des procédures collectives, 2006-2007, Dalloz Action 2006, 3° éd., n° 434.33, p 580.

⁶⁹² La Bundesgerichtshof

⁶⁹³ Cass. com. 10 mai 1994, pourvoi n° 92-15.881, Voir R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2007, p 73 et s., spéc. p 85, note de bas de page n° 69. qui suggère de rester prudent sur la portée de cet arrêt, « s'agissant d'un arrêt de rejet qui a alloué à la victime des dommages et intérêts relativement modérés »

190. Les divergences doctrinales. Là encore la question d'un éventuel seuil de disproportion divise la doctrine. Pour le professeur Crocq⁶⁹⁴, la fixation d'un seuil de disproportion serait inutile, tout comme l'insertion d'un critère mathématique dans la comparaison des garanties et concours. En effet, un seuil serait nécessaire si ce contrôle de proportionnalité de l'article L 650-1 du Code de commerce est envisagé sous l'aspect d'une lutte contre le gaspillage de crédit, et ainsi éviter que les créanciers prennent de trop nombreuses garanties sur le dos du débiteur, au point de l'empêcher de prétendre à d'autres crédits. Pour certains auteurs, ce phénomène serait encouragé par certaines sûretés, notamment la fiducie. « *Autant elle peut être admirable comme mode de gestion, comme mode d'institution familiale, autant je crois qu'elle gaspille le crédit et qu'elle risque d'étrangler les débiteurs quand elle devient un instrument de sûreté* ⁶⁹⁵ ». De ces observations, il faut déduire que la disproportion de l'article L 650-1 du Code de commerce s'apprécie dans un juste milieu : elle n'est pas objective au point qu'il faille réaliser un calcul mathématique à partir de seuils ou de montant précis, mais ne doit pas non plus être « manifeste », allant de la sorte à l'encontre de ce que souhaite le législateur.

191. Éléments de mesure de la disproportion. Dès lors, si l'appréciation de la disproportion ne peut se faire à partir d'une comparaison des montants des garanties et des concours consentis, ni de la fixation d'un taux, quels éléments permettront d'y procéder ? Il serait opportun de réaliser une analyse au cas par cas des garanties prises en contrepartie des concours. Les professeurs Jeantin et Le Cannu précisent qu'il serait « *inexact de raisonner en taux : tout dépend de la nature du risque à couvrir et des techniques de garanties utilisées* ⁶⁹⁶ ». En effet, l'appréciation de la disproportion sera « *variable en fonction de la sûreté utilisée, de la nature du ou des biens grevés et des circonstances de l'octroi du crédit* ⁶⁹⁷ ». Il a été notamment proposé, lors de l'élaboration de l'article L 650-1 du Code de commerce, de mesurer la disproportion en fonction des taux qui sont pratiqués par les banquiers. Monsieur le député Arnaud Montebourg lors des débats à l'Assemblée Nationale a avancé cette idée : « *il devrait s'instaurer un processus de vases communicants entre l'importance de la rémunération du banquier et la quantité de garanties assorties à son prêt* ». Si cette évaluation de la disproportion par rapport au coût du crédit ne paraît pas être

⁶⁹⁴ P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Études offertes à Ph. SIMLER, Dalloz Litec 2006, p 291 et s.

⁶⁹⁵ Ph. MALAURIE, intervention in La Fiducie : une révolution dans notre droit ?, colloque organisé par l'Institut de droit des affaires de Paris II, Paris, 8 juin 1990 : Banque et Droit n° 15, janvier-février 1991 p 11.

⁶⁹⁶ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7° éd. 2007, p 448, n° 641.

⁶⁹⁷ P. CROCQ, Sûretés et Proportionnalité, in Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 305, n° 27.

adéquate en l'espèce, aucun auteur, semble-t-il, n'ayant repris cette idée, il n'est pas exclu que cet élément puisse participer du champ d'investigation du juge aux fins de l'appréciation de la disproportion. L'appréciation de la disproportion ne sera que plus aisée, si le juge prend en considération bien d'autres éléments. En outre, la divergence de point de vue sur la finalité attachée au texte, n'a pas de graves conséquences, puisque le résultat obtenu est le même : à savoir la nécessité d'intégrer d'autres éléments dans l'appréciation de la disproportion. En effet, d'un côté la disproportion n'est révélée ni par un seuil, ni à partir d'un « critère mathématique », ce qui incite à tenir compte d'éléments tels que le choix de la sûreté par le créancier, ou l'assiette de la sûreté. Or ces éléments sont justement ceux retenus pour déterminer le montant des garanties ! Tout est question de terminologie.

*

* *

192. La nécessité de détermination des termes du contrôle. Le contrôle de proportionnalité de l'article L 650-1 du Code de commerce nécessite que soient déterminées les « garanties ». En effet, l'évaluation de la disproportion ne peut se réaliser qu'en toute connaissance des deux termes, objets de la « démesure ». Les concours, s'ils posent quelques difficultés, ont été envisagés précédemment dans le cadre de l'étude du principe d'irresponsabilité. Ce sont dès lors les « garanties », qui vont poser le plus de difficultés et plonger le juge, et les professionnels dans un océan d'incertitudes.

Section 2. L'ambiguïté de la notion de « garanties »

193. Formule à la faveur du législateur et pourtant si imprécise. L'article L 650-1 du Code de commerce prévoit que le créancier dispensateur de crédit, s'il est protégé par un principe de non-responsabilité du fait de l'octroi de concours, peut voir en revanche sa responsabilité engagée si « *les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Le texte impose ainsi un contrôle de proportionnalité au juge. Si l'on a tenté de poser le cadre de ce contrôle en définissant au mieux la notion de proportionnalité, notion nouvelle en matière de droit des entreprises en difficulté, certains termes posent encore de nombreuses difficultés. En effet, comment apprécier la disproportion de garanties par rapport à des concours, si l'on ne sait de quels mécanismes il

s'agit ? En effet, la portée de cette troisième exception au principe d'irresponsabilité des fournisseurs de concours dépend en partie du domaine d'application de celle-ci. La détermination de ce champ d'application (§2) ne saurait être réalisée sans procéder au préalable à une définition du terme de garantie (§1). En effet, le terme bien connu de tous est pourtant nullement défini de manière précise, ce qui ne facilite pas la délimitation du domaine d'application du contrôle de proportionnalité de l'article L 650-1.

§ 1. Définition de la notion de garantie.

194. La nécessaire distinction garantie / sûreté. Le législateur a utilisé le terme de « garanties », et non celui de « sûretés » dans la lettre de l'article L 650-1 du Code de commerce, afin de conserver un large champ d'application au texte. Néanmoins, est-ce un choix délibéré du législateur ou bien le fruit du hasard ? La question n'est pas sans intérêt, car ces deux notions sont bien souvent assimilées l'une à l'autre, de telle sorte que les termes sont bien souvent employés comme synonymes. Ne peut-on, pour autant, les différencier ? Il n'existe pas, à ce jour, de véritable définition juridique de chacun de ces deux termes. Mais la sûreté, contrairement à la garantie, renvoie à un procédé juridique bien déterminé. Dès lors, la définition de la garantie (B) découlera sans doute de la définition de la sûreté elle-même (A).

A. Délimitation de la notion de sûreté.

195. Les sûretés au sein du Code civil. Le législateur n'a jamais défini la notion de sûreté, alors que le terme est utilisé, dans notre droit, civil en particulier, afin de désigner certains mécanismes visant à prémunir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur. Dès l'origine du Code civil, les rédacteurs envisageaient quatre sûretés : le cautionnement, le nantissement, l'hypothèque et le privilège. Il s'agissait tant de sûretés personnelles que de sûretés réelles. Ce cadre s'est ensuite largement étendu au fil des siècles, et de nombreux mécanismes se sont vu élevés au rang de sûreté, notamment par l'ordonnance du 23 mars 2006, portant réforme du droit des sûretés. Le Code civil vise ainsi les sûretés de façon expresse et limitée. Elles figurent toutes au livre IV du Code civil. Mais qu'est-ce qu'une « sûreté » ? Là encore la doctrine n'est pas unanime.

196. Essai de définition par la doctrine. La classification traditionnelle des sûretés entre sûretés personnelles et sûretés réelles, permet de différencier ces divers mécanismes par leur nature juridique. Ces différences ont conduit de nombreux auteurs à considérer la notion de sûreté, comme une notion « introuvable » : « *la sûreté n'est pas une notion, c'est une étiquette qui s'accommode du disparate. L'emploi fréquent du pluriel est significatif de l'impossibilité de réunir dans un concept unique, parce qu'elles reposent sur des techniques trop éloignées, les sûretés personnelles et les sûretés réelles*⁶⁹⁸ », ce qui les amenait à retenir une définition générale et imprécise : « *la sûreté est une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, la loi ou un jugement et qui a pour finalité exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur*⁶⁹⁹ ». Si l'élaboration d'une définition de la notion de sûreté paraît ainsi ardue, n'est-il pas possible de le faire à partir de l'étymologie ? La réponse ne peut être que négative. En effet, « sûreté » vient du terme latin « securitas », qui désigne l'état de ce qui est sûr. Cette définition convient parfaitement à l'emploi du terme « sûreté » en général dans le droit positif, et notamment dans le droit public, telles la sûreté de l'État, la sûreté de la personne selon la Déclaration des droits de l'homme, ou la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷⁰⁰, mais ne peut suffire à la définition du terme de « sûreté » tel qu'utilisé en droit privé. Quelle sera, dès lors, la source de la définition de la notion de « sûreté » ? Pour la plupart des auteurs, la définition commune aux sûretés ne peut se révéler qu'au travers des différents caractères qu'elles revêtent. C'est à partir des mécanismes désignés comme sûretés par le législateur que la notion de sûreté peut être définie : il s'agit d'une « définition a posteriori⁷⁰¹ ». Mais ces caractères ne sont pas les mêmes pour tous les auteurs, de sorte qu'il existe plusieurs conceptions de la notion de « sûreté »⁷⁰². Ils lui attachent une finalité, une technique et des effets parfois divergents.

197. Les diverses conceptions de la notion. Dans une conception étroite, les sûretés revêtent des critères précis, qui les différencient rigoureusement des garanties. La sûreté aurait ainsi une finalité exclusive : « garantir le paiement d'une créance, créance à laquelle elle est nécessairement et juridiquement accessoire et se superpose par l'effet d'un contrat distinct, de la loi ou d'une décision judiciaire⁷⁰³ ». La conception large, au contraire, suppose de

⁶⁹⁸ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, Droit des sûretés, Litec 2^e éd. 1993, n^o 2, p 2.

⁶⁹⁹ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, Droit des sûretés, Litec 2^e éd. 1993, n^o 2, p 2.

⁷⁰⁰ DDHC, Art. 2, Conv. EDH Art. 5 al.1.

⁷⁰¹ P. CROCQ, Propriété et Garantie, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, Litec, 1995, p 219, n^o 266.

⁷⁰² Voir F. MACORIG-VENIER, Droit civil : Les sûretés, L'Hermès, 1^e éd. 1999, p 19 et s., n^o 18 et s.

⁷⁰³ F. MACORIG-VENIER, Droit civil : Les sûretés, L'Hermès, 1^e éd. 1999, p 19, n^o 19

considérer comme sûretés, « tous les procédés ayant pour fonction de favoriser le paiement d'une créance », ce qui exclut que ce soit sa finalité exclusive. Cette conception conduit à qualifier toutes les garanties de sûretés. Il s'agira donc de tous les procédés issus du droit des obligations, du droit des contrats spéciaux ou du droit des biens, et même des « sûretés négatives ». Cette conception correspond, selon certains « à une réalité économique, en tenant compte du résultat final⁷⁰⁴ ». Une troisième conception conduit à considérer les sûretés comme un « sous-ensemble » des garanties. Ces sûretés ont des caractères spécifiques permettant de les identifier, ce qui conduit à distinguer les deux notions de « sûreté » et de « garantie ». « *Si toute sûreté est une garantie, toute garantie n'est pas une sûreté*⁷⁰⁵ ». En premier lieu, les sûretés ont une finalité précise et particulière. Elles permettent au créancier « d'échapper à la loi du concours entre les créanciers⁷⁰⁶ ». En effet, tous les créanciers disposent d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Toutefois, ce droit de gage général n'est pas suffisant, car en cas de concours de créanciers chirographaires, le prix est réparti entre eux par contribution, au prorata de leurs créances respectives, « au marc le franc ». Les créanciers titulaires de sûretés seront payés par préférence aux simples créanciers chirographaires. Les sûretés sont donc des procédés dont le but est d'augmenter les chances de paiement des créanciers, de parvenir au recouvrement de la créance et donc à son extinction. Le critère téléologique prend le pas sur le critère fonctionnel, ce qui permet de distinguer les sûretés, des garanties. Tous les procédés ayant pour effet une « sûreté » sans l'avoir spécialement recherché, sont des garanties. En second lieu, les sûretés sont des mécanismes utilisant une technique bien précise, que le professeur Crocq définit avec brio : « *La technique de constitution d'une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance*⁷⁰⁷ ». La sûreté repose donc sur l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens appartenant au débiteur dans le cadre des sûretés réelles, ou à un tiers dans le cadre des sûretés personnelles. La sûreté est par ailleurs, accessoire à la créance qu'elle garantit, de telle sorte qu'elle constitue un rapport d'obligation distinct de celui faisant naître la créance. Elle se superpose au rapport d'obligation ; et cette superposition peut intervenir à tout moment, même après la naissance de la créance. La sûreté confère également au créancier « un droit de poursuivre une personne ou de faire vendre ou de se

⁷⁰⁴ S. PIEDELIEVRE, Les Sûretés, Armand Colin, coll. Compact, 4^e éd. 2004, p 7, n° 11.

⁷⁰⁵ Formule empruntée à Messieurs Ph. MALAURIE et L. AYNES.

⁷⁰⁶ D. LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 6^e éd. 2008, p 13 et s. spéc. p 14, n° 21.

⁷⁰⁷ P. CROCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 272, p 225.

faire attribuer une chose⁷⁰⁸ ». Ces caractères permettent de dégager une définition de la sûreté. Le professeur Crocq estime ainsi qu' « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement*⁷⁰⁹ ». Cette définition précise devrait permettre de distinguer au mieux les mécanismes que l'on peut définir comme sûretés de ceux qui ne le sont pas. Toutefois, elle ne fait pas l'unanimité ; comme l'écrit le professeur Michel Cabrillac, « *chacun a son opinion et l'inscrit dans le large éventail qui va de la conception crispée qui veut qu'il n'y ait point de sûreté en dehors de la trilogie traditionnelle*⁷¹⁰ à la conception laxiste qui, dilatant à l'infini le champ des sûretés, embrasse tout ce qui peut procurer à un créancier un avantage sur les autres⁷¹¹ ». Par ailleurs, même si le législateur a élargi la catégorie des sûretés, par l'ordonnance du 23 mars 2006, il a laissé une zone d'ombre en s'abstenant de définir la notion.

B. Définition de la notion de garantie.

198. Étymologie. Bien que la définition de la notion de sûreté ne soit pas fixée de façon unanime, elle devrait permettre de délimiter la notion de garantie. Nous comprenons tous le terme de garantie sans pouvoir réellement le définir. La garantie renvoie à un concept largement utilisé dans le langage courant. Le terme « garantie » est d'origine germanique, il provient du mot « *gewähr* », lui même provenant du mot « *währ* » signifiant « vrai »⁷¹². Ainsi, selon le professeur Crocq, « *garantir, c'est donc assurer que telle chose est vrai, que telle qualité existe*⁷¹³ ». Dans le dictionnaire de la langue française, « Garantir » signifie

⁷⁰⁸ D. LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 6^e éd. 2008, p 13 et s. spéc. p 14, n° 21.

⁷⁰⁹ P. CROCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 282, p 234.

⁷¹⁰ M. CABRILLAC, Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres, Études offertes à P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Litec 2001, p 709 et s., spéc. p 710 : il s'agit de la trilogie des sûretés réelles : privilège, gage, hypothèque.

⁷¹¹ M. CABRILLAC, Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres, Études offertes à P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Litec 2001, p 709 et s., spéc. p 715

⁷¹² P. CROCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 283, p 235

⁷¹³ P. CROCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 283, p 235.

« assurer sous sa responsabilité⁷¹⁴ ». Ce terme est d'ailleurs utilisé en ce sens dans de nombreuses hypothèses du droit positif, telles que la garantie contre les vices cachés⁷¹⁵ en droit civil, en droit des sociétés également, avec la clause de garantie de passif en cas de cession de parts sociales ou encore en droit public, la garantie de moralité, ou garantie des droits et libertés fondamentales, mais aussi la garantie de l'État du titre d'un objet⁷¹⁶, c'est-à-dire de sa teneur en métal précieux. Toutefois, ces garanties n'assurent que de la « vérité », ou de la « réalité » de la chose, à l'instant présent, l'avenir n'est en aucun cas garanti (vices futurs...). Le professeur Crocq relève cette différence entre la garantie et la sûreté, par ce critère temporel : « *la garantie apporterait la quiétude par l'affirmation d'une réalité et concernerait donc le présent, la sûreté apporterait la quiétude en augmentant les probabilités de la réalisation ultérieure d'un événement et concernerait donc le futur*⁷¹⁷ ». Cette définition nous amènerait à exclure l'emploi du terme de garantie dans le cadre de la fourniture de crédit. Dans le cadre d'un crédit, la garantie serait un mécanisme qui aurait pour fonction d'assurer au créancier l'exécution de l'obligation de son débiteur, et donc la survenance d'un événement futur. C'est également le sens utilisé quand il s'agit de fonds de garantie, tels le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme⁷¹⁸, ou le fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse⁷¹⁹. Ce sens semblerait être tiré de « *l'ancien français garer, garir, c'est-à-dire protéger, on le retrouve dans le terme français warrant*⁷²⁰ ». Le créancier veut se prémunir de l'insolvabilité du débiteur. Un rapprochement peut dès lors être réalisé avec le terme de sûreté, le créancier recherchant dans les deux cas la sécurité. Mais si la sûreté vise nécessairement la sécurité en matière d'exécution par le débiteur de son obligation, la garantie vise un domaine bien plus large, et pas uniquement le droit du crédit. Mais lorsque le terme de garantie est utilisé en ce domaine précis, recouvre-t-il celui de sûreté ? Si pour certains, les deux termes sont synonymes, tel le législateur qui utilise l'un à la place de l'autre dans de nombreuses situations ; pour d'autres, ces deux termes sont à distinguer. Cette distinction interviendra grâce à la spécificité qui est reconnue aux sûretés. Tous les procédés servant à prémunir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, mais qui ne revêtent pas les caractères de la sûreté seront qualifiés de garanties.

⁷¹⁴ Le Nouveau Petit Robert, dictionnaire de la langue française, 1996

⁷¹⁵ C. Civ. Art. 1641 et s.

⁷¹⁶ CGI, Art. 521 et s., garantie des matières d'or, d'argent et de platine.

⁷¹⁷ P. CROCCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 284, p 236

⁷¹⁸ C. Assur. Art. L 422-1 et s.

⁷¹⁹ C. Assur. Art. L 421-1 et s.

⁷²⁰ J. GILISSEN, Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, Essai de synthèse générale, Les sûretés personnelles, Recueils de la société Jean Bodin, tome XXVIII, Éditions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles 1974, p 34.

Toute la difficulté de définir la garantie en ce domaine tient aux divergences de point de vue sur les caractères communs aux sûretés. Pour certains, les garanties sont des « *mécanismes fondés sur une technique issue de la théorie générale des obligations ou du droit des biens ayant pour effet, non exclusif de faciliter le recouvrement de la créance par le créancier*⁷²¹ ». Même si la doctrine n'est pas d'accord sur le point de savoir s'il s'agit d'une finalité exclusive ou non, la garantie se définit par le fait que cette finalité n'est pas voulue, elle n'en est que l'un des effets, elle n'est pas créée spécialement dans ce but. Quant à la technique, elle semble quelque peu différente. Les garanties n'ont pas vocation à entretenir un rapport d'accessoire à principal avec la créance, la garantie est incluse dans le rapport d'obligation, elle en est une des conséquences⁷²². Néanmoins, il ne s'agit pas ici d'une véritable définition, puisque la garantie est ici définie par opposition aux sûretés. C'est pourquoi le professeur Crocq dégage une définition générale : « *les garanties de paiement sont des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution*⁷²³ ». Il s'agit là d'une définition très générale, mais comme il le signale dans son ouvrage, cela se justifie par le fait qu'il s'agit d'« une notion fonctionnelle et non conceptuelle comme la sûreté⁷²⁴ ». Par cette définition, le terme « garantie » vise tous « *les mécanismes qui augmentent les chances d'un créancier déterminé, ou de plusieurs, d'être payé en limitant les conséquences de la survenance future de la défaillance du débiteur, ou en tendant à prévenir celle-ci*⁷²⁵ ». Nombreux sont les procédés à pouvoir être qualifiés de garanties, sans pour autant être des sûretés. Mais en général, par l'emploi du terme « garantie », sont visés tous « *les moyens juridiques permettant de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur*⁷²⁶ ».

⁷²¹ M. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMONT, Droit des sûretés, Dalloz, coll. Sirey Université, 2007, p 4, n° 9.

⁷²² M. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMONT, Droit des sûretés, Dalloz, coll. Sirey Université, 2007, p 4, n° 9.

⁷²³ P. CROCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 287, p 238.

⁷²⁴ P. CROCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 287, p 238, reprenant la distinction faite par le doyen Vedel entre ces deux notions, à propos de la voie de fait : G. VEDEL, De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, JCP 1948, I, 682, spéc. n° 11. et La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, JCP 1950, I, 851, spéc. n° 4 : les notions conceptuelles « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes... L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation. Les notions [fonctionnelles] au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité.* »

⁷²⁵ P. CROCQ, Propriété et garantie, préface M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1995, n° 287, p 239,

⁷²⁶ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 13^e édition, 2001, sous la direction de initiale de R. GUILLIEN et J. VINCENT, puis de S. GUINCHARD, et G. MONTAGNIER, v° Garantie.

199. Usage des termes par le législateur. De tous ces éléments de définition, il devrait être facile de déterminer en pratique les procédés visés par chacun de ces termes. D'autant plus, qu'en ce qui concerne les sûretés, le législateur les vise expressément, dans le Code civil. Dès lors, lorsque le législateur emploie le terme de sûretés, il n'existe aucun doute possible, au contraire du terme de garantie ; exception faite des cas où le législateur n'utilise pas les bons termes pour viser ce dont il souhaite parler. Ainsi, en droit des procédures collectives, le législateur, dans certaines dispositions, utilise le terme de sûreté de manière trop générale⁷²⁷, puisqu'il vise en réalité les sûretés réelles, sous ensemble parmi les sûretés. La jurisprudence ne s'est pas non plus fixée : « la Cour de cassation adopte des solutions au coup par coup, déduisant la qualification d'un mécanisme, de la solution qu'il apparaît opportun de lui appliquer⁷²⁸ ». Comment savoir dès lors, quels sont les mécanismes visés par le législateur ? Car s'il existe un certain flou juridique en raison de l'absence de définition précise, l'emploi de chacun des termes par le législateur de manière aléatoire accentue davantage ce constat, de sorte que le juge aura à apprécier dans une large mesure de quoi il s'agit. Telle est la situation de l'article L 650-1 du Code de commerce. Quelles sont ces garanties visées par le texte ?

§ 2. Les garanties visées par le texte : délimitation du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce.

200. Le critère fonctionnel des garanties. Le législateur, dans l'article L 650-1 du Code de commerce qui régleme la responsabilité pour soutien abusif des créanciers dispensateurs de concours, utilise le terme de « garantie ». Si l'on a essayé de dégager une définition de cette notion, les solutions ne font pas l'unanimité, sans compter sur le fait que le terme de garantie est souvent confondu avec celui de sûretés. Il a été vu précédemment que le terme de garantie est censé viser un domaine plus large que celui des sûretés : les garanties visent les moyens juridiques permettant de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Il s'agit donc de retenir comme garanties, tous les mécanismes ayant pour effet de protéger les intérêts du créancier. « *C'est la fonction du procédé (sécuriser le paiement d'une créance) qui importe et non sa technique*⁷²⁹ ». Autrement dit, le critère pris en compte

⁷²⁷ Exemple : C. Com. Art. L 622-17, L 622-24, L 622-25, L 626-22.

⁷²⁸ D. LEGAIS, Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 6^e éd. 2008, p 13 et s. spéc. p 15, n° 21.

⁷²⁹ M. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMONT, Droit des sûretés, Dalloz, coll. Sirey Université, 2007, p 606, n° 2456.

pour définir la « garantie », est un critère fonctionnel. Sont dès lors concernés tous les mécanismes qui revêtent cette fonction, peu importe la nature juridique du procédé. Il peut donc s'agir des garanties personnelles et des garanties réelles⁷³⁰, quelles que soient leur forme, la qualité des parties, leur étendue... Cette conception large des garanties, est celle que de nombreux auteurs estiment applicable dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce. Il conviendrait de considérer l'emploi du terme de garantie par le législateur comme un choix délibéré d'un large champ d'application au texte.

201. Un champ d'application étendu ? Ainsi, le terme de « garanties » concernerait les sûretés, tant personnelles que réelles, autant que les mécanismes ayant fonction de garantie : tels les procédés « *moins classiques de crédit-bail*⁷³¹, *de délégation ou de lettre d'intention*⁷³² ». Peut-on envisager l'inclusion de l'assurance crédit dans le champ de l'article L 650-1 du Code de commerce ? L'assurance crédit est définie comme un mécanisme ayant pour objet de garantir l'assuré contre les risques de défaillance de son client par suite d'insolvabilité⁷³³. Une entreprise va ainsi s'assurer pour certains crédits commerciaux qu'elle accorde à ses clients, ce qui lui permet d'apprécier davantage son risque client et d'obtenir davantage de crédits bancaires. En effet, les banques sont « *plus enclines à proposer des crédits aux entreprises couvertes par des assureurs crédits*⁷³⁴ ». Les dirigeants d'entreprise, eux-même, le constatent : « *L'assurance crédit est une véritable garantie pour notre partenaire bancaire*⁷³⁵ ». Dès lors, les juges devront-ils prendre en compte cette garantie dans leur appréciation de la responsabilité du banquier ? La question se pose bien évidemment. Pour une autre partie de la doctrine, il convient de réserver l'application de l'exception prévue à l'article L 650-1, aux seules sûretés réelles conventionnelles⁷³⁶, c'est-à-

⁷³⁰ par référence à la classification sûretés personnelles/ sûretés réelles

⁷³¹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E, n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 16. R. DAMMANN rejoint le professeur Legeais sur ce point mais hésite néanmoins sur le cas du crédit bail : R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2007, p 73 et s., spéc. p 85, n° 203. Contre l'inclusion du crédit bail : voir J. MOURY La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L 650-1 du Code de commerce, D 2006, p 1743 et s., spéc. n° 19.

⁷³² Elle a reçu une consécration légale en tant que « sûreté » à l'article 23221 du Code civil, par l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés : C. Civ. Art. 2322 « *la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier* ».

⁷³³ Lamy Assurances, n° 1686 et s.

⁷³⁴ A. DEL POZO, L'assurance-crédit, une solution multirisque pour les entreprises, Option Finance n° 922, du 5 mars 2007, p 44 et s., notamm. p 45.

⁷³⁵ Propos de Philippe KARCHER, gérant d'Olyx Intercomm, recueillis par A. Del POZO, L'assurance-crédit, une solution multirisque pour les entreprises, Option Finance n° 922, du 5 mars 2007, p 44 et s., notamm. p 45.

⁷³⁶ M-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, Dalloz, coll. Sirey Université, 2007, p 606, n° 2456.

dire celles conférant un droit de préférence tels les gages, nantissements, hypothèques, antichrèse, mais aussi celles qui se manifestent par un droit de rétention, ou certaines formes de propriété-sûreté. Au demeurant, les avis sont partagés en la matière. Toutefois, un attachement à chaque type de garantie devrait permettre une délimitation précise du champ d'application du texte quant aux « garanties » dont il est question, afin de pallier les imprécisions du législateur. Car si les garanties visées à l'article L 650-1 du Code de commerce peuvent être aisément déterminées, grâce à la définition dégagée plus haut, il est important de concevoir ces garanties face au contrôle de proportionnalité requis par le législateur. En effet, en pratique toutes les garanties pourront-elles révéler une disproportion ? Et dans quelle mesure ? Si le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce, quant aux garanties, peut paraître assez large, de l'approfondissement de la notion et des volontés du gouvernement découlera au contraire, un cadre bien délimité de cette troisième exception. Plusieurs éléments participent de la délimitation de son champ d'application : la mesure de la disproportion, au regard de chaque type de garantie, d'une part (A), le caractère inhabituel des garanties d'autre part (B), et enfin, la date des garanties (C).

A. Une première délimitation du domaine des garanties : la mesure de la disproportion.

202. La nécessité d'une pluralité de garanties ? De la nature de chaque garantie se révélera le caractère disproportionné de celle-ci par rapport aux concours consentis. Mais doit-on les considérer chacune de manière individuelle, ou bien dans leur pluralité ? Car deux hypothèses sont a priori possibles : la garantie pourra être disproportionnée, car excessive⁷³⁷ en elle-même par rapport au concours consenti, ou bien la disproportion existera dans l'excès du nombre de garanties. Cette appréciation dépend du type de sûreté envisagé : garantie « personnelle » ou garantie « réelle ».

203. Le sort des « garanties » personnelles. Certains auteurs⁷³⁸ apprécient les termes de l'article L 650-1 du Code de commerce de façon générale, et particulièrement large. Ils reconnaissent ainsi que la constitution de sûretés personnelles puisse révéler une disproportion de nature à engager la responsabilité du créancier dispensateur de concours.

⁷³⁷ Attention, concevoir ici ce terme comme synonyme de disproportion.

⁷³⁸ Notamment, D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E, n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 16.

Dans le cadre du cautionnement, la caution dispose déjà, par voie reconventionnelle, d'une action en responsabilité contre le créancier pour disproportion de son engagement avec ses facultés financières⁷³⁹. Dès lors, il ne semble pas a priori qu'une action de la caution en disproportion du cautionnement par rapport aux concours consentis au débiteur lui soit défendue. Mais dans quelle mesure ? Le cautionnement seul, peut-il être considéré comme disproportionné au crédit octroyé ? Le professeur Piette⁷⁴⁰ notamment, estime que le cautionnement, pris isolément doit être exclu des garanties visées par le texte, en raison de ses caractéristiques fondamentales. Par son caractère accessoire, le cautionnement est effectivement en rapport de dépendance avec la dette principale⁷⁴¹, si bien que le montant du cautionnement ne peut excéder la dette principale⁷⁴². A défaut, le cautionnement est réduit à la mesure de cette dernière⁷⁴³. Ceci même dans le cadre d'un cautionnement illimité ou indéfini⁷⁴⁴, puisque si l'engagement de la caution peut être important, celui ci ne peut s'étendre qu'aux accessoires de la dette. Le caractère accessoire renforcé du cautionnement n'est pas omis dans cette situation, car l'engagement ne peut dépasser le montant de la dette principale et de ses accessoires⁷⁴⁵. Le cautionnement ne saurait dès lors être disproportionné au concours consenti⁷⁴⁶. Les garanties prises en contrepartie du concours ne seront donc disproportionnées que si, en plus d'un cautionnement, d'autres mécanismes viennent en garantie du concours consenti. Selon le professeur Gaël Piette, il ne faudrait dès lors retenir que « l'hypothèse d'une pluralité de garanties⁷⁴⁷ ». En ce qui concerne la lettre d'intention, malgré la définition légale⁷⁴⁸, elle reste un engagement variable, et d'une grande flexibilité, car la portée de l'engagement reste toujours imprécis. Dès lors, peut-elle, à elle seule constituer une garantie disproportionnée ? Il convient, en toute logique d'écarter cette hypothèse. En effet, l'engagement étant variable, et pouvant s'apparenter à un cautionnement, il est peu probable que la constitution d'une lettre d'intention soit à elle seule

⁷³⁹ Cf Supra. Arrêts Macron et Nahoum

⁷⁴⁰ Voir notamment G. PIETTE, Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L 650-1 du Code de commerce, *Revue Lamy droit civil*, 1er juin 2006, n° 28, p 27-29.

⁷⁴¹ Il s'agit d'une seule et même dette à laquelle est obligé le débiteur et sa caution

⁷⁴² C. Civ. Art. 2290 (ancien article 2013)

⁷⁴³ C. Civ. Art. 2290 in fine

⁷⁴⁴ Cf supra.

⁷⁴⁵ C. Civ. Art. 2293. (ancien article 2016) Rq : la caution pourra peut-être néanmoins agir sur le fondement d'une disproportion de son engagement à ses facultés financières.

⁷⁴⁶ Voir aussi D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, *D 2006 n° 1*, *Cahier de droit des affaires*, p 69 et s. spéc. p 75, n° 31. et N. MOLFESSIS, Le principe de proportionnalité en matière de garanties, *Banque et Droit*, n° 71, mai/juin 2000, p 4, spéc. n° 5.

⁷⁴⁷ G. PIETTE, Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L 650-1 du Code de commerce, *Revue Lamy droit civil*, 1er juin 2006, n° 28, p 27-29.

⁷⁴⁸ C. Civ. Art. 2322 « la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier ». Garantie élevée au rang de sûreté par l'Ordonnance du 23 mars 2006.

considérée comme disproportionnée au crédit consenti. Néanmoins, cette garantie, consacrée en tant que sûreté, constituera de toute évidence un élément de la disproportion en cas de pluralité de garanties. Quant aux coobligés, leur situation est très souvent assimilée à celle des cautions par le droit des procédures collectives⁷⁴⁹. Il serait donc logique de prendre en considération l'ampleur de leur engagement par rapport au crédit octroyé au débiteur. Il n'y aurait donc pas d'obstacle à la reconnaissance de ce type de garantie dans le cadre de la disproportion. Toutefois, lié tout particulièrement à la dette principale, leur engagement ne saurait à lui seul constituer une garantie disproportionnée. Par ailleurs, de par ces caractéristiques, la garantie autonome entre-t-elle, elle aussi, dans le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce ? Par sa définition, la garantie autonome⁷⁵⁰ est une sûreté, qui bien que se distinguant du cautionnement, se trouve assimilée à celui-ci par le droit des procédures collectives, dans certaines situations. Dès lors, si certaines dispositions de la loi de sauvegarde alignent le régime des garants autonomes sur celui des cautions, le domaine de L 650-1 devrait concerner les garants autonomes. Certains préconisent néanmoins, d'exclure les garanties autonomes du domaine de l'article L 650-1 du Code de commerce, en se fondant sur le caractère indépendant de cette garantie par rapport au crédit consenti et à la situation financière difficile du débiteur. En effet, le professeur Piette⁷⁵¹, souligne qu'il n'existe aucun « *lien de causalité entre la garantie exigée par le créancier et les difficultés de l'entreprise* ». Car dans son principe, le garant autonome assume une dette qui lui est personnelle, et non celle du donneur d'ordre, c'est-à-dire l'emprunteur. A défaut, il s'agirait d'un cautionnement⁷⁵². Le patrimoine du débiteur n'est donc pas grevé de cette garantie. Toutefois, comme le souligne le professeur Piette, le garant ayant un droit de recours contre le débiteur, la bonne situation financière de ce dernier pourrait s'en trouver affaiblie. Mais c'est dès lors, le fait du garant qui aggrave le passif du débiteur et non celui du créancier bénéficiaire de la garantie. « *Faute de lien de causalité direct et immédiat,*

⁷⁴⁹ C. Com. L 611-10 (procédure de conciliation), C. Com. art. L 626-11 (plan de sauvegarde), C. Com. art. L 631-20 (plan de redressement). En matière de suspension des poursuites contre le garant : L 622-28(sauvegarde) et L 631-14 (redressement)

⁷⁵⁰ C. Civ. Art. 2321 : « *La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant les modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre, le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.* »

⁷⁵¹ G. PIETTE, Article précité.

⁷⁵² Ph. SIMLER et P. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz 4^e éd. 2004, n^o 212 et 214. lorsque l'engagement a pour objet la dette débiteur principal. Rq : toutefois, le lien avec la dette principale n'est pas totalement inexistant puisque « le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers » (C. Civ. Art. 2321) Pour de plus amples développements sur le sujet, voir P. PUIG, Les garanties autonomes, LPA 27 mars 2008, n^o 63, p 9 et s., spéc. p 10, 11, 12.

entre le fait du créancier et le préjudice subi par l'entreprise, l'article L 650-1 ne devrait pas être applicable aux garanties autonomes⁷⁵³ ». Dès lors, si certains écartent la garantie autonome du champ d'application de L 650-1, il paraît alors peu probable que l'appréciation de la disproportion de la garantie, même dans cette hypothèse, soit réalisée de manière individuelle. Par ailleurs, nombreux sont les auteurs à intégrer la délégation⁷⁵⁴ dans le champ d'application de la disproportion⁷⁵⁵, ne procédant pas à une distinction entre les garanties accessoires, autonomes ou à caractère indemnitaire. Le Professeur Moury relève notamment que les garanties négatives ou *negatives pledges* ont vocation à entrer dans le champ de l'article L 650-1 du Code de commerce. S'il n'est pas certain qu'il s'agisse de sûretés à proprement parlé⁷⁵⁶, il s'agit néanmoins « d'engagements de ne pas aliéner un bien (ou de ne pas diminuer ses participations), de ne pas constituer de sûretés sur lui ou encore de ne pas le donner à bail⁷⁵⁷ ». Dès lors, ces engagements pouvant venir amoindrir le patrimoine du débiteur, pourraient être à l'origine d'une condamnation du banquier sur le fondement de la disproportion des garanties de l'article L 650-1 du Code de commerce. Par ailleurs, selon le professeur Moury, ces garanties négatives pourraient se révéler disproportionnées, de manière isolée aussi bien qu'associées à d'autres garanties.

Par conséquent, pour les sûretés personnelles qui sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce, la disproportion de celles-ci aux crédits consentis ne serait possible que dans le cadre d'une pluralité de garanties. La situation est-elle identique, et aussi éparse, en matière de sûretés réelles ?

204. Les « garanties » réelles. Normalement, le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce, relatif à la disproportion, inclut toutes les sûretés réelles ; c'est ce que semble retenir la doctrine a priori. Il ne serait pas approprié de faire une distinction entre les

⁷⁵³ G. PIETTE, Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L 650-1 du Code de commerce, Revue Lamy droit civil, 1er juin 2006, n° 28, p 27-29.

⁷⁵⁴ C. Civ. Art. 1275, mécanisme par lequel une personne, le *délegant*, invite une autre personne qui est le plus souvent son propre débiteur, appelée *délégué*, à payer en son nom une dette à un tiers, généralement créancier du délegant, appelé *délégitaire*. Elle est dite imparfaite ou sans novation, parce qu'elle ne réalise pas un changement de débiteur, le délégitaire ne libérant pas le délegant. Le créancier délégitaire dispose donc de deux débiteurs, qui s'engagent chacun de manière indépendante. Ce mécanisme se rapproche en cela de la garantie autonome.

⁷⁵⁵ J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L 650-1 du Code de commerce, D 2006, n° 25, p 1743 et s. spéc. p 1748, n° 19 ; P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Colloque du 23 février 2006, Colloques et débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s. spéc. p 86 n° 30 ; D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E A n° 42, 20 octobre 2005, 1510, p 1747, spéc. p 1748, n° 16.

⁷⁵⁶ Voir Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz 4° éd. 2004, n° 33 d, p 20.

⁷⁵⁷ J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L 650-1 du Code de commerce, D 2006, n° 25, p 1743 et s. spéc. p 1748, n° 20.

garanties consenties par acte sous seing-privé ou par acte authentique. De même, il ne semble pas utile de faire une distinction selon le mode de garantie utilisé, à savoir les techniques de propriété-sûreté, telles la fiducie ou la clause de réserve de propriété ou encore les sûretés assorties d'un droit de rétention, ou les simples sûretés réelles. De la sorte, les privilèges doivent être pris en compte dans l'évaluation de la disproportion. Ainsi le privilège de New Money accordé aux créanciers qui ont consenti des apports de trésorerie au débiteur dans le cadre de l'accord de conciliation, peut-il être source d'une disproportion. Néanmoins, ce privilège est consenti au banquier sous l'égide du conciliateur. Il serait dès lors inapproprié de reprocher au banquier cette prise de garantie, qui n'est autre qu'une priorité de paiement, et qui est la contrepartie du crédit consenti au débiteur. Toutefois, il apparaît en doctrine que certaines sûretés réelles doivent être écartées. Certains auteurs réservent notamment le cas du crédit-bail. En effet, selon le professeur Moury, cette opération est à la fois un concours et une garantie, si bien que cette combinaison écarterait par nature une éventuelle disproportion, « cette garantie ne pouvant être regardée comme prise en contrepartie du concours⁷⁵⁸ ». Maître Dammann estime également qu'en matière de propriété-sûreté, la question d'une éventuelle disproportion est délicate. Il prend notamment l'exemple de la cession de créance par bordereau Dailly, ou du gage portant sur des choses fongibles. Le professeur Crocq⁷⁵⁹ semble considérer que la question de la disproportion en matière de fiducie-sûreté, par exemple, ne se pose même pas. Lorsqu'un créancier détient une sûreté dont le montant dépasse largement la dette principale, le débiteur dispose encore, semble-t-il, du droit de recouvrer la propriété du bien donné en garantie en cas de paiement de sa dette, et ce droit constitue un droit de créance. Il pourrait, dès lors, faire lui-même l'objet d'une sûreté (sauf en matière de cession de créance par bordereau Dailly)⁷⁶⁰. Cet argument permet de contrer celui selon lequel l'exigence de proportionnalité de l'article L 650-1 du Code de commerce, vient lutter contre le gaspillage de crédit. Par ailleurs, la fiducie sûreté, selon le rapporteur Philippe Marini dans son rapport sur la proposition de loi sur la fiducie de février 2007⁷⁶¹, doit être considérée comme une garantie non accessoire,

⁷⁵⁸ J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L 650-1 du Code de commerce, D 2006, n° 25, p 1743 et s. spéc. p 1748, n° 19.

⁷⁵⁹ P. CROCCQ, Sûretés et proportionnalité, Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006; p 291 et s. spéc. p 305, n° 29.

⁷⁶⁰ Analyse empruntée au professeur P. CROCCQ, Sûretés et Proportionnalité, in Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 300, n° 17.

⁷⁶¹ Loi du 19 février 2007, intégrant la fiducie dans le droit français : Loi n° 2007-211, JO 21 février 2007, p 3052. C. Civ. art. 2011 : « opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

relevant qu'il serait permis d'ajouter une ou plusieurs créances postérieures⁷⁶². Par ce caractère, il est possible de rapprocher la fiducie-sûreté du sort de la garantie autonome, relevant qu'il n'existe pas de ce fait de lien de causalité direct entre la constitution de cette sûreté, et les difficultés du débiteur. De ces arguments, il faut en déduire que la fiducie-sûreté ne saurait entrer dans le champ d'application de la disproportion de manière isolée. Celle-ci peut, en revanche, lorsqu'elle est accompagnée d'autres sûretés ou garanties, s'avérer disproportionnée, et entrer dès lors dans le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce ! Par ailleurs, en matière de gage et de nantissement, il serait absurde de considérer ces sûretés comme disproportionnées en raison de la dépossession qui en résulte, ce qui les viderait de toute leur substance ! Là encore, il convient d'apprécier la disproportion des garanties dans leur pluralité ! Une sûreté réelle particulière semble pouvoir également échapper à tout reproche de disproportion : le gage d'instrument financier. Comme le souligne Monsieur Robine⁷⁶³, le créancier fournisseur de concours dispose d'une issue par le biais du gage de comptes d'instruments financiers. Celui-ci permet en effet de prendre au départ, « *une garantie proportionnée au concours, et donc de ne pas entrer dans l'exception prévue à l'article L 650-1 du Code de commerce, puis de l'adapter sans subir le risque d'une nullité de la période suspecte* », puisque « *les instruments financiers sont désormais soumis aux mêmes conditions que ceux qui y figuraient initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de gage initiale* ». Toutefois, si cette sûreté peut conférer l'avantage aux créanciers de ne pas subir la menace d'une disproportion, la pratique des conventions de crédit ne peut se contenter de cette seule sûreté⁷⁶⁴, elle paraît donc inadaptée ou du moins insuffisante, pour les créanciers souhaitant garantir le paiement de leur créance. Ils auront donc recours à d'autres sûretés en complément, qui seront peut-être, chacune ou les unes ajoutées aux autres, disproportionnées.

205. Une pluralité de garanties. Par conséquent, il semble que la disproportion doive être appréciée dans le cadre d'un cumul de garanties. En effet, qui dit cumul, dit peut-être excès. Toutefois, on l'a vu, excès et disproportion ne recouvrent pas les mêmes situations, si bien que ce qui peut être excessif, peut ne pas être disproportionné ! Et ce raisonnement sera d'autant plus vrai, s'il n'existe qu'une seule garantie prise en contrepartie du concours. Par

⁷⁶² Se rapprochant ici de l'hypothèque rechargeable

⁷⁶³ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? D 2006, n° 1, 5 janvier 2006, Cahier de droit des affaires, chron. p 69 et s., spéc. p 76, n° 33.

⁷⁶⁴ M-E. MATHIEU, Les nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières, EFE, 2007, p 33, note de bas de page n° 57.

ailleurs, le législateur a employé le pluriel⁷⁶⁵ dans sa formulation, « *si les garanties prises en contrepartie des concours (...)* » ce qui nous encourage à retenir l'hypothèse d'une disproportion dans le seul cas d'une pluralité de garanties. Cette solution se justifie également par le fait que les créanciers dispensateurs de concours prennent le plus souvent plusieurs garanties afin de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur, dans le cadre de l'ouverture d'une éventuelle procédure collective, et ce de manière efficace. Car l'efficacité des sûretés et garanties est parfois remise en cause de manière conséquente lors de l'ouverture de procédures collectives à l'encontre de l'emprunteur, et c'est l'un des éléments essentiels pris en compte par le créancier lors du choix des garanties à prendre en contrepartie d'un concours. Comme le souligne Maître Lasaygues, « *l'efficacité parfaite des garanties constitue l'inexhaustible ambition des praticiens des opérations pour lesquelles les acteurs économiques recourent au financement*⁷⁶⁶ ». En effet, comme le prévoit l'article 2287 du Code civil, disposition applicable aux sûretés tant personnelles que réelles, le droit des sûretés est soumis à l'application du droit des procédures collectives. Les garanties personnelles, pour la plupart d'entre elles, ont, par les dispositions nouvelles de la loi de sauvegarde des entreprises perdu de leur efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le créancier va, en conséquence, hésiter à recourir aux sûretés personnelles, ou bien envisagera-t-il peut-être d'en prendre davantage, et de les compléter avec des sûretés réelles.

206. Le cas particulier de la fiducie-sûreté. En matière de propriété-sûreté, l'articulation de la fiducie-sûreté avec le droit des procédures collectives soulève quelques incertitudes, les auteurs ne se rejoignant pas sur ce point. Pour certains, en vertu de l'article 2287 du Code civil, les dispositions du Livre IV consacré aux sûretés « ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ». La fiducie-sûreté ne serait donc pas soumise aux règles applicables en matière de procédure collective, telles « l'exigence de déclaration de créance, la suspension des inscriptions et des poursuites, le classement des créanciers ou encore la prohibition de la constitution et de la mise en œuvre d'un pacte commissaire⁷⁶⁷ ». Maître Dammann⁷⁶⁸ est de cet avis, relevant d'ailleurs que la fiducie-sûreté

⁷⁶⁵ F. MACORIG-VENIER, Le soutien abusif, Rev Lamy Droit des affaires, février 2008, n° 24, p 119 et s., étude 1497 spéc. p 123.

⁷⁶⁶ D. LASAYGUES, Avant-Propos, dans Les Nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières, M-E. MATHIEU, EFE 2007.

⁷⁶⁷ M-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMONT, Le droit des sûretés, Sirey Université Dalloz, 2007, p 347, n° 1334.

⁷⁶⁸ R. DAMMANN, Fiducie-Sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, D 2007, p 1359 et s.

revêt une « efficacité redoutable ». Le droit de rétention est également particulièrement efficace, tout d'abord parce qu'il perdure, malgré l'ouverture de la procédure, ensuite parce qu'il est exclusif de tout concours ; le rétenteur prime dès lors l'intégralité des créanciers.

207. Sûretés conférant un droit de préférence et droit de suite. En matière de sûreté conférant un droit de préférence et un droit de suite au créancier, le principe de la suspension des poursuites et de l'interdiction du paiement des dettes antérieures s'applique. Il est désormais possible de garantir par ces sûretés, des créances présentes ou futures⁷⁶⁹, aussi bien en matière de gage et de nantissement que d'hypothèque. Par ailleurs, l'article 2423 alinéa 3 du Code civil valide l'inscription unique en garantie de plusieurs créances, ce qui semble signifier que les créances futures peuvent être garanties tant au stade de la constitution qu'au stade de leur inscription⁷⁷⁰. Une hypothèque unique peut donc venir en garantie de plusieurs créances, dans la limite d'un plafond global à inscrire⁷⁷¹. Quant à la garantie de créances non déterminées, elle est désormais possible par le mécanisme de l'hypothèque rechargeable. Tout l'intérêt de cette nouvelle sûreté est de permettre au constituant de garantir le remboursement de plusieurs crédits, en consentant plusieurs sûretés qui prendront successivement rang sur le même bien⁷⁷². Cette solution est d'ailleurs valable pour toutes les sûretés sans dépossession, qui sont particulièrement appréciées, puisque écartant tout risque que le donneur de sûreté voit se restreindre la disponibilité de ses biens, et l'empêcher de constituer une nouvelle sûreté pour garantir un autre crédit. C'est peut-être dans cette situation, que la notion de proportionnalité est utile, comme devant permettre l'adéquation de la sûreté avec la dette garantie, et ainsi lutter contre le « gaspillage de crédit⁷⁷³ ».

208. La disproportion liée à la finalité de la garantie. Dès lors, de l'efficacité de chacune des sûretés en cas de procédure collective, découle directement l'importance de la prise de garanties par le banquier en contrepartie du concours octroyé. L'objectif d'une garantie ou

⁷⁶⁹ Dans ce cas, elles doivent être déterminables ; C. Civ. Art. 2333 al. 2, pour le gage, Art. 2421 pour l'hypothèque et

⁷⁷⁰ Voir sur ce point, M. DE VARAX et O. PANHARD, Réforme des sûretés : ce qui va changer pour les banques, Option Finance, n° 887, 12 juin 2006, p 36 et s. spéc. p 38.

⁷⁷¹ Limites : La créance doit être déterminable, c'est-à-dire selon la jurisprudence actuelle, qu'il soit possible d'en déterminer sa nature, sa cause et son montant. voir M-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMONT, Le droit des sûretés, Dalloz coll. Sirey Université, 2007, p 502, n° 2030. Ainsi le banquier ne saurait bénéficier d'une garantie couvrant toutes les sommes qui seraient ou pourraient lui être dues, pendant une période déterminée. Selon une partie de la doctrine, le banquier n'a pas, néanmoins, à s'être engagé au versement de fonds.

⁷⁷² P. CROCQ, Sûretés et Proportionnalité, in Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 299, n° 16.

⁷⁷³ R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques, sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presses de Science Po et Dalloz, 2007, p 73 et s. spéc. p 80.

d'une sûreté est de se prémunir contre le risque d'insolvabilité du débiteur, et d'échapper à la loi des concours entre créanciers, en cas d'ouverture d'une procédure : les créanciers, auront ainsi tendance à prendre un excès de garanties⁷⁷⁴ afin de « *conserver une protection efficace malgré la dépréciation des actifs remis en garantie*⁷⁷⁵ », ou de « *ne pas subir d'augmentation du risque pris en cas d'accroissement de la créance*⁷⁷⁶ ». La prise de garanties disproportionnées ou excessives peut donc dénoter le peu de confiance que le banquier accorde à son débiteur. Et c'est en cela que le législateur a souhaité intervenir : il convient d'encourager les créanciers à dispenser du crédit, il souhaite les convaincre d'accorder davantage leur confiance au débiteur, ce qui aura un effet positif sur ce dernier ! Aux fins de cet encouragement, il était également nécessaire de préciser, afin de ne pas conduire à la panique les créanciers dispensateurs de concours, que les pratiques habituelles en matières de garantie, doivent être respectées, de sorte que, rentrent dans le champ d'application de la troisième exception prévue à l'article L 650-1 du Code de commerce, uniquement « *les garanties inhabituelles au regard de la pratique* ».

B. Les garanties inhabituelles au regard de la pratique

209. Les souhaits du législateur. Selon le législateur, les garanties visées par l'article L 650-1 du Code de commerce, sont les « *garanties inhabituelles au regard de la pratique*⁷⁷⁷ ». Le Garde des Sceaux ajoutait que « *les crédits immobiliers qui sont consentis en échange d'une hypothèque sur la totalité d'un bien, alors qu'ils n'en financent qu'une partie demeurent possibles puisque telle est la pratique* ». Mais les difficultés apparaissent quand il « *n'existe aucune pratique précisément identifiée et unanimement admise*⁷⁷⁸ ». Monsieur Giacobbi⁷⁷⁹, lors des débats à l'assemblée, protestait contre cette exception : « Si vous commencez à mettre en cause la responsabilité d'un créancier chaque fois que la garantie est disproportionnée, vous risquez de créer tant dans le droit des prêts immobiliers que des prêts aux personnes ou des prêts à la consommation, bref dans le droit des prêts en

⁷⁷⁴ V. notamment S. PLAIS, Réflexions sur le gage de compte d'instruments financiers en couverture d'opérations de dérivés de gré à gré, Banque et Droit 2003, n° 87, p 3, spéc. p 4.

⁷⁷⁵ D. CARAMALLI, Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien, LPA 18 avril 2005, n° 76, p 6.

⁷⁷⁶ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? D 2006, n° 1, 5 janvier 2006, Cahier de droit des affaires, chron. p 69 et s., spéc. p 76, n° 33.

⁷⁷⁷ Intervention de D. PERBEN, Garde des Sceaux, 3^e séance du 8 mars 2005, JOAN 9 mars 2005, p 1791.

⁷⁷⁸ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Colloques et Débats (Colloque du 24 février 2006) sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s, spéc. p 87, n° 31.

⁷⁷⁹ P. GIACOBBI, 2^e séance du 3 mars 2005, JOAN 4 mars 2005, p 1628.

général, des situations extravagantes. En effet, ce n'est pas l'exception que vous stigmatisez mais la règle ». Car, comme le soulignait Monsieur Houillon, « l'habitude des banques françaises est de ne prêter un euro que si elles ont un euro voire deux ou trois de garanties⁷⁸⁰ ». Le professeur Hoang en vient à retenir que « *si la pratique est jugée légitime, l'exception à la non responsabilité des créanciers sera privée de toute utilité* », si la pratique est jugée abusive, elle entraînera systématiquement l'application de cette exception⁷⁸¹ ». C'est pourquoi, pour éviter une telle interprétation, l'ajout de paramètres est nécessaire, afin d'apprécier la disproportion dans certaines limites, comme la nature des garanties, la rigueur de l'exécution, et les effets de leur réalisation. Le professeur Legeais y ajoute la bonne foi des parties, le montant du crédit, l'importance du passif, la présence d'autres créanciers, la qualité de la caution, la nature des crédits⁷⁸². Les juges auront donc ici un pouvoir d'appréciation considérable, faute pour le législateur d'avoir apporté des précisions. Selon le professeur Crocq, « *le législateur a clairement manifesté sa volonté de réserver ses faveurs aux seuls créanciers qui le méritent vraiment*⁷⁸³ ».

210. L'importance de la prise en compte de la pratique dans l'appréciation des juges.

Le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce, quant aux garanties, doit donc faire l'objet d'un important travail de recherche des pratiques et des faits, afin de délimiter au mieux cette troisième exception, qui cause tant de souci aux praticiens du droit. Une précision doit par ailleurs être apportée, quant à la date des garanties dont il est question dans ce nouvel article.

C. La détermination de la date des garanties

211. La concomitance de la prise de garantie à l'octroi du concours. L'article L 650-1 du code de commerce dispose « *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* ». Il convient donc, dans le cadre de la détermination des garanties susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article

⁷⁸⁰ Intervention de P. HOUILLON.

⁷⁸¹ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Colloques et Débats (Colloque du 24 février 2006) sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s, spéc. p 87, n° 31.

⁷⁸² D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E, n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 20.

⁷⁸³ P. CROCQ, La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, D 2006, n° 19, p 1306 et s. spéc. n° 18, p 1308.

L 650-1 du Code de commerce, de définir le moment de la prise des garanties. Il s'agit de toute évidence des garanties prises au moment de l'octroi du concours. Certains commentateurs en viennent à exclure les garanties prises postérieurement : « L'unique condition que la garantie ait été prise « en contrepartie » des concours suppose que les concours sont subordonnés à celle-ci. Les garanties postérieures sont donc exclues dès lors qu'elles ne procèdent pas d'une promesse liée à ces derniers⁷⁸⁴ ». Le professeur Piette est également de cet avis : « *ne peuvent être prises en considération que les garanties constituées concomitamment au concours* ». Cette solution réduit d'autant plus le champ d'application de la troisième exception, ce qui était nécessaire compte tenu de l'imprécision du législateur.

*

* *

212. Proposition de solution alternative au contrôle de proportionnalité. La notion de proportionnalité nouvellement intégrée par le droit des procédures collectives sera à l'origine d'un certain contentieux tant les précisions apportées par l'article L 650-1 du Code de commerce sont rares. Afin de pallier ces incertitudes quant au domaine et aux éléments d'appréciation de la disproportion, notamment, certains auteurs préconisent que le débiteur, par une clause dans la convention de crédit, donc lors de la constitution de la sûreté, atteste de la proportionnalité de la garantie constituée en contrepartie des concours⁷⁸⁵. D'autres souhaitent voir imposer au créancier une obligation de donner « *main levée de certaines garanties afin de mettre un terme à la situation de disproportion*⁷⁸⁶ ». Cette solution constitue en fait une alternative à la reconnaissance de la responsabilité du créancier, et ainsi lui permettrait « *de conserver la partie non critiquable de ses garanties* ». Toutefois, cette solution constitue un échappatoire à la nullité, a priori de plein droit des garanties, dès lors que la responsabilité du créancier dispensateur de concours est reconnue ! Cette troisième exception doit néanmoins permettre de contrôler, si ce n'est une certaine modération dans la prise de garantie, l'adéquation entre la garantie consentie et le crédit octroyé. Toutefois, la

⁷⁸⁴ R. ROUTIER, Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, commentaire de l'article L 650-1 du Code de commerce, Gaz. Pal. 9-10 septembre 2005 p 33 et s., spéc. p 35, n° 13.

⁷⁸⁵ Voir en ce sens, M-E. MATHIEU, Nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières, EFE, p 33, n° 55.

⁷⁸⁶ R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques, sous la direction de M-A. FRISON-ROCHE, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2007, p 73 et s., spéc. p 83, n° 198.

mesure de cette adéquation n'est aucunement indiquée, si bien que les juges du fond seront investis d'un important travail d'interprétation. Par ailleurs, si ces trois exceptions ne sont que faiblement définies par le législateur, leur portée n'en sera que plus imprécise.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

213. Par l'entrée en vigueur du nouvel article L 650-1 du Code de commerce, les créanciers dispensateurs de crédit, en particulier le banquier, disposent désormais d'un allègement de leur responsabilité à raison des concours octroyés à une entreprise en difficulté. Leur responsabilité ne saurait être mise en jeu pour les préjudices subis du fait des concours. La mise en place de cette mesure n'a cependant pas fait l'unanimité, de sorte que son élaboration a été particulièrement longue et ponctuée de modifications. S'est notamment posée la question de sa légitimité, en particulier de sa conformité à la Constitution. Son objectif était de procéder à un cantonnement de la responsabilité pour assurer une plus grande sécurité juridique et ainsi promouvoir la fourniture de crédit aux entreprises, afin que celles-ci aient toutes les chances de maintenir et de développer leur activité. Cette mesure a dès lors été considérée, par le Conseil constitutionnel, comme une mesure d'intérêt général. Cet article, dès son ébauche, a fait l'objet de nombreuses critiques, certainement en raison, également, de sa nouveauté. En effet, cette mesure est apparue alors qu'un régime de responsabilité du banquier en terme de soutien abusif avait été élaboré et était désormais ancré dans le droit positif, depuis de nombreuses années. Ce principe revêt par ailleurs un domaine particulièrement large quant aux personnes et aux concours concernés. Si le banquier est ainsi le principal intéressé au titre de tous les crédits qu'il accorde, il n'est pas le seul : les fournisseurs, les associés, les sociétés mères et même les créanciers publics, en raison de l'octroi de délais de paiement, d'apports, d'opérations de trésorerie et de remise de dettes, bénéficient de cet allègement. Et celle-ci est d'autant plus importante qu'elle est valable peu important le type de procédure ouverte à l'égard du débiteur. Ce nouveau principe pouvait dès lors revêtir un caractère particulièrement révolutionnaire ! Néanmoins, cette idée est erronée. Le législateur a tenu à affirmer un principe d'irresponsabilité pour mieux consacrer les cas dans lesquels la responsabilité du banquier, et des autres créanciers dispensateurs de concours, est maintenue : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et la prise de garanties disproportionnées aux concours, sont des comportements susceptibles d'engager la responsabilité de son auteur. Les termes utilisés par le législateur sont néanmoins particulièrement mal choisis, de sorte que les trois exceptions revêtent de trop nombreuses imprécisions, pouvant conduire à des appréciations diverses quant aux comportements réellement visés. Mais ces exceptions doivent être perçues comme le contrepoids de l'irresponsabilité accordée. La fraude et l'immixtion sont

des comportements particulièrement déviants du créancier dispensateur de concours. Cette vérité est admise depuis de nombreuses années. Quant à la prise de garanties disproportionnées aux concours, sa prise en compte dans le cadre d'une action en responsabilité tend, comme les hypothèses classiques de la fraude et de l'immixtion, à la moralisation du droit des affaires. Le banquier prend de nombreuses garanties afin d'assurer le remboursement de sa créance. La crainte de l'insolvabilité éventuelle de l'emprunteur peut le conduire à prendre de trop nombreuses garanties. En conférant à ce comportement, la faculté d'engager la responsabilité du banquier pour les préjudices subis du fait des concours, le législateur souhaitait conduire le banquier à davantage de raison dans le financement des entreprises en difficulté, et à une prise de conscience de l'intérêt général du crédit. En revanche, si les objectifs et le domaine de ces exceptions sont relativement déterminés à présent, la question de leur portée, et ainsi de celle du principe d'irresponsabilité n'en est que plus présente. Quelle est la portée réelle de cette nouvelle mesure ? Peut-on encore parler de principe d'irresponsabilité ? Le terme de principe de non responsabilité serait peut-être plus adéquat. En effet, le législateur n'a pas supprimé tout recours contre les créanciers dispensateurs de crédit. Trois comportements sont susceptibles d'engager la responsabilité du banquier, à raison de l'octroi des concours. Néanmoins, ces trois cas d'ouverture ne constituent pas les seuls motifs de la mise en jeu de la responsabilité du banquier, le domaine de ce nouvel article ne concernant qu'un domaine bien précis de sa responsabilité. Dès lors, le nouvel article L 650-1 du Code de commerce accorde certes un incroyable allègement de la responsabilité au banquier dispensateur de concours, mais sa responsabilité reste néanmoins maintenue à l'égard des entreprises en difficulté.

**PARTIE II. LE MAINTIEN DE LA
RESPONSABILITÉ BANCAIRE À
L'ÉGARD DES ENTREPRISES EN
DIFFICULTÉ**

214. Le principe de liberté dans la fourniture de crédit. Il convient de rappeler de prime abord, que le banquier dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder ou non un crédit⁷⁸⁷. Ce pouvoir a été affirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 janvier 1968⁷⁸⁸. Si la doctrine estima ensuite que ce droit ne serait pas confirmé, en raison du faible nombre de droits discrétionnaires dans le droit positif⁷⁸⁹, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a néanmoins consacré la solution dans un arrêt de principe du 9 octobre 2006 : « hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire⁷⁹⁰ ». Le principe de liberté est ici exposé de manière explicite et solennelle. « Le banquier qui refuse un crédit n'a pas à motiver son choix, semble-t-il, que le client ou celui qui aspire à l'être soit un professionnel ou un consommateur, puisqu'il n'est pas fait référence à la qualité de celui-ci, et que l'on soit en présence d'un crédit de décaissement (prêt), d'une promesse de crédit (ouverture de crédit) ou d'un crédit par signature (cautionnement bancaire)⁷⁹¹ ». Toutefois, ce droit de refuser l'octroi d'un crédit « ne vaut que pour l'avenir » ; le banquier ne pourrait refuser de façon discrétionnaire un crédit à un client qui bénéficierait d'une promesse de crédit, le cas échéant ce refus devrait être assimilé à une rupture brutale de crédit⁷⁹². Cependant, le grief de rupture abusive de crédit ne saurait concerner, la cour le rappelle dans de récents arrêts, le refus d'octroi de nouveaux crédits⁷⁹³ ou le refus de renouvellement de crédit⁷⁹⁴. Il n'existe donc pas de « droit au crédit ». Une partie de la doctrine envisageait, il y a une cinquantaine d'années, la fourniture de crédit comme un « service d'intérêt général⁷⁹⁵ », « un service public⁷⁹⁶ », de sorte que la décision du banquier ne reposerait plus

⁷⁸⁷ Voir Lamy Droit du financement 2008, v° « responsabilité du banquier dispensateur de crédit », spéc. n° 2929.

⁷⁸⁸ Cass. 2° civ., 4 janvier 1968, n° 66-11.490, Bull. Civ. II, n° 2.

⁷⁸⁹ S. PIEDELIEVRE, La responsabilité liée à une opération de crédit, Dr. Et Patrim. N°89, janvier 2001, p 62.

⁷⁹⁰ Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006, D 2007 pan. 758, obs. D.R. MARTIN ; D 2006 AJ p 2525 obs. X. DELPECH ; JCP 2006 II 10175, note T. BONNEAU ; RDBF 2006, n° 188 obs. F-J. CREDOT et SAMIN ; Banque et Droit janv-février 2007, 25, obs. T. BONNEAU ; Dr. Et Patrim. 2007 103, obs. MATTOUT et PRŪM ; RJDA 2007, n° 50 ; RLDA novembre 2006, 42, obs. M-A. RAKOTOVAHINY.

⁷⁹¹ X. DELPECH, Affaire Tapie : la Cour de cassation annule la condamnation du Crédit Lyonnais, D 2006, AJ, p 2525.

⁷⁹² CA Reims ch. Civ. 5 mars 2007, Banque Populaire du Nord c/ Corniquet, Rép. Gén. N° 05-01692, Jurisdata n° 2007-339992, Revue Proc. Coll. avril mai juin 2008, p 74, n° 92, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷⁹³ Cass. com., 22 mai 2007, n° 06-11.045, F D, Lagreca c/ Sté AIM : Jurisdata n° 2007-039113, JCP E n° 46, 15 Novembre 2007, 2377, spéc. n° 17, obs. L. DUMOULIN

⁷⁹⁴ Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-11.065, F D, F. Rodrigues Soares c/ Caixa Geral de Depositos : Jurisdata n° 2007-039724, JCP E n° 46, 15 Novembre 2007, 2377, spéc. n° 17, obs. L. DUMOULIN

⁷⁹⁵ J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?, JCP G 1965, I, 1882, spéc. n° 23.

⁷⁹⁶ R. HOUIN, RTDCom 1955, p 150, n° 16

sur une stratégie commerciale, mais sur des exigences d'intérêt général⁷⁹⁷. Cependant, la solution a été rapidement écartée⁷⁹⁸ : la banque ne saurait être déclarée responsable en tant que donneur de crédit. Le doyen Stoufflet présentait cette solution tel un « *principe d'irresponsabilité de la banque* »⁷⁹⁹. Si la responsabilité du banquier sur le chef d'accusation du « droit au crédit » ne peut être retenue, il est toutefois légitime que sa responsabilité puisse être engagée dans le cadre de l'activité de fourniture de crédit elle-même. C'est ainsi qu'est apparue la théorie du soutien abusif, fondée sur le droit commun de la responsabilité civile⁸⁰⁰. Les craintes des banquiers d'être condamnés sur ce fondement les ont dissuadés, semble-t-il d'apporter leur concours aux entreprises qui en avaient le plus besoin. Le législateur souhaitant relancer la fourniture de crédit aux entreprises en difficulté, a donc mis en place un allègement de leur responsabilité, en posant un principe d'irresponsabilité du fait des concours consentis. Ce principe est toutefois assorti de trois exceptions qui, malgré un domaine laissé à une large appréciation des juges du fond, apportent toute sa légitimité au nouveau principe. L'action en responsabilité civile du banquier est donc maintenue dans ces trois situations. De plus, comme le souligne le Professeur Legeais, « *dès lors que les conditions de l'exclusion de responsabilité ne sont pas réunies, le droit commun de la responsabilité retrouve son empire. Le fournisseur de crédit peut donc engager sa responsabilité civile et pénale*⁸⁰¹ ». Par conséquent, malgré l'affirmation d'un principe de non responsabilité, la responsabilité du banquier est maintenue d'une part en raison des exceptions, et d'autre part en raison du champ limité du principe. La responsabilité tant civile (Titre I) que pénale (Titre II) du banquier a dès lors vocation à s'appliquer de façon pleine et entière.

⁷⁹⁷ Cette idée aurait néanmoins vocation à réapparaître dans le contexte actuel de crise financière, le gouvernement encourageant fortement les banques à donner du crédit (forte pression des pouvoirs publics en cette fin d'année 2008).

⁷⁹⁸ Voir J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?, JCP G 1965, I, 1882, spéc. n° 22 à 24.

⁷⁹⁹ J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?, JCP G 1965, I, 1882, spéc. n° 22.

⁸⁰⁰ C. Civ. Art. 1382 et s.

⁸⁰¹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E 20 octobre 2005, n° 42, étude 1510, p 1749, n° 25.

TITRE I. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU BANQUIER

215. Un large maintien ? S'il ne fait pas de doute que la responsabilité civile du banquier soit maintenue malgré le principe de non responsabilité du nouvel article L 650-1 du Code de commerce, il convient néanmoins de préciser les conditions dans lesquelles elle est recevable. Par principe, les créanciers dispensateurs de concours ne sont plus responsables des concours qu'ils ont octroyés, même si cet octroi se révèle abusif ! Le soutien abusif du banquier n'est donc plus sujet à engager sa responsabilité, sauf dans trois cas : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et la prise de garantie(s) disproportionnées au(x) concours. Si l'un de ces trois comportements est relevé, le soutien abusif du banquier redevient dès lors une cause de responsabilité. Il est donc certain que la responsabilité civile du banquier pour soutien abusif subsiste dans une certaine mesure, aussi infime soit-elle. La responsabilité civile du banquier à raison de l'octroi des concours subsiste également en dehors du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce, c'est-à-dire dans le cadre d'entreprises in bonis, ou de crédits à des particuliers ; cette hypothèse ne sera pas envisagée, dès lors, dans le cadre de l'étude sur la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté. L'article L 650-1 du Code de commerce n'a pas davantage supprimé la responsabilité du banquier en tant que dirigeant de fait, de sorte que la jurisprudence antérieure à la loi de sauvegarde a encore vocation à s'appliquer, en tenant compte toutefois des apports législatifs en la matière. La responsabilité civile du banquier semble donc être maintenue au titre du soutien abusif (Sous-titre I), et de sa qualité de dirigeant de fait (Sous-titre II).

SOUS-TITRE I. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR SOUTIEN ABUSIF

216. Le maintien des principes du droit commun de la responsabilité civile. La question du soutien abusif a été jusqu'à présent, au cœur des relations banques-entreprises en difficulté. La jurisprudence et la doctrine se sont longuement attachées à définir les critères de cette faute susceptible d'engager la responsabilité du banquier. Si certains pensent que ces discussions ont pris fin avec la mise en place du principe de non responsabilité des créanciers du fait des concours consentis, ce n'est qu'illusion. Les discussions ne peuvent que prendre davantage d'ampleur tant les imprécisions quant à la portée des trois exceptions sont importantes. Quel rôle a été conféré à ces trois comportements ? Le législateur ne pouvait supprimer, d'une part la mise en jeu de la responsabilité du banquier à raison de ses concours et d'autre part, considérer trois comportements comme directement générateurs de responsabilité. D'autant plus que la sanction prévue par le législateur est singulière et a priori particulièrement sévère. La nullité des garanties vient ainsi sanctionner le créancier dispensateur de concours au cas où sa responsabilité est reconnue⁸⁰². Mais cette responsabilité répond nécessairement aux impératifs du droit commun, de sorte que certaines conditions demeurent indispensables à la reconnaissance de la responsabilité (Chapitre I). Les conséquences de l'action n'en seront que plus importantes (Chapitre II).

⁸⁰² A partir du 15 février 2009, date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance reformant le droit des entreprises en difficulté, et pour les procédures ouvertes après cette date, la nullité n'est plus une sanction automatique pour le créancier dispensateur de concours. Cf infra.

CHAPITRE 1. LES CONDITIONS DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

217. Application du droit commun. Le domaine de l'action en responsabilité pour soutien abusif est à présent particulièrement limitée. Néanmoins, il a été relevé par le Conseil constitutionnel, le 22 juillet 2005, que l'allègement de responsabilité ainsi réalisé par le nouvel article L650-1 du Code de commerce, ne saurait supprimer pour autant le droit au recours juridictionnel⁸⁰³. En effet, le principe de non responsabilité assorti de trois exceptions n'implique qu'un resserrement des conditions de fond de l'action pour soutien abusif, et en aucun cas des conditions d'exercice de l'action. Celles-ci restent les mêmes que sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Dès lors, pour obtenir réparation de son préjudice, le demandeur doit respecter certaines conditions procédurales, tenant à la saisine du tribunal (section 1). Elles constituent en effet un préalable à la preuve des trois conditions de fond (section 2).

Section 1. La saisine du tribunal

218. Les particularismes du droit des procédures collectives. L'article L 650-1 du Code de commerce, bien que constituant une disposition du droit des entreprises en difficulté, ne précise nullement les conditions de la saisine du tribunal. La référence au droit commun de la responsabilité civile paraît dès lors indispensable. Néanmoins dans le cadre de relations avec des entreprises en difficulté, le droit des procédures collectives prend le pas et impose ses règles. Les modalités d'exercice de l'action en responsabilité sont dès lors étroitement liées à l'ouverture de la procédure de traitement des difficultés du débiteur. Ces particularismes sont notamment visibles lors de la saisine du tribunal compétent (§1). En revanche, le demandeur ne dispose d'aucune précision quant aux délais auxquels se conformer pour cette saisine (§2).

⁸⁰³ Cons. Constit., décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, publiée au JO du 27 juillet 2005, p 12225.

§ 1. Le tribunal compétent

219. Tribunal compétent pour connaître des procédures de traitement des difficultés des entreprises. La responsabilité bancaire à raison des concours, bien que fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, s'intègre à la législation du droit des entreprises en difficulté. En effet, lors de l'exercice de l'action, le débiteur se trouve soumis à une procédure de traitement des difficultés⁸⁰⁴, qui se déroule devant le tribunal compétent pour connaître de celles-ci. Or « *le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant (personne physique ou morale) ou immatriculé au répertoire des métiers. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas*⁸⁰⁵ », c'est-à-dire à l'égard des personnes morales de droit privé non commerçantes, des agriculteurs, des professionnels indépendants, des sociétés civiles, des associations de la loi de 1901, des syndicats et comités d'entreprise... L'artisan non immatriculé semble donc pouvoir saisir le tribunal de grande instance, tout comme le commerçant de fait. Par ailleurs, « *le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce est celui dans le ressort duquel le débiteur personne morale a son siège ou, le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France*⁸⁰⁶ ». De plus, un décret en Conseil d'État détermine, dans chaque département, le tribunal ou les tribunaux appelés à connaître des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, ainsi que le ressort dans lequel ces tribunaux exercent les attributions qui leurs sont dévolues⁸⁰⁷.

220. Tribunal compétent pour connaître de l'action en responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce. En matière de responsabilité des créanciers dispensateurs de concours, le tribunal compétent est a priori le tribunal de la procédure⁸⁰⁸, quoique certains auteurs, de par l'insuffisance du lien entre cette action en responsabilité et la procédure de traitement des difficultés, rejettent la compétence de ce tribunal, au profit de celui du domicile du défendeur⁸⁰⁹. Il paraît toutefois nécessaire d'attribuer la compétence au tribunal

⁸⁰⁴ Si aucune procédure n'était ouverte, la responsabilité du créanciers dispensateur de concours ne serait pas recherchée !

⁸⁰⁵ C. Com. Art. L 621-2 al. 1er.

⁸⁰⁶ Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, Art. 1er.

⁸⁰⁷ Ces règles de compétence ont été fixées par le décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005.

⁸⁰⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien 5^e éd. 2006, n° 409 et 770 ; D 1997, jur. p 517, note F. DERRIDA.

⁸⁰⁹ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit Commercial, Entreprises en difficulté, Dalloz, 7^eéd. 2007, n° 643, p 449.

de la procédure, afin qu'il puisse statuer non seulement sur la responsabilité qui est à présent largement soumise au droit des procédures collectives mais aussi sur la nullité, « conséquence inéluctable » de celle-ci⁸¹⁰. La Cour de cassation a par exemple rejeté au profit du tribunal de commerce, la compétence du tribunal arbitral, en écartant l'application d'une clause compromissoire, à laquelle le mandataire judiciaire n'était pas partie : « *le liquidateur, qui n'était pas partie au contrat stipulant la clause compromissoire, agit en responsabilité dans l'intérêt des créanciers contre le franchiseur pour soutien abusif apporté à la société franchisée, ce dont il résulte que ladite clause est étrangère au litige*⁸¹¹ ».

§ 2. Le délai de saisine

221. Deux régimes différents. Les demandeurs doivent exercer leur action avant qu'elle ne soit prescrite. Or l'action en responsabilité pour soutien abusif étant une action en responsabilité civile, celle-ci suit les règles du droit commun. Quel est le délai de prescription qui s'impose aux demandeurs ? Traditionnellement, le délai de prescription de l'action en responsabilité pour soutien abusif était d'une durée de dix ans. Néanmoins, une loi du 17 juin 2008⁸¹² d'application immédiate, est venue réformer les règles de droit commun de la prescription civile. Celle-ci est désormais de cinq ans.

222. La prescription décennale. Selon les dispositions transitoires⁸¹³ de la loi du 17 juin 2008, modifiant notamment le délai de la prescription extinctive, « *lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation* ». Ce qui signifie que les actions en responsabilité pour soutien abusif intentées avant le 19 juin 2008 sont soumises à la prescription décennale de l'article L 110-4 du Code de commerce, qui dispose que « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants se prescrivent par dix ans si elles*

⁸¹⁰ F. MACORIG-VENIER, Le Soutien abusif, RLDA février 2008, n° 24, p 119 et s., spéc. p 125.

⁸¹¹ Cass. com. 14 janvier 2004, n° 02-15541, D 2004, AJ p 278, note A. LIENHARD

⁸¹² Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, JORF n°0141 du 18 juin 2008 page 9856 texte n° 1 ; entrée en vigueur le 19 juin 2008.

⁸¹³ Art. 26 de la loi du 17 juin 2008.

ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes ». Cette prescription s'applique selon la jurisprudence, à tous les types d'obligations nées à l'occasion du commerce, qu'elles soient contractuelles⁸¹⁴, quasi contractuelles⁸¹⁵ ou délictuelles⁸¹⁶.

223. Le régime des actions en responsabilité de l'article L 650-1 intentées avant le 19 juin 2008. Une difficulté survient s'agissant des actions en soutien abusif intentées avant cette date mais néanmoins soumises à l'application de la loi de sauvegarde, applicable depuis le 1er janvier 2006. En effet, l'article L 650-1 du Code de commerce dispose dans son second alinéa, que : « *Pour les cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ces concours sont nulles* ». Cette nouvelle sanction de la responsabilité du banquier porte au doute la question de la prescription. L'alinéa prévoit la nullité des garanties au cas où la responsabilité du créancier est reconnue. Cette sanction, selon la formulation employée, est a priori une nullité absolue et automatique⁸¹⁷, la nullité se prescrirait dès lors par trente ans, comme le suppose le droit commun, antérieur à la loi du 17 juin 2008. Et s'agissant en outre d'une nullité de plein droit, l'action en responsabilité aurait vocation à englober celle de la nullité. Dès lors, la prescription décennale est-elle absorbée par la prescription trentenaire de la nullité⁸¹⁸ ? Au cas où le régime de la nullité relative serait appliqué, l'action serait-elle dès lors prescrite par cinq ans ? La question reste posée en l'espèce mais les hypothèses auxquelles ces solutions s'appliqueraient sont infimes⁸¹⁹. La plupart des actions seront soumises à l'ancienne prescription décennale, alors que les plus récentes seront soumises au nouveau délai de prescription de la loi du 17 juin 2008.

224. La nouvelle prescription quinquennale. La loi du 17 juin 2008 est venue modifier les règles de la prescription en matière civile afin de les simplifier. Le délai de prescription des actions en responsabilité personnelles intentées depuis le 19 juin 2008, est de cinq ans. Le nouvel article 2224 du Code civil dispose que : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Cette prescription des actions permet d'éviter

⁸¹⁴ CA Nancy 6 novembre 1979, JCP 1979 IV 390.

⁸¹⁵ Cass. com. 7 avril 1967, Bull. Civ. III n° 125

⁸¹⁶ Cass. com. 14 mai 1979, Bull. Civ. IV n° 152

⁸¹⁷ Cf Infra.

⁸¹⁸ F. MACORIG-VENIER, Le soutien abusif, RLDA février 2008, n° 24, p 119 et s., spéc. p 125.

⁸¹⁹ Le laps de temps est court.

les revendications tardives, elle est garante de l'ordre social. En effet, le législateur estime qu'au delà d'un certain laps de temps pendant lequel le titulaire du droit s'est abstenu d'agir, ce droit ou cette action⁸²⁰ s'éteignent.

225. Point de départ de la prescription. Selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 novembre 2004⁸²¹, « *le point de départ de la prescription court à compter du jour de la connaissance par les créanciers du principe du dommage et de l'imputabilité de ce dommage aux concours financiers consentis par les banques, c'est-à-dire lorsqu'ils ont eu connaissance de la situation irrémédiablement compromise de leur débiteur, provoquée par les établissements bancaires qui ont contribué par leur agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou l'aggravation du passif* ». La prescription court, dès lors, à compter de la manifestation du dommage, et non de la commission des faits. « *Faute de connaissance du dommage, la prescription ne saurait courir contre les créanciers du débiteur contre lequel une procédure collective est ouverte*⁸²² ». Plus récemment encore la Cour de cassation a consacré la solution par un arrêt du 10 juin 2008⁸²³. Elle retient dans un attendu de principe que « *la prescription d'une action en responsabilité extra-contractuelle court à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation* ». Dans cette affaire, la société Look qui avait été mise en règlement judiciaire le 26 juillet 1983 et avait bénéficié d'un concordat homologué le 12 novembre 1987, a été mise en redressement judiciaire le 22 avril 1998. Un plan de cession a été adopté par jugement du 8 juillet 1998 désignant M. Y... en qualité de commissaire à l'exécution du plan. Le 16 septembre 1999, celui-ci a fait assigner la société CDR créances venant aux droits de la SDBO (la banque) en paiement de dommages-intérêts pour soutien abusif. La banque a ensuite appelé en garantie la banca della svizzera italiana (la BSI). La Selarl Aurélie X..., désignée en qualité de commissaire à l'exécution du plan en remplacement de M. Y..., a poursuivi l'instance. La cour d'appel de Bourges, le 16 novembre 2006, a déclaré les faits antérieurs au 16 septembre 1989 reprochés par le commissaire à l'exécution du plan de cession, prescrits, puisque l'assignation a eu lieu le 16 septembre 1999. La Cour de cassation a donc cassé l'arrêt, en retenant que la Cour d'appel

⁸²⁰ La nature de la prescription est encore débattue : voir N. FRICERO, La nouvelle prescription : entre sécurité et modernité. RLDC Septembre 2008, n° 52, p 6 et s. (n° 3093) ; C. CHARBONNEAU, La prescription d'hier et d'aujourd'hui : commentaire de la loi du 17 juin 2008, Dr. Et Patrim. Septembre 2008, n° 173, p 42 et s., spéc. p 45-46.

⁸²¹ CA Paris (15ème Ch.), 26 novembre 2004, Me X. c/ Société Y. et allii, Voir M-L. COQUELET, Point de départ de la prescription pour soutien abusif, Le point de vue du consultant, www.yveslevy-cabinet.avocat.fr, Lettre n° 20, 9 mars 2005.

⁸²² M-L. COQUELET, Point de départ de la prescription pour soutien abusif, Le point de vue du consultant, www.yveslevy-cabinet.avocat.fr, Lettre n° 20, 9 mars 2005.

⁸²³ Cass. com. 10 juin 2008, n° 07-10.940, F-D, SELARL Aurélie Lecaudey c/ SA CDR Créances, Jurisdata n° 2008-044372, Act. Proc. Coll. n°13, 1er Août 2008, 218.

n'a pas recherché « à quelle date s'était manifesté le dommage causé aux créanciers de la société Look du fait de l'aggravation du passif de cette société causé par les crédits accordés par la banque postérieurement à l'homologation du concordat ». Concernant une action en soutien abusif exercée par une caution la Cour de cassation a également rappelé que « la cour d'appel, saisie d'une action en responsabilité engagée à titre principal par des cautions contre une banque pour soutien abusif de crédit, a exactement décidé que le point de départ du délai de prescription de l'article 189 bis de l'ancien Code de commerce, devenu l'article L 110-4 du Code de commerce, doit être fixé au jour où les cautions ont su que les obligations résultant de leurs engagements étaient mises à exécution du fait de la défaillance du débiteur principal, en l'espèce le 10 avril 1986, date à laquelle l'assignation en paiement leur a été délivrée, en sorte que la prescription n'était pas acquise lorsque les cautions ont engagé leur action en responsabilité⁸²⁴ ».

226. L'institution d'un point de départ légal. Le législateur a ensuite confirmé la solution appliquée par la jurisprudence. Le nouvel article 2224 du Code civil prévoit ainsi que le délai de prescription court à compter du « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Le demandeur à l'action en responsabilité pour soutien abusif dispose donc de cinq ans à compter de la date à laquelle il a eu connaissance ou aurait dû connaître le préjudice subi. Une appréciation subjective par les juges est donc requise. De plus, il semble que si le défendeur en apporte la preuve, le délai peut être décompté du jour où le demandeur aurait dû connaître l'existence de ce droit. Cette précision permet d'écarter l'éventuelle mauvaise foi du demandeur. Néanmoins, des difficultés apparaîtront certainement à propos de cette appréciation, quant à la spécialité notamment du demandeur⁸²⁵.

227. Les évènements venant modifier le cours du délai. En outre, la prescription peut être suspendue, ce qui a pour effet d'arrêter « temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru⁸²⁶ », ou encore interrompue ; l'interruption ayant pour effet d'effacer le délai de prescription acquis, un délai d'une durée de cinq ans court de nouveau. Diverses causes de suspension ou d'interruption du délai sont prévues par la loi respectivement aux articles 2233 et suivants, et 2240 et suivants du Code civil. L'article 2238 précise notamment que la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties

⁸²⁴ Cass. com. 24 juin 2003 n° 00-12566, Bull. Civ. IV n° 103 p 113

⁸²⁵ Voir C. CHARBONNEAU, La prescription d'hier et d'aujourd'hui : commentaire de la loi du 17 juin 2008, Dr. Et Patrim. Septembre 2008, n° 173, p 42 et s., spéc. p 43.

⁸²⁶ C. Civ. Art 2230 nouveau.

décident de recourir à la médiation ou à la conciliation par un accord écrit. Cette hypothèse est nouvelle⁸²⁷ et permet de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits. Enfin, l'article 2232 du Code civil prévoit un « délai butoir⁸²⁸ » : « *le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit*⁸²⁹ ». Cette mesure permet au banquier en l'espèce, de ne pas rester exposé à des recours sans limitation de durée⁸³⁰, ce qui confirme la tendance actuelle du législateur à privilégier la sécurité juridique⁸³¹.

*

* *

Les modalités d'exercice de l'action en responsabilité sont désormais définies. Une fois son action rendue possible, le demandeur va devoir rapporter la preuve de conditions de fond afin de voir le banquier condamné à raison de l'octroi de crédit.

Section 2. Les conditions de fond de l'action en responsabilité

228. Les principes de la responsabilité pour soutien abusif. Afin de cerner les contours de la responsabilité du créancier dispensateur de crédit, il faut procéder à une rétrospection au sein de la jurisprudence antérieure à l'application de la loi de sauvegarde. Ainsi, la responsabilité pour soutien abusif a longtemps été critiquée du fait de l'imprécision de sa mise en œuvre et de ses critères d'appréciation. Mais elle a toutefois été insérée par les juges dans un cadre bien défini. Par un arrêt du 22 mars 2005⁸³² de la chambre commerciale de la Cour de cassation, les critères de la faute du banquier en matière de soutien abusif semblaient avoir été fixés. Dans cet arrêt, la Haute juridiction casse l'arrêt d'appel, en jugeant que les motifs retenus étaient « *impropres à faire apparaître que la banque avait ou*

⁸²⁷ Directive médiation n°2008/52/CE, 21 mai 2008, JOUE 24 mai 2008, n° L136.

⁸²⁸ Propos du professeur Malaurie dans l'avant-propos du rapport Catala.

⁸²⁹ C. Civ. Art. 2232 al. 1er.

⁸³⁰ Hormis quelques exceptions qui ne nous concernent pas. C. Civ. Art. 2226, 2233, 2236, 2241, 2244, C. Santé pub. Art. L 1142-28 modifié.

⁸³¹ Il est également prévue une faculté d'aménagement contractuel de la prescription : C. Civ. Art. 2254.

⁸³² Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, RTDCom. 2005, p. 578, obs. D. LEGAIS, D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD

*bien pratiqué une politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insupportable de ses charges financières, ou bien apporté un soutien artificiel à une entreprise dont elle connaissait ou aurait dû connaître, si elle était informée, la situation irrémédiablement compromise*⁸³³ ». Comme le souligne le professeur François-Xavier Lucas, les deux fautes susceptibles d'engager la responsabilité du banquier ne peuvent être que de deux types : « *la ruine et l'artifice* ». Dès lors, soit le banquier a mené à la ruine l'entreprise en lui consentant des crédits dont elle ne pouvait assumer le remboursement, soit il l'a artificiellement soutenue, alors qu'elle était en situation irrémédiablement compromise. Ce sont donc les deux seules fautes susceptibles d'engager la responsabilité du banquier, pour les préjudices subis du fait de l'octroi des concours. De la sorte la Cour de cassation a rejeté, dans un arrêt du même jour⁸³⁴, la responsabilité du banquier, en retenant que « *Ne constitue pas un comportement fautif le seul fait pour une banque d'accorder un crédit de trésorerie à une entreprise, avant toute activité, pour en permettre le démarrage afin de financer son activité d'achat et de revente de produits* ». Qu'en est-il aujourd'hui, après l'entrée en vigueur de la loi de Sauvegarde ? Quelles sont les fautes qui peuvent être reprochées au banquier dispensateur de concours, malgré le cantonnement de la responsabilité par l'article L 650-1 du Code de commerce ? Si la détermination de la faute du créancier dispensateur de crédit est nécessaire (Sous-section 1), les principes de la responsabilité civile rendent tout autant indispensable la démonstration d'un préjudice et d'un lien de causalité (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. LA FAUTE REPROCHÉE AU CRÉANCIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT

229. Le concept de faute en droit commun. Le terme de faute est issu du latin *falita* qui signifie « faillir » et de *fallere* qui signifie tromper, échapper à, faire défaut. Le mot « faute » évoque dès lors, l'idée d'obligation mais aussi de transgression⁸³⁵. L'obligation ici évoquée vise l'élément légal qui permet de caractériser la faute : « *l'existence d'une norme de comportement à laquelle l'individu déroge* ». Et l'idée de transgression renvoie à l'élément matériel de la faute, à savoir le fait du créancier dispensateur de crédit, en l'espèce.

⁸³³ Voir aussi, Cass. com. 9 Mai 2001, arrêt n° 908, FS-D, RJDA 2001, n° 10, n° 1016, p 876 et Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-17.065, RJDA 1998, n° 1, n° 90, p. 55

⁸³⁴ Cass. com., 22 mars. 2005, n° 02-20678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bull. Joly Sociétés, 1 novembre 2005 n° 11, p 1213, note F-X. LUCAS

⁸³⁵ C. RADÉ, Faute, in Dictionnaire de la Culture Juridique sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p 706 et s.

La faute s'apprécie au regard de ces deux éléments. Le fait de l'auteur ne peut être constitutif de faute que par référence à une règle juridique. Les rédacteurs du Code civil souhaitaient que la faute ne soit envisagée que sous ce concept unitaire. Toutefois, au fil des années et du contentieux, l'élément moral s'est ajouté. Les liens étroits entre le droit et la morale ont pénétré le droit civil, de sorte que la gravité constitue un nouvel élément d'appréciation de la faute susceptible d'engager la responsabilité : l'article 1383 du Code civil prévoit ainsi la responsabilité de chacun pour ses fautes d'imprudence ou de négligence. Dans d'autres cas, le législateur s'attache à requérir un degré plus élevé de gravité de la faute pour qu'elle soit constitutive de responsabilité, c'est le cas de la responsabilité prévue à l'article L 650-1 du Code de commerce.

230. La diversité des fautes. Avec l'article L 650-1 du Code de commerce, les banquiers et autres créanciers dispensateurs de concours bénéficient d'un allègement de leur responsabilité. Trois exceptions sont néanmoins prévues : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées aux concours. Ces trois cas constituent-ils les seuls faits générateurs de responsabilité, de sorte que la responsabilité du banquier ne saurait être engagée dans aucune autre hypothèse, en particulier dans les deux situations affirmées par les juges en mars 2005 ? La réponse ne peut être que négative. C'est pourquoi une première étude de la faute se limitera au cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce (§1), une seconde permettra d'envisager au contraire les éventuelles fautes non couvertes par le principe d'irresponsabilité de l'article L 650-1 (§2).

§ 1. Les fautes commises dans le cadre du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce

231. L'exigence d'un degré de gravité de la faute. Quelle est la « faute », dans le cadre de l'octroi de crédit à l'égard d'une entreprise en difficulté, susceptible de mettre en jeu la responsabilité du banquier, fondée sur l'article L 650-1 du Code de commerce ? Le législateur, souhaitant promouvoir le financement des entreprises, précise que la responsabilité ne peut désormais être engagée que pour faute lourde⁸³⁶ : « *Cet amendement [insérant les trois cas] précise la nature de la faute permettant la mise en jeu de la responsabilité. Il doit s'agir en quelque sorte d'une faute lourde(...)* » Par conséquent,

⁸³⁶ Intervention du Garde des Sceaux, débats AN, séance du 8 mars 2005 : « *Cet amendement précise la nature de la faute permettant la mise en jeu de la responsabilité. Il doit s'agir en quelque sorte d'une faute lourde(...)* »

l'élément matériel, caractérisant cette responsabilité, consiste en l'octroi de concours, tel qu'il a été vu précédemment dans le cadre de l'étude du champ d'application du principe d'irresponsabilité. Toutes les formes de concours sont ainsi concernées, les délais de paiement autant que les crédits à proprement parler. Cet octroi doit s'être accompagné d'un comportement frauduleux, d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de la prise de garanties disproportionnées, tel que le prévoit l'article L 650-1 du Code de commerce, ou le bon sens en matière de fourniture de crédit, en tant que norme déontologique. Une interrogation peut dès lors être soulevée à propos de ce degré de gravité ainsi requis dans la faute du banquier : les trois exceptions prévues par le législateur au principe d'irresponsabilité du banquier sont-elles en elles-même révélatrices de cette particulière gravité ? Un approfondissement de ces trois exceptions permettra de constater la portée relative de celles-ci, et ainsi leur caractère de cas d'ouverture de l'action en responsabilité (A). Dès lors, la preuve d'un comportement fautif supplémentaire est nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité du créancier dispensateur de concours dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce (B).

A. Les exceptions de l'article L 650-1 du Code de commerce : simples cas d'ouverture de l'action en responsabilité pour soutien abusif.

232. Les critères de la faute du banquier. L'article L 650-1 du Code de commerce dispose « *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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* ». La formulation de cet article peut conduire à deux interprétations quant à la fonction des trois exceptions au principe de non responsabilité. De leur fonction dépend l'ampleur de la responsabilité du créancier. L'article peut, en effet, être interprété de deux manières différentes, la doctrine ne s'accordant pas sur ce point (1) : si certains considèrent que les trois exceptions doivent être perçues comme des fautes engageant la responsabilité du créancier dispensateur de concours, il serait plus opportun de les concevoir comme des causes de déchéance de l'irresponsabilité dont ils bénéficient, de telle sorte qu'un élément supplémentaire dans le triptyque de faute, prévu par l'article L 650-1 du Code de commerce est nécessaire (2).

1. La controverse doctrinale liée au rôle des exceptions

233. Trois exceptions, trois faits générateurs de responsabilité. Selon une première conception, les trois exceptions prévues par le législateur endosseraient le rôle de faits générateurs de responsabilité du créancier dispensateur de concours. C'est ce que semblait vouloir le Gouvernement. Le législateur a énoncé trois fautes d'une particulière gravité qui justifient, semble-t-il que l'on écarte le principe de non responsabilité. L'article L 650-1 du Code de commerce définirait donc les éléments constitutifs des fautes susceptibles d'engager la responsabilité du créancier. Celles-ci sont dès lors définies et déterminées. Seules la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et la prise de garanties disproportionnées aux concours sont de nature à engager la responsabilité du banquier dans le cadre de l'octroi de concours à une entreprise en difficulté. Le demandeur doit par conséquent apporter la preuve de l'une de ces trois fautes, qui serait à l'origine de son préjudice.

234. Trois exceptions, trois cas d'ouverture de l'action en responsabilité. Néanmoins, cette conception de la portée des exceptions n'est pas satisfaisante. Il conviendrait au contraire de considérer les trois exceptions prévues par le législateur comme des cas d'ouverture de l'action en responsabilité. Ainsi constitueraient-elles de simples « *causes de déchéance*⁸³⁷ » de la protection conférée aux créanciers dispensateurs de concours, à savoir leur irresponsabilité quant aux concours consentis à une entreprise en difficulté. Dès lors, le demandeur, en plus d'apporter la preuve d'une fraude, d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou de la prise de garanties disproportionnées, doit établir la responsabilité du créancier en application des règles du droit commun, à savoir rapporter la preuve d'un préjudice, d'un lien de causalité et d'une faute distincte dans l'octroi du crédit.

235. La confusion liée aux travaux préparatoires. Lorsque le demandeur souhaite mettre en jeu la responsabilité du banquier à raison de l'octroi des concours à une entreprise en difficulté, il doit rapporter la preuve de l'un des trois cas d'ouverture prévus à l'article L 650-1 du Code de commerce. A défaut, le banquier bénéficie d'une immunité même en cas d'octroi abusif de crédit. Néanmoins, à la lecture des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, des doutes surviennent quant à la compréhension de la nature de la faute requise pour condamner le banquier.

⁸³⁷ Voir D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n°1, Cahier de droit des affaires, chron. p 69 et s. spéc. p 76, n° 37.

236. Origine du triptyque. Au début de la réforme du droit des procédures collectives, la Chancellerie n'avait prévu comme exception au principe de non responsabilité, uniquement la « *fraude ou [un] comportement manifestement abusif* » de la part des créanciers dispensateurs de concours. Dès lors, la responsabilité de ceux-ci bien que limitée, restait envisageable dans de nombreuses situations. Puis un amendement de la Commission des lois, représentée par Monsieur Xavier De Roux a étendu le principe de non responsabilité à toutes les procédures et redéfini les exceptions qui y étaient attachées. Le Garde des Sceaux s'est d'ailleurs prononcé en sa faveur, invoquant une plus grande sécurité juridique : « *Cet amendement précise la nature de la faute permettant la mise en jeu de la responsabilité. Il doit s'agir en quelque sorte d'une faute lourde et il faut renforcer la sécurité juridique pour faciliter le soutien aux activités économiques (...) cette faute lourde peut être constituée dans trois cas : la fraude, (...) l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la prise de garanties disproportionnées aux concours accordés*⁸³⁸ ». La faute conduisant à la responsabilité du créancier dispensateur de concours est désormais fondée sur un triptyque, excluant toute autre comportement fautif. Il a ajouté par ailleurs que cet amendement « *permet de limiter les cas où la responsabilité des créanciers pour soutien abusif pourra être engagée à ceux où une faute réelle et décisive aura été commise* ». La volonté du législateur a toujours été de limiter la responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, afin d'encourager la fourniture de crédit aux entreprises. L'argument économique était à l'origine de cette disposition. L'intérêt était de reprendre les cas de soutien abusif les plus répandus dans la jurisprudence afin de ne consacrer que ceux-ci comme pouvant engager la responsabilité du créancier. Le législateur souhaitait assurer la pérennité des entreprises « *en n'ouvrant l'action en soutien abusif que dans le cas où le soutien serait entaché d'un comportement anormal, telles une fraude, une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou des garanties disproportionnées*⁸³⁹ ».

237. La justification du rejet de la première conception par la caractérisation d'une faute lourde. La preuve de l'une des trois exceptions permet uniquement de statuer sur la recevabilité de la demande ; au demandeur de prouver par ailleurs une faute dans l'octroi du crédit. Or le législateur souhaite voir la responsabilité du banquier mise en jeu uniquement en cas de faute d'une particulière gravité, d'une faute lourde⁸⁴⁰. Un effort particulier de

⁸³⁸ Intervention du garde des Sceaux, débats AN, séance du 8 mars 2005.

⁸³⁹ P. BOUTEILLER, La responsabilité du banquier, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse 2007, Fasc. 520 :Sauvegarde, Redressement, Liquidation judiciaire, 03, 2007.

⁸⁴⁰ Propos du Garde des Sceaux, débats AN, séance du 8 mars 2005 « *Cet amendement précise la nature de la faute permettant la mise en jeu de la responsabilité. Il doit s'agir en quelque sorte d'une faute lourde (...)* »

preuve incombe dès lors au demandeur de l'action en responsabilité. Si les deux conceptions du rôle conféré aux trois exceptions de l'article L 650-1 du Code de commerce sont divergentes, leur approfondissement, au vu des travaux préparatoires, permet d'effectuer un rapprochement. En effet, est requise, d'un côté, la preuve de l'une de ces trois exceptions en tant que fautes génératrices de responsabilité, suscitant néanmoins la caractérisation d'une « faute lourde », de l'autre la preuve d'une faute dans l'octroi du crédit, supplémentaire à ces trois situations non directement fautives. La première conception des trois exceptions peut néanmoins être rejetée par le biais de la caractérisation d'une faute lourde.

2. La caractérisation d'une faute lourde, ou la nécessité d'un comportement fautif supplémentaire.

238. Justification de la seconde conception du rôle conféré aux exceptions. La conception de la portée des trois exceptions prévues par l'article L 650-1 du Code de commerce, se justifie par la détermination de la particulière gravité de la faute requise. L'application du critère de faute lourde aux trois exceptions de l'article L 650-1 du Code de commerce, qui sera dans un premier temps défini (a), permettra de conclure dans un second temps, au rejet de la nature de faits générateurs de responsabilité (b).

a. La notion de faute lourde

239. L'objectif poursuivi par le législateur : la nécessité d'une faute lourde. Dans l'appréciation qu'il convient de faire, il ne faut pas occulter la volonté du législateur : « *un simple crédit imprudent ne devrait plus être considéré comme suffisamment fautif pour pouvoir engendrer une responsabilité du créancier, laquelle devait nécessiter désormais que s'y ajoute un comportement fautif supplémentaire et bien caractérisé*⁸⁴¹ ». Ce comportement fautif supplémentaire consiste soit en une réelle faute, soit en un comportement aggravant en quelque sorte la faute préalablement commise. En effet, les trois cas énoncés par le législateur ne sauraient constituer de façon directe les faits générateurs de la responsabilité. Une faute lourde est requise.

240. Les origines de la faute lourde. La faute lourde a une origine assez ancienne, sans pour autant être un héritage du droit romain. En effet, la faute lourde provient d'une distinction fondée sur la gravité de la faute en matière contractuelle, sous l'empire de

⁸⁴¹ P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 305, n ° 26.

l'Ancien Droit. A cette époque, il n'existait pas de définition unique et générale de la faute. Le Traité des Obligations de Pothier⁸⁴² expose cette distinction des fautes selon le type de contrat en cause. Lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu dans l'intérêt exclusif du créancier, le débiteur ne serait responsable que pour une faute lourde, c'est-à-dire « *le fait de n'avoir pas apporté aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs propres affaires* ». Lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu dans l'intérêt des deux parties, alors la responsabilité est ici plus sévère et fondée sur une faute légère, « *celle qui consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires* ». Enfin, lorsque le contrat est conclu dans l'intérêt exclusif du débiteur, celui-ci engage sa responsabilité pour faute très légère, c'est-à-dire, fondée sur un manquement de diligence « *que les personnes les plus habiles et les plus attentives apportent à leurs affaires* ». Toutefois, cette théorie des trois fautes s'avérant particulièrement difficile à appliquer, les rédacteurs du Code civil ont choisi de l'écarter au profit d'une définition unique de la faute, fondée « *sur un principe simple du droit naturel qui veut que l'on fasse pour les autres ce que nous voudrions qu'ils fassent pour nous-mêmes*⁸⁴³ ». Dès lors, le principe en vigueur aujourd'hui est celui dicté par l'article 1382 du Code civil : « *toute faute engage la responsabilité de son auteur indépendamment de sa gravité*⁸⁴⁴ ». Toutefois, la jurisprudence a dégagé des cas exceptionnels dans lesquels la gravité de la faute est prise en compte pour la mise en cause de la responsabilité. Par exemple, l'article L 781-1 du Code de l'organisation judiciaire pose le principe de la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux de la justice, sur l'existence d'une faute lourde⁸⁴⁵. De même, en droit des procédures collectives, « *la responsabilité du contrôleur n'est engagée que pour faute lourde*⁸⁴⁶ ». La faute lourde trouve néanmoins davantage application en droit du travail dans le cadre de la responsabilité du salarié vis à vis de son employeur pour le résultat défectueux de son travail⁸⁴⁷, ou de la responsabilité de l'employeur pour les accidents du travail ou les maladies professionnelles

⁸⁴² R.J. POTHIER, Traité des Obligations, T II, Obs. Générales, p 411 et s. et T I, n° 142, § 121.

⁸⁴³ FAVARD, lors de la lecture de son rapport au Tribunal, le 3 février 1804, devant les rédacteurs du Code civil.

⁸⁴⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in Traité de Droit civil T II, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 3° éd. 2006, p 620, n° 599.

⁸⁴⁵ C. Org. Jud. Art. L 781-1 : « *Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice* »

⁸⁴⁶ C. Com. Art. L 621-10, alinéa 4.

⁸⁴⁷ « *faute lourde équipollente au dol* » : Cass. soc. 19 mai 1958, Bull. Civ. IV, n° 612, p 454, D 1959, p 20, note LINDON, JCP 1959 II, 11143, note J. BRETHER DE LA GRESSAYE.

subies par les employés⁸⁴⁸. Voici donc les exemples les plus courants dans notre droit d'implication de la faute lourde. Mais comment peut-elle se définir ? Quelle est cette faute lourde ?

241. Définition de la faute lourde. La faute lourde a été, à une certaine époque, assimilée au dol, de sorte que les effets du dol seraient appliqués à la faute lourde. La jurisprudence et la doctrine invoquaient l'adage « *culpa lata dolo aequiparatur* », afin de consacrer l'identité de la faute lourde et du dol⁸⁴⁹. L'intention se révèle dès lors être un élément nécessaire à la reconnaissance de la faute lourde. Cette conception de la faute lourde permettait ainsi de retenir la responsabilité dans de plus nombreuses hypothèses, notamment dans les hypothèses dans lesquelles « *la négligence ou l'imprudence commise est tellement grossière qu'il est à peine croyable que son auteur n'ait pas désiré, en agissant, causer le dommage qui s'est réalisé*⁸⁵⁰ ». Il s'agissait « *d'empêcher les gens malhonnêtes de jouer les imbéciles*⁸⁵¹ ». Toutefois cette assimilation a été rapidement écartée et parfois même dénoncée telle une « *monstruosité juridique*⁸⁵² ». La faute lourde ne saurait être une faute intentionnelle⁸⁵³. Selon Monsieur Ghafourian⁸⁵⁴, « *l'auteur d'une faute lourde, si grave soit-elle, n'a eu ni l'intention de nuire, ni même la connaissance du dommage qui en résultera. (...) la distinction du dol et de la faute lourde est rationnelle : le dol suppose la mauvaise foi, la faute lourde, si énorme soit-elle, n'implique aucune mauvaise foi* ». Les notions d'intention et de mauvaise foi sont donc à bannir de la définition de la faute lourde, seule entre en considération la notion de bonne foi. Toutefois, la définition de la faute lourde pose toujours d'importantes difficultés, liées notamment à son appréciation. La faute lourde est appréciée in abstracto, contrairement au dol, qui lui suppose une appréciation concrète fondée sur une recherche dans le comportement et la mentalité de l'auteur. La gravité de la faute lourde, en tant que faute non intentionnelle, est appréciée par un examen de la conduite de l'auteur : c'est l'écart de conduite de l'auteur. Comme le soulignait Monsieur

⁸⁴⁸ C. Séc. Soc. Art. L 451-1. Ici, la responsabilité personnelle de l'employeur est fondée sur la faute intentionnelle ou faute inexcusable.

⁸⁴⁹ Voir A. VIGNON-BARRAULT, Intention et Responsabilité civile, Préface de D. MAZEAUD, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, Tome I, p 81, n°70.

⁸⁵⁰ Voir A. VIGNON-BARRAULT, Intention et Responsabilité, Préface de D. MAZEAUD, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, Tome I, p 81, n°71. Reprenant H, L. MAZEAUD et A. TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Préface H. CAPITANT, 6° éd. Montchrétien, 1965, Tome I, n ° 414, p 483.

⁸⁵¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in Traité de Droit civil T II, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 3° éd. 2006, p 629, n° 606.

⁸⁵² SAINCTELETTE, De la responsabilité et de la garantie, 1884, Ch.2, n° 11.

⁸⁵³ R. J. POTHIER, Traité des Obligations, Tome I, n° 142.

⁸⁵⁴ A. GHAFOURIAN, Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français : étude jurisprudentielle, Thèse Paris II, 1977, p 72.

Francillon, « *la faute lourde s'analyse comme tout écart de conduite imputable au débiteur d'une obligation particulièrement stricte*⁸⁵⁵ ». Et selon le doyen Roblot, fondant l'appréciation de la faute sur le comportement du bon père de famille, il y a faute lourde lorsque l'auteur « *s'est écarté davantage de la conduite qu'aurait eue, à sa place, une personne normale et raisonnable appartenant au même milieu et à la même profession*⁸⁵⁶ ». L'ampleur de l'écart de conduite caractérise par conséquent la gravité de la faute lourde. Les juges relèvent bien souvent, aux fins d'appréciation de la faute lourde, l'extrême gravité du comportement, la négligence commise, l'incurie⁸⁵⁷, ou encore « l'impéritie⁸⁵⁸ », c'est-à-dire « *le manque d'expérience, d'habileté, ou de compétence*⁸⁵⁹ », et même sa sottise ou sa stupidité⁸⁶⁰. En définitive, la faute lourde peut donc être définie comme caractérisant un « *comportement qui s'écarte largement du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille ; c'est un comportement qui dénote chez son auteur soit l'extrême sottise, soit l'incurie, soit une grande insouciance à l'égard des dangers que l'on crée*⁸⁶¹ ».

242. Application de la notion à la faute requise par l'article L 650-1. Dans le cadre de la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, la faute lourde requise par le législateur consiste donc en la réalisation de deux comportements : ceux d'une part, prévus par l'article L 650-1 du Code de commerce, à savoir la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et la prise de garanties disproportionnées aux concours, et celui d'autre part, consistant en un important « écart de conduite » du banquier dans la réalisation de ces trois situations par rapport au comportement normalement requis dans l'activité d'octroi de concours à une entreprise. Dès lors, outre la caractérisation de l'une des trois exceptions, un élément supplémentaire doit être prouvé : ce qui nous pousse à considérer ces trois exceptions comme de simples causes de déchéance de l'immunité conférée au banquier, constituant dès lors les trois seuls cas d'ouverture de la responsabilité à raison des concours à une entreprise en difficulté.

⁸⁵⁵ J. FRANCILLON, La gradation des fautes en droit civil et en droit pénal, Thèse Grenoble, 1971, p 186.

⁸⁵⁶ R. ROBLOT, De la faute lourde en droit privé français, RTDCiv 1943, p 1 et s. spéc. n° 20.

⁸⁵⁷ Exemples : Cass. com. 17 décembre 1951, Bull. Civ. III, n° 396 « incurie extrême » ; Cass. civ. 1° 1er mars 1983, n° 82-10609, Bull. Civ. I n° 82. (négligence grossière)

⁸⁵⁸ Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in Traité de Droit civil T II, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 3° éd. 2006, p 637, n° 611.

⁸⁵⁹ Cass. com. 13 novembre 1990, Bull. Transp. 1991, p 98

⁸⁶⁰ Cass. Ch. des Req. 24 avril 1928, S 1928, 1, p 286.

⁸⁶¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8° éd. 2007, v° « faute lourde »

b. Le rejet de la nature de fait générateur de responsabilité.

243. Le cas particulier de la fraude. L'affirmation de la première exception par le législateur, la fraude, s'avère inutile, par le caractère de la fraude elle-même : « *la fraude corrompt tout* ». La fraude, sans qu'il soit nécessaire de le préciser dans la loi, constitue un fait générateur de responsabilité, de sorte que les juges ont l'obligation de la relever. Néanmoins, cette indication de la fraude au sein des cas d'ouverture de l'action en responsabilité peut se justifier par le caractère moralisateur de cet élément au sein du droit des affaires. En effet, le législateur a précisé le cas de la fraude afin d'appuyer sur ce caractère. L'allègement de la responsabilité par l'article L 650-1 du Code de commerce tombe en cas de comportement particulièrement grave du banquier, qui justifie dès lors une sanction particulière. C'est le cas de la fraude. Est ce le cas également des deux autres exceptions prévues par le législateur ?

244. L'exception d'immixtion caractérisée. L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ne saurait être un fait générateur de responsabilité du banquier. Cela n'a jamais été le cas. En effet, l'immixtion peut dans une certaine mesure s'apparenter à la direction de fait, or la direction de fait n'est pas en elle-même fautive. Ainsi, dans le cadre de l'action pour insuffisance d'actif de l'article L 651-2 nouveau du Code de commerce, les dirigeants de fait pouvaient et peuvent voir leur responsabilité mise en jeu à condition de rapporter la preuve d'une faute de gestion ! Il serait possible de raisonner de la même manière dans le cadre des exceptions de l'article L 650-1. L'immixtion du banquier ou créancier, serait de nature à engager sa responsabilité à condition qu'elle soit caractérisée d'une part, et d'autre part que soit rapportée la preuve d'une immixtion fautive ! Il faut envisager dès lors le cas où « *le fournisseur de crédit s'immiscerait dans la gestion de son client pour lui faire demander un concours préjudiciable qu'il octroierait lui-même*⁸⁶² ».

245. L'exception de garanties disproportionnées. Le législateur n'a pas souhaité accroître la responsabilité des banques, en faisant de la seule prise de garanties disproportionnées, un cas de soutien abusif. La jurisprudence antérieure n'a jamais sanctionné un créancier sur cet unique argument⁸⁶³. Et le législateur, on le rappelle, ne souhaitait que reprendre la

⁸⁶² D. ROBINE, L'article L 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, cahier de droit des affaires, p 69 et s., spéc. p 77, n° 37.

⁸⁶³ Cass. com. 7 janvier 2004, Bull civ IV, n° 136 : la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui retenait la responsabilité de la banque pour soutien abusif au motif que le crédit avait été accordé au regard des garanties offertes par la caution et non au regard des facultés de remboursement du débiteur. Voir P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Études offertes à Ph. Simler, Dalloz Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 304, n° 25.

jurisprudence antérieure, afin de délimiter le champ de la responsabilité du créancier dispensateur de concours⁸⁶⁴. Dès lors, la simple disproportion ne saurait être considérée comme constitutive d'une faute du créancier. Le législateur en précisant ces trois exceptions ne souhaitait que délimiter la mise en jeu de la responsabilité du banquier de sorte que celle-ci reste exceptionnelle. Dans le cas où celle-ci est engagée, il ne s'agit que de sanctionner un comportement qui ne s'intègre pas à la morale des affaires, non de lutter contre le simple gaspillage de crédit⁸⁶⁵. C'est pourquoi il serait paradoxal de concevoir le choix des sûretés réalisé par le créancier comme constituant un comportement fautif, tout du moins « *une faute dans l'octroi des concours*⁸⁶⁶ ».

246. La qualification de causes de déchéance de l'immunité du banquier. Si dans le cadre de la fraude, première exception au principe d'irresponsabilité du banquier, la qualification de fait générateur de responsabilité est possible⁸⁶⁷, celle-ci est impossible dans le cadre des deux autres exceptions. S'il convient de les considérer, selon les souhaits du Gouvernement, comme des faits pouvant révéler une faute lourde, la pratique devra nécessairement aboutir à relever d'autres comportements fautifs, afin de conclure à l'éventuelle responsabilité du banquier dispensateur de crédit. En effet, le simple constat des ces deux situations, à savoir l'immixtion caractérisée et la prise de garanties disproportionnées, ne saurait conduire à la condamnation du banquier ou du créancier dispensateur de crédit ! Ceci signifie que ces exceptions doivent être considérées comme des causes de déchéance de l'immunité conférée au créancier. De sorte que dans les faits, si le banquier s'est comporté de manière frauduleuse, s'est immiscé dans la gestion de son débiteur ou s'est constitué des garanties disproportionnées par rapport aux concours, sa responsabilité civile peut être mise en jeu en rapportant la preuve d'une faute supplémentaire, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

⁸⁶⁴ Ph. MARINI, Commission des Finances pour le Sénat, Avis n° 355, du 26 mai 2005 : « *Le cantonnement du champ rationae materiae à trois cas limitatifs et d'appréciation objective a pour objet de lever l'aléa juridique né des évolutions de la jurisprudence par une consécration législative des principaux fondements de la responsabilité des créanciers retenus par les tribunaux* »

⁸⁶⁵ P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Études offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s. spéc. p 305, n° 26.

⁸⁶⁶ D. ROBINE, L'article L 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, cahier de droit des affaires, p 69 et s., spéc. p 77, n° 37.

⁸⁶⁷ Tout comportement frauduleux est constitutif d'une faute engageant la responsabilité de son auteur, à condition de rapporter la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Quel sera le « *comportement anormalement déficient*⁸⁶⁸ » du banquier révélant cette « faute lourde » ? Seule une recherche dans la jurisprudence antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, permettra de déterminer les comportements constituant une faute du banquier susceptible d'engager sa responsabilité à raison de l'octroi des crédits.

B. Les conséquences de la qualification des trois exceptions : la nécessité d'un comportement fautif supplémentaire du banquier dans l'octroi des concours.

247. Caractérisation de la gravité de la faute du banquier, dispensateur de concours.

La responsabilité du banquier dispensateur de concours pour soutien abusif, sous l'empire de la loi de 1985, supposait la réunion de trois conditions objectives⁸⁶⁹, à savoir une situation irrémédiablement compromise à la date du crédit, un concours insusceptible d'être remboursé par l'entreprise, et un lien avec l'insuffisance d'actif, et deux conditions subjectives : la connaissance par la banque des trois éléments précédents et le manquement au devoir d'information. Tous ces éléments ont-ils vocation à s'appliquer aujourd'hui ? Le seul élément de réponse disponible est celui de l'exigence d'une faute lourde. Afin de caractériser la gravité de la faute qui peut seule être prise en compte pour reconnaître la responsabilité du créancier dispensateur de crédit sous l'empire de la nouvelle loi de sauvegarde, la caractérisation d'une faute lourde dans le cadre des trois cas d'ouverture de l'action en responsabilité, est nécessaire. Comment peut-elle être caractérisée ? La faute lourde suscitant un comportement particulièrement déviant, une première caractérisation est possible : il convient d'exclure les fautes dites « légères » du champ des fautes susceptibles d'engager la responsabilité du banquier en l'espèce, c'est-à-dire les fautes d'imprudence et de négligence (1). Toutefois, si cette interprétation est intéressante, on ne saurait se satisfaire d'une définition négative de la faute du banquier. Une définition positive exigeant d'établir la connaissance de la situation irrémédiablement compromise (2), serait dès lors plus adéquate, mais également plus délicate.

⁸⁶⁸ Expression empruntée à G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in *Traité de Droit civil T II*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 3^e éd. 2006, p 637, n^o 611.

⁸⁶⁹ C. LABORDE, De la responsabilité des banques en matière de crédit aux entreprises en difficulté, Actes du colloque Sécurité juridique et Entreprises en difficulté, Sénat 14 octobre 1993, n^o spécial LPA 12 janvier 1994, n^o 5, p 34 et s. spéc. p 34.

1. Exclusion des fautes d'imprudence et de négligence.

248. Appréciation négative du comportement fautif du banquier. L'exigence d'une faute lourde, dans le cadre de la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, c'est-à-dire d'un comportement s'écartant de manière significative du comportement qu'aurait le bon père de famille, ou/et qui révélerait une extrême sottise, l'incurie ou une grande insouciance, conduit à exclure dès lors l'imprudence⁸⁷⁰ et la simple négligence des causes de mise en jeu de la responsabilité du banquier à l'égard des entreprises en difficulté, dans le cadre de l'octroi de concours. L'ancienne responsabilité pour soutien abusif fondée sur l'article 1383 du Code civil⁸⁷¹, n'a plus lieu d'être aujourd'hui. Dès lors, le banquier ne peut plus se voir reproché, le manque de précaution dans la fourniture de crédit ou encore le manque de prévision. Une difficulté survient, celle de savoir si le manque d'information préalable à la fourniture de crédit peut encore être source de responsabilité du banquier. Peut-il être qualifié « *d'imprudence caractérisée* », de négligence, ce qui exonérerait le banquier de sa responsabilité, puisque ne révélant pas une faute lourde ? Pour certains⁸⁷², cela semble être évident. En effet, tous les devoirs qui semblaient s'imposer au banquier, à savoir le devoir de vigilance et de prudence, ne sont plus susceptibles, en cas de manquement, d'engager la responsabilité du banquier. Cela se justifie notamment par le fait que lorsque le législateur a précisé dans le cadre des exceptions à l'irresponsabilité, la prise de garanties disproportionnées comme étant un comportement déviant du banquier, cette précision de cet unique devoir du créancier dispensateur de concours, suppose que sont exclus de toute responsabilité les autres devoirs qui s'imposaient à lui, à savoir la vigilance et le discernement. Certains comportements, tenant par exemple à l'information du banquier (a),

⁸⁷⁰ La faute d'imprudence, au contraire de la solution applicable sous l'empire de la loi de 1985, ne peut plus être reprochée au créancier dispensateur de concours. Voir pour la condamnation sur une faute d'imprudence : CA Poitiers, 8 mars 1989, Banque 1989, p 557, J-L. RIVES-LANGE. et surtout CA Paris, 15^e ch., section A, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-106741 « *Le banquier engage sa responsabilité lorsqu'il manque à ses devoirs de discernement et de suivi régulier des relations avec son client, (...) de légèreté et d'imprudence en laissant croître démesurément des concours, pour la plupart non autorisés, qui n'étaient en rapport, ni avec les capitaux propres, ni avec le chiffre d'affaires, ni avec les bénéfices de la société. De tels concours non justifiés par les besoins de l'exploitation, ont en effet servi à financer une perte puis des moins-values latentes, voire à renflouer une autre société. Ainsi que l'a relevé l'expert, le banquier chef de file n'a surveillé en temps utile ni les indicateurs élémentaires qualitatifs (comptes produits tardivement, absence de commissaire aux comptes) ni les indicateurs quantitatifs ».*

⁸⁷¹ C. Civ. Art. 1383 : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence* »

⁸⁷² R. BONHOMME, La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. BOULOC, Dalloz 2007, p 59 et s. spéc. p 69, n° 13.

à la fourniture de crédit inapproprié (b) ou encore à la surveillance des fonds prêtés (c) ne sont plus susceptibles désormais d'emporter la mise en jeu de la responsabilité du banquier à l'égard des entreprises en difficulté.

a. L'obligation de s'informer.

249. Les moyens de l'information du banquier. Ce devoir consistant dans la prise de connaissance des inscriptions publiées au greffe du tribunal de commerce du siège social de l'entreprise financée, des informations disponibles auprès de la Banque de France, mais aussi dans la demande à l'emprunteur de la copie des documents comptables que l'entreprise est légalement tenue d'établir⁸⁷³, les juges estimaient auparavant qu'il « *est de la plus élémentaire prudence que les banques exigent la présentation de bilans dont la régularité et la sincérité se trouvent certifiées par le commissaire aux comptes*⁸⁷⁴ ». Désormais, le manquement à cette information, ne constituant pas une faute lourde, ne peut être reproché au banquier, et engager sa responsabilité au titre de l'octroi des concours à une entreprise en difficulté.

b. La fourniture de crédit inapproprié.

250. Inadéquation du crédit aux capacités financières. Auparavant, le banquier pouvait être condamné au versement de dommages et intérêts, lorsque le crédit qu'il octroyait au débiteur, sans que celui-ci soit en situation irrémédiablement compromise, par son montant, sa destination ou ses modalités⁸⁷⁵, le mettait en difficulté. L'inadéquation du crédit a en effet été une des fautes reprochées au banquier. Comme le constate Monsieur Xavier De Roux dans son rapport lors de l'élaboration de la loi de sauvegarde, plusieurs types de comportements sont reprochés au banquier, quant à l'inadaptation du crédit, qui peut tenir

⁸⁷³ D. BOUCHERY, La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif ? In Procédures collectives, état des lieux, Dr. Et patrim. Février 1998, n°57, p 53 et s. spéc. p 55-56.

⁸⁷⁴ Cass. com. 22 mai 1985, Midland Bank c/ Guiraud, D 1985, IR p 393.

⁸⁷⁵ Lamy Droit du financement 2007, v° « responsabilité du banquier dispensateur de crédit », n° 2940.

« au montant ou au coût du crédit qui est ruineux⁸⁷⁶, qui entraîne une charge excessive⁸⁷⁷, qui est hors de proportion avec les capacités financières du client⁸⁷⁸, qui est trop important par rapport aux fonds propres⁸⁷⁹, où lorsque l'emploi auquel il est destiné est irrationnel⁸⁸⁰, sa durée inadaptée⁸⁸¹, son caractère inopportun⁸⁸², ou inconsidéré⁸⁸³, au caractère manifestement dépourvu de viabilité du projet⁸⁸⁴ ». Toutefois, les juges estiment que le soutien accordé n'est pas fautif s'il n'est pas anormal, même s'il est important⁸⁸⁵, ou s'il n'est pas incompatible avec toute rentabilité⁸⁸⁶. Si ces fautes pouvaient être reprochées au banquier sous l'empire de la loi de 1985, elles ne peuvent plus l'être dans le cadre de l'article

⁸⁷⁶ Cass. com. 7 février 1983, pourvoi n° 81-13.993 « *qu'en retenant dès lors que la BPROP a accordé sans interruption depuis le début de leur exploitation aux trois entreprises un **crédit ruineux** et que dès avril 1974, l'arrêt du service de caisse n'a été évité que grâce aux avances de la BPROP, ce qui démontrait, dès cette époque, une situation irrémédiablement compromise, la Cour d'appel a caractérisé et la faute de la banque et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi par les créanciers.* » ; Cass. com., 26 mars 2002, n° 99-19.839 : « *pour retenir la responsabilité de la BFCC, l'arrêt retient qu'elle a manqué de prudence et de vigilance en octroyant au groupe La Chenaie des **crédits importants et onéreux**, qui avaient encore aggravé les déséquilibres, à une structure dont elle aurait dû connaître la situation déficitaire et le défaut de toute perspective de rentabilité si elle avait effectué les études, contrôles et vérifications auxquels elle avait le devoir de procéder* »

⁸⁷⁷ Cass. com. 2 mai 1983, pourvoi n° 81-14.223 « *en constatant que la banque, méconnaissant les résultats de l'étude à laquelle elle avait elle-même fait procéder, a continué à accorder des **crédits considérables** et, au moins à certains moments, les avait accrus, alors qu'aucune contrepartie dans la gestion n'apparaissait, la Cour d'appel ne s'est donc pas contredite et, peu important que la situation de M Dufour n'est pas été irrémédiablement compromise lors de l'octroi de ces nouveaux crédits, a pu retenir la faute du Crédit du Nord (...)* » ; Cass. 1re civ., 8 juin 2004, n° 02-12.185, Bull. Civ. I, n° 166, p 138, RTDCom. 2004, p. 581, obs. D. LEGEAIS : « *la cour d'appel a retenu qu'avant de solliciter ainsi le Crédit agricole, leur banquier habituel, auprès duquel ils étaient parallèlement tenus de plusieurs emprunts professionnels souscrits par le mari en sa qualité d'artisan peintre, ils avaient vainement pressenti la Banque nationale de Paris, laquelle leur avait opposé la prévisibilité d'un **endettement excessif**, de sorte qu'ils avaient ultérieurement obtenu l'emprunt litigieux en pleine connaissance de cause(...)* »

⁸⁷⁸ Cass. com., 22 mai 2001, n° 97-21.460, RJDA 2001, n° 10, n° 1017, p 877 ; Cass. 1re civ., 8 juin 1994, n° 92-16.142, Bull. civ. I, n° 206, p 150, JCP E 1995, II, p 25, n° 652, obs. D. LEGEAIS :

⁸⁷⁹ Cass. com., 26 janvier 1993, n° 91-13.462 ; Cass. com., 8 octobre 1991, n° 89-11.230 : « *Attendu (...), que la cour d'appel a relevé que la banque avait consenti des **avances trop importantes eu égard aux fonds propres** de la SCI, alors même qu'ayant les moyens de contrôler la gestion de la société, par sa qualité d'associé et par l'intermédiaire d'une de ses filiales, gestionnaire de cette société, elle ne pouvait ignorer que son concours financier était excessif* », Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-17.065, RJDA 1998, n° 1, n° 90, p. 55 : « *l'arrêt retient, qu'elle avait accordé des concours financiers pour des montants dépassant ce qui avait été contractuellement convenu, **hors de proportions avec les fonds propres** des sociétés, et générant de lourdes charges financières, considère, en outre, que le Crédit agricole s'est efforcé de retarder le plus possible la déclaration de cessation de paiement des deux sociétés, afin de réduire leur endettement à son égard(...)* »

⁸⁸⁰ Cass. com 13 février 2001, pourvoi n° 97-21.460 « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que commet une faute génératrice de responsabilité la banque qui, portant au compte courant de sa cliente, dont elle réduit ainsi le déficit, une somme dont elle connaît le caractère conventionnellement indisponible, **donne ainsi aux fonds une autre affectation** que celle prévue lors de son versement(...)* » ; Cass. com., 2 mai 1983, n° 81-14.223, précité.

⁸⁸¹ CA Versailles 10 décembre 1998, Jurisdata n° 1998-056106 : « *un établissement bancaire qui tolère pendant trois ans un découvert de près d'un million et décompte pendant la même période des intérêts au taux des prêts à court terme sans proposer un prêt à long terme, en sachant que ce prêt ne pourrait être remboursé avant plusieurs années, commet une faute* »

⁸⁸² CA Grenoble 14 mai 1992 Jurisdata n° 1992-043883, « *Le banquier dispensateur de crédit a commis une faute l'engageant à contribuer au passif de la société en liquidation judiciaire à hauteur de 50 %, dès lors que la complaisance d'un préposé a permis l'octroi de concours importants à une société nouvelle sans aucune précaution (...)* »

L 650-1 du Code de commerce. En effet, ces comportements sont associés au devoir de discernement du banquier dans l'activité de financement des entreprises. Il s'agit pour le banquier de prendre certaines précautions avant d'accorder son crédit, ce qui renvoie en cas de manquement, à des imprudences, qui aujourd'hui ne doivent plus pouvoir mettre en cause la responsabilité du banquier. La fourniture de crédit inapproprié n'est donc plus susceptible d'engager la responsabilité du banquier. Toutefois, qu'en est-il des crédits ruineux ? La Cour de cassation estime que si le caractère ruineux du crédit est prouvé, la responsabilité du banquier doit être retenue⁸⁸⁷, c'est l'une des deux fautes admises par le juge sous l'empire de la loi de 1985⁸⁸⁸. Au cas où la preuve n'en est pas rapportée, le banquier n'est pas fautif⁸⁸⁹, et les juges ne condamnaient le banquier que s'il avait agi en connaissance de cause⁸⁹⁰. Un certain degré de la faute était déjà requis à cette époque. Dès lors, il faut déduire de ces solutions et des termes de l'article L 650-1 du Code de commerce, que la pratique de crédits ruineux ne saurait aujourd'hui engager la responsabilité du banquier, sauf s'il l'a fait dans un intérêt purement personnel, en ayant conscience de causer un dommage à autrui, auquel cas il semble que ces éléments, pouvant révéler une faute lourde, caractérisent la faute du

⁸⁸³ CA Versailles 2 octobre 1991, Jurisdata n° 1991-044906 « *La banque engage sa responsabilité en acceptant l'augmentation constante du solde débiteur de deux sociétés animées et cautionnées par une personne à laquelle elle autorise parallèlement un découvert exorbitant sans garantie, et de laquelle elle accepte des chèques au profit des sociétés débitrices par débit d'un compte personnel largement débiteur* »

⁸⁸⁴ Cass. com. 25 avril 2001, pourvoi n° 98-13.677, RJDA 2001, n° 10, n° 1018 « *qu'en l'état de ces constatations et énonciations, dont il ressortait que la Camefi avait octroyé sans discernement un crédit ruineux à une entreprise manifestement dépourvue de viabilité dès l'origine(...)* » Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-11.947 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi sans constater qu'au moment de son octroi, le crédit relais accordé à un marchand de biens, était destiné à financer une opération immobilière dépourvue de viabilité(...)* » ; Cass. com., 1er juillet 2003, n° 01-16.629 : « *la diminution de rentabilité du fonds de commerce était déjà apparente lors de la vente, que l'analyse de la banque relativement aux perspectives de développement du fonds étaient erronée et qu'en acceptant, dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan social dont la finalité était de réduire ses effectifs salariaux, le projet validé par son antenne emploi, le Crédit lyonnais avait commis une imprudence coupable ; Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que les crédits litigieux avaient été sollicités par M. X... lui-même, alors que ce dernier n'avait jamais prétendu que le Crédit lyonnais aurait eu, sur le projet, des informations que lui-même aurait ignorées, et que dans son activité de dispensateur de crédits, la banque, fût-elle également l'employeur agissant pour la mise en œuvre d'un plan social, n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

⁸⁸⁵ Cass. com., 4 mai 1993, n° 91-16.092, Bull. Civ. IV, n° 162, p 112, RJDA 1993, n° 11, n° 926, p 792

⁸⁸⁶ Cass. com., 29 mars 1994, n° 92-11.843, Bull. Civ. IV, n° 134, p 104, RJDA 1994, n° 8-9, n° 948, p 752

⁸⁸⁷ Elle l'admet encore dans de récents arrêts : Cass. com. 8 janvier 2008, n° 03-13319 : « *la banque avait commis une faute à l'égard des créanciers de la société SERP, en lui consentant des crédits excessifs dont elle n'ignorait pas ou n'aurait pas dû ignorer qu'ils entraîneraient à plus ou moins brève échéance sa ruine* ».

⁸⁸⁸ Voir Cass. com. 22 mars 2005, n° 02-20678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bulletin Joly Sociétés, 1er novembre 2005, n° 11, p 1213

⁸⁸⁹ Cass. com., 20 novembre 2001, n° 99-13.894, Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-17.065, RJDA 1998, n° 1, n° 90, p. 55

⁸⁹⁰ Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bull. Joly Sociétés, 1er novembre 2005, n° 11, p 1213 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, RTDCom. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS, D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD, Bull. Joly Sociétés 2005, § 265, obs. F.-X. LUCAS ; Cass. com., 30 mars 1993, n° 88-19.520

banquier susceptible d'engager sa responsabilité. Néanmoins, ce comportement est constitutif de fraude, il entre dès lors dans le champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce⁸⁹¹. Par ailleurs, il semble que même si les trois exceptions sont perçues non comme des fautes caractérisées par une certaine gravité, mais comme des causes de déchéance de l'immunité conférée aux créanciers dispensateurs de concours, la caractérisation d'une faute lourde est indispensable. En effet, si le demandeur doit rapporter la preuve que le banquier a ruiné le débiteur par ses crédits, ou l'a soutenu artificiellement alors qu'il avait connaissance de sa situation irrémédiablement compromise, en plus des trois cas d'ouverture de l'action en responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, il doit également rapporter la preuve que le banquier agissait en connaissance de cause, comme l'affirmait déjà la jurisprudence⁸⁹². Considérer les trois exceptions comme de simples causes de déchéance, encourageant dès lors l'acceptation des deux fautes (ruine et soutien artificiel), même si elles dénotent une imprudence du banquier, viderait de toute sa substance la mesure prise par le législateur en 2005⁸⁹³.

c. La surveillance des fonds prêtés.

251. Un garde fou, le principe de non-immixtion. Le principe applicable en la matière est celui de la libre utilisation par le client des fonds prêtés par le banquier, principe que la jurisprudence applique avec ferveur⁸⁹⁴, puisque le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client. En revanche, la loi impose parfois au banquier de surveiller la destination des fonds⁸⁹⁵, et la jurisprudence reconnaît également au banquier le droit de surveiller l'affectation des fonds, par l'insertion de clauses dans le contrat de prêt. Par la

⁸⁹¹ Il s'agit ici d'une opinion personnelle. Il est probable que le banquier doit encore craindre que sa responsabilité soit engagée au titre de crédit ruineux, sans qu'il puisse se retrancher derrière l'article L 650-1 du Code de commerce. La responsabilité pour crédit ruineux serait dès lors une responsabilité contractuelle, distincte de la responsabilité qui subsiste au travers de l'article L 650-1.

⁸⁹² Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bull. Joly Sociétés, 1er novembre 2005, n° 11, p 1213 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, RTDCom. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS, D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD, Bull. Joly Sociétés 2005, § 265, obs. F.-X. LUCAS ; Cass. com., 30 mars 1993, n° 88-19.520

⁸⁹³ Il existe toujours néanmoins, l'exigence de rapporter la preuve des trois exceptions comme préalable à l'ouverture de l'action en responsabilité ! Si cette preuve est rapportée, toutes les fautes néanmoins commises n'engagent pas la responsabilité du banquier : uniquement les fautes « lourdes ».

⁸⁹⁴ Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-17.610, RJDA 2001, n° 10, n° 1020, p. 880 ; Cass. com., 27 mars 2001, n° 98-13.346 : « en se déterminant par de tels motifs alors que la société emprunteuse avait la libre disposition des fonds empruntés hors de tout contrôle de la banque, que la clause contractuelle faisant référence à l'emploi des fonds avait été stipulée dans le seul intérêt du prêteur et sans rechercher si l'octroi du crédit litigieux avait été déterminant de l'engagement des entrepreneurs d'entreprendre ou de poursuivre les travaux dont ils n'ont pas été réglés, ni en quoi le comportement de la banque avait pu être abusif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

⁸⁹⁵ Pour les marchés à travaux C. Civ. Art. 1799-1 et pour les investissements immobiliers réalisés sous le régime de la loi Malraux de 1962, codifiée aux articles L 313-1 et s. du Code de l'urbanisme.

reconnaissance de ce droit dans certaines hypothèses, les juges en ont déduit parfois une obligation, de sorte que le banquier a été condamné pour n'avoir pas procédé à la surveillance des fonds prêtés⁸⁹⁶. Toutefois, cette surveillance est à distinguer selon que les fonds sont destinés au financement de l'entreprise en général, ou au financement d'une opération particulière⁸⁹⁷, auquel cas la surveillance pourrait être requise. Mais, la jurisprudence a récemment admis qu'il n'existe pas d'obligation générale imposée au prêteur de surveiller l'utilisation des fonds prêtés⁸⁹⁸. Avec la loi de sauvegarde, le banquier peut-il se voir reprocher le défaut de surveillance ? Il s'agit là encore d'un « devoir » du banquier, et le manquement à ce devoir ne saurait, sous l'empire de la loi de sauvegarde, engager la responsabilité du banquier, puisqu'il ne peut constituer qu'une faute d'imprudence. Toutefois, lorsque le banquier prend la décision de modifier l'affectation des fonds, il peut engager sa responsabilité ; la Cour de cassation l'a récemment affirmé dans un arrêt du 27 mai 2008⁸⁹⁹, « *la décision de la banque d'affecter les prêts destinés à financer les travaux de rénovation au remboursement du débit en compte courant constitue une faute génératrice de responsabilité pour la banque* ». Dans cet arrêt, la Cour s'est fondé sur les articles 1134 et 1147 du Code civil, pour engager la responsabilité contractuelle du banquier à l'égard d'une entreprise en difficulté. Cette hypothèse de condamnation du banquier est-elle encore possible aujourd'hui ? La question peut effectivement se poser puisque ici le banquier n'a pas simplement manqué à son devoir de surveillance de l'utilisation des fonds prêtés, auquel cas sa responsabilité ne saurait désormais être mise en jeu, mais révèle au contraire un acte positif du banquier. Cet acte positif du banquier peut-il néanmoins constituer une faute lourde ? Il ne semble pas. Par conséquent, il semblerait que ce comportement ne puisse plus sous l'empire du nouvel article L 650-1 du Code de commerce, être source de responsabilité pour le banquier. Par ailleurs, dans le cadre de la surveillance des fonds prêtés, une question fait aujourd'hui l'objet de discussions doctrinales⁹⁰⁰ : le cas du banquier qui aurait financé une activité polluante. Si le banquier ne saurait être directement responsable du dommage

⁸⁹⁶ Cass. com., 18 mai 1993, n° 91-16.700, Bull. civ. IV, n° 190, p. 135, RTDCom. 1994, p. 84, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; Cass. com., 10 mars 1992, n° 90-14.663, Rev. proc. coll. 1992, p. 315, obs. Y. CHAPUT ; Cass. com., 2 mai 1983, n° 81-14.223

⁸⁹⁷ J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, Dalloz 6° éd., 1995, n° 650 et s.

⁸⁹⁸ Cass. com. 23 janvier 2007, Dr. Et Patrim. Nov. 2007, n° 164, p 69, obs. J-P. MATTOU et A. PRÜM.

⁸⁹⁹ Cass. com. 27 mai 2008, n° 07-13.241, F-D, Mothe c/ Caisse d'épargne et de prévoyance Aquitaine Nord et a. Jurisdata n° 2008-044167, Actualité Proc. Coll. 2008, n° 11, p 7, n°184.

⁹⁰⁰ T. BONNEAU et F-G. TREBULLE, Banquiers et crédits « polluants », Droit bancaire et Financier, Mélanges AEDBF France, IV, sous la direction de H. De VAUPLANE et J-J. DAIGRE, Revue Banque Éditions, 2004, p 47 et s. ; A. DIRCKS-DILLY, P. KROMAREK, E. DELAHOUSSE, Les risques bancaires liés à l'environnement, Banque et Droit n° 81, Janvier février 2002, p 3 et s. ; J-P. BUYLE, La responsabilité du banquier dispensateur de crédit et le respect de l'environnement, RDBF Novembre Décembre 2006, p 80 et s. ; R. ROUTIER, La responsabilité du banquier, LGDJ 1997, p 70 et s.

écologique⁹⁰¹, pourrait-il se voir condamné au versement de dommages et intérêts, au titre de « crédits polluants⁹⁰² » ? Cette hypothèse s'est présentée en droit américain, dans l'affaire Fleet factors⁹⁰³. Toutefois, le législateur a précisé que cette responsabilité n'était envisageable que lorsque le banquier s'était immiscé dans la gestion du pollueur, et devant dès lors répondre de ces fautes de gestion. En droit français, l'hypothèse ne s'est encore jamais présentée, de sorte que le droit positif ne saurait retenir la responsabilité du banquier pour le financement d'activités polluantes. Et des arguments forts peuvent être retenus en ce sens : comme le soulignent les professeurs Bonneau et Trébulle, le banquier ne saurait être condamné pour le financement d'activités polluantes, en raison d'une part du principe de non-immixtion qui lui incombe, et d'autre part, par le fait que « *le crédit est normalement indépendant du contrat ou de l'activité qu'il permet de financer*⁹⁰⁴ ». Aucun devoir de surveillance de la destination des fonds ne devant être imposé au banquier, celui-ci ne saurait dès lors être responsable. Toutefois, au devoir de non immixtion, s'oppose le devoir de vigilance du banquier de sorte que le banquier ne saurait financer une activité illicite⁹⁰⁵. Mais en dehors de tout comportement frauduleux, certains admettent la responsabilité du banquier pour crédits polluants au titre du devoir du banquier de s'informer sur le risque de crédit, incluant notamment une étude du risque environnemental. « *Le banquier manquerait à son devoir d'investigation en finançant, sans la moindre précaution, une activité qui serait, par nature ou en fonction des circonstances que le banquier ne pourrait pas avoir légitimement ignorées, génératrice de risques importants pour l'environnement*⁹⁰⁶ ». Si cette hypothèse ne s'est jamais présentée en France, jusqu'à présent, il semble que ces discussions soient définitivement abandonnées en raison du nouveau principe d'irresponsabilité du banquier, qui exclut l'hypothèse d'une responsabilité pour les préjudices subis du fait de l'octroi de concours dans trois hypothèses, hypothèses qui excluent elles-même la possibilité de mettre en cause le banquier pour de simples fautes de négligence ou d'imprudence, à

⁹⁰¹ C'est l'emprunteur qui pollue, non le banquier. Il est donc fait application du principe pollueur-payeur. C. Environnement, Art. L 110-1 : « *les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportées par le pollueur* ».

⁹⁰² Expression empruntée à T. BONNEAU et F-G. TREBULLE, Banquiers et crédits « polluants », Droit bancaire et Financier, Mélanges AEDBF France, IV, sous la direction de H. De VAUPLANE et J-J. DAIGRE, Revue Banque Éditions, 2004, p 47 et s.

⁹⁰³ United States of America v. Fleet Factors Corp. 901 F2nd 1550 (11th. Circ. 1990)

⁹⁰⁴ T. BONNEAU et F-G. TREBULLE, Banquiers et crédits « polluants », Droit bancaire et Financier, Mélanges AEDBF France, IV, sous la direction de H. De VAUPLANE et J-J. DAIGRE, Revue Banque Éditions, 2004, p 47 et s., notamm. p 55, n° 13.

⁹⁰⁵ Constitutif de fraude

⁹⁰⁶ J-P. BUYLE, La responsabilité du banquier dispensateur de crédit et le respect de l'environnement, RDBF Novembre Décembre 2006, p 80 et s., notamm. p 85, n° 22.

savoir un défaut de vigilance. Nonobstant toute action, encore fallait-il que le demandeur rapporte la preuve d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice, ce qui était loin d'être acquis⁹⁰⁷.

*

* *

252. La connaissance ou la conscience des risques de dommage. L'exigence de faute lourde ne permet pas d'écarter toutes les hypothèses de condamnations antérieures. En effet, sera qualifié de faute lourde, un « *comportement anormalement déficient* » du banquier. Afin d'apprécier ce comportement, il convient de prendre en compte le cas où le banquier connaissait ou avait conscience des risques de dommage qu'il pouvait engendrer par sa faute. Par conséquent, il convient de considérer, en tant qu'élément d'appréciation de la gravité de la faute ici requise, « *la connaissance ou la conscience qu'avait ou qu'aurait dû avoir (le banquier) du risque qui s'est effectivement réalisé et dont il aurait dû mesurer l'ampleur*⁹⁰⁸ ». Il s'agit ici d'un critère subjectif, lié à ce que l'on appelait le devoir de discernement du banquier. En effet, la responsabilité du banquier ne saurait être mise en cause que si le demandeur rapporte la preuve que le banquier avait conscience des risques que l'octroi du crédit litigieux allaient avoir sur la situation du débiteur. Cette conscience des risques se déduira, au demeurant, de la connaissance de la situation irrémédiablement compromise du débiteur.

2. La conscience de causer un dommage par la connaissance de la situation irrémédiablement compromise.

253. Appréciation positive du comportement fautif du banquier. Sous l'empire de la loi de 1985, la jurisprudence, avait au fil des années et des affaires, élaboré un régime particulier de responsabilité du banquier et des autres créanciers dispensateurs de concours à l'égard des entreprises en difficulté, sur la base du droit commun de la responsabilité civile à savoir les articles 1382 et 1383 du Code civil. A partir de ces articles, la jurisprudence, afin de ne pas condamner les banques au point de les dissuader de financer les entreprises, ne retenait la responsabilité du banquier que s'il avait commis une « *erreur d'appréciation*

⁹⁰⁷ J-P. BUYLE, La responsabilité du banquier dispensateur de crédit et le respect de l'environnement, RDBF Novembre Décembre 2006, p 80 et s., notamm. p 85, n° 22.

⁹⁰⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in Traité de Droit civil T II, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 3° éd. 2006, p 638, n° 611-1.

*grossière*⁹⁰⁹ » : pour mettre en jeu la responsabilité du banquier, le demandeur devait rapporter la preuve que celui-ci avait connaissance de la situation irrémédiablement compromise du débiteur⁹¹⁰, ou qu'il a manqué à son devoir de s'informer sur la situation de l'emprunteur. Ce dernier chef d'accusation a été écarté précédemment car relevant de la faute d'imprudence et non d'une faute lourde, et donc ne sachant désormais être le fondement d'une action en responsabilité contre le banquier. La notion de connaissance de la situation irrémédiablement compromise peut en revanche être retenue aujourd'hui comme caractérisant la faute lourde du banquier dans l'octroi du crédit. En effet, la faute lourde que requiert le législateur pour engager la responsabilité du banquier consiste en un écart de conduite important entre le comportement de celui-ci et le comportement du « bon père de famille ». Ce « bon père de famille », dans le cadre de la fourniture de crédit aurait bien évidemment pris les précautions qui s'imposent (bien que cet élément ne soit pas important dans le cadre de la faute lourde), et se serait surtout abstenu de soutenir le débiteur par ses concours, s'il connaissait sa situation irrémédiablement compromise. La décision contraire pourrait être considérée comme une « extrême sottise » ! En effet, dans cette hypothèse, la faute est d'un degré supérieur de gravité, ce qui justifie la mise en jeu de la responsabilité. Comme le souligne Monsieur Likillimba dans sa thèse⁹¹¹, le crédit bancaire à une entreprise défaillante, est un « *crédit octroyé au mépris du raisonnable résistant* », alors que les négligences et le manquement du banquier à l'obligation de s'informer sont révélateurs de « *crédits octroyés au mépris du raisonnable prévisible* » ; à gravité minimale, responsabilité inexistante, à gravité élevée, juste responsabilité. L'obligation de prudence et de diligence autrefois imposée au banquier, afin qu'il s'abstienne d'apporter son concours à une entreprise qui ne le mérite pas, a aujourd'hui été écartée afin d'encourager les financements, et relancer l'économie, par le bien-être des PME, principales victimes du manque de financements bancaires. Seule une faute particulièrement grave, c'est-à-dire la faute lourde (sans aller jusqu'à la faute inexcusable) doit pouvoir engager la responsabilité de son auteur. Et dans le cadre du crédit à l'égard des entreprises en difficulté, cette faute ne serait envisageable qu'au travers du déni de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur. Mais qu'est ce

⁹⁰⁹ J. STOUFFLET, Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz Paris 1999, p 517 et s., notamm. p 222.

⁹¹⁰ Pour un exemple de condamnation du banquier pour crédit abusif à un débiteur en situation irrémédiablement compromise : Cass. com. 27 mai 2008, n° 07-13.393, F-D, Sté Bordelaise de crédit industriel et commercial c/ Me Brenac, ès qual. : Jurisdata n° 2008-044166 ; Actualité Proc. Coll. 2008, n° 11, p 7 et 8., n° 185.

⁹¹¹ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, p

que « la situation irrémédiablement compromise » ? Il convient de la définir afin de déterminer les hypothèses dans lesquelles la responsabilité du banquier pourra être concrètement engagée.

254. La notion de situation irrémédiablement compromise. La notion de situation irrémédiablement compromise est une notion économique assez mal aisée à cerner. Si a priori, sa compréhension générale est évidente, son domaine n'en est pourtant que plus « flou ». En effet, si cette notion est un critère de la faute du banquier, pouvant engager sa responsabilité, il est indispensable qu'elle soit bien cernée. Au départ, les juges, afin d'apprécier la faute du banquier, se fondaient sur la notion de cessation des paiements⁹¹², de sorte que si un crédit avait été octroyé à une entreprise en état de cessation des paiements, le banquier était susceptible d'être condamné pour soutien abusif. La situation irrémédiablement compromise se caractérisait par « *la situation d'une entreprise dans l'incapacité, faute de perspectives commerciales et/ou de gestion sérieuses et réalistes, de maintenir ou de rétablir son équilibre financier sans être contrainte de se soumettre à une procédure collective*⁹¹³ ». De sorte que le banquier commettait une faute « *si l'activité de l'entreprise qu'elle persiste à soutenir en lui renouvelant ou en augmentant les concours présente des signes évidents et irréversibles de déclin, c'est-à-dire si la poursuite de l'activité s'inscrit dans un cadre de difficultés insurmontables ne pouvant objectivement aboutir à un redressement économique*⁹¹⁴ ». La notion était donc liée à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Puis l'appréciation de la faute s'est affinée, se détachant de plus en plus de cette notion au profit de celle de « situation irrémédiablement compromise », de « situation sans issue », de « situation désespérée » ou encore de « situation définitivement compromise ». Malgré la diversité des termes employés par la jurisprudence et la doctrine, cette notion ne saurait recouvrir le cas de la situation simplement « difficile », puisque les banques ont vocation à aider les entreprises à franchir certains caps⁹¹⁵. De plus, cette hypothèse ne se présente pas lorsque le débiteur subit simplement une insuffisance de trésorerie, même grave et prolongée⁹¹⁶, ou qu'il s'est vu

⁹¹² Cass. com., 13 janvier 1987, n° 85-17.056, Bull. civ. IV, n° 8, p. 5, RTDCom. 1987, p. 229, n° 2, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

⁹¹³ P. BOUTEILLER, Responsabilité du banquier, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc. 520, n°37.

⁹¹⁴ P. BOUTEILLER, Responsabilité du banquier, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc. 520, n°13, Cass. com. 6 juin 1990, n° 87-19.115, Jurisdata n° 1990-001634

⁹¹⁵ Cass. com., 22 février 1994, n° 92-11.453, Bull. civ. IV, n° 73, p. 56 ; Cass. com., 1er février 1994, n° 91-19.430, Bull. civ. IV, n° 39, p. 31, JCP E 1995, I, n° 465, p. 228, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ;

⁹¹⁶ Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-15.969 ; Cass. com., 19 janv. 1983, n° 81-14.808, Bull. civ. IV, n° 22, p. 16

consentir un crédit d'une certaine importance⁹¹⁷. La situation n'est pas non plus désespérée lorsque les pouvoirs publics soutiennent un plan de redressement⁹¹⁸. L'hypothèse de situation irrémédiablement compromise se distingue également de l'état de cessation des paiements, la jurisprudence rappelant sans cesse l'écueil de la confusion de ces deux notions⁹¹⁹. La cessation des paiements signifie qu'il est impossible de faire face au passif exigible et « exigé⁹²⁰ » avec l'actif disponible. Car si la jurisprudence admet la faute du banquier pour l'octroi de crédits après la cessation des paiements, elle l'admet également pour des crédits qui auraient été octroyés avant cet état⁹²¹. Par exemple, l'entreprise sera en situation irrémédiablement compromise mais pas en état de cessation des paiements « *si elle dispose temporairement, d'un actif suffisant pouvant lui permettre de faire face au passif exigible et surtout exigé⁹²²* ». Autrement dit, « *le concours est légitime si l'entreprise a, grâce à lui, des chances de se redresser et qu'il ne l'est pas si la liquidation est inévitable⁹²³* ». Mais afin d'apprécier le comportement fautif, comme il se doit, il ne faudra tenir compte que de la connaissance avérée de cette situation.

255. La connaissance par le banquier de la situation irrémédiablement compromise. La connaissance de la situation désespérée par le banquier était bien souvent appréciée au regard des règles déontologiques qui s'imposent au banquier. Ainsi, le Code de bonne conduite, dont certaines dispositions sont prévues à l'article 60 de la loi du 24 janvier 1984, figurant à l'article L 313-12⁹²⁴ du Code monétaire et financier, suppose que le financement d'une entreprise en difficulté n'est pas en soi reprochable, sauf si la société est en situation irrémédiablement compromise. Et cette situation serait atteinte pour le banquier « *lorsqu'il*

⁹¹⁷ Cass. com., 12 novembre 1992, n° 90-16.899, RJDA 1993, n° 3, n° 237, p 213.

⁹¹⁸ Cass. com., 9 novembre 1993, n° 91-18.337 Bull. civ. IV, n° 384, p. 279 ; CA Rouen, 22 avril 1999, Regamat c/ BNP, Banque et droit 1999, n° 68, p. 63, obs. J-L. GUILLOT.

⁹¹⁹ Cass. com., 23 octobre 2001, n° 97-14.439, Actualité Proc. coll. 2001, n° 20, n° 268 ; Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-21.015, RJDA 2001, n° 10, n° 1019, p. 879

⁹²⁰ Cass. com. 12 novembre 1997, n° 94-15.829, RLDA 1998, n° 1, n° 29, obs. G. MONTÉGUDET ; Cass. com. 17 juin 1997, n° 92-13.056, Bull. Civ. IV n° 193 ; Cass. com. 25 novembre 1997, n° 95-17.443, Bull. Civ. n° 303 ; et Cass. com. 18 mars 2008, n° 06-20.510, P+B, RLDA 2008, n° 27, n° 1621, p 27, obs. M. FILIOL De RAIMOND. Comme le formule le Rapport 2007 de la Cour de cassation : « *il incombe au débiteur de démontrer que son actif disponible, tel qu'il paraît établi, s'est accru par l'effet d'une réserve de crédit, ou que le passif exigible, tel qu'il résulte de la somme des dettes échues, doit être réduit de ce qui n'est plus exigé, en raison d'un report d'échéance ou d'un moratoire accordé par tel ou tel créancier* », voir RLDA 2008, n° 27, n° 1612, p 21, obs. M. FILIOL De RAIMOND.

⁹²¹ Cass. com., 22 juillet 1986, n° 85-13.406, Bull. civ. IV, n° 171, p. 146 ; Cass. com., 23 février 1982, n° 79-13.991, Bull. civ. IV, n° 67, p. 57

⁹²² G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, p 134, n° 133.

⁹²³ Lamy Droit du financement 2007, v° « responsabilité du banquier dispensateur de crédit », n°2937 in fine.

⁹²⁴ Attention, cet article concerne toutefois le cas de la rupture abusive de crédit.

*perd tout espoir de remboursement décent*⁹²⁵ ». Lorsque le banquier a connaissance de cet état, il doit s'abstenir de fournir du crédit. C'est uniquement dans cette hypothèse, dans laquelle il procède à cet octroi, tout en sachant que la société est « vouée à l'échec », que sa responsabilité pourrait être engagée. Et cette connaissance doit être réelle, avérée. En effet, si le demandeur rapporte uniquement la preuve que le banquier d'après les circonstances aurait dû savoir que la situation était désespérée, il ne démontre en fait qu'un manquement du banquier à son devoir de s'informer sur la situation du débiteur, ce qui renvoie, semble-t-il⁹²⁶, à une simple faute d'imprudence non génératrice de responsabilité du banquier pour les affaires relevant du nouvel article L 650-1 du Code de commerce. Dès lors, il faut exclure des fautes pouvant donner lieu à condamnation aujourd'hui, toutes les anciennes condamnations prononcées sur la base d'une présomption de connaissance de la situation désespérée. En effet, auparavant, certains arrêts reconnaissaient la responsabilité du banquier parce qu'il « *ne pouvait pas ignorer cet état*⁹²⁷ » ou « *ne pouvait pas raisonnablement l'ignorer*⁹²⁸ », ou aurait dû le savoir, ou « *disposait d'informations qui auraient dû alerter sa vigilance*⁹²⁹ », ou « *pouvait le connaître*⁹³⁰ », ou encore, « *alerté comme il l'était, avait pu connaître la situation s'il s'était informé*⁹³¹ ». Toutes ces hypothèses renvoyant à un devoir de discernement ou de vigilance du banquier, n'auraient pas lieu d'être aujourd'hui. Seule la connaissance avérée de la situation désespérée, et sa méconnaissance par le banquier serait de nature à engager sa responsabilité, dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce. Par exemple, par un arrêt du 12 janvier 2007⁹³², la Cour d'appel de Paris retenait que la banque qui « *a apporté à la société (...) de manière inconsidérée mais consciente, pas seulement par légèreté*⁹³³, *des crédits excessifs, sans rapport avec l'importance de son activité réelle et ses facultés de remboursement, créant ainsi aux yeux des tiers une apparence de solvabilité et a accru et maintenu ses concours alors qu'elle savait que la situation était irrémédiablement compromise* », devait être condamnée à réparer le préjudice causé aux cautions, par ses fautes. Bien sûr, la même affaire se représenterait devant la juridiction après l'entrée en vigueur de la loi de

⁹²⁵ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, p 135, n^o 133.

⁹²⁶ Cf supra.

⁹²⁷ CA Aix-en-Provence, 22 janvier 1988, Bull. Aix 1988/1, n^o 37, p 61

⁹²⁸ Cass. com., 22 juillet 1980, n^o 78-16.088, Bull. civ. IV, n^o 317, p 256

⁹²⁹ Cass. com., 18 janvier 1994, n^o 91-15.279, BRDA 1994, n^o 4, p. 10

⁹³⁰ Cass. com., 7 octobre 1997, n^o 95-17.065, RJDA 1998, n^o 1, n^o 90

⁹³¹ Cass. com., 26 mars 1996, n^o 94-13.907, Bull. civ. IV, n^o 95, p. 79

⁹³² CA Paris, 15^e Ch. B, 12 janvier 2007, RG, n^o 05-09.476, Jurisdata n^o 327809, Gaz. Pal. Proc. Coll. 26-27 octobre 2007, p 54, obs. R. ROUTIER.

⁹³³ Il faut noter que la Cour a ici écarté le fait qu'une faute d'imprudence, de « légèreté » puisse fonder la responsabilité du banquier.

sauvegarde des entreprises, le 1er janvier 2006, la solution ne serait certainement pas la même. En effet, si les juges peuvent prononcer la condamnation du banquier en relevant sa décision d'octroi de crédit en toute connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur, ils doivent au préalable relever soit une fraude, soit une immixtion caractérisée du banquier dans la gestion du débiteur, soit la prise de garanties disproportionnées au concours consentis. Ce préalable restreint donc les possibilités d'engager la responsabilité du banquier tel que c'était sous l'empire de la loi de 1985.

Toutefois, si la connaissance de la situation irrémédiablement compromise peut révéler une faute lourde du banquier, dont la caractérisation est nécessaire pour engager la responsabilité du banquier, celle-ci peut également se confondre avec un comportement frauduleux, constitutif de l'une des exceptions prévues à l'article L 650-1 du Code de commerce, lorsque celle-ci est néanmoins entendue le plus largement possible.

256. La connaissance de la situation irrémédiablement compromise, élément constitutif de la fraude ? Sont considérées comme frauduleuses certaines pratiques illicites, tels l'escompte d'effets de complaisance, de traites de cavaleries... ou encore la pratique des taux usuraires dans le cadre des découverts en compte⁹³⁴, forme de crédit couramment utilisée chez les entreprises éprouvant quelques difficultés financières. Ces fautes entrent donc dans le domaine de la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce. Le soutien d'une activité illicite est également constitutif de fraude. De même que la fourniture de crédit dans un but autre que le financement de l'entreprise. Il a été vu précédemment que la fraude doit être entendue le plus strictement possible, c'est-à-dire que seuls les comportements révélant une intention de nuire sont susceptibles, dans cette hypothèse, d'engager la responsabilité du banquier. Il conviendrait d'exclure toute assimilation à la fraude du cas du banquier qui aurait « *conscience de nuire aux intérêts d'autrui, lorsqu'il consent un crédit ruineux ou d'un montant injustifié au regard des capacités prévisibles de remboursement de l'entreprise*⁹³⁵ », car la jurisprudence antérieure sur le soutien abusif serait dès lors reconduite. Comme cela a été vu précédemment, retenir comme comportement frauduleux la seule conscience de causer à autrui un dommage conduirait à condamner le banquier lorsqu'il a octroyé un crédit, dans le cadre des trois exceptions de l'article L 650-1 du Code de commerce, s'il avait connaissance de la situation désespérée de l'emprunteur. « *Cette*

⁹³⁴ La pratique des taux usuraires aux personnes morales, et personnes physiques agissant pour des besoins professionnels n'est plus constitutive de fraude cf C. Conso Art. L313-1 et CMF Art. L 313-5-1.

⁹³⁵ R. BONHOMME, La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. BOULOC, Dalloz 2007, p 59 et s. spéc. p 68, n° 13.

*connaissance implique en effet la conscience de (...) causer un préjudice*⁹³⁶[aux créanciers tiers] », soulignait Monsieur Robine. Dès lors, si la fraude est entendue largement, la connaissance de la situation irrémédiablement compromise sera susceptible d'engager la responsabilité du banquier. Elle peut également être source de responsabilité dans le cadre de la preuve de la faute lourde. En effet, lorsque le comportement du banquier ne révèle pas une fraude, l'exigence de faute lourde prend la relève dans la limite du champ de la responsabilité du banquier. Par conséquent, si les juges considèrent l'exception de fraude, de façon stricte, la preuve de la connaissance de la situation irrémédiablement compromise n'interviendrait qu'au stade de l'appréciation de la gravité de la faute, susceptible d'engager la responsabilité. En revanche, si les juges retiennent une conception large de la fraude, la preuve de cette connaissance par le banquier interviendra dès le stade de la preuve de la fraude elle-même. La connaissance de la situation désespérée ne saurait donc être abandonnée avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de sauvegarde. Par ailleurs, comme le souligne le professeur Hoang, « *l'abus manifeste dans la prise de garanties pourrait révéler une parfaite connaissance par le créancier d'une situation irrémédiablement compromise du débiteur*⁹³⁷ ». Peu importe l'interprétation par les juges de la faute, la connaissance de la situation irrémédiablement compromise sera encore un des critères de la responsabilité du créancier dispensateur de concours.

257. Conclusion. Si les juges n'envisageaient auparavant, que deux types de fautes susceptibles d'engager la responsabilité du banquier dispensateur de crédit : la pratique de crédit ruineux, et le soutien artificiel à une entreprise en situation irrémédiablement compromise⁹³⁸, l'application, aujourd'hui, de cette solution, sera différente selon le rôle conféré aux exceptions de l'article L 650-1 du Code de commerce. En effet, elle ne sera que partiellement possible dans le cas où les trois exceptions, sans être de véritables faits générateurs de responsabilité, constituent néanmoins des fautes dont la particulière gravité doit être rapportée. Elle sera, en revanche, peut-être plus complète dans le cas où les exceptions sont perçues comme de simples cas d'ouverture de la responsabilité. Les anciens

⁹³⁶ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, Cahier de Droit des Affaires, chronique p 69 et s, notamment p 74 n° 25.

⁹³⁷ P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises, quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Colloque du 24 février 2006, in Colloques et Débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007, p 75 et s. spéc. p 91, n° 43. Voir aussi F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD, Loi de sauvegarde des entreprises, Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif, RDBF septembre-octobre 2005, n°154, p 11 et s., spéc. p 18.

⁹³⁸ Voir Cass. com. 22 mars 2005, n° 02-20678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bull. Joly Sociétés, 1er novembre 2005 n° 11, p 1213, note F-X. LUCAS.

critères d'appréciation de la faute semblent donc pouvoir trouver application aujourd'hui. Mais la responsabilité civile du banquier ne peut-elle être mise en jeu en d'autres hypothèses ? En effet, l'imprécision du nouveau texte quant à son champ d'application laisse présager certaines failles, dans lesquelles la responsabilité du banquier reste envisageable.

§ 2. Les fautes commises en dehors du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce

258. Le champ limité du principe d'irresponsabilité. L'article L 650-1 du Code de commerce précise que : « *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 (...)* ». Le législateur a ainsi affirmé sa volonté de protéger les créanciers dans leur activité de fourniture de crédit, en cantonnant leur responsabilité pour les préjudices qu'ils ont causés par leur faute. Toutefois, cette immunité concerne, uniquement les créanciers qui ont consenti des concours. Dès lors, le banquier, malgré le principe d'irresponsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce reste responsable s'il rompt de manière fautive les crédits consentis à l'entreprise en difficulté (A), ou s'il méconnaît ses obligations contractuelles envers un emprunteur non averti (B).

A. Le maintien de la responsabilité pour rupture fautive de crédit.

259. Une responsabilité particulière. Jusqu'à présent, les banquiers pouvaient voir leur responsabilité engagée pour rupture brutale de crédit. Il convient avant d'envisager la mise en cause de la responsabilité et ses effets, de s'attacher aux règles régissant la rupture de crédit, car le banquier a bien évidemment le droit de rompre le crédit accordé à l'emprunteur. Dès lors, la détermination des conditions de la rupture de crédit (1) permettra d'envisager la responsabilité à ce titre à l'égard des entreprises en difficulté (2) et les conséquences de sa reconnaissance (3).

1. Les conditions de la rupture de crédit

260. Le respect d'un préavis. La rupture de crédit résulte de la révocation ou du non respect de l'ouverture de crédit. L'ouverture de crédit est une convention par laquelle l'établissement de crédit s'engage à mettre un certain crédit, pour une certaine durée, à la disposition d'un de ses clients⁹³⁹. Dès lors, en application du droit commun des contrats, le banquier a le droit de procéder à la résiliation unilatérale du crédit, lorsqu'il a été conclu à durée indéterminée. Toutefois cette rupture par le banquier ne devait pas être abusive ; l'abus se révélant par une rupture brutale⁹⁴⁰, pouvant dès lors engager la responsabilité du banquier. Celui-ci doit donc respecter un délai de préavis. L'article L 313-12 du Code monétaire et financier, prévoit ainsi que « *Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Le délai ne peut, sous peine de nullité du concours, être inférieur à une durée fixée, par catégorie de crédits et en fonction des usages bancaires, par un décret pris après avis de la commission bancaire. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai.* ». La volonté du banquier de cesser le concours doit donc être clairement exprimée⁹⁴¹. Le banquier a également l'obligation de respecter un délai de préavis qui est de soixante jours pour toutes les catégories de crédit⁹⁴². Toutefois, ce préavis n'est pas toujours dû : l'article L 313-12 du Code monétaire et financier poursuit en disposant que « *L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise* ».

⁹³⁹ Lamy Droit du financement 2007, « Mise en place du crédit », spéc. n° 2914.

⁹⁴⁰ Cass. com., 8 mai 1978, n° 76-15.446, Bull. civ. IV, n° 129, p 108, RTDCom. 1979, p. 134, n° 1, obs. M. CABRILLAC et J-L. RIVES-LANGE ; Cass. com., 13 janvier 1982, n° 80-13.144, Bull. civ. IV, n° 13, p 9, Gaz. Pal. 1982, 2, pan., p. 178, note S. PIÉDELIÈVRE ; Cass. com., 5 mars 1996, n° 93-10.606, D. 1996, I.R., p 97.

⁹⁴¹ Cass. com., 18 mai 1993, n° 91-17.675, Bull. civ. IV, n° 189, p 135, RTDCom. 1993, p. 552, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

⁹⁴² Décret n° 2005-1743 du 30 décembre 2005, codifié à l'article D 313-14-1 CMF, en vigueur depuis le 1er juin 2006.

261. Les cas de dispense de préavis. Deux éléments sont donc de nature à dispenser le banquier du respect du délai de préavis. La situation irrémédiablement compromise, en premier lieu, telle que définie précédemment⁹⁴³, permet au banquier de rompre le crédit sans délai. En second lieu, si l'emprunteur a eu un comportement gravement répréhensible, le banquier est dispensé du respect du délai de préavis. Le comportement gravement répréhensible vise bien évidemment les comportements relevant du droit pénal, tels que la remise d'effets de complaisance⁹⁴⁴, de bordereaux de cession de créances professionnelles éteintes⁹⁴⁵, l'émission de chèques postérieurement à une interdiction bancaire⁹⁴⁶, ou encore la remise de faux bilans, de factures fictives⁹⁴⁷... Constituent également des comportements gravement répréhensibles, selon la jurisprudence, le fonctionnement du compte sans versement au crédit, l'aggravation permanente de la situation et la carence de la société à fournir les documents et la sûreté demandés⁹⁴⁸, ou encore des dépassements importants et répétés des autorisations de trésorerie consenties nonobstant les rappels et mises en garde répétés du banquier⁹⁴⁹. Le fait de ne pas faire connaître à son banquier la situation réelle, en particulier une perte très importante et la nécessité de demander un moratoire aux fournisseurs, a été considéré comme un comportement gravement répréhensible⁹⁵⁰. Il doit donc s'agir de comportements révélant si ce n'est une intention de nuire, au moins une mauvaise foi caractérisée. Toutefois, ne constituent pas un comportement gravement répréhensible, la mise en examen de l'emprunteur pour faux et escroquerie, une mise en examen ne suffisant pas, en raison de la présomption d'innocence, à établir sa culpabilité⁹⁵¹, de même, la perte de confiance des banquiers qu'elle soit fondée ou non, n'est pas de nature à justifier une rupture brutale⁹⁵². Lorsque ni une situation irrémédiablement compromise, ni un comportement gravement répréhensible ne sont relevés, le banquier a l'obligation de respecter un délai de préavis pour rompre le crédit, à défaut il engage sa responsabilité, la

⁹⁴³ Cf supra ; Là encore la situation irrémédiablement compromise se distingue de la notion de cessation des paiements, elle ne saurait être liée à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire : voir sur ce point Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7^e éd. 2007, p 515, n° 692 et Cass. com. 19 octobre 1999, Bull. Civ. IV, n° 167, p 140, RTDCom 2000, 155, obs. M. CABRILLAC ; RDBF n° 1, janvier-février 2000, 13, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD.

⁹⁴⁴ Cass. com., 14 février 2006, n° 04-16.464, BRDA 2006, n° 5, p 9

⁹⁴⁵ CA Aix-en-Provence, 14 décembre 1990, Banque 1991, p 657, obs. J-L. RIVES-LANGE.

⁹⁴⁶ CA Limoges, 13 novembre 1991, Banque et droit 1992, p 174.

⁹⁴⁷ Voir sur ce point RDBB 1989, p 211, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GERARD.

⁹⁴⁸ Cass. com. 2 juin 1992, Bull. Civ. IV, n° 213, Defrénois 1992, 1577, obs. J. HONORAT, et Cass. com., 26 nov. 2002, n° 99-16.506, BRDA 2002, n° 24, p 9

⁹⁴⁹ Cass. com. 2 novembre 1994, RJDA 1995, n° 3, n° 310, p 254-255

⁹⁵⁰ CA Amiens, 21 mars 1995, Banque et droit 1995, n° 43, p. 34, obs. J-L. GUILLOT.

⁹⁵¹ CA Rouen 2^e ch., 6 mai 1999, SA Crédit du Nord c/ SA Dugrand, Jurisdata n° 106181, JCP E 2000, n° 26, pan. p 1014.

⁹⁵² CA Rouen 2^e ch., 6 mai 1999, SA Crédit du Nord c/ SA Dugrand, Jurisdata n° 106181, JCP E 2000, n° 26, pan. p 1014

Cour d'appel de Rouen, dans un arrêt du 8 décembre 2005⁹⁵³, a pu considérer de la sorte un banquier responsable pour rupture abusive de crédit. Néanmoins, à défaut de lien de causalité avec le préjudice, elle a infirmé la décision des juges de première instance de l'avoir condamné au versement de dommages et intérêts. Toutes les conditions de droit commun sont ainsi requises dans l'appréciation de la rupture abusive de crédit de l'article L 313-12 du Code monétaire et financier, les juges y veillant toujours assidûment.

2. La rupture de crédit dans le cadre du droit des entreprises en difficulté.

262. Rupture de crédit consenti avant l'ouverture de la procédure. Dans le cadre des procédures collectives, la jurisprudence, sous l'empire de la loi de 1985 autorisait la rupture de crédit, pendant la phase d'observation sous le respect des conditions de l'article L 313-12 alinéa 1 et 2, en rapportant la preuve de la situation irrémédiablement compromise ou d'un comportement gravement répréhensible de l'emprunteur⁹⁵⁴. En effet, dans cette hypothèse, l'administrateur a pu décider du maintien du crédit par le banquier, en vertu du principe de la continuation des contrats en cours⁹⁵⁵, peu important que le contrat de crédit soit imprégné

⁹⁵³ CA Rouen, 8 décembre 2005, Jurisdata n° 2005-294141.

⁹⁵⁴ Cass. com., 1er octobre 1991, n° 89-13.127, Bull. civ. IV, n° 273, JCP E 1992, II, n° 236, obs. M. JEANTIN, Banque 1992, p 101, obs. J-L. RIVES-LANGE, RDBB 1992, p. 27, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD, D 1992, somm., p 261, obs. F. DERRIDA ; Cass. com., 2 mars 1993, n° 91-10.181, Bull. civ. IV, n° 88, RTDCom. 1993, p 553, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, RDBB 1993, p 228, obs. Ch. GAVALDA.

⁹⁵⁵ C. Com. Art. L 622-13 : Al 1 : *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Le contrat est résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour prendre parti.* Al 2 : *Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.* Al 3 : *A défaut de paiement dans les conditions définies à l'alinéa précédent et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, le contrat est résilié de plein droit et le parquet, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation.* Al 4 : *Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.* Al 5 : *Si l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du deuxième alinéa, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts dont le montant doit être déclaré au passif au profit de l'autre partie contractante. Celle-ci peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts.* Al 6 : *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.* Al 7 : *Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail.*

d'un fort intuitu personae⁹⁵⁶. Lorsque la période d'observation prend fin, certains auteurs⁹⁵⁷ estiment que l'ouverture de crédit prend fin de manière automatique. Pour d'autres⁹⁵⁸ en revanche, la question de la non application de l'article L 622-13 du Code de commerce n'est pas acquise. Durant l'exécution du plan de sauvegarde, la jurisprudence considère que le banquier peut rompre le crédit dans les conditions de l'article L 313-12 du Code monétaire et financier. Pendant la phase de liquidation, même si les contrats sont en principe rompus, la loi permet au liquidateur de poursuivre certains contrats, notamment le bail des immeubles affectés à l'entreprise⁹⁵⁹, ou encore les contrats pour le maintien de l'activité dans le cadre de l'article L 641-10, pour la préparation d'un plan de cession ou parce que l'intérêt public l'exige. Peut-être cette solution était-elle applicable aux autres contrats en cours ? La Cour de cassation, par deux arrêts du 15 février 2005⁹⁶⁰ et du 5 juillet 2005⁹⁶¹, a décidé que la liquidation n'avait pas pour effet d'entraîner la résiliation des contrats en cours. Pour le professeur Corinne Saint-Alary-Houin, cette solution serait transposable dans les textes de la loi de sauvegarde. Dès lors, comme précédemment, la rupture sans préavis par le banquier du crédit lorsque celui-ci a été maintenu par le liquidateur, sera autorisée dans le respect des conditions de l'article L 313-12 du Code monétaire et financier.

263. La rupture des crédits accordés après l'ouverture d'une procédure. La solution est ici à distinguer selon le type de procédure concernée. Lorsque le crédit a été consenti dans le cadre d'un accord de conciliation, c'est le droit commun des obligations qui s'applique : le banquier est tenu de respecter les termes du contrat. S'il est mis fin à cet accord de conciliation, le banquier est libéré. Il bénéficie, en outre, si l'accord a été homologué, du

⁹⁵⁶ Cass. com., 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n°266, JCP G 1988, II, n°20927, obs. M. JEANTIN, D. 1988, jur., p 52, note F. DERRIDA, Banque 1988, p 96, obs. J-L. RIVES-LANGE, RDBB 1988, p 69, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Gaz. Pal. 1988, 1, doct., p 227, note B. SOINNE, RTDCom. 1988, p 97, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, RTDCiv. 1988, p 397, obs. J. MESTRE, RDBB 1988 p 60, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD : « *L'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait état de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne ; il en résulte que l'administrateur doit, lorsqu'il le demande, obtenir la continuation, pendant la période d'observation, des conventions de compte courant, d'ouverture de crédits, de découvert ou d'autorisation d'escomptes en cours au jour du jugement de redressement judiciaire, sauf pour l'établissement financier à bénéficier des dispositions de l'article 40 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 et, s'il y a lieu, de celle du deuxième alinéa de l'article 60 de la loi no 84-46 du 24 janvier 1984* ».

⁹⁵⁷ J-L. RIVES-LANGE., Le règlement amiable : bilan de trois années d'application, Colloque Toulouse, 1989, Banque 1989, p 140.

⁹⁵⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, Collection Domat Droit Privé, 5^e éd. 2006, n° 552, p 304 et s.

⁹⁵⁹ C. Com. Art. L 642-12.

⁹⁶⁰ Cass. com. 15 février 2005, Bull. Civ. IV, n° 28, D 2005 AJ p 641, obs. A. LIENHARD ; Actualité Proc. Coll. 2005, n° 56, obs. J. VALLANSAN ; JCP E 2005 n° 36, p 1424, obs. Ph. PÉTEL

⁹⁶¹ Cass. com. 5 juillet 2005, D 2005 AJ p 2147, obs. A. LIENHARD ; Gaz. Pal. 4/5 novembre 2005, p 24, obs. M-P. DUMONT.

privilège de New Money, devant l'encourager à soutenir le débiteur qui éprouve quelques difficultés. Lorsque les crédits ont été consentis pendant la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire, le banquier est libre de les rompre dans le respect des conditions de l'article L 313-12 du CMF⁹⁶², sauf si le banquier a clairement limité la portée de son engagement à la période d'observation⁹⁶³. Enfin, dans le cadre de crédits octroyés après la période d'observation, c'est-à-dire pendant un plan de sauvegarde ou de redressement, tels qu'ils sont prévus à l'article L 626-10 du Code de commerce, le banquier est tenu, dans les termes du droit commun de respecter son engagement de financer l'activité et ne peut ainsi rompre le crédit sans préavis qu'en cas de situation irrémédiablement compromise, ou de comportement gravement répréhensible du débiteur. L'inexécution d'une disposition importante du plan par le débiteur peut caractériser ce comportement⁹⁶⁴.

3. Sanction de la rupture brutale de crédit.

264. Diversité des sanctions. A défaut de preuve de la situation irrémédiablement compromise ou du comportement gravement répréhensible, le banquier qui a rompu le crédit sans respecter le délai de préavis, peut être condamné pour rupture brutale. Afin de faire cesser ce trouble manifestement illicite⁹⁶⁵, le juge des référés peut prescrire des mesures conservatoires, ou la remise en l'état. Le demandeur peut également agir en nullité de la rupture, si la durée du préavis n'a pas été respectée⁹⁶⁶. Mais si le banquier peut être responsable sur le plan contractuel à l'égard de l'emprunteur pour les préjudices qu'il a subi⁹⁶⁷, il peut également l'être sur le plan délictuel à l'égard des tiers. C'est le plus souvent la caution qui exerce l'action afin de voir sa dette compensée avec celle du banquier condamné pour rupture brutale de crédit. Ainsi, si le banquier pouvait voir sa responsabilité engagée au titre de la rupture de crédit, il semble que l'article L 650-1 du Code de commerce n'y fasse pas davantage obstacle aujourd'hui. Toutefois, la difficulté pour le demandeur à

⁹⁶² Cass. com., 14 février 1989, n° 87-14.629, D 1991, somm., p 11, obs. F. DERRIDA, RTDCom. 1989, p 507, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

⁹⁶³ Lamy Droit du Financement 2008, v° « Rupture du crédit », spéc. n° 3005. Cass. com., 3 mai 2006, n°04-17.075, BRDA 2006, n°14, p 6

⁹⁶⁴ Lamy Droit du Financement 2008, v° « Rupture du crédit », spéc. n° 3006.

⁹⁶⁵ Cass. com., 28 novembre 2006, n° 05-15.217, RLDA 2007, n° 12, n° 687, obs. S. NAHON ; Cass. com., 14 février 1989, n° 87-14.564 et 87-14.629, RTDCom. 1989, p. 507, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; Cass. com., 3 décembre 1991, n° 90-13.714, RJDA 1992, n° 1, n° 63, Banque 1992, p 734, note J-L. RIVES-LANGE.

⁹⁶⁶ Durée inférieure à la durée légale.

⁹⁶⁷ CMF, Art. L 313-12 in fine « *le non respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit* ».

l'action sera de prouver le lien de causalité entre cette rupture et le préjudice qu'il a subi. La jurisprudence analysant avec détail l'existence de ce lien dans le cadre de la responsabilité pour rupture de crédit autant que pour l'action en responsabilité au titre de l'octroi de crédits.

B. Le maintien de la responsabilité contractuelle du banquier envers les emprunteurs et cautions non avertis.

265. Postulat. L'article L 650-1 du Code de commerce, a un champ d'application restreint au droit des entreprises en difficulté. L'emprunteur peut dès lors agir sur le plan de la responsabilité civile contractuelle du banquier, au motif que celui-ci a manqué à ses obligations imposées par le contrat de prêt. En effet, alors que d'un côté, le législateur s'est attaché à cantonner la responsabilité des créanciers dispensateurs de concours par l'article L 650-1 du Code de commerce, de l'autre, les devoirs incombant au banquier dispensateur de concours, dans le cadre du financement professionnel ont été renforcés par la jurisprudence.

266. Le développement des obligations du banquier. Au cours du mois de juillet 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation a confirmé une notion qu'elle avait déjà élaboré dans plusieurs arrêts ; notamment un arrêt du 27 juin 1995⁹⁶⁸ : le devoir de mise en garde. Par quatre arrêts du 12 juillet 2005⁹⁶⁹, la première chambre civile décide que cette obligation de mise en garde n'incombe au banquier qu'envers un emprunteur profane, les emprunteurs avertis étant à même de mesurer les risques et les conséquences liées à leur engagement. La chambre commerciale, quant à elle, retenait à cette époque que le banquier n'était tenu d'aucun devoir de mise en garde envers l'emprunteur, quel qu'il soit, sauf dans l'hypothèse d'une dissymétrie d'information⁹⁷⁰ : selon cet arrêt du 11 mai 1999⁹⁷¹, seules des circonstances exceptionnelles justifiant l'ignorance du débiteur, pouvaient justifier la mise

⁹⁶⁸ Cass. civ. 1^o, 27 juin 1995, n^o 92-19-212, Bull. Civ. I, n^o 287, p 200 : un particulier n'avait pas été mis en garde du risque de contracter un prêt à un taux « insupportable »

⁹⁶⁹ Cass. civ. 1^o, 12 juillet 2005, n^o 02-13.155, 03-10.115, 03-10.770 et 03-10.921, Bull. Civ. I, n^o 324 à 327, JCP G 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP E 2005, 1359, note D. LEGEAIS ; D 2005, p 3094, note B. PARANCE ; Banque et Droit 2005, n^o 104, p 82, obs. T. BONNEAU ; Banque Magazine 2005, n^o 673, p 94, obs. J-L. GUILLOT et M. BOCCARA.

⁹⁷⁰ Qui serait due à des circonstances exceptionnelles : Cass. com. 11 mai 1999 n^o 96-16088, Bull. Civ. IV, n^o 95 p 78, Jurisdata n^o 1999-001987, rapport C. Cass. 1999, p 358 : décision rendue à propos de crédits aux entreprises, puis appliquée ensuite au cas des crédits aux particuliers : Cass. com. 10 octobre 2000 RJDA janvier 2001, n^o 71

⁹⁷¹ Cass. com. 11 mai 1999, Bull. Civ. IV n^o 95, p 78, JCP E 1999, p 1730, 2^o espèce, note D. LEGEAIS, RDBB n^o 75, septembre octobre 1999, 184 obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; RTDCom 1999, 733, obs. M. CABRILLAC, LPA n^o 118, 15 juin 1999, 12 ; RJDA juin 1999, n^o 710, p 556, JCP E 1999, panorama p 1218, note P. BOUTEILLER.

en jeu de la responsabilité du banquier pour crédit excessif. Ces circonstances exceptionnelles pouvaient se traduire par une immixtion fautive du banquier⁹⁷² ou par son rôle actif dans le financement, par exemple lorsqu'il était à l'origine du montage financier⁹⁷³, ou qu'il incitait à l'endettement⁹⁷⁴. Puis en 2006, la Chambre commerciale a opéré une distinction entre emprunteurs « avertis » et emprunteurs « profanes », sans en utiliser pour autant les termes. Elle prend en compte le degré de compétence de l'emprunteur. Elle considère en effet, par trois arrêts du 3 mai⁹⁷⁵ et un du 20 juin 2006⁹⁷⁶, que le banquier est soumis à un devoir de mise en garde au profit des emprunteurs dénués de compétence particulière en matière de financement et en est exonéré à l'égard de l'emprunteur compétent dès lors qu'il ne détenait pas d'informations sur la situation financière des emprunteurs que ceux-ci auraient ignorées⁹⁷⁷. Cette solution a ensuite été reprise dans un arrêt du 12 décembre 2006⁹⁷⁸, dans lequel la Cour qualifie un emprunteur, qui était « *en mesure d'appréhender les risques et l'opportunité du crédit qu'il se préparait à souscrire* », d'emprunteur « averti ».

267. Domaine de l'obligation de mise en garde. Quelle est cette obligation de mise en garde ? Selon les auteurs, cette obligation se situerait entre l'obligation d'information et l'obligation de conseil : il s'agirait d'une « *obligation d'information renforcée*⁹⁷⁹ ». L'obligation de mise en garde consiste pour le banquier à informer le client sur les risques juridiques et financiers, les aspects négatifs du contrat de crédit ; il n'a pas à se substituer à lui pour apprécier la rentabilité et l'opportunité du projet, comportement qui serait alors révélateur d'une immixtion dans la gestion⁹⁸⁰. Le banquier doit vérifier la capacité financière de son client et l'alerter de l'importance du risque encouru⁹⁸¹. Cette obligation de mise en garde incombe néanmoins au banquier uniquement lorsque son cocontractant est un emprunteur « profane », ou « non averti ». La responsabilité du banquier sur ce fondement

⁹⁷² Cass. com. 2 juin 2004, JCP E 2005 782, obs. A. S.

⁹⁷³ Cass. com. 23 juin 1998, Bull. Joly Sociétés 1998 p 1287, § 385, obs. Ph. PÉTEL

⁹⁷⁴ Cass. com. 8 juin 1994, Bull. Civ. IV, n° 206

⁹⁷⁵ Cass. com. 3 mai 2006, n° 02-11.211, 04-15.517 et 04-19.315 (P+B+I+R), JCP E 2006, 1890, note D. LEGEAIS ; D 2006, p 1445, obs. X. DELPECH ; D 2006, p 1618, note J. FRANCOIS.

⁹⁷⁶ Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-14.114 (FS+P+B) Jurisdata n° 2006-034266, Banque et Droit 2006, n° 109, p 50, obs. Th. BONNEAU, RDBF 2006, comm. 191, note F-J. CREDOT et T. SAMIN ; JCP E 2006, 2271, note D. LEGEAIS.

⁹⁷⁷ A. GOURIO, Responsabilité des établissements de crédit envers les emprunteurs et les cautions en matière d'octroi de crédits, JCP G n° 28, 12 juillet 2006, II, 10122, p 1408 et s., spéc. p 1413.

⁹⁷⁸ Cass. com. 12 décembre 2006, n° 03-20.176, Bull. Civ. IV n° 243 p 267, Jurisdata n° 2006-036470.

⁹⁷⁹ N. BOURDALLE, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier, Banque et Droit 2006, n° 107, p 17 et s.

⁹⁸⁰ Voir sur ce point, J. DANIEL, Le devoir de mise en garde du banquier, LPA 18 février 2008, n° 35, p 5 et s., spéc. p 8, n° 9.

⁹⁸¹ T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien, 7° éd. 2007, n° 737-1, p 558.

dépend donc de la qualité de l'emprunteur. Quel est dès lors cet emprunteur « averti » ? La notion doit-elle être rapprochée de celle de « professionnel » ? La réponse a été donnée par un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007⁹⁸² en chambre mixte : la qualité de professionnel n'implique pas celle d'emprunteur averti, et un professionnel ne peut être présumé averti. Un professionnel qui contracte un prêt en dehors de sa sphère d'activité mérite une protection s'il n'a pas de compétence particulière en la matière⁹⁸³. Dans cette affaire, une banque avait consenti un prêt à un agriculteur pour les besoins de son exploitation. La Cour d'appel a rejeté l'action en responsabilité de celui-ci contre la banque. La Cour de cassation a alors cassé l'arrêt d'appel pour défaut de base légale en lui reprochant de ne pas avoir recherché si l'intéressé était un emprunteur non averti. Ainsi, la qualité de professionnel ne doit pas être prise en compte pour qualifier la personne d'emprunteur « averti ».

268. Élargissement des obligations du banquier envers l'emprunteur non averti. Par un arrêt du 14 mai 2008⁹⁸⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation refuse à un emprunteur « averti » d'agir en responsabilité contre le banquier pour crédit excessif. Dans cette affaire, il était reproché au banquier, chargé de procéder à la restructuration d'un passif, d'avoir agi à son seul avantage en procédant à une réaffectation des sommes prêtées aux fins de mettre en place des garanties efficaces alors même que les nouvelles conditions de remboursement excédaient manifestement les conditions de remboursement de l'emprunteur et le privaient de toute possibilité de redressement⁹⁸⁵. La Cour de cassation confirme la décision d'appel en disposant qu' *« après avoir constaté que les sociétés emprunteuses étaient des opérateurs économiques avertis dont les dirigeants sociaux, eux-mêmes professionnels avisés, avaient une parfaite connaissance de la situation financière de leurs sociétés et des conditions des deux prêts, et relevé que ces opérateurs, qui bénéficiaient en outre de l'assistance de leurs professionnels du chiffre, avaient eux-même défini, tant leur besoin de financement que l'affectation des fonds empruntés, l'arrêt en déduit que les sociétés emprunteuses ne pouvaient reprocher aux banques, dont il a nullement été*

⁹⁸² Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, D 2007 act., p 1950, note V. AVENA-ROBARDET et D 2007, jur, p 2082 et s., note S. PIEDELIEVRE ; RLDC Décembre 2007, n° 44, 2778, p 25 et s, note Ph. DELEBECQUE ; JCP G 2007, II, 10146, note A. GOURIO.

⁹⁸³ N. BOURDALLE, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier, Banque et droit n° 107, Mai-juin 2006, p 17 et s., spéc. p 24, n° 18.

⁹⁸⁴ Cass. com. 14 mai 2008, n° 07-17.939, arrêt n° 583 F-D, Sté La Galinière relais de la poste et a. c/ Sté Marseillaise de crédit et a., Jurisdata n° 2008-044010, Actualité Proc. Coll. 2008, n° 11, p 7 et 8., n° 183 ; Gaz. Pal. 27-29 juillet 2008, p 53, obs. R. ROUTIER.

⁹⁸⁵ R. ROUTIER, La responsabilité de l'établissement de crédit, note sous Cass. com. 14 mai 2008, n° 07-17.939 Gaz. Pal. 27-29 juillet 2008, p 53.

démontré qu'elles auraient eu, sur la situation financière, des renseignements ignorés des emprunteurs, un comportement fautif lors de l'octroi de ces prêts ». Si la prise en compte de la qualité d'emprunteur « averti » était appliquée jusqu'à présent au cas de l'obligation de mise en garde ; par cette décision, la Cour en a étendu l'application au cas de la fourniture de crédit excessif⁹⁸⁶, sans même citer le devoir de mise en garde. La jurisprudence récente définit donc le devoir de mise en garde par rapport à deux obligations : celle de s'informer sur les capacités financières de son client, et lorsque celles-ci sont insuffisantes ou trop justes au regard du prêt, celle de l'alerter sur les risques encourus. Ainsi la Cour de cassation énonçait déjà dans ses arrêts du 29 juin 2007, que le banquier est tenu d'un devoir de mise en garde « à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts »⁹⁸⁷. Cette solution a ensuite été reprise par la première chambre civile, dans un arrêt du 18 septembre 2008⁹⁸⁸. La responsabilité d'une banque ne pourra donc plus être recherchée pour avoir accordé un crédit excessif, dès lors qu'elle aura exécuté son obligation de mise en garde. C'est donc à l'emprunteur défaillant dans ses remboursements qu'il appartient de rapporter la preuve que sa défaillance est en relation causale avec le caractère disproportionné de son emprunt. Comme le soulignent Messieurs Crédot et Samin, « dès lors que le défaut de remboursement ne s'explique pas par le caractère inadapté du crédit au regard des capacités financières et d'endettement de l'emprunteur, celui-ci ne peut se prétendre créancier d'une obligation de mise en garde à laquelle le banquier n'était pas tenu et dont, par construction, il n'a pas eu à se ménager la preuve de son exécution »⁹⁸⁹. Les obligations du banquier sont donc accentuées envers les emprunteurs « non avertis ». Le débiteur d'une entreprise en difficulté peut-il invoquer dès lors, un manquement du banquier à ses obligations ?

269. La compatibilité de cette action avec celle de l'article L 650-1 du Code de commerce. Selon les professeurs Stoufflet et Matthey, le domaine limité de l'article L 650-1 du Code de commerce permet l'exercice des actions engagées par des emprunteurs non avertis « qui font valoir qu'un crédit bancaire était hors de proportion avec leur situation financière et leurs ressources actuelles ou prévisibles, et qui aurait dû susciter une mise en garde de la part du prêteur (...) »⁹⁹⁰. Mais peut-on qualifier le débiteur, dans le cadre d'une

⁹⁸⁶ R. ROUTIER, La responsabilité de l'établissement de crédit, note sous Cass. com. 14 mai 2008, n° 07-17.939 Gaz. Pal. 27-29 juillet 2008, p 53.

⁹⁸⁷ Cass. Ch. Mixte 29 juin 2007, n°05-21104 et n°06-11673

⁹⁸⁸ Cass 1^ociv. 18 septembre 2008, n°07-17270 RDBF n°6, nov 2008, comm. 161

⁹⁸⁹ Cf note J-C. CREDOT et T. SAMIN sous Cass 1^ociv. 18 septembre 2008, n°07-17270 RDBF n°6, nov 2008, comm. 161

⁹⁹⁰ J. STOUFFLET, N. MATTHEY, Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Commentaire des dispositions applicables aux concours financiers, RDBF janvier-février 2006 p 54 et s. spéc. p 59, n°40.

entreprise en difficulté, d'emprunteur non averti ? La jurisprudence s'est attachée à ce que ne soient pas confondues les qualités de professionnel et d'averti, ce qui signifie que le débiteur peut être considéré comme un non averti, à l'égard duquel le banquier est redevable de certaines obligations, notamment un devoir de mise en garde, et par extension, le rejet de tout crédit disproportionné aux capacités financières de son client. Si la qualité de professionnel présumait celle d'averti, alors le banquier n'aurait en aucun cas pu voir sa responsabilité engagée au titre d'un crédit disproportionné dans le cadre d'une entreprise en difficulté, puisque les emprunteurs dont il est ici question, sont les « débiteurs » en droit des procédures collectives, qui sont uniquement des professionnels !

270. L'extension des obligations du banquier envers les cautions non averties. Les cautions non averties bénéficient également du devoir de mise en garde, dans le cadre de financements professionnels. De récents arrêts démontrent en effet, l'application de cette nouvelle obligation aux cautions profanes⁹⁹¹, dont l'engagement pouvait par ailleurs porter sur des financements professionnels⁹⁹².

271. Conclusion. Si le banquier pensait être protégé contre une action en responsabilité, du fait de ses concours, ce n'est qu'illusion ! En effet, un octroi abusif de crédit dans le cadre d'une fraude, d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de la prise de garanties disproportionnées aux concours, comme celles relevant de la rupture de crédit ou du manquement au devoir de mise en garde dans le cadre de la fourniture de crédit, sont susceptibles d'engager sa responsabilité civile ! Mais pas seulement. Le banquier, comme nous le verrons par la suite, peut encore être déclaré responsable en tant que dirigeant de fait, ou sur le plan pénal, pour complicité de banqueroute. Toutefois, sa responsabilité ne saurait être mise en jeu sans que soit rapportée la preuve d'un préjudice, et d'un lien de causalité.

⁹⁹¹ Cass. com. 28 novembre 2006, n° 05-13.559 (F-D), Jurisdata n° 2006-036247 ; Cass. com. 13 février 2007, n° 05-18.663 (F-D) Jurisdata n° 2007-037433.

⁹⁹² Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-19.315 Consorts Mainguy c/SA Natiocrédibail, Jurisdata n° 2006-033320.

SOUS-SECTION 2. LE PRÉJUDICE ET LE LIEN DE CAUSALITÉ

272. Deux éléments fondamentaux. La responsabilité civile du banquier à raison de l'octroi de concours, est fondée sur la faute de celui-ci : il s'agit d'une responsabilité pour faute. Néanmoins, elle ne peut être établie à défaut d'un préjudice lié à celle-ci. Ces deux conditions sont nécessaires à la reconnaissance de la responsabilité du banquier. En effet, même si dans le cadre du droit commun, elles sont parfois placées à un rang secondaire, notamment dans le cadre de la responsabilité pour faute, elles restent des conditions indispensables. La responsabilité civile a un objet principalement indemnitaire⁹⁹³ : la reconnaissance de la responsabilité permet de réparer un dommage, dans son intégralité. Or, la réparation ne saurait être intégrale, si le préjudice subi n'a pas été déterminé au préalable (§1). De même, on ne saurait condamner le banquier, pour la réparation de ce préjudice, si aucun lien n'est établi entre son comportement et le dommage subi (§2).

§ 1. Le préjudice réparable.

273. Absence de précision dans le texte. L'article L 650-1 du Code de commerce dispose : « *Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis (...)* ». Ainsi, nulle précision n'est apportée quant aux personnes victimes des préjudices subis du fait des concours consentis par le banquier. La formule employée est extrêmement large, il semble donc opportun de considérer tous les préjudices, qui ont pu être relevés sous l'empire du droit antérieur à la loi de sauvegarde⁹⁹⁴. Quels sont dès lors les titulaires de l'action en responsabilité civile contre le dispensateur de crédit ?

274. Les titulaires de l'action sous l'empire de la loi de 1985. Avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, les personnes susceptibles de mettre en cause la responsabilité du banquier voyaient leurs actions différemment traitées par la Cour de cassation. Ainsi, si la recevabilité des actions des emprunteurs et cautions n'est pas remise en cause, leurs demandes sont toutefois fréquemment et par principe, rejetées. La jurisprudence fait preuve, en effet, d'une plus grande sévérité envers les emprunteurs et les cautions dirigeantes ; plus la personne dispose d'informations, moins elle est fondée à

⁹⁹³ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in *Traité de Droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 3^e éd. 2006, p 4-5, n° 247.

⁹⁹⁴ Encore faut-il néanmoins qu'un lien de causalité entre ce préjudice et la faute du banquier soit prouvé.

rechercher la responsabilité de l'établissement de crédit. La Cour tente de limiter les possibilités pour ces derniers de mettre en cause la responsabilité de la banque pour octroi de crédits excessifs, soutien abusif de crédit ou manquement au devoir de conseil ou de mise en garde. Aussi les actions des tiers créanciers sont-elles mieux accueillies par les juges, bien que l'ampleur des condamnations n'est que relativement faible.

275. La distinction qualité / intérêt pour agir, liée au droit des procédures collectives.

Cela signifie-t-il pour autant que toutes les personnes ayant un intérêt à agir ont la qualité pour agir ? La réponse est négative. En effet, le droit des procédures collectives impose ses règles : certaines personnes, nous le verrons par la suite, sont contraintes de respecter les règles de la procédure collective, leur ôtant parfois la qualité pour agir, alors qu'elles subissent un préjudice.

276. Les critères du préjudice réparable. Si l'établissement d'une faute est nécessaire afin de sanctionner le banquier, dispensateur de concours, la démonstration d'un préjudice est indispensable pour justifier le versement de dommages-intérêts. Il ne peut, en effet, être alloué de dommages et intérêts en l'absence de tout dommage⁹⁹⁵. Le préjudice subi du fait de l'octroi de concours, est un dommage venant affecter la victime dans son patrimoine. Le droit commun relève trois sortes de dommages : il peut s'agir d'une perte, de dommages causés aux biens, ou encore de la suppression ou de la diminution de revenus. Pour être réparable, le préjudice doit revêtir certains critères : il doit être légitime, c'est-à-dire juridiquement protégé, certain et actuel, personnel et direct. La responsabilité du banquier du fait des concours est régie par le droit commun de la responsabilité civile, qui veut que la preuve du triptyque soit rapportée. Dès lors, outre la preuve de la faute du créancier dispensateur de crédit, le demandeur doit rapporter la preuve du préjudice⁹⁹⁶ et du lien de causalité. Les juges y veillent particulièrement. Les préjudices dont la faute du créancier dispensateur de concours est à l'origine, peuvent être nombreux et varient en fonction de la personne qui s'en prévaut. Le premier des préjudices réparables est, comme l'exige le principe même des procédures de traitement des difficultés des entreprises, le préjudice collectif (A), dont la protection incombe au mandataire judiciaire. Néanmoins, certains préjudices subis individuellement sont susceptibles d'être réparés (B), tels ceux de certains créanciers, celui subi directement par le débiteur ou par ses cautions.

⁹⁹⁵ Certaines décisions isolées ont néanmoins abondé dans ce sens, en matière de responsabilité contractuelle : Cass. com. 30 juin 1992, n° 90-20991, Bull. Civ. IV n° 258, D 1994, p 454, note A. BÉNABENT ou encore Cass. civ. 3°, 25 janvier 1995, n° 92-19600, Bull. Civ. III, n° 29 ; Cass. civ. 1°, 10 mai 2005, n° 02-15910, Bull. Civ. I, n° 201.

⁹⁹⁶ CA Bordeaux, 3 juin 1998, Banque et droit 1998, n° 62, p. 43, obs. J-L. GUILLOT.

A. Le préjudice collectif.

277. La défense de l'intérêt collectif. Le préjudice collectif est le premier des préjudices dont il est demandé réparation au banquier. Il est la justification de la responsabilité civile pour soutien abusif. Néanmoins cette responsabilité, s'inscrivant au sein de procédures de traitement des difficultés du débiteur, est hautement influencée par le droit des procédures collectives. Les organes de la procédure sont, en effet, étroitement liés à l'exercice de l'action. Dès lors, la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt collectif (b) ne s'est pas faite sans obstacle, tout comme la détermination du préjudice réparable (a).

1. Exercice de l'action collective.

278. La compétence de principe du mandataire judiciaire. L'action collective est exercée en premier lieu par un intermédiaire, aujourd'hui nommé mandataire judiciaire, au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers (a). Néanmoins, l'inaction du mandataire permet l'exercice ut singuli de l'action en responsabilité par les créanciers (b).

a. L'action du mandataire au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers

279. Acquisition par étape de la qualité pour agir contre le banquier. Le droit, pour les créanciers, d'agir collectivement par le biais d'un intermédiaire, contre le banquier ne leur a pas toujours été reconnu. Ce droit a été acquis progressivement, sous le respect de chacune des lois en vigueur. D'abord admise avec précaution sous l'empire de la loi de 1967 (α), l'action du mandataire a été consacrée par la loi de 1985 (β), puis confirmée par la nouvelle loi de sauvegarde (γ).

α . Sous l'empire de la loi de 1967

280. L'admission progressive du droit d'agir à l'encontre du créancier. La recevabilité de l'action collective des créanciers s'est faite par étape⁹⁹⁷ et de façon bien mouvementée. En effet, il a toujours été reconnu la possibilité pour le syndic d'exercer une action collective⁹⁹⁸. En revanche, la question d'une action collective contre le banquier, lui même créancier, posait des difficultés. L'interdiction d'agir a donc été contournée par divers procédés juridiques, qui ont ensuite été écartés. Puis la Cour de cassation prit soin de poser, en 1976, le principe de la recevabilité de l'action.

⁹⁹⁷ J. DI VITTORIO, L'évolution de la responsabilité du banquier (II), Rev. Banque n°368, Décembre 1977, p 1353 et s., spéc. p 1354.

⁹⁹⁸ Article 13 de la loi du 13 juillet 1967.

281. Première phase : le contournement de l'interdiction d'agir. Sous l'empire de l'ancien droit, le syndic, agissant au nom de la masse, n'avait pas qualité pour agir en responsabilité contre le banquier. En effet, la jurisprudence retenait que le syndic ne pouvait agir en responsabilité, si le préjudice invoqué n'avait pas été subi par tous les créanciers de la masse⁹⁹⁹. Or le banquier faisait lui-même partie de la masse. La reconnaissance du droit d'action du syndic en cette hypothèse aurait abouti à la situation absurde dans laquelle le banquier aurait, par l'intermédiaire du syndic, agi en responsabilité contre lui-même! Or, il n'y a pas d'action contre soi-même. Les professeurs Gavalda et Stoufflet soulignaient que « *seules sont des actions de masse, celles qui intéressent l'ensemble des créanciers, sans exception*¹⁰⁰⁰ ». Ainsi, jusqu'en 1968, le syndic contournait cette interdiction en se limitant à demander aux tribunaux, le rejet de la production du banquier dans la faillite du crédité, par le biais de la compensation. Par son soutien abusif, le banquier était créancier du failli et devenait débiteur, envers les créanciers de la faillite, d'une indemnité réparatrice du préjudice subi. La compensation pouvait dès lors s'opérer et la production du banquier être rejetée¹⁰⁰¹.

282. Deuxième phase : le retour de l'impossibilité d'agir en responsabilité contre la banque par l'intermédiaire du syndic. Deux arrêts de 1968¹⁰⁰² met fin à la pratique de la compensation, en soulignant que ce mécanisme ne pouvait intervenir qu'entre une créance et une dette existant entre les mêmes personnes. C'est la condition de réciprocité. Or, dans ce cas précis de la mise en jeu de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, le procédé consistait à compenser une dette envers la masse avec une créance contre le débiteur. Il s'agissait de deux personnes différentes, donc la compensation ne pouvait plus être utilisée aux fins de contournement de l'interdiction pour le syndic, d'agir en responsabilité contre le banquier. L'impossibilité d'une action en responsabilité intentée par le syndic reprenait alors le dessus. De vives critiques ont été portées contre cette jurisprudence, estimant que les créanciers étaient dès lors privés de leur droit à réparation. En réalité, ils disposaient toujours de leur droit d'agir individuellement pour la part de

⁹⁹⁹ CA Paris, 10 juin 1963 RTDCom 1964, p 628 obs. R. HOUIN ; CA Nîmes 13 novembre 1963, RTDCom 1964, p 167, obs. R. HOUIN ; CA Amiens 4 février 1964 JCP 1964, IV, p 72 ; CA Douai 7 mai 1966, RTDCom 1967, p 872, obs. R. HOUIN ; Cass. 9 juin 1969, D 1970 p 106, note PIROVANO, RTDCom 1971, p 496, obs R.HOUIN.

¹⁰⁰⁰ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit de la banque, PUF 1974, n° 447, p 591
voir aussi : CA Aix en Provence, 2 juillet 1970, JCP 1971, II, 16686, note Ch. GAVALDA ; Cass. com. 2 mai 1972, D 1972, p 618, note A. PIROVANO.

¹⁰⁰¹ M. VASSEUR, La mise en jeu de la responsabilité du banquier, Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s. , spéc. p 369, VI.

¹⁰⁰² Cass. com. 6 novembre 1968, et Cass. com. 26 novembre 1968, JCP 1969, II, 15759 ; RTDCom 1969, 212, obs. HOUIN

préjudice qu'ils avaient subi¹⁰⁰³. Mais pour la doctrine, cette solution avancée par la Cour de cassation constituait, comme l'a écrit le professeur Gavalda¹⁰⁰⁴, « *une astuce de procédure* », aboutissant à « *une irresponsabilité de fait des banques*¹⁰⁰⁵ »¹⁰⁰⁶. Les poursuites contre le banquier dispensateur de crédit étaient ainsi rendues artificiellement rares.

283. Troisième phase : l'affirmation de la recevabilité de l'action du syndic. Le célèbre arrêt Laroche de la Cour de cassation du 7 janvier 1976¹⁰⁰⁷, opéra un important revirement de jurisprudence. La chambre commerciale a en effet affirmé que « *le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour introduire une action en responsabilité contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par ses agissements à l'aggravation du passif ou à la diminution de l'actif* ». Le pas a été franchi par la jurisprudence, mais ne mit pourtant pas fin aux critiques. En effet, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la formule « *dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi* ». Ainsi, le Professeur Bouloc¹⁰⁰⁸, qui ne conteste pas le fait que le syndic a qualité pour agir au nom de la masse, en application du principe de la personnalité morale de la masse, reconnu par la Cour de Cassation dans un arrêt du 17 janvier 1956¹⁰⁰⁹, émet des doutes sur l'affirmation selon laquelle le syndic a qualité pour agir au nom de la masse à l'encontre d'un créancier faisant partie de la masse. Il estime que la jurisprudence a, sans texte, créé des sous masses, dont l'une d'elles serait représentée par le syndic. Selon lui, cette situation engendrerait des difficultés quant à la répartition des dommages et intérêts. Quoiqu'il en soit, le principe de la recevabilité de l'action du syndic est acquis. La loi du 25 janvier 1985 portant réforme des procédures collectives ne l'ébranla d'aucune manière. Sont ainsi recevables, les actions individuelles mais aussi les actions collectives ; le type d'action engagé dépendant bien sûr des intérêts en cause.

¹⁰⁰³ Cass. com. 19 mars 1974, DS 1975, 7^e cahier, p 124, note J-P SORTAIS ; RTDCom 1975, 154 ; Banque 1974, p 645 ; Cass. com. 9 octobre 1974, Bull. Civ. IV p 196 n° 241, JCP 1975 IV 6502, p 109 obs. J-A.; Rev. Sociétés 1975, 245 note A.HONORAT, RTDCom 1975, 341 ; Cass. com. 5 décembre 1978, JCP 1979, éd G, I, 2965, n° 67, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET

¹⁰⁰⁴ Ch. GAVALDA, JCP 1971, II, 16686

¹⁰⁰⁵ A. HONORAT, Rev. Sociétés 1975, p 248 ; J-P. SORTAIS, D 1975, p 126, col. I
Ex : Cass. com. 2 mai 1972, D 1972 p 618

¹⁰⁰⁶ Déjà à l'époque, une forme d'irresponsabilité des banques était évoquée!

¹⁰⁰⁷ Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, DS 1976, jur. p 277, F. DERRIDA et J-P SORTAIS ; JCP 1976 II 18327 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; JCP G 1976 I, 2786, note J. GHESTIN ; Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s. M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1976, I, jur., p 412 (journal n° 168 du 16 juin 1976) obs. B. BOULOC ; Rev. Sociétés 1976, p 126, note A. HONORAT.

¹⁰⁰⁸ Gaz. Pal. 1976, I, jur., p 412, obs. B. BOULOC

¹⁰⁰⁹ Cass. com 17 janvier 1956, D 1956, p 265, note HOUIN ; JCP 1956, II, 9601, note GRANGER

β. Sous l'empire de la loi de 1985

284. Les titulaires de l'action. L'article 46 de la loi du 25 janvier 1985¹⁰¹⁰ disposait que « *le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers* ». La loi a ainsi procédé à la suppression de la masse et l'a remplacée par un mécanisme de représentation judiciaire. Le mandataire de justice (représentant des créanciers ou liquidateur) devient le défenseur de l'intérêt collectif des créanciers, contre toute personne, fût-elle parmi celles représentées, pour demander sa condamnation à la réparation du préjudice qu'elle a causé. Une difficulté est survenue du fait de la suppression de la masse, quant à la nature et à la définition de l'intérêt collectif des créanciers. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont réussi à résoudre la question.

285. L'intérêt collectif lié à la personnalité morale de la masse. A la suite de l'arrêt Laroche, la doctrine était partagée : fallait-il définir l'intérêt collectif des créanciers comme la somme des intérêts individuels de l'ensemble des créanciers dans la masse, ou comme l'intérêt indépendant, distinct de celui des créanciers membres de la masse ? C'est cette seconde solution qui a été retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt Laroche. L'intérêt collectif est autonome, il est lié à la personnalité morale de la masse. La personnalité juridique a été reconnue à la masse, par un arrêt du 17 janvier 1956¹⁰¹¹, largement critiqué. La personnalité morale justifiait, disait-on, l'existence d'un intérêt collectif des créanciers qui n'était pas la simple addition des intérêts individuels des créanciers composant la masse ; il s'agissait d'un intérêt supérieur. Dès lors, la suppression de la masse, en 1985, et par là, la disparition d'un groupement de créanciers ayant la personnalité morale, pouvait relancer le débat qui existait avant l'arrêt Laroche.

286. Les conséquences de la suppression de la masse. La difficulté s'est posée de savoir s'il fallait rejeter l'action collective du représentant des créanciers ou bien maintenir les acquis de la jurisprudence Laroche. En effet, la formulation choisie par la loi de 1985 portait au doute : « *l'intérêt des créanciers* ». L'intérêt qu'a en charge de défendre le représentant des créanciers, est-il l'intérêt individuel de chaque créancier ou seulement l'intérêt collectif des créanciers ? Est-il le représentant de chaque créancier ou le représentant de l'intérêt collectif des créanciers ? Est-il encore fondé à exercer une action collective ? Représente-t-il encore l'intérêt de l'ensemble des créanciers et peut-il poursuivre l'un d'entre eux en responsabilité ? La jurisprudence s'est clairement prononcée, en faveur de l'action collective

¹⁰¹⁰ C. Com. Art. L 621-39 (ancien)

¹⁰¹¹ Cass. com. 17 janvier 1956, D 1956, p 265, note HOUIN ; JCP 1956, II, 9601, note GRANGER

du représentant des créanciers, par un arrêt du 16 novembre 1993¹⁰¹², qui reprend quelque peu la formulation de l'arrêt Laroche. D'autres arrêts¹⁰¹³, par la suite, ont confirmé cette solution. Celle-ci peut par ailleurs, trouver sa justification dans le principe même de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit et dans l'objectif de la sanction : la protection de l'intérêt commun des créanciers. Ainsi, comme le soutenait le Doyen Roblot¹⁰¹⁴, « *le crédit fautif consenti par le banquier a pour conséquence d'appauvrir l'entreprise débitrice et donc de réduire le gage de tous les créanciers, il est logique d'admettre que l'intérêt commun à la réparation de ce préjudice collectif, distinct de la somme des préjudices individuels des créanciers* » justifie l'exercice d'une action collective, fut-elle à l'encontre de l'un des créanciers. En outre, le législateur de 1985, par l'article 46 de sa loi, a donné au mandataire de justice le monopole de la défense de l'intérêt des créanciers¹⁰¹⁵, ce qui implique qu'il existe une action collective.

287. La recevabilité de l'action collective. Les créanciers vont ainsi se rassembler dans un groupement, certes de manière informelle, mais qui peut justifier d'un intérêt collectif qui supplante les intérêts personnels de chacun d'eux. Y aurait-il une sorte de « *résurrection de la masse*¹⁰¹⁶ » ? Pour certains auteurs, la masse des créanciers n'a en fait disparu qu'en apparence, car la discipline collective est indispensable, elle permet d'assurer le principe d'égalité des créanciers chirographaires. Par ailleurs, selon Monsieur Crédot¹⁰¹⁷, la personnalisation du groupement n'était pas utile : l'article 46 fondait à lui seul la recevabilité de l'action du représentant des créanciers, comme l'article 183 fondait son action en comblement de passif, contre les dirigeants sociaux coupables de fautes de gestion, même si ceux-ci étaient créanciers dans la masse¹⁰¹⁸. Cependant, il existerait, selon certains auteurs,

¹⁰¹² Cass. com. 16 novembre 1993, D 1994, p 57 et s. , note F. DERRIDA et J-P. SORTAIS

¹⁰¹³ Cass. com. 18 janvier 1994, n° 185 D, CRAM du Finistère c/ Corre ès qual. RJDA juin 1994, n° 682, p 543 et s : condamnation de la banque. ; Cass. com. 5 mars 1996, Souchon ès qual. c/ Crédit du Nord, Rev. Dalloz Affaires n° 17, avril 1996, p 525 et s. ; Cass. com 3 juin 1997, Bull. Civ IV, n° 163 ; D 1997, p 517, note F. DERRIDA ; JCP E 1997, II, 988, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; LPA, n° 13, 30 janvier 1998, p 22, note G-A. LIKILLIMBA.

¹⁰¹⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Traité de droit commercial, Tome 2, 16° éd. 2000, n° 3000, p 938, Voir aussi, C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5° éd. 2006, n° 759 et s., p 448 et s ; M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz 7°éd. 2007, p 245 et s., n° 355 et s. ; P-M. Le CORRE et E. Le CORRE-BROLY, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, Sirey Université, 2° éd., 2006, n°346 et s., p 324 et s. ; F. PÉROCHON et R. BONHOMME, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 7°éd. 2006, n°

¹⁰¹⁵ Article 46 de la loi du 25 janvier 1985 codifié à l'article L 621-39 : « le représentant des créanciers, désigné par le tribunal, a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers. »

¹⁰¹⁶ Expression utilisée par le professeur F. DERRIDA, note sous Cass. com 16 mars 1993, LPA 20 octobre 1993, n° 126 p 14 et s.

¹⁰¹⁷ F-J. CREDOT, L'arrêt Laroche et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985, LPA, 26 décembre 1986, n° 155, p 8 et s.

¹⁰¹⁸ Ce que retenait la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1967.

des obstacles à la reconnaissance d'une action collective par le représentant des créanciers : il a ainsi été précisé, que l'action collective est subordonnée à l'existence d'un intérêt collectif et donc à l'existence d'un préjudice collectif. Or en l'absence de masse ou de tout autre groupement équivalent ayant une personnalité morale, un préjudice ne peut être collectif que s'il recouvre celui subi en commun par la totalité des créanciers¹⁰¹⁹.

288. Justification économique de l'action collective. Les arguments développés plus haut en faveur de l'action collective, et justifiés en droit, le sont également sur le plan économique : on ne saurait priver le représentant des créanciers de toute action au nom des créanciers, pour la reconstitution du patrimoine du débiteur ¹⁰²⁰! Il en résulterait une irresponsabilité de fait des banquiers dispensateurs de crédit ! Ceci n'est pas envisageable et même inadmissible puisque ce serait un déni de justice.

289. Le mandataire judiciaire : représentant de l'ensemble des créanciers. Une difficulté, vite résolue par la Cour de cassation, s'est posée : « *le représentant des créanciers a seul qualité pour agir au nom des créanciers* », mais de quels créanciers s'agit-il ? Le nom des créanciers doit il être indiqué ? L'un des moyens invoqués par le demandeur à un pourvoi en cassation, énonçait que le nom des créanciers pour lesquels le représentant des créanciers (le liquidateur en l'espèce) exerce une action en inopposabilité, devait être indiqué, car les circonstances propres à chaque créancier peuvent conduire à l'irrecevabilité de l'action engagée. Il s'agissait, en l'espèce de savoir à qui le crédit-bail était inopposable, ou opposable. La Cour de cassation a décidé que : « *si, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, les créanciers ne sont plus constitués en une masse dotée de la personnalité morale, il n'en demeure pas moins que seul le représentant des créanciers dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a qualité (...) et que, tenant de la loi le pouvoir de représenter l'ensemble de ceux-ci pour la défense de leur intérêt collectif, il n'a pas à indiquer au nom de quels créanciers il se présente dès lors qu'il ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers* »¹⁰²¹.

Les solutions ont ainsi été posées, mais qu'advient-il de celles-ci avec la nouvelle réforme du droit des procédures collectives ?

¹⁰¹⁹ F. DERRIDA, note sous Cass. com. 16 mars 1993, LPA, 20 octobre 1993, n° 126, p 14 et s.

¹⁰²⁰ G-A. LIKILLIMBA, le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Litec 2° éd., 2001, n° 467, p 378

¹⁰²¹ Cass. com. 16 mars 1993, Bull. civ IV n° 106, JCP E 1993, I, 227, n° 18, ou JCP G 1993, I, 3704, obs. M. CABRILLAC ; D 1993, 583, note F. DERRIDA

γ. La réforme opérée par la loi de sauvegarde des entreprises

290. Les titulaires de l'action. L'article L 622-20 du Code de commerce dispose : « *Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Toutefois, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt par des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». La loi nouvelle n'apporte ainsi aucune modification aux solutions posées par la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1985 ; elle maintient de façon explicite, le principe de la défense de l'intérêt collectif des créanciers par le mandataire judiciaire. Cependant, ce monopole n'est pas absolu : la loi prévoit un nouveau droit d'action au créancier nommé contrôleur, en cas de carence du mandataire judiciaire. Par ailleurs, cette prérogative est accordée eu égard à la qualité de créancier, et non à celle de contrôleur. Ainsi, les contrôleurs de droit dans les professions réglementées, et qui ne sont pas créanciers, ne disposent pas de ce pouvoir. Par ailleurs, dans la législation antérieure, la jurisprudence avait admis la possibilité pour le commissaire à l'exécution, d'exercer une action en vue d'assurer l'intérêt collectif des créanciers¹⁰²², alors que la loi de 1985 ne lui accordait que la possibilité de continuer de telles actions. « *Le commissaire à l'exécution du plan trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 67 alinéa 2 (article L 621-68 du Code de Commerce ancien), en vue de poursuivre les actions exercées avant le jugement arrêtant le plan, par le représentant des créanciers, pour la défense de leur intérêt collectif, qualité pour engager également en leur nom, une action tendant aux mêmes fins* ». Et ceci alors même que le représentant des créanciers aurait été maintenu en fonction pour les seuls besoins de la vérification du passif¹⁰²³. La loi de sauvegarde des entreprises a officialisé cette extension prétorienne des pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan¹⁰²⁴, par l'article L 626-25, alinéa 3 du Code de commerce. Enfin, un mandataire ad-hoc a-t-il la compétence nécessaire pour engager lui aussi une telle action ? La question s'est posée dans

¹⁰²² Cass. com. 12 juillet 1994, Bull. Civ IV, n° 265 ; D 1995, somm. 1, obs. F. DERRIDA ; Rev. Proc. Coll. 1995, 125, n° 6, obs. B. SOINNE

Cass. com. 23 novembre 1999, Act. Proc. Coll. 2000/1, n° 13

¹⁰²³ CA Lyon 26 février 1999 : BICC 1999, n° 1443, RTDCom 2001, 215, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN

¹⁰²⁴ Pour des exemples récents d'action en responsabilité intentée par le commissaire à l'exécution du plan : un arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2007 : *Une société d'exploitation de studios cinématographiques avait sollicité deux prêts d'un montant de 10 000 000 francs chacun, obtenus à deux semaines d'intervalle auprès de deux différents établissements de crédit. Cette société ayant été mise en redressement judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, dans le même temps représentant des créanciers de la société, a recherché la responsabilité de ces deux banques pour avoir consenti des crédits fautifs et pour non-vérification de l'emploi des sommes prêtées.* Cass com 10 décembre 2003 : *Mutuelle Sociale Agricole de l'Ariège c/ Brenac ès qual.* arrêt n°1807 P+B+R+I, JCP E n° 7, 12 février 2004, étude 252, note D. LEGEAIS.

des arrêts de la Cour d'appel de Montpellier du 19 mars 1996¹⁰²⁵ et de la Cour d'appel de Paris du 14 janvier 2005¹⁰²⁶. Dans ces deux arrêts, les juges du fond ont écarté la possibilité pour le mandataire ad-hoc d'engager lui-même une action. Et cette solution ne semble pas devoir être abandonnée aujourd'hui¹⁰²⁷.

b. L'exercice ut singuli de l'action collective en cas d'inaction du mandataire de justice

291. Le principe de l'action ut-singuli. La question s'est posée de savoir si en cas de carence ou de négligence du mandataire de justice, les créanciers pouvaient intenter l'action ut singuli. Le terme ut singuli signifie littéralement « *en tant que chacun en particulier* ». Cette notion recouvre donc la situation dans laquelle, les membres d'un groupement, ici les créanciers, agissant individuellement, exercent des droits et actions appartenant à ce groupement¹⁰²⁸. La doctrine, sous le régime ancien du droit des procédures collectives, était divisée sur la question.

292. Divergences doctrinales sous l'empire du droit antérieur. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la jurisprudence reconnaissait dans un premier temps, à un créancier la possibilité d'exercer seul une action paulienne¹⁰²⁹. Puis dans un second temps, la Cour de cassation admit l'action ut singuli des créanciers pour leur part de préjudice collectif, mais uniquement en cas d'inaction du syndic¹⁰³⁰. Dans le cas contraire, le banquier était fondé à demander la réduction du montant total de la condamnation à concurrence du montant des créances produites par les créanciers qui auraient déjà agi individuellement¹⁰³¹. Cette faculté d'agir ut singuli n'était dès lors qu'exceptionnelle, car l'action ut universi n'appartenait qu'au seul syndic¹⁰³². L'action ut singuli des créanciers n'était que subsidiaire. Toutefois, en 1982, la Cour cantonna ce droit d'action ut singuli, en précisant que, dès lors que le syndic exerçait

¹⁰²⁵ CA Montpellier 2^o ch B, 19 mars 1996, D 1996, IR p 134

¹⁰²⁶ CA Paris 14^o ch B, 14 janvier 2005, RG n^o 04/14754, Gaz. Pal. Proc. Coll. 2005/1, p 28, obs. D. VOINOT.

¹⁰²⁷ Cass. com. 30 octobre 2007, n^o 06-16.129 et 06-16.178, arrêt n^o 1201 FS-P+B, Gaz. Pal. Proc. Coll. 23-24 janvier 2008, p 58 obs. R. ROUTIER. Dans cet arrêt, deux banques soulevaient l'irrecevabilité d'une action en responsabilité engagée par le représentant des créanciers, puis poursuivie par celui-ci en qualité de commissaire à l'exécution du plan, avant qu'elle le soit en qualité de mandataire ad-hoc. La Cour a retenu que cette question ne relevait pas de la compétence du juge du soutien abusif, même si la nomination en tant que mandataire ad hoc aurait dû intervenir avant la cessation des fonctions (Cass. com. 9 juin 1998, Bull Civ IV n^o184, D 1998 IR p 197 RTDCom 1998 p 931 obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN).

¹⁰²⁸ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd., 2007 v^o « ut singuli »

¹⁰²⁹ CA Paris 9 mai 1980, D 1980, p 358, Concl. JEOL ; JCP 1980, II, 19419, concl. JEOL. ; Rev. Sociétés 1981, p 382, note F. DERRIDA et J-P SORTAIS

¹⁰³⁰ Cass. com. 25 mai 1981, D 1981 p 643 1^{ère} espèce, note F. DERRIDA et J-P SORTAIS ; D 1982, I, 196, obs. M. VASSEUR,

¹⁰³¹ Rapp. CA Paris 22 juin 1978, D 1978, IR p 421 obs. M. VASSEUR

¹⁰³² Cass. com. 3 février 1982, D 1983, IR, 1, obs. F. DERRIDA ; RTDCom 1982, p 595, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ

l'action collective, le droit des créanciers d'agir ut singuli tombait, même s'il y avait une instance en cours¹⁰³³. Lorsque la loi de 1985 est entrée en vigueur, la question de la recevabilité de l'action ut singuli s'est de nouveau posée : la nouvelle rédaction de la loi ôte-t-elle cette possibilité aux créanciers ? L'esprit de la loi de 1985 était de limiter les initiatives individuelles, et de limiter l'extension de la notion d'intérêt collectif. L'article 46 confère un véritable monopole d'exercice au représentant des créanciers pour la défense de l'intérêt collectif. La jurisprudence a poursuivi cette orientation, par un célèbre arrêt du 9 juillet 1993¹⁰³⁴, l'arrêt *Astre*. La Cour de cassation a ainsi admis que « *dès lors que le syndic, représentant la masse des créanciers, exerce l'action en réparation au préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, auquel il est reproché d'avoir, par ses agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers en réparation au préjudice constitué par l'immobilisation de sa créance inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis, et notamment par la perte des intérêts* ». La Cour reprend ici le principe selon lequel l'action collective du représentant des créanciers tient en l'état celle exercée ut singuli par un créancier. Cet arrêt, même s'il a été rendu sous l'empire de la loi de 1967, semble revêtir une portée actuelle. Ainsi, les créanciers, même s'ils ont intérêt à agir, ne disposent pas de cette qualité ; seul le représentant des créanciers en dispose. Il y a dissociation entre l'intérêt et la qualité pour agir. En effet, selon l'article 31 du Nouveau Code de procédure civile, « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt déterminé* ». Un créancier est donc privé de son droit d'action, même si le mandataire de justice n'agit pas. La Cour de cassation l'a admis dans une importante décision du 3 juin 1997, « *en vertu des articles 46, alinéa 1^{er} (article L 621-39) et 148, alinéa 3 (article L 622-1, al.2), de la loi du 25 janvier 1985, seul le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* »¹⁰³⁵. Cette solution se justifie aussi sur le plan pratique : une action collective par le mandataire de justice permet

¹⁰³³ Cass. com. 3 février 1982, Rev. Sociétés 1982, p 872, note J-P. SORTAIS.

¹⁰³⁴ Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, D 1993, p 469, note F. DERRIDA ; JCP E 1993, II, 509, note F. POLLAUD-DULIAN ; JCP E 1993, I, 298, obs. M. CABRILLAC ; JCP E 1993, I, 302, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Dr. sociétés 1994, n° 26, obs. Y. CHAPUT

¹⁰³⁵ Cass. com. 3 juin 1997, Bull. Civ. IV, n° 161, JCP E 1997, II, 988, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; RDBF 1997, p 175, M-J. CAMPANA et J-M CALENDINI ; D 1997, jur. 517, obs. F. DERRIDA ; LPA 1998, n° 13 p 22, note G A. LIKILLIMBA

Cass. com. 2 février 1999, Rev. Proc. Coll. Civ. et Com. 2000, 223, n° 41, obs. B. SOINNE.

de pallier l'anarchie des poursuites individuelles¹⁰³⁶. Cependant, en pratique, les actions individuelles de créanciers réclamant la réparation de leur part personnelle de préjudice, étaient extrêmement rares en raison d'un obstacle porté au devant des créanciers : la destination des sommes recueillies. Ainsi l'article 46 alinéa 2 précisait-il que « *les sommes recouvrées à la suite des actions du représentant des créanciers entrent dans le patrimoine du débiteur* ». En aucun cas, les sommes provenant de la condamnation du banquier ne pouvaient servir à la réparation du préjudice subi par le créancier qui a intenté l'action. De ce fait, les créanciers ne voyaient pas l'intérêt d'agir.

Pour certains auteurs, la ressemblance de rédaction entre l'article 46 de la loi de 1985 et l'article 13 de la loi de 1967, conduirait à envisager l'application de la jurisprudence de l'époque et ainsi retenir la recevabilité de l'action ut singuli des créanciers, pour les « actions simplement collectives » en cas de carence de la part du syndic¹⁰³⁷.

293. Solution applicable depuis le 1er janvier 2006. Qu'en est-il de ce débat aujourd'hui avec la réforme opérée par la loi de sauvegarde des entreprises ? Aujourd'hui, la discussion n'a plus lieu d'être puisque l'article L 622-20 du Code de commerce, qui reconnaît le droit d'action du mandataire de justice, accorde aux contrôleurs, la possibilité d'agir en cas de carence du mandataire. Auparavant, un créancier ne pouvait se substituer à lui, même s'il était contrôleur dès lors qu'il se prévalait du préjudice collectif subi par les créanciers¹⁰³⁸. Il a été affirmé, en effet, que le contrôleur n'était pas un « organe » de la procédure. Selon la définition de Madame Frison-Roche¹⁰³⁹, est un organe « *la personne identifiée, désintéressée en ce qu'elle n'est pas personnellement partie au litige, en charge d'une mission concourant à l'exercice de la justice et dotée à ce titre de prérogatives adéquates* ». La Cour de cassation a rapidement affirmé que le contrôleur n'émet pas de prétention juridique et ne peut donc interjeter aucune voie de recours. Toutefois, son rôle d'organe n'était pas inexistant, il était seulement extrêmement limité puisqu'il pouvait solliciter la cessation de l'activité et la conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire¹⁰⁴⁰, notamment en cas de résiliation d'un contrat pour défaut de paiement¹⁰⁴¹, et solliciter le remplacement de l'administrateur ou du représentant des créanciers¹⁰⁴². Par ces

¹⁰³⁶ G-A LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Litec 2° éd., 2001, n° 458, p 372

¹⁰³⁷ F. DERRIDA, P. GODE, J-P. SORTAIS, avec la collab. de A. HONORAT, *Redressement et Liquidation judiciaire des entreprises*, Dalloz 2° et 3° éd. 1986 et 1991, n° 510 et 515

¹⁰³⁸ Cass. com. 3 février 1982, *Rev. Sociétés* 1982, p 872.

¹⁰³⁹ M-A FRISON-ROCHE, *Le contrôleur*, LPA 14 juin 1995, n° 71, n° spécial *Entreprises en difficultés*, Les principales innovations du Décret du 21 octobre 1994, p 8 et s, spéc. p 9, n°12.

¹⁰⁴⁰ C. Com. Art. L 621-27, al. 1, anciennement article 36, alinéa 1 de la loi du 25 janvier 1985

¹⁰⁴¹ C. Com. Art. L 621-28, al. 3, anciennement article 37, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985

¹⁰⁴² C. Com. Art. L 621-10, al. 2, anciennement article 12, alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985

deux prérogatives, il revêtait le rôle d'organe puisqu'il avait la possibilité d'émettre des prétentions juridiques et d'exercer des voies de recours. Le rôle du contrôleur s'inscrivait dans le « *rôle traditionnel d'assistance du mandataire judiciaire dans ses fonctions et d'assistance du juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise* »¹⁰⁴³. Aujourd'hui, il est conféré au contrôleur un véritable rôle d'organe. Cette innovation a été souhaitée par le législateur pour pallier deux situations : le cas de l'inaction du mandataire judiciaire, et le cas où celui-ci accepterait des transactions spoliant les droits des créanciers¹⁰⁴⁴. Selon le rapport de Monsieur Xavier De Roux, cette innovation s'inscrit dans le prolongement des mesures prises en 1994, selon lesquelles le mandataire judiciaire avait l'obligation de communiquer au juge-commissaire et au ministère public, les observations qui lui était transmises par les contrôleurs¹⁰⁴⁵. Cependant, il ne peut lui être attribué le nom d'« organe » puisque le décret du 28 décembre 2005, lui-même, distingue les organes de la procédure, des contrôleurs¹⁰⁴⁶. Cette innovation constitue une extension remarquable des prérogatives des contrôleurs que la loi du 10 juin 1994 n'avait pas osé leur accorder. En effet, la loi de sauvegarde renforce le rôle des contrôleurs qui avait déjà été accru en 1994. Selon le rapport de la Commissions des lois, le législateur a décidé de « *franchir un pas supplémentaire en faveur du contrôleur, vis-à-vis du mandataire judiciaire* »¹⁰⁴⁷. Les contrôleurs revêtent désormais, en dernier recours, le rôle de « *gardiens de l'intérêt collectif* »¹⁰⁴⁸. Il faut, en effet, préciser que l'action du contrôleur n'est que subsidiaire, il ne peut agir qu'en cas de carence du mandataire judiciaire¹⁰⁴⁹. Ainsi, selon le décret du 28 décembre 2005 portant application de la loi de sauvegarde des entreprises, l'action en responsabilité ne pourra être exercée qu'après une mise en demeure adressée au mandataire judiciaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception restée infructueuse pendant deux mois à compter de la réception de celle-ci¹⁰⁵⁰. Par ailleurs, ce droit d'action n'est accordé au contrôleur que pour la protection de l'intérêt collectif des créanciers. Toutes les mesures sont prises pour que le contrôleur ne détourne pas ce pouvoir à des fins autres.

¹⁰⁴³ Ph. ROUSSEL-GALLE, Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif, Gaz. Pal. 9/10 septembre 2005, n° 9 p 4.

¹⁰⁴⁴ Rapport X De ROUX AN n° 2095, p 427.

¹⁰⁴⁵ Rapport AN, n° 2095, Commission des lois, X. De ROUX, p 223 et 224.

¹⁰⁴⁶ Voir l'intitulé de la section 2 du chapitre 1 du titre 2 du décret : « des organes de la procédure et des contrôleurs »

¹⁰⁴⁷ Rapport AN, n° 2095, Commission des lois, X. De ROUX, p 223.

¹⁰⁴⁸ Expression de Ph. ROUSSEL-GALLE, dans : Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif, Gaz. Pal. 9/10 septembre 2005, p 3.

¹⁰⁴⁹ C. Com. Art. L 622-20 al. 2

¹⁰⁵⁰ Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, article 93.

294. Le champ d'action du contrôleur. Dans le cadre des actions en responsabilité patrimoniale, le rôle du contrôleur est strictement encadré. Ainsi, seul lui est autorisé, l'exercice des actions en insuffisance d'actif¹⁰⁵¹ ou en obligation aux dettes sociales¹⁰⁵² et des sanctions pénales, c'est-à-dire les actions visant à la condamnation en faillite personnelle ou en banqueroute, du ou des dirigeants (de droit ou de fait) de la personne morale, et les autres infractions commises par les tiers¹⁰⁵³. Au départ, ce domaine d'action conféré aux contrôleurs ne s'étendait pas aux sanctions pénales, mais le Sénat l'a étendu par un amendement, pour plus de cohérence¹⁰⁵⁴. Ces précisions sont utiles afin de limiter les effets pervers de ces prérogatives ; il faut éviter qu' « *un contrôleur ne puisse agir seul en poursuivant un but qui ne relèverait pas nécessairement d'un intérêt collectif mais peut être d'un intérêt personnel*¹⁰⁵⁵ ». Et dans cette optique, il est prévu que l'action soit collégiale : la demande doit être formée par plus de 50 % des créanciers contrôleurs. Un contrôleur ne peut agir seul pour assurer la défense de l'intérêt collectif¹⁰⁵⁶. Toutefois, d'autres actions sont a priori ouvertes aux contrôleurs, du fait de l'application du principe général de l'article L 622-20 du Code de commerce : l'action du contrôleur est prévue pour assurer la défense de l'intérêt collectif des créanciers, et seulement en cas de carence du mandataire judiciaire. La notion d'action mettant en jeu l'intérêt collectif des créanciers, est difficile à définir. Ainsi, pourraient entrer dans ce cadre, les actions en nullité de la période suspecte, les actions pauliennes¹⁰⁵⁷... et dans ce cas, le contrôleur pourrait a priori agir seul.

295. La non-concurrence entre les « organes » de la procédure. Par ces prérogatives, le contrôleur se trouve dans une situation « *hybride*¹⁰⁵⁸ », ayant les attributions d'un organe de la procédure, mais sans en avoir les obligations. En effet, dans le cas où il n'agirait pas, il semble peu probable que sa responsabilité puisse être retenue : il va se retrancher derrière le

¹⁰⁵¹ C. Com. Art. L 651-3

¹⁰⁵² Sur renvoi de l'article L 652-5 du Code de commerce.

¹⁰⁵³ C. Com. Art. L 653-7 et L 654-17

¹⁰⁵⁴ Rapport Sénat, n° 335, Commission des lois, J-J. Hyst, p 496. débat Sénat 30 juin 2005, JO déb. Sénat 1^{er} juillet 2005, p 4095.

¹⁰⁵⁵ Interview de X. De ROUX, Débat AN, 8 mars 2005, 3^e séance, JO déb. AN 9 mars, p 1796

¹⁰⁵⁶ Cass. com. 14 décembre 1999, Act. Proc. Coll. 2000/1, n° 9 ; Cass. com. 20 février 2001, RJDA 2001/6, n° 712, Rev. Proc. Coll. 2002, 118, n° 3, obs. A. MARTIN-SERF ; Cass. com. 10 juillet 2001, Act. Proc. Coll. 2001/17, n° 219 ; Cass. com. 4 décembre 2001, Act. Proc. Coll. 2002/2, n° 30

¹⁰⁵⁷ P-M Le CORRE, Les créanciers antérieurs dans le projet de Sauvegarde des Entreprises, LPA 10 juin 2004, n° 116, p 25, spéc. n° 22, p 33.

¹⁰⁵⁸ Ph. ROUSSEL-GALLE, Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif, Gaz. Pal. 9/10 septembre 2005, p 3 et s., spéc. n° 15 p 5.

pouvoir principal d'action du mandataire judiciaire¹⁰⁵⁹. Par cette mesure, le législateur a évité de mettre en concurrence deux organes ayant tous deux pour mission, la défense de l'intérêt collectif des créanciers.

296. Le caractère collectif du produit de l'action. Ne peut-on voir dans cette nouvelle prérogative du contrôleur, une rupture d'égalité entre les créanciers ? L'alinéa 3 de l'article L 622-20 du Code de commerce peut nous éclairer sur la question : « *les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire, ou à défaut par le ou les créanciers nommés contrôleurs, entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif* ». Le produit de l'action est donc incontestablement collectif. La loi de sauvegarde des entreprises a maintenu la solution retenue sous l'empire du droit antérieur. Un créancier, s'il n'est pas contrôleur, ne peut agir contre le tiers pour obtenir réparation de la fraction personnelle du préjudice collectif¹⁰⁶⁰.

L'action en responsabilité contre le banquier dispensateur de crédit est dès lors très encadrée lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice collectif. Il convient désormais de déterminer ce préjudice collectif.

2. La détermination du préjudice collectif.

297. Aggravation de l'insuffisance d'actif, et apparence trompeuse de solvabilité. L'article L 650-1 du Code de commerce ne précise pas quels sont les préjudices dont il peut être demandé réparation. Dès lors tous les préjudices invoqués sous l'empire de la loi de 1985 sont a priori réparables, à condition toutefois qu'ils soient la conséquence de la faute du banquier, telle qu'elle a été exposée plus haut. Le préjudice réparable par le biais de l'action en responsabilité pour soutien abusif a été défini dans le célèbre arrêt Laroche du 7 janvier 1976¹⁰⁶¹ : il s'agit de « *l'accroissement de l'insuffisance d'actif entre le moment où la banque a commis sa faute et le moment où intervient le jugement déclaratif* ». Outre l'aggravation de l'insuffisance d'actif¹⁰⁶², un autre préjudice peut découler du soutien abusif

¹⁰⁵⁹ P-M Le CORRE, Les créanciers antérieurs dans le projet de Sauvegarde des Entreprises, LPA 10 juin 2004, n° 116, p 25, spéc. n° 22, p 33.

¹⁰⁶⁰ Cass. com. 28 mars 2000, n° 97-16315

¹⁰⁶¹ Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, DS 1976, jur. p 277, F. DERRIDA et J-P SORTAIS ; JCP 1976 II 18327 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; JCP G 1976 I, 2786, note J. GHESTIN ; Banque avril 1976, n° 350, p 367 et s, M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1976, 1, jur., p 412 (journal n° 168 du 16 juin 1976)obs. B. BOULOC ; Revue Sociétés 1976, p 126, note A. HONORAT.

¹⁰⁶² R. DAMMANN, La situation du banquier titulaire de sûretés après la loi de sauvegarde des entreprises, Banque et Droit, n° 103, septembre octobre 2005, p 16 et s., spéc. p 20.

du créancier dispensateur de crédit : l'apparence trompeuse de solvabilité conduisant pour les créanciers tiers à une aggravation du risque commercial¹⁰⁶³. La banque, en octroyant un crédit, accorde sa confiance à l'emprunteur ; c'est sur cette confiance que se basent les autres créanciers pour contracter à leur tour avec celui-ci. Le crédit de la banque constitue un gage d'honorabilité du débiteur.

298. Définition du préjudice collectif. Les créanciers obtiennent réparation du préjudice collectif par le biais de l'action du mandataire judiciaire, seul habilité à protéger l'intérêt collectif¹⁰⁶⁴. Comment définir le préjudice collectif ? La disparition de la masse des créanciers en 1985 a posé des difficultés, puisque le préjudice collectif se définissait par le biais de la personnalité morale conférée à la masse. Dès lors, pour certains, le préjudice ne peut être collectif que s'il recouvre celui subi en commun par la totalité des créanciers¹⁰⁶⁵. Mais cette approche du préjudice collectif conduirait à le considérer comme un simple agrégat de tous les préjudices individuels. Le préjudice collectif doit être envisagé dans sa globalité ; l'intérêt collectif « *est beaucoup plus que la somme des intérêts individuels qui composent [la collectivité des créanciers] : elle a des intérêts originaux...*¹⁰⁶⁶ ». L'idée d'uniformité, c'est-à-dire d'un préjudice subi par l'ensemble des créanciers, a été rejetée par la Cour de cassation, qui l'a condamné de façon implicite dans l'arrêt Laroche du 7 janvier 1976¹⁰⁶⁷. Les Professeurs Gavalda et Stoufflet relevaient que « *le dommage collectif n'est pas la photocopie composite des divers préjudices particuliers ni leur accumulation...*¹⁰⁶⁸ ». Par conséquent, le préjudice collectif n'est pas la somme des préjudices de l'ensemble des créanciers. Le préjudice collectif peut donc être un préjudice subi uniquement par certains créanciers. Toutefois, une définition s'attachant au préjudice même et non aux intérêts des personnes en cause semble plus adéquate. Ainsi peut-on définir le préjudice collectif au moyen de la constatation d'une aggravation de l'insuffisance d'actif du débiteur. Dans l'arrêt Laroche, la Cour de cassation estimait que le préjudice collectif était « *constitué par une diminution du patrimoine de l'entreprise, soit sous forme d'une diminution de l'actif, soit sous forme d'une aggravation du passif* ». En outre, le préjudice collectif ne peut être

¹⁰⁶³ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, p 167, n^o 177.

¹⁰⁶⁴ Sauf carence de sa part, autorisant dès lors les créanciers nommés contrôleurs à agir au nom et dans l'intérêt des créanciers. C. Com. Art. L 622-20. Cf supra.

¹⁰⁶⁵ F. DERRIDA, note sous Cass. com. 16 mars 1993, LPA, 20 octobre 1993, n^o 126, p 14 et s.

¹⁰⁶⁶ G-A. LIKILLIMBA, Le Soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, p 169, n^o 180.

¹⁰⁶⁷ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n^o 72-14.029 arrêt Laroche, JCP 1976 II 18327

¹⁰⁶⁸ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n^o 72-14.029 arrêt Laroche, JCP 1976 II 18327

supérieur à l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire la différence entre le montant des créances admises et celui des dividendes reçus ; et il doit se limiter au différentiel d'insuffisance d'actif obtenu par comparaison des insuffisances d'actif à la date d'ouverture de la procédure et à celle de la faute¹⁰⁶⁹. Mais ce préjudice varie selon que les créanciers demandeurs sont des créanciers antérieurs ou postérieurs à la faute du créancier dispensateur de crédit.

299. Distinction créanciers antérieurs et créanciers postérieurs à la faute du banquier.

D'une part, les créanciers antérieurs à la faute du banquier dispensateur de crédit, se plaignent de l'atteinte portée à leur droit de gage général sur le patrimoine de l'entreprise débitrice : le crédit fourni par le banquier permet à l'emprunteur de continuer son exploitation, et augmente par ailleurs son passif (puisque le crédit a un coût). Le professeur Stoufflet le relevait déjà en 1965¹⁰⁷⁰ : « *les créanciers antérieurs peuvent se plaindre de ce que le crédit a permis au débiteur de différer l'ouverture de sa faillite et a rendu possible, soit la diminution ou le dépérissement de tout ou partie de l'actif, soit la continuation d'une exploitation déficitaire qui fait naître de nouvelles dettes* ». Leur préjudice est donc égal à la différence entre ce qu'ils perçoivent effectivement au terme de la procédure collective qui a été retardée par l'action du banquier et ce qu'ils auraient perçu si la procédure avait été mise en œuvre avant le soutien fautif du banquier¹⁰⁷¹. Autrement dit, leur préjudice est égal à l'augmentation de l'insuffisance d'actif¹⁰⁷² et non pas à l'insuffisance d'actif dans son ensemble, comme certains juges ont pu l'admettre¹⁰⁷³. Cette précision est importante pour la détermination des dommages-intérêts qui seront versés par le créancier dispensateur de crédit. D'autre part, les créanciers postérieurs à la faute du banquier invoquent l'apparence

¹⁰⁶⁹ CA Paris, 10 juin 1987, RDBB 1988, p 92, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD.

¹⁰⁷⁰ J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? JCP 1965, I, 1882, spéc. n° 12.

¹⁰⁷¹ Voir Cass. com. 19 novembre 2003, n° 00-19.584, RTDCom. 2004, p. 145, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 23 janvier 2001, n° 97-21.193, Actualité Proc. Coll. 2001, n° 9, n° 114 : « *pour déterminer le montant du préjudice causé aux sociétés, la cour d'appel, qui a écarté toute diminution d'actif du fait des banques, a retenu que l'augmentation du passif qui leur est imputable était constituée d'un côté par la différence entre ce qui sera effectivement perçu par les créanciers antérieurs au soutien litigieux et ce qui aurait été perçu par eux si la procédure collective avait été mise en oeuvre avant le soutien et, d'un autre côté par la différence entre le montant des créances des créanciers postérieurs au soutien et ce qu'ils percevront dans la procédure* » ; Cass. com. 11 octobre 1994, n° 90-12.129, RDBB 1995, p 16, obs. F-J. CRÉDOT.

¹⁰⁷² Cass. com. 22 mars 2005, n° 03-12.922, D. 2005, p 1020, obs. A. LIENHARD ; RTDCom. 2005, p 578, obs. D. LEGEAIS.

¹⁰⁷³ Cass. com., 24 mars 1992, n° 90-13.508, Bull. civ. IV, n° 125, p 90, RDBB 1992, p 163, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD. : « *Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 1351 et 1382 du Code civil la cour d'appel qui condamne une banque à payer une somme en principal équivalente à la totalité de l'insuffisance d'actif d'un débiteur au motif que dans un précédent arrêt il n'avait à aucun moment été envisagé une quelconque limitation de responsabilité et que la réparation du préjudice causé à la masse des créanciers doit nécessairement incomber en totalité à la banque sans caractériser le lien de causalité entre la faute et le dommage et alors que cet arrêt avait seulement énoncé que le préjudice devait être apprécié par rapport au montant de l'insuffisance d'actif* »

trompeuse de solvabilité que le crédit fautif leur a révélé. Sans ce crédit, la procédure collective aurait été mise en œuvre plus tôt et ils n'auraient jamais contracté avec le débiteur. Le préjudice des créanciers postérieurs est donc égal à la différence entre le montant de leur créance et ce qu'ils perçoivent à l'issue de la procédure¹⁰⁷⁴. Toutefois, leur préjudice est lié pour partie à cette fausse apparence de solvabilité mais aussi aux aléas des opérations commerciales. Pour certains juges, ces créanciers auraient commis une faute en contractant avec légèreté avec le débiteur. Le créancier dispensateur de crédit bénéficiera dès lors, d'une exonération partielle de responsabilité. Mais peut-on encore parler de préjudice collectif ?

300. Maintien des actions individuelles. Par conséquent, l'action en responsabilité pour soutien abusif a vocation à condamner le créancier dispensateur de crédit pour la réparation du préjudice collectif. Le droit des entreprises en difficulté prend ici toute son ampleur, malgré l'application du droit commun de la responsabilité civile. Celui-ci permet néanmoins la réparation de préjudices individuels. Dans quelle mesure ?

B. Les préjudices individuels

301. L'encadrement de la recevabilité des actions individuelles. Le droit des procédures collectives n'a pas annihilé la possibilité pour les victimes de préjudices individuels, de s'en prévaloir. Néanmoins leur recevabilité est très encadrée. Un préjudice individuel ne peut être invoqué que s'il est distinct de celui des créanciers. Il nous semble donc opportun d'étudier les conditions et la mise en œuvre des actions individuelles par chacun de leurs titulaires, à savoir, certains créanciers (1), le débiteur (2) et ses cautions (3).

1. Les préjudices individuels des créanciers.

302. Les fondements de l'action individuelle d'un créancier. Bien souvent les créanciers, en dehors de toute action intentée par leur représentant souhaitent obtenir réparation d'un préjudice. Un arrêt de la Cour de cassation de 1876¹⁰⁷⁵ reconnaissait déjà au créancier fournisseur, qui avait lui même subi un préjudice, un droit à réparation. En l'espèce, ce fournisseur avait contracté avec un commerçant, sur la foi de sa prospérité apparente. Mais le commerçant tombe en faillite et le créancier ne touche qu'un dividende sur sa créance. Fort de ce préjudice, il demande réparation au banquier, qui, par la circulation de valeurs

¹⁰⁷⁴ F-D. POITRINAL, La responsabilité du banquier pour soutien abusif, Dr. Et Patrim. Avril 1994, p 37 et s. spéc. p 38 et J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, Dalloz 6° éd. 1995, p 606, n° 656.

¹⁰⁷⁵ Cass. com. 1er Août 1876, DS 1876, I, 457

fictives qu'il a favorisé, aurait dissimulé l'insolvabilité du commerçant. Il incombait bien sûr au créancier de prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité. La Cour fait droit à sa demande en retenant que le banquier commet une faute engageant sa responsabilité envers les tiers, lorsqu'il se livre à des agissements qui ont, pour but, de constituer à un négociant, un état de prospérité fictif, et pour résultat, de capter la confiance des tiers. Néanmoins la recevabilité de l'action individuelle des créanciers (a) n'était pas acquise, la détermination de leur préjudice personnel, s'affinant par ailleurs (b).

a. La recevabilité de l'action individuelle des créanciers.

303. Les conditions de la recevabilité de l'action. La jurisprudence, sous l'empire de la loi de 1985, retenait que le créancier ne pouvait agir en responsabilité contre le tiers, que s'il avait subi un préjudice individuel¹⁰⁷⁶, distinct de celui des autres créanciers, et non inhérent à la procédure collective. Ces trois critères, requis pour la recevabilité de l'action individuelle d'un créancier, ont été fixés par le célèbre arrêt *Astre* rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 9 juillet 1993¹⁰⁷⁷. Dans cette affaire était mise en cause la responsabilité d'un banquier dispensateur de crédit, par un créancier agissant seul. La procédure a été entamée en 1962. La Cour d'appel de Montpellier avait admis la recevabilité de cette action avant que la chambre commerciale ne casse sa décision par un arrêt du 25 novembre 1986¹⁰⁷⁸ et renvoya à la Cour d'appel de Toulouse. Celle-ci rendit deux arrêts très remarquables¹⁰⁷⁹ dans lesquels elle admettait la recevabilité de l'action individuelle d'un créancier en cas d'immobilisation des créances c'est-à-dire la perte des intérêts. Puis, saisie de nouveaux pourvois, la Cour de cassation les renvoya à l'assemblée plénière le 25 février 1992. La Cour décida que cette catégorie d'action relevait de la compétence du syndic et l'arrêt disposait très justement que *« dès lors que le syndic, représentant la masse des créanciers, exerce l'action en réparation au préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, auquel il est reproché d'avoir, par ses agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers en réparation du préjudice constitué par l'immobilisation de sa créance inhérente à la procédure collective à*

¹⁰⁷⁶ Cass. com. 19 décembre 1995, Quot. Jur. 13 février 1996, p 2.

¹⁰⁷⁷ Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, D 1993, p 469, note F. DERRIDA ; JCP E 1993, II, 509, note F. POLLAUD-DULIAN ; JCP E 1993, I, 298, obs. M. CABRILLAC ; JCP E 1993, I, 302, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Dr. sociétés 1994, n° 26, obs. Y. CHAPUT

¹⁰⁷⁸ Cass. com. 25 novembre 1986, Bull. Civ. IV, n° 220, JCP E 1987, I, 16026, D 1987, 88, note F. DERRIDA

¹⁰⁷⁹ CA Toulouse 26 juin 1989, sur renvoi de Cass. com 25 novembre 1986, D 1989, jur., p 530, note F. DERRIDA, RTDCom 1990, p 71, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ

laquelle il est soumis, et notamment par la perte des intérêts ». La question de l'action individuelle d'un créancier est une question délicate puisqu'elle concerne à la fois le droit spécial des procédures collectives et le droit commun de la responsabilité civile. Il est évident qu'on ne peut priver un créancier de son droit d'agir pour obtenir réparation de son préjudice personnel, mais cela doit se concilier avec le droit complexe des procédures collectives. Bien que l'arrêt de 1993 ait été rendu sous l'empire de la loi de 1967, la solution semblait s'appliquer sous l'empire de la loi de 1985. La Chambre commerciale a notamment admis l'action individuelle d'un créancier dans un arrêt du 2 juin 2004¹⁰⁸⁰, en reconnaissant l'existence d'un préjudice distinct de celui des autres créanciers causé par une faute particulière de la banque.

304. Solution applicable depuis le 1er janvier 2006. La loi de sauvegarde, autorise-t-elle l'action individuelle des créanciers pour l'obtention d'un dédommagement d'un préjudice personnel ? Il ne semble pas y avoir d'obstacle à la recevabilité de l'action individuelle d'un créancier, s'il justifie d'un préjudice personnel, distinct de celui des autres créanciers, et non inhérent à la procédure collective. La solution valable sous l'empire de la loi de 1985 s'applique encore aujourd'hui.

305. L'incompétence du mandataire judiciaire. Par ailleurs, quant à la mise en œuvre de l'intérêt individuel d'un créancier, le mandataire judiciaire n'a pas qualité pour agir. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 mars 1993, a-t-elle retenu que : « *Si, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, les créanciers ne sont plus constitués en une masse dotée de la personnalité morale, il n'en demeure pas moins que seul le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers et que, tenant de la loi le pouvoir de représenter l'ensemble de ceux-ci pour la défense de leur intérêt collectif, il n'a pas à indiquer au nom de quels créanciers il se présente dès lors qu'il ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers*¹⁰⁸¹ ». Le mandataire judiciaire ne peut donc pas défendre un créancier contre les autres, ni même défendre un groupe de créanciers. La chambre commerciale l'a encore rappelé, dans un arrêt du 9 novembre 2004 : « *Le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite*

¹⁰⁸⁰ Cass. com. 2 juin 2004, n° 01-17.945, F-D, BNP Paribas c/ Sté Bianchi, Jurisdata n° 2004-024061, RDBF novembre décembre 2004, n° 6, p 414, n° 253, obs. F-X. LUCAS.

¹⁰⁸¹ Cass. com. 16 mars 1993, n° 90-20188, Bull. Civ. IV, n° 106, p 73 ; D 1993, 583, obs. F. DERRIDA ; Rev. Proc. Coll. 1993, 424, n° 8, obs. B. DUREUIL ; Rev. Proc. Coll. 1993, 547, n° 1, obs. B. SOINNE ; JCP E 1993, I, 277, obs. M. CABRILLAC

Cass. com. 7 janvier 2003, D 2003, AJ, 274, obs. A. LIENHARD

dévolues au liquidateur ne pouvant légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers, une cour d'appel en déduit exactement qu'il n'est pas recevable à exercer à l'encontre du bailleur une action sur le fondement de l'article 8 de la loi du 20 mars 1956 devenu l'article L 144-7 du Code de commerce, instituée dans le seul intérêt des créanciers disposant d'une créance nécessaire à l'exploitation du fonds de commerce¹⁰⁸² ». En effet, seul un préjudice personnel permet une action individuelle par un créancier. Or, le préjudice est personnel s'il n'est pas inhérent à la procédure collective¹⁰⁸³ : il faut qu'il ait pu naître indépendamment de toute procédure collective, ce qui explique la non compétence du mandataire judiciaire.

b. La détermination du préjudice individuel.

306. Distinction préjudice collectif et préjudice individuel. Le créancier est fondé à exercer une action individuelle uniquement s'il peut justifier d'un préjudice personnel, distinct de celui des autres créanciers, et non inhérent à la procédure collective¹⁰⁸⁴. Le préjudice individuel se définit dès lors par une opposition au préjudice collectif. La distinction entre préjudice collectif et préjudice individuel peut néanmoins paraître délicate. De nombreux arrêts en font pourtant application¹⁰⁸⁵. Sous l'empire de la loi de 1967, « *la masse, représentée par le syndic ne pouvait demander à la banque la réparation du*

¹⁰⁸² Cass. com. 9 novembre 2004, n° 02-13.685, Bull. Civ. IV n° 193 p. 220, D 2004 AJ 3069, obs. A. LIENHARD ; D 2005, panorama 296, obs. P. M. Le CORRE ; RTDCom 2005, 247, obs. B. SAINTOURENS ; Act. Proc. Coll. 2004/20, n° 245, note C. REGNAUT-MOUTIER ; Dr. Et Patr. 2005/4, p 115, n° 3677, obs. M-H. MONSERIÉ-BON

¹⁰⁸³ Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, D 1993, p 469, note F. DERRIDA ; JCP E 1993, II, 509, note F. POLLAUD-DULIAN ; JCP E 1993, I, 298, obs. M. CABRILLAC ; JCP E 1993, I, 302, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Dr. sociétés 1994, n° 26, obs. Y. CHAPUT

¹⁰⁸⁴ Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, D 1993, p 469, note F. DERRIDA ; JCP E 1993, II, 509, note F. POLLAUD-DULIAN ; JCP E 1993, I, 298, obs. M. CABRILLAC ; JCP E 1993, I, 302, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Dr. sociétés 1994, n° 26, obs. Y. CHAPUT

¹⁰⁸⁵ Cass. com. 14 décembre 1999, n° 97-14.500, Bull. civ. IV, n° 230, p 193, RTDCom. 2000, p 157, obs. M. CABRILLAC, RDBB 2000, p 14, obs. F-J. CREDOT et Y. GERARD : « *pour déclarer recevables les actions individuelles en indemnisation engagées par les consorts A..., l'arrêt retient que les réparations pouvant leur être attribuées au titre des préjudices collectifs de l'ensemble des créanciers représentés par le liquidateur judiciaire seront insuffisantes et, que, distinctement de ceux de ces créanciers, les consorts A... ont individuellement subi des préjudices spéciaux, tenant à des pertes de rémunérations, de valeur de leurs parts sociales et actions, ainsi que des fonds de commerce et autres biens, mis à la disposition des sociétés ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les préjudices énoncés sont subis indistinctement et collectivement par tous les créanciers ayant déclaré leur créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; » ; Cass. com., 11 janvier 1984, n° 82-13.051, Bull. civ. IV, n° 14, p 11 ; Cass. com., 23 octobre 1985, n° 84-16.150, Bull. civ. IV, n° 249, p 209 : « *le préjudice invoqué par les quarante deux créanciers (plutôt que de) tenir à l'amointrissement du patrimoine de leurs débitrices, repose sur la perte des acomptes, que, par des manœuvres frauduleuses, Mme X s'était fait remettre, que leur intérêt découle du droit légitime d'obtenir, bien au delà de la reconstitution de leur gage, restitution de partie de la fortune dont ils ont été individuellement escroqués ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations qui font apparaître le préjudice spécial et l'intérêt distinct de celui des autres créanciers dans la masse dont justifiait chacun des quarante deux demandeurs(...) »**

*préjudice lié à l'immobilisation des créances et à la perte des intérêts, puisqu'elle ne subissait pas ce préjudice*¹⁰⁸⁶ » ; ce qui semblait vouloir signifier que l'action en réparation de ce préjudice appartenait aux créanciers individuellement. La jurisprudence en a décidé autrement en élargissant la conception du préjudice collectif, si bien que les préjudices individuels demeureront assez rares. En effet, par un arrêt du 25 novembre 1986¹⁰⁸⁷, la Cour de cassation estime que le préjudice collectif inclut « *l'insuffisance des répartitions ou des dividendes et la perte des intérêts consécutive à l'ouverture de la procédure collective* ». Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Toulouse, le 26 juin 1989¹⁰⁸⁸ résiste partiellement en admettant la réparation des conséquences dommageables de l'immobilisation de la créance, notamment la perte des intérêts ; ces conséquences ne sont pas comprises dans le préjudice collectif et seuls donc les créanciers peuvent en demander réparation¹⁰⁸⁹. L'assemblée plénière, le 9 juillet 1993¹⁰⁹⁰, met fin aux difficultés et adopte la solution retenue par la chambre commerciale : le préjudice collectif est constitué de l'immobilisation et la dépréciation des créances ainsi que de la perte des intérêts. La Haute juridiction met ainsi en avant le préjudice collectif, respectant la logique du droit des procédures collectives : faire passer l'intérêt de l'entreprise débitrice avant celui des créanciers. Toutefois, le droit n'exclut pas la possibilité pour un créancier de se prévaloir d'un préjudice individuel, mais celui-ci doit revêtir trois critères, fixés par la Cour de cassation dans ce célèbre arrêt : le préjudice doit être personnel, distinct de celui des autres créanciers, et non inhérent à la procédure collective : « *dès lors que le syndic, représentant la masse des créanciers, exerce l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, auquel il est reproché d'avoir, par ses agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, aucun créancier ayant produit*

¹⁰⁸⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, Les actions en responsabilité civile des créanciers, in La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté, Acte du Colloque Après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, CDA Université Toulouse 1 Sc. Soc., Montchrétien 1998, p 11 et s., spéc. p 18, n° 33.

¹⁰⁸⁷ Cass. com. 25 novembre 1986, n° 85-12.529, Bull. civ. IV, n° 220, p 191 : « *dès lors que le syndic d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens, représentant la masse des créanciers, exerce, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers à raison du préjudice constitué par l'insuffisance des répartitions ou des dividendes et la perte des intérêts consécutive à l'ouverture de la procédure collective* », D. 1987, jur., p 88, note F. DERRIDA ; D 1987, IR, p 297, obs. M. VASSEUR ; RTDCom. 1987, p 230, n° 2, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

¹⁰⁸⁸ CA Toulouse, 26 juin 1989, D 1989, jur., p 530, note F. DERRIDA, JCP E 1990, II, n° 15568, obs. M. CABRILLAC, RTDCom. 1990, p 71, n° 1, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

¹⁰⁸⁹ Voir Lamy Droit du financement 2008, v° « Responsabilité du banquier dispensateur de crédit », spéc. n° 2949.

¹⁰⁹⁰ Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, D 1993, p 469, note F. DERRIDA ; JCP E 1993, II, 509, note F. POLLAUD-DULIAN ; JCP E 1993, I, 298, obs. M. CABRILLAC ; JCP E 1993, I, 302, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Dr. Sociétés 1994, n° 26, obs. Y. CHAPUT

n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers en réparation du préjudice constitué par l'immobilisation de sa créance inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis, et notamment par la perte des intérêts ». Le préjudice collectif englobe donc tous les préjudices résultant de l'ouverture d'une procédure collective¹⁰⁹¹. Pour être individuel, le préjudice est censé pouvoir être réalisé en dehors de toute procédure collective. De quelles situations, dès lors, les créanciers pourront-ils se prévaloir individuellement ? Quel est ce préjudice personnel, s'il ne peut être caractérisé ni par l'immobilisation ou la dépréciation de la créance, ni par la perte des intérêts ?

307. Exemples de préjudices personnels. Constitue un préjudice personnel, selon un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1995, le cas du non-paiement injustifié et discriminatoire d'effets de commerce arrivés à échéance avant la procédure¹⁰⁹² : *« constitue un préjudice personnel celui que subit, de la part d'une banque domiciliataire d'effets tirés sur une personne morale mise ultérieurement en liquidation des biens, le créancier porteur des effets que la banque a refusé de payer à l'échéance au prétexte que l'état du compte du tiré ne le permettait pas, bien que la débitrice disposât à ce moment des fonds ou du crédit nécessaires et que, se faisant complice de son dirigeant, elle avait réglé dans le même temps d'autres sociétés créancières, dans lesquelles ce dernier était intéressé* ». De même, le non paiement injustifié de chèques par une banque constitue un préjudice personnel, distinct de celui causé aux autres créanciers. La Cour de cassation l'a admis dans un arrêt du 4 juillet 2000¹⁰⁹³ : la banque, dans cette affaire, avait refusé des chèques malgré le solde positif du compte du débiteur, tandis que, dans le même temps, elle payait des chèques au bénéfice d'autres personnes. Des créanciers peuvent également demander réparation d'un préjudice qu'ils ont subi, contrairement à d'autres, du fait d'une escroquerie de la part du débiteur¹⁰⁹⁴. Dans un arrêt du 2 juin 2004¹⁰⁹⁵, la chambre commerciale admet l'action individuelle d'un créancier qui justifiait d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers du débiteur, en relevant que la banque, qui s'était immiscée dans la gestion de l'entreprise débitrice, s'était engagée à régler directement au créancier demandeur les factures de fournitures de marchandises faites au débiteur, ce qui l'avait amené à poursuivre ses livraisons, et avait ensuite cessé brutalement ses règlements sans l'en informer.

¹⁰⁹¹ S. PIÉDELÈVRE, La responsabilité liée à une opération de crédit, in Dossier Les professionnels face au droit de la responsabilité, Droit et Patrim. N° 89 Janvier 2001, p 62 et s., spéc. p 67.

¹⁰⁹² Cass. com. 19 décembre 1995, n° 93-19.854, Bull. civ. IV, n° 309, p 283, D. 1996, IR, p 48

¹⁰⁹³ Cass. com. 4 juillet 2000, n° 97-21.216, BRDA 2000, n° 18, p 8

¹⁰⁹⁴ Cass. com. 23 octobre 1985, Bull. Civ. IV, n° 249.

¹⁰⁹⁵ Cass. com. 2 juin 2004, n° 01-17.945, F-D, BNP Paribas c/ Sté Bianchi, Jurisdata n° 2004-024061, RDBF novembre décembre 2004, n° 6, p 414, n° 253, obs. F-X. LUCAS.

Mais si le créancier, individuellement, malgré la compétence du mandataire judiciaire, a la possibilité de se prévaloir d'un préjudice personnel, qu'en est-il du débiteur ?

2. Les préjudices du débiteur

308. Les risques pris par le débiteur, condition d'appréciation de son action. Le débiteur est-il fondé à agir en responsabilité contre le banquier dispensateur de crédit ? Peut-il invoquer un préjudice à raison de l'octroi des crédits ? Et quel est-il ? La réponse à ces questions dépend de l'appréciation des risques que le débiteur a pris en sollicitant le prêt à l'établissement de crédit. Il faut dès lors envisager la question de l'exercice et de la recevabilité de l'action (a) avant celle de la détermination du préjudice subi (b).

a. Exercice et recevabilité de l'action du débiteur.

309. Première étape : l'exercice de l'action par le syndic. Dans un arrêt du 19 mars 1974¹⁰⁹⁶, la chambre commerciale accordait au syndic la possibilité d'agir pour le compte de la société débitrice : « *le syndic pouvait agir au nom et pour le compte de la société débitrice en vue de reconstituer le patrimoine de celle-ci contre toute personne fût-elle créancière dans la masse* ». Ainsi la jurisprudence a-t-elle admis la recevabilité de l'action du syndic pour la défense de l'intérêt de la société, bien avant de reconnaître celle de l'action du syndic dans l'intérêt des créanciers de la masse. Elle se fondait sur les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967, qui autorisaient le syndic à exercer seul les droits et actions du débiteur¹⁰⁹⁷, en cas de carence de celui-ci et sur autorisation du juge-commissaire¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ Cass. com. 19 mars 1974, D 1975, p 124, note J-P. SORTAIS

¹⁰⁹⁷ Art. 15 : « *Le jugement qui prononce la liquidation des biens emporte de plein droit, à partir de cette date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit tant qu'il est en état de liquidation des biens. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation des biens par le syndic.*

Toutefois, le débiteur ou les dirigeants sociaux soumis à la procédure de liquidation peuvent se constituer partie civile à titre personnel dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont ils seraient victimes, s'ils limitent leur action à la poursuite de l'action publique, sans solliciter de réparation civile ». abrogé par la loi du 25 janvier 1985.

¹⁰⁹⁸ Art. 14 : « *Le jugement qui prononce le règlement judiciaire, emporte de plein droit à partir de cette date, assistance obligatoire du débiteur par le syndic pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens.*

Si le débiteur ou les dirigeants sociaux refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine, le syndic peut y procéder seul, à condition d'y être autorisé par le juge commissaire. Il en est ainsi notamment lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires, de procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, de vendre des objets soumis au dépérissement prochain ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, d'intenter ou de suivre une action mobilière ou immobilière. » abrogé par la loi du 25 janvier 1985.

Toutefois, bien que le syndic agisse en tant qu'intermédiaire, c'est la réparation d'un préjudice subi par le débiteur dont il était question. La légitimité de la recevabilité de cette action a dès lors été remise en cause.

310. Deuxième étape : la légitimité de la recevabilité de l'action du débiteur ? N'est-il pas inapproprié d'autoriser le débiteur à mettre en cause la responsabilité du banquier pour les préjudices qu'il a subis, alors qu'il reste en définitive, le seul juge de l'opportunité du crédit ? En effet, le débiteur décide seul de l'opportunité de solliciter un prêt et de l'usage des fonds prêtés, puisque le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client. Le débiteur, en tant que dirigeant, est maître de la gestion de sa société ; il connaît la situation dans laquelle elle se trouve et évalue seul l'opportunité d'une demande de prêt au banquier. « *La demande de financement est un acte volontaire de l'emprunteur et non imposé par le banquier*¹⁰⁹⁹ ». Il ne saurait dès lors, rejeter sur celui-ci les conséquences de ses décisions de gestion. Or, reconnaître la responsabilité du banquier dans cette hypothèse reviendrait à en faire le « *directeur de conscience économique* » de son client¹¹⁰⁰. La jurisprudence a, malgré les critiques, confirmé sa solution, dans un arrêt du 4 novembre 1977¹¹⁰¹, en admettant de nouveau la recevabilité de l'action par le syndic pour le compte du débiteur. L'arrêt Laroche du 7 janvier 1976, par lequel le syndic a été autorisé à agir pour le compte de la masse des créanciers contre le banquier dispensateur de crédit aurait pu conduire à la disparition de l'action du syndic pour le compte du débiteur. Néanmoins la doctrine conclut très vite à la « *généralisation de la solution*¹¹⁰² ». Les professeurs Derrida et Sortais¹¹⁰³ retenaient ainsi qu' « *en admettant le syndic à agir [pour le compte de la masse], la jurisprudence nouvelle ajoute aux solutions anciennes sans rien en retrancher* ». La Cour de cassation réitéra

¹⁰⁹⁹ G-A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, p 181, n^o 197.

¹¹⁰⁰ Expression de J. HEMARD, *Des effets de complaisance*, Thèse Paris, 1900, p 136 Opinion de la doctrine dominante de l'époque : J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier*, Litec 3^e éd., 1983, p 174, n^o 247 ; L-M. MARTIN, note sous CA Rouen 8 avril 1975, Banque 1975, p 872 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, JCP 1976, I, 2801, n^o 46. Voir aussi, J. STOUFFLET, *L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers*, JCP G, 1965, I, 1882, spéc. n^o22

¹¹⁰¹ Cass. com. 4 novembre 1977, JCP 1979, I, 2965, n^o 71, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, statuant sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 31 juillet 1975.

¹¹⁰² G-A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, p 407, n^o 521.

¹¹⁰³ F. DERRIDA et J-P. SORTAIS, note sous Cass. com. 7 janvier 1976, DS 1976, jur. p 277.

ensuite sa solution dans un arrêt du 27 avril 1982¹¹⁰⁴. La jurisprudence a dès lors connu de nombreuses actions intentées par le débiteur bien que celui-ci n'ait pas toujours obtenu satisfaction¹¹⁰⁵.

311. Troisième étape : exercice de l'action par le débiteur lui-même ou l'administrateur judiciaire. Par la loi du 25 janvier 1985, le syndic a disparu, et a été remplacé par un mandataire judiciaire, agissant uniquement dans l'intérêt collectif des créanciers. Dès lors, ce n'est plus le mandataire qui est chargé d'agir pour le compte du débiteur mais l'administrateur judiciaire, et uniquement dans certaines hypothèses. L'article L 621-22 (ancien) disposait ainsi que le tribunal le charge « *soit de surveiller les opérations de gestion, soit d'assister le débiteur pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux, soit d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise* ». Le dessaisissement du débiteur n'était donc plus total. Dans le cadre de la loi de sauvegarde, il est encore accordé au débiteur une place plus importante dans la procédure. Dès lors, la question se pose de savoir s'il va pouvoir agir lui-même en justice ou s'il doit se faire représenter. La solution dépend du type de procédure ouverte. Si l'entreprise débitrice a demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le débiteur peut voir ses pouvoirs restreints par la nomination d'un administrateur judiciaire par le tribunal. L'administrateur, dans ce cas, peut se voir investi d'une mission de surveillance ou d'assistance du débiteur. Cependant, l'article L 622-3 du Code de commerce, prévoit que « *le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* ». La solution reste la même que sous l'empire de la loi de 1985. Le débiteur conserve donc la possibilité d'agir en justice pour la défense de ses intérêts ; même si la formulation de cet article a fait l'objet de nombreuses discussions, notamment sur la question d'une éventuelle dissociation entre le patrimoine du débiteur et le patrimoine de l'entreprise débitrice¹¹⁰⁶. En revanche, si le

¹¹⁰⁴ Cass. com. 27 avril 1982, D 1982, IR, p 413, obs. M. VASSEUR ; Rev. Banque 1982, p 1516, obs. L-M. MARTIN ; J. VEZIAN, La responsabilité du banquier, Litec 3^eéd., 1983, n° 248, p 177.

¹¹⁰⁵ Cass. com. 11 mai 1999, Bull. Civ. IV n° 95, p 78 ; JCP E 1999, p 1730, 2^e espèce, note D. LEGEAIS ; RDBB n° 75 septembre octobre 1999, 184, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; RTDCOM 1999, 733, obs. M. CABRILLAC ; LPA n° 118 15 juin 1999, 12 ; RJDA 6/99 n° 710, p 556 ; JCP E 1999 panorama p 1218, note P. BOUTEILLER et voir aussi, M-C. PINIOT Responsabilité du banquier envers l'emprunteur, RJDA 6/99, p 495 ; et Cass. com. 24 septembre 2003, n° 00-17517 inédit, et n° 00-20999 inédit, n° 02-11362, Bull. civ. IV n° 137, RTDCOM 2004, p 142, obs. D. LEGEAIS, Banque et Droit janvier-février 2004, p 56, obs. T. BONNEAU ; Cass. com. 22 mars 2005 n° 03-13703 et 03-14824, inédits

¹¹⁰⁶ Le principe est celui de l'unité du patrimoine, rappelé par un arrêt de la Cour de cassation (Cass. com. 27 novembre 1991, D 1992, p 81, obs. F. DERRIDA).

débiteur est mis en redressement judiciaire, l'administrateur est investi d'une mission de représentation, le débiteur est donc dessaisi. C'est donc par l'intermédiaire de l'administrateur que l'action pourra être exercée.

Par ailleurs, en vertu du droit commun de la responsabilité civile, le débiteur ou son représentant, doit dans tous les cas, apporter la preuve de son intérêt à agir et démontrer dès lors l'existence d'un préjudice.

b. La détermination du préjudice subi.

312. Le préjudice dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle. La question de la légitimité de l'action du débiteur prend ici toute son ampleur. Comme le souligne Monsieur Crédot¹¹⁰⁷, « *le préjudice qu'il (le débiteur) peut invoquer ne peut être imputé aux crédits bancaires, faute précisément de relation causale* ». Pourtant, l'action ne lui est pas interdite. Il doit néanmoins pouvoir justifier d'un préjudice personnel, distinct de celui subi par les créanciers, s'il veut pouvoir exercer son action contre le banquier¹¹⁰⁸. Ainsi a-t-il été rappelé que, dès lors que le soutien abusif accordé par la banque à la société débitrice a porté préjudice aux seuls créanciers, l'action en réparation engagée par la société en redressement judiciaire assistée de son administrateur est irrecevable¹¹⁰⁹. Le préjudice personnel du débiteur ne saurait dès lors, consister en l'aggravation de l'insuffisance d'actif, puisqu'il s'agit d'un préjudice non distinct de celui subi par les autres créanciers. Quel est dès lors ce préjudice personnel dont il peut se prévaloir ? Il convient de l'envisager dans le cadre de chacun des nouveaux cas d'ouverture de l'action.

313. Le cas du comportement frauduleux du banquier. L'hypothèse dans laquelle le débiteur subi un préjudice personnel du fait de l'octroi du crédit, est difficilement envisageable, dans le cadre de la fraude. En effet, la fraude du banquier révélait bien souvent la complicité du débiteur, dès lors, celui-ci ne saurait invoquer un quelconque préjudice découlant de cette fraude. Même lorsqu'il n'est pas complice du banquier, quel peut être ce préjudice personnel subi du fait du comportement frauduleux de celui-ci, s'il ne consiste pas en l'aggravation de l'insuffisance d'actif ? Le débiteur ne peut invoquer le fait

¹¹⁰⁷ F-J. CRÉDOT, Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises, in Dossier Les risques entreprises, Banque (juillet) 1993 n° 539 p 30 et s. spéc. p 33.

¹¹⁰⁸ Cass. com. 13 mars 2007, n° 06-13.325(n°486 FS-P+B) D 2007, AJ, p 1020, obs. A. LIENHARD.

¹¹⁰⁹ Cass. com. 5 janvier 1999, Bull. Civ. IV n° 3, D. Aff. 1999, 219, obs. A. LIENHARD ; RJCom 1999, 414, note COURTIER.

qu'il ait été soumis à une procédure de traitement des difficultés puisque celle-ci découle directement de l'aggravation du passif, que les créanciers reprochent déjà au créancier dispensateur de crédit.

314. Le cas de l'immixtion du banquier. Il semble que dans le cadre de la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, le préjudice du débiteur puisse être dû à l'immixtion caractérisée du banquier dans sa gestion ; ce qui signifie concrètement que pour que son action en responsabilité aboutisse, sur ce fondement, le débiteur doit rapporter la preuve que le banquier s'est immiscé dans la gestion de sa société, de sorte qu'il a pu prendre la décision à la place du débiteur, de l'octroi du crédit, ou de son maintien, et donc causé, par son immixtion, l'insuffisance d'actif de la société, engendrant l'ouverture d'une procédure de prévention ou une procédure collective ! Mais le débiteur ne peut invoquer l'aggravation de l'insuffisance d'actif. Il convient donc, pour le débiteur de rapporter la preuve d'une faute de gestion du banquier dans le cadre de son immixtion. N'y aurait-il pas dès lors similarité avec la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant de fait de l'article L 651-2 du Code de commerce ? Afin que ces deux actions ne se recoupent, il convient de trouver dans l'immixtion du banquier, une certaine mauvaise foi qui l'a conduit à consentir ce crédit injustifié à la société, ou seulement rapporter la preuve de sa connaissance de la situation irrémédiablement compromise de la société, comme cela a été vu précédemment. Il semble donc que le débiteur ne peut, même s'il rapporte la preuve de la faute du banquier, agir en responsabilité délictuelle contre le banquier, puisqu'il ne peut justifier d'un préjudice personnel, distinct de celui des créanciers. La solution peut néanmoins s'avérer différente, dans le cadre de garanties disproportionnées.

315. Le cas de la prise de garanties disproportionnées. Dans le cadre du troisième cas d'ouverture de la responsabilité du banquier, l'action semble pouvoir être exercée avec plus de facilité, encore que le lien de causalité n'est pas si évident. En effet, le débiteur peut invoquer comme préjudice, le fait que la constitution de garanties disproportionnées aux concours octroyés l'a privé de la possibilité de constituer d'autres sûretés pouvant garantir d'autres concours. Le débiteur a été privé abusivement de ses actifs. Comme le souligne Maître Dammann¹¹¹⁰, cette hypothèse entre dans le cadre de la lutte contre le gaspillage de crédit, que poursuit, lui semble-t-il, l'article L 650-1 du Code de commerce. L'objectif de l'article L 650-1 est économique, et viserait à protéger le débiteur. L'action intentée par le

¹¹¹⁰ R. DAMMANN, La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, Banque et Droit, septembre-octobre 2005, p 20.

débiteur serait donc dans cette hypothèse, une action en responsabilité contractuelle. La faute du créancier (prendre des garanties disproportionnées) résidant dans le manquement à l'obligation de loyauté au stade de la formation du contrat de prêt. En cas de prise de garanties disproportionnées, le débiteur ne serait plus en mesure de trouver des crédits, et serait contraint de solliciter l'ouverture d'une procédure préventive ou collective. La privation abusive de ses actifs constitue dès lors son préjudice personnel.

316. Le préjudice dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle. L'action en responsabilité pour soutien abusif intentée par le débiteur ne serait possible que dans le cadre de la troisième exception prévue par l'article L 650-1 du Code de commerce, seule hypothèse dans laquelle le débiteur peut justifier d'un préjudice personnel, lié au contrat de prêt. Il ne s'agirait plus dès lors d'une action en responsabilité délictuelle mais d'une action en responsabilité contractuelle. Le débiteur peut également tenter une action en responsabilité contractuelle en dehors du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce, en invoquant la disproportion du crédit par rapport à ses capacités financières, et donc le non respect de l'obligation de mise en garde. Mais cette faculté ne lui appartient que s'il a la qualité d'emprunteur non averti. S'il a la qualité d'averti, l'emprunteur peut agir en responsabilité contre le banquier uniquement s'il prouve que celui-ci avait sur ses capacités financières des informations que lui-même ignorait¹¹¹¹.

Par conséquent, seul le préjudice lié au contrat de prêt lui-même, et non à l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés, peut être invoqué par le débiteur aux fins d'une action en responsabilité contre le banquier. Qu'en est-il de la caution ?

3. Les préjudices invoqués par la caution.

317. Les conditions de recevabilité de l'action de la caution. Il est de plus en plus fréquent que la caution invoque une faute du banquier pour se soustraire à son engagement de garantie, notamment la distribution d'un crédit abusif à la société débitrice. Or, la jurisprudence et le législateur s'attachent à ne pas aggraver la situation des banquiers, notamment leurs obligations. Le but est d'encourager la fourniture de crédit aux entreprises. La jurisprudence émet néanmoins une réserve lorsque la caution est censée connaître la situation de l'emprunteur, c'est notamment le cas des cautions ayant la qualité de dirigeant. Dans cette hypothèse, seules des circonstances exceptionnelles permettront de mettre en jeu la responsabilité du banquier. La Chambre commerciale a ainsi retenu dans un arrêt du 12

¹¹¹¹ Cf supra. Cass. civ. 1^o, 12 juillet 2005, précités, Bull. Civ. I n°324 et 325.

novembre 1997¹¹¹², que le dirigeant-caution « *n'est pas fondé, à défaut de circonstances exceptionnelles non invoquées, à mettre en œuvre la responsabilité de la banque pour soutien abusif de crédit* ». La caution dirigeante ne saurait prétendre avoir été trompée puisqu'elle est elle-même en mesure d'évaluer les risques qu'elle prend en apportant son cautionnement à l'opération¹¹¹³. Le dirigeant caution pourrait toutefois invoquer son manque d'expérience¹¹¹⁴ ou de compétence¹¹¹⁵, ou encore le fait qu'il ne disposait pas de toutes ses facultés mentales, ou qu'il n'exerçait aucun pouvoir véritable¹¹¹⁶. Les circonstances exceptionnelles tiennent donc à l'âge, à l'inexpérience ou à la modicité des ressources. Ainsi la caution dirigeante ne saurait-elle prétendre avoir été trompée puisqu'elle est elle-même en mesure d'évaluer les risques qu'elle prend en apportant son cautionnement à l'opération¹¹¹⁷. Afin de voir sa demande accueillie, il semblerait que la caution dirigeante doive invoquer un manquement du banquier à son devoir de conseil et de discernement, de sorte que la banque en savait plus sur la situation obérée de l'entreprise que la caution dirigeante elle-même¹¹¹⁸ ; ou encore qu'elle n'avait pas la compétence nécessaire pour apprécier tous les risques d'un montage sophistiqué proposé par la banque¹¹¹⁹.

318. La nécessité de rapporter la preuve d'un préjudice personnel. La caution, même en sa qualité de caution non dirigeante, doit rapporter la preuve d'un préjudice personnel¹¹²⁰. Ce préjudice est dû à un manquement du banquier à une obligation légale ou contractuelle¹¹²¹. La caution invoque-t-elle le soutien abusif de l'établissement de crédit envers la société débitrice ou une faute de celui-ci dans le contrat de cautionnement ? Dans tous les cas, la

¹¹¹² Cass. com. 12 novembre 1997, Bull. Civ. IV n° 284, p 247 ; JCP E 1998, p 182, note D. LEGEAIS

¹¹¹³ D'autant plus si la caution a réclamé avec insistance l'opération de financement : CA Paris 15° ch. B, 15 janvier 1999, Jurisdata n° 1999-020096.

¹¹¹⁴ Toutefois, la seule inexpérience est insuffisante : Cass. com. 18 février 2004, Jurisdata n° 2004-022540, JCP E 2005, 782, obs. A. SALGUEIRO.

¹¹¹⁵ Cass. com. 9 juillet 2002, Bull. Joly Sté, novembre 2002, p 1168, note A. CONSTANTIN : cas d'un agriculteur administrateur d'une coopérative, considéré comme néophyte et qui n'était donc pas en mesure d'apprécier les informations auxquelles pouvait avoir accès l'établissement de crédit.

¹¹¹⁶ Cass. com. 19 novembre 2003, RJDA Mai 2004, n° 606 et 623. Voir aussi M-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BRÉMONT, Droit des Sûretés, Dalloz Sirey Université, 2007, p 268, n° 1006.

¹¹¹⁷ D'autant plus si la caution a réclamé avec insistance l'opération de financement : CA Paris 15° ch. B, 15 janvier 1999, Jurisdata n° 1999-020096.

¹¹¹⁸ Cass. com. 6 février 2001, JCP 2001, IV, 1573 ; D 2001, AJ p 1024

¹¹¹⁹ P. BOUTEILLER, La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie, JCP E n° 16, 17 avril 2008, étude 1495, p 13 et s. spéc. p 19, n°35.

¹¹²⁰ Cass. com. 3 mai 2006, pourvois n° 04-17.283

¹¹²¹ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, p 185, n° 201.

jurisprudence a décidé que les deux fautes ne pouvaient être invoquées par la caution¹¹²². Mais la question de la qualification reste posée : s'agit-il d'une action en responsabilité délictuelle ou contractuelle ?

319. Détermination du préjudice dans le cadre la responsabilité délictuelle du banquier. La faute consistant en un crédit abusif, lie la banque et le débiteur, non la caution; mais celle-ci subit, du fait de sa qualité de caution, un préjudice. Son action doit donc pouvoir être accueillie. Un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 4 novembre 1992¹¹²³, décidait de la recevabilité de l'action de la caution contre le banquier en raison de ses concours financiers à la société débitrice, lui causant ainsi un préjudice personnel¹¹²⁴. Pour la jurisprudence, la responsabilité de l'établissement de crédit a ici un caractère délictuel¹¹²⁵. Comme le souligne le Professeur Legeais¹¹²⁶, la caution qui agit ainsi n'a pas à mettre en cause les organes de la procédure collective. Le préjudice dont il est demandé réparation est la « *perte d'une chance de ne pas être poursuivie* ». Il s'agit d'une atteinte portée à son droit de gage général¹¹²⁷. Elle peut aussi invoquer le fait que la faute de la banque a aggravé son risque par rapport à ce qu'il était¹¹²⁸. Et les dommages-intérêts reçus se compenseront dès lors avec les sommes dues au titre du contrat de cautionnement. La caution doit agir par la voie d'une demande reconventionnelle et non par la voie de l'exception¹¹²⁹.

320. Exercice par voie d'action. La caution peut-elle invoquer la faute du banquier dispensateur de crédit, pour se soustraire à son engagement de garantie ? La réponse ne peut être que négative. En effet, ce cas n'est pas prévu par l'article 2314¹¹³⁰ du Code civil. Seul recours pour la caution, payer sa dette puis mettre en jeu la responsabilité du banquier pour obtenir réparation de son préjudice. C'est ce que la Chambre Commerciale de la Cour de cassation a retenu dans un arrêt du 22 avril 1997¹¹³¹, solution reprise par la Première

¹¹²² Cass. com. 14 février 1989, Bastien c/ Cie générale, n° 87-12.491, Jurisdata n° 1989-705748 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1978, JCP G 1979, I, 2965, n° 93, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.

¹¹²³ TGI Paris 4 novembre 1992, Sté Générale c/ Moatti ; Cass. com. 7 janvier 1992, JCP E 1992, pan. 299 ; Cass. com. 22 novembre 1988.

¹¹²⁴ Voir aussi Cass. com. 25 juin 1996 JCP E 1997, II, 900, note D. LEGEAIS

¹¹²⁵ Cass. com. 25 juin 1996, JCP E 1997, II, 900 note D. LEGEAIS

¹¹²⁶ D. LEGEAIS, La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie, LPA 5 mars 1997, n° 28, p 14.

¹¹²⁷ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, p 185, n° 202.

¹¹²⁸ Cass. com. 4 octobre 1994, n° 92-12.628, RDBB 1995, p 15, obs. F-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD.

¹¹²⁹ Cass. com. 16 mars 1993, D. 1993, somm. p 314, obs. L. AYNES ; Dr. sociétés 1993, n° 109, obs. T. BONNEAU

¹¹³⁰ C. civ. Art. 2037 ancien.

¹¹³¹ Cass. com 22 avril 1997 Saint-Cyr c/ Sté générale de banque aux Antilles françaises, LPA 4 mars 1998, p 25, note D. BOCCARA

Chambre Civile dans un arrêt du 24 juin 1997¹¹³² : « *si une caution est recevable à mettre en œuvre la responsabilité du créancier lorsqu'elle intente une action en réparation d'un dommage dont elle se prévaut en raison des conditions dans lesquelles celle-ci a accordé puis retiré des moyens de financement au débiteur principal, elle ne peut, en dehors du champ d'application de l'article 2037¹¹³³ du code civil, invoquer une faute du créancier dans ses rapports avec le débiteur à titre d'exception pour se soustraire à l'exécution de l'obligation qu'elle a contractée* ». Ainsi, seule la voie de l'action est ouverte à la caution, la voie de l'exception ne peut être retenue dès lors que l'on se trouve en dehors des cas d'extinction du cautionnement limitativement énumérés par les articles 2036, 2037 et 2038 anciens¹¹³⁴ du Code civil. La caution doit intenter une action reconventionnelle¹¹³⁵ en responsabilité contre le banquier. Comme le précise Madame Martin-Serf, « *Les nécessités de la sécurité du crédit imposent de laisser le contentieux de la responsabilité civile en dehors des relations de cautionnement* ». Il est également admis que la caution puisse, par voie de défense au fond être déchargée de son obligation en raison de la faute commise envers le débiteur principal, autant par la chambre commerciale¹¹³⁶, que par la première chambre civile¹¹³⁷. La chambre mixte a ensuite confirmé la recevabilité des deux types d'actions, demande reconventionnelle et défense au fond, par un arrêt du 21 février 2003¹¹³⁸.

321. Détermination du préjudice dans le cadre de la responsabilité contractuelle du banquier. La caution peut se prévaloir de la disproportion du cautionnement avec ses capacités financières, sur le fondement de l'article L 341-4 du Code de la consommation, qui dispose qu' « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique, dont l'engagement était lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». Ainsi, pour les cautionnements souscrits après l'entrée en vigueur de la loi du 1er Août 2003, créant cet article, c'est-à-dire au 1er février 2004, les cautions personnes physiques,

¹¹³² Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1997, Remini et a. c/ BNP, D. Affaires 1997, 958 ; JCP 1997, IV, 1822 ; RTD Com 1999, p 193, obs. A. MARTIN-SERF

¹¹³³ C. Civ. Art. 2314. (nouveau)

¹¹³⁴ C. Civ. Art. 2313, 2314, 2315 (nouveaux)

¹¹³⁵ Cass. com. 16 mars 1993, D. 1993, somm. p 314, obs. L. AYNES ; Dr. sociétés 1993, n° 109, obs. T. BONNEAU

¹¹³⁶ Cass. com. 26 octobre 1999, n° 96-16837, Bull. Civ. IV, n° 182 ; D 2000 somm. p 340, obs. M-N. JOBARD-BACHELLIER, JCP 2000 II 10262, note D. LEGAIS, RTDCom 2000, p 157, obs. M. CABRILLAC ; confirmé par Cass. com. 26 avril 2000, n° 96-21941, Bull. Civ. IV n° 80 ; D 2000 jur. p 665, note P. GRIMALDI

¹¹³⁷ Cass. 1^o civ. 1er octobre 2000, n° 98-10.075

¹¹³⁸ Cass. ch. Mixte, 21 février 2003, n° 99-18.759

même dirigeantes, peuvent se prévaloir du préjudice résultant de la conclusion d'un cautionnement excessif, c'est-à-dire disproportionné par rapport à ses capacités financières et ainsi se dégager de son obligation de garantir la dette du débiteur. Les cautions peuvent encore se prévaloir d'autres causes de nullité du contrat de cautionnement. Elles invoquent ainsi très souvent l'erreur portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, telle l'interdiction d'exercer une activité commerciale¹¹³⁹, ou encore l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal¹¹⁴⁰, sous certaines conditions néanmoins. Le dol est également le fondement de nombreuses actions, bien souvent sous la forme d'une réticence dolosive¹¹⁴¹, due à un manque d'information. Toutefois, la jurisprudence a récemment affirmé que les cautions ne sauraient exercer tous les types d'actions : la nullité du cautionnement pour vice du consentement ne peut être admise que si ce vice est concomitant au soutien abusif reproché au banquier. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 janvier 2007¹¹⁴² a ainsi débouté les cautions de leur action en nullité sur le fondement d'un vice du consentement (dol ou violence) dans la conclusion du cautionnement, dès lors que celui-ci a été donné à une date antérieure à la période au cours de laquelle la banque a abusivement soutenu la société dans une situation irrémédiablement compromise.

322. Une spécificité : la recevabilité de l'action de la caution dans l'exercice des droits du débiteur. La caution, en invoquant le caractère accessoire de son engagement, afin d'exercer les droits et actions du débiteur principal, exercera une action contre la banque pour un préjudice que seule la société débitrice a subi. Par un arrêt du 24 juin 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi admis que la caution a la possibilité de chercher à échapper à son obligation accessoire en engageant la responsabilité de l'établissement de crédit, sur le fondement des fautes qu'il a pu commettre envers le débiteur principal lors de l'octroi du concours financier¹¹⁴³. Toutefois, cette faculté ne lui a pas toujours été reconnue ; un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 7 septembre 1990¹¹⁴⁴, retenait que l'action en responsabilité contre le banquier dispensateur de crédit est

¹¹³⁹ Cass. com. 19 novembre 2003, Bull. Civ. 2003, IV, n° 172.

¹¹⁴⁰ Voir sur ce point, P. BOUTEILLER, La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie, JCP E n° 16, 17 avril 2008, étude 1495, p 13, n° 3 et s.

¹¹⁴¹ Voir P. BOUTEILLER, La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie, JCP E n° 16, 17 avril 2008, étude 1495, p 13

¹¹⁴² CA Paris, 15^ech. B, 12 janvier 2007, RG n° 05/09476, Jurisdata n° 327809, Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p 54, obs. R. ROUTIER.

¹¹⁴³ Cass. com. 24 juin 2003, n° 00-12.566, Bull. Civ. IV n° 103, p 113, Jurisdata n° 2003-019638, D 2003 AJ p 2308, obs. V. AVENA-ROBARDET ; Cass. com. 24 septembre 2003, n° 00-19067, Bull. Civ. IV n° 136, Bull. Joly Sociétés 2003, p 1260, note J-F BARBIERI ; D 2003 AJ p 2568 ; Cass. com. 24 septembre 2003, n° 00-12599, et n° 00-20309, inédits ; Cass. com. 22 mars 2005, n° 02-20678, Bull. Civ. IV, n° 68 Bull. Joly Sociétés 2005, p 1213, note F-X. LUCAS ; D 2005 AJ, p 1020, obs. A. LIENHARD.

¹¹⁴⁴ CA Aix-en-Provence, 7 septembre 1990, Jurisdata n° 1990-048203

une exception purement personnelle réservée au seul débiteur crédité. En matière délictuelle, la caution peut donc aujourd'hui, invoquer le préjudice subi par le débiteur, pour se désengager. En matière contractuelle néanmoins, certains préjudices subis par le débiteur ne peuvent être invoqués par la caution. Il en est ainsi des vices du consentement. La caution peut donc se prévaloir, pour échapper à ses engagements, des délais de paiements, des remises de dettes accordées au débiteur, mais en aucun cas d'un vice du consentement du débiteur dans le contrat de prêt, qui est une exception qui lui est purement personnelle ; de même qu'elle ne peut se prévaloir de la remise des poursuites consenties au débiteur principal¹¹⁴⁵. La caution pourrait par ailleurs être tentée de reprocher au banquier d'avoir accordé un crédit excessif à l'emprunteur, en ne remplissant pas son obligation de mise en garde¹¹⁴⁶. Toutefois, sa demande ne saurait être accueillie si l'emprunteur a la qualité d'averti¹¹⁴⁷ ! Elle doit par ailleurs démontrer sa loyauté, et celle de l'emprunteur¹¹⁴⁸. Si ce dernier a caché de manière déloyale des informations au banquier, le seul recours de la caution sera de rapporter la preuve d'un « *défaut de vigilance du banquier lequel, nonobstant le devoir de non immixtion, aurait du déceler les anomalies et contradictions dans les déclarations de l'emprunteur* »¹¹⁴⁹.

323. La diminution des moyens d'action des cautions. Les moyens de la caution aux fins de se soustraire à son engagement envers le banquier étaient nombreux, mais le sont de moins en moins. En effet, la caution est soumise au principe d'irresponsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, dont les garde fous sont plutôt restreints. La situation de la caution non dirigeante et non avertie s'est donc particulièrement dégradée ; la caution dirigeante et avertie, elle, avait déjà vu son domaine d'action diminué. Les cautions devront, par ailleurs, comme le débiteur, rapporter la preuve que leur préjudice est lié à la faute du banquier ; tâche qui, dans le cadre de la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, n'est pas aisée.

¹¹⁴⁵ Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12.196, arrêt n° 774, FS-P+B, D 2007 n°28, p 1999, note O. DESHAYES.

¹¹⁴⁶ En fait, la faute du banquier dont peut se prévaloir la caution est davantage un manquement à l'obligation de mise en garde, que la fourniture d'un crédit excessif, puisque agir sur ce dernier fondement viderait de toute sa substance le devoir de mise en garde .

¹¹⁴⁷ Cf Supra.

¹¹⁴⁸ Cass. civ. 1°, 30 octobre 2007, n° 06-17003, Epx Debure c/ sté Cofidis, D 2008, jur, p 256, note E. BAZIN, RTDCom Janvier-Mars 2008, p 163, note D. LEGEAIS.

¹¹⁴⁹ P. BOUTEILLER, La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie, JCP E n° 16, 17 avril 2008, étude 1495, p 13 et s. spéc. p 19, n°35.

§ 2. Le lien de causalité entre la faute du créancier dispensateur de concours et le préjudice subi.

324. L'exigence d'un lien de causalité. La Cour de cassation rappelle sans cesse la nécessité de rapporter la preuve du lien de causalité entre la faute du créancier et le préjudice subi : « *La responsabilité prévue par l'article 1382 suppose un rapport de causalité entre la faute et le dommage*¹¹⁵⁰ ». La preuve de ce lien de causalité doit nécessairement être rapportée par le demandeur. Les juges s'appuient sur le principe posé en matière de responsabilité contractuelle par l'article 1151 du Code civil : « *dans les cas mêmes où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est la suite immédiate et directe de l'exécution de la convention* ». Les praticiens du droit s'accordent néanmoins pour convenir de l'application de ce principe à la responsabilité civile, même délictuelle¹¹⁵¹. Mais la Haute juridiction s'est abstenue de poser des principes permettant de construire une véritable définition juridique de la causalité¹¹⁵². Toutefois, et en particulier dans le domaine du droit des entreprises en difficulté, les causes du préjudice sont parfois multiples. Comment évaluer dès lors la causalité ? Dans certaines hypothèses, les juges admettaient une présomption du lien de causalité, de sorte que le cumul de l'accroissement du passif et d'une faute de la banque, suffisait à prouver le lien de causalité¹¹⁵³. Mais cette situation n'était qu'exceptionnellement admise : la preuve d'un lien de causalité direct est indispensable : la légèreté blâmable par laquelle le banquier a accordé le crédit, ne peut ainsi, à elle seule justifier la condamnation de la banque¹¹⁵⁴. En réalité, la relation causale semble dépendre des faits en présence : certains auteurs estiment que le lien de causalité, s'il n'est présumé, peut en revanche être « aisément établi¹¹⁵⁵ » lorsque le préjudice résulte d'une faute « exclusive » du banquier, il sera en revanche moins évident lorsque le demandeur a également commis une faute : il

¹¹⁵⁰ Cass. civ. 2°, 27 octobre 1975, Gaz. Pal. 1976, 1, 169, note A. PLANCQUEEL

¹¹⁵¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in *Traité de Droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 3° éd. 2006, p 194-195, n° 348.

¹¹⁵² G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in *Traité de Droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 3° éd. 2006, p 196, n° 350.

¹¹⁵³ CA Aix-en-Provence, 7 février 1984.

¹¹⁵⁴ Cass. 1° Civ., 4 janvier 2005, inédit, n° 02-10.661, Gaz. Pal. 29-30 avril 2005, p 40, obs. R. ROUTIER. : « *la déconfiture puis la procédure collective ouverte à l'encontre [du coemprunteur], lequel avait régulièrement effectué ses remboursements pendant les quatre années ayant précédé sa mise en redressement judiciaire, étaient en relation causale directe avec les difficultés économiques du secteur automobile, et sans rapport démontré avec la légèreté blâmable par laquelle la banque lui avait consenti le crédit litigieux* ».

¹¹⁵⁵ J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz 6° éd. 1995, p 607, n° 657.

n'est pas certain que la faute du banquier soit ici à l'origine du préjudice subi. Le juge procède à l'évaluation du lien de causalité en fonction de nombreux paramètres. La relation causale dépend en effet, à la fois d'éléments de fait, tels que l'ampleur de la faute du banquier ou les circonstances dans lesquelles le préjudice est survenu, ou d'éléments de droit, tels que la qualité du demandeur, et la nature juridique du préjudice¹¹⁵⁶. Le seul critère commun posé par la Cour de cassation est celui d'un rapport de nécessité entre le fait générateur, c'est-à-dire la faute, et le préjudice¹¹⁵⁷.

325. La cause nécessaire. Le fait reproché au créancier doit avoir été nécessaire à la réalisation du dommage, il doit en être la condition sine qua non. Dès lors, si, sans le fait reproché au défendeur, le même dommage avait pu se produire, l'action en responsabilité doit être rejetée par les juges. Si la nécessité est le critère majeur servant à l'évaluation du lien de causalité, de sorte que le fait du défendeur doit avoir produit le dommage, il peut également l'avoir aggravé¹¹⁵⁸.

326. La cause adéquate. Les juges requièrent parfois bien plus que la nécessité, à savoir l'adéquation, de sorte que lorsque les causes du dommage sont multiples, seule la cause « adéquate » peut être retenue. Cela signifie que certains faits générateurs peuvent être écartés comme ne constituant pas la cause adéquate du dommage. La faute causale est alors empreinte d'une certaine relativité. Selon les professeurs Viney et Jourdain, il semble dans certains cas, que, lorsque « *le fait du défendeur ne semble pas en adéquation suffisante avec le dommage au sens où il ne peut fournir aucune explication rationnelle de l'enchaînement causal qui y a conduit*¹¹⁵⁹ », la causalité n'est pas établie. Les juges appliquent le principe de l'adéquation en retenant que : « *La responsabilité civile s'encourt dès que le dommage allégué se trouve lié à la faute établie par un rapport de causalité adéquate ; un tel rapport existe lorsque la faute a constitué le facteur qui, parmi ceux en cause, a joué un rôle véritablement perturbateur, ne laissant aux autres, même lorsqu'ils ont faiblement concouru au dommage, qu'un caractère secondaire*¹¹⁶⁰ ». Ce principe d'adéquation, applicable en

¹¹⁵⁶ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2^e éd. 2001, p 188, n° 208.

¹¹⁵⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in Traité de Droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 3^e éd. 2006, p 197, n° 352.

¹¹⁵⁸ Cass. civ. 1^o, 29 janvier 1985, n° 83-16108 83-16262, Gaz. Pal. 1985, 1, p 264 : « *le manquement à l'obligation contractuelle (...) est causal non seulement lorsqu'il a provoqué le dommage mais aussi quand il en a aggravé les conséquences* ».

¹¹⁵⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, in Traité de Droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 3^e éd. 2006, p 206, n° 358-2

¹¹⁶⁰ CA Versailles 30 mars 1989, JCP 1990 II, 21505, note DORSNER-DOLIVET ; RTDCiv 1992, 117, obs. JOURDAIN (solution dégagée dans le cadre de la responsabilité d'un médecin)

matière de responsabilité médicale, est également appliqué dans le cadre de la responsabilité du créancier dispensateur de crédit. Ainsi, la Haute juridiction a-t-elle pu écarter le lien de causalité lorsque compte tenu de sa faible importance, le crédit n'a pu contribuer à tromper les tiers¹¹⁶¹, lorsque le dépôt de bilan de l'entreprise était inéluctable lors de la constatation de la faute de la banque, ou encore lorsque le préjudice résultant de la situation est antérieur à la faute de celle-ci¹¹⁶². Entrent donc en considération divers facteurs, en particulier le facteur temps. Plus le moment de la commission de la faute de la banque est éloignée de celui de la survenance du dommage, plus la jurisprudence aura tendance à écarter le lien de causalité. Les circonstances ayant concouru au dommage sont également un élément majeur de l'appréciation du lien de causalité par le juge : en effet, lorsque plusieurs causes sont à l'origine du dommage, les juges retiendront uniquement celle qui est la plus adéquate : un arrêt de la chambre commerciale du 9 avril 1996¹¹⁶³ en est une illustration. Dans cette affaire, le tiré-accepteur de lettres de change, assigné en paiement de celles-ci par la banque, à la suite de la mise en redressement judiciaire du tireur, a demandé reconventionnellement des dommages-intérêts à celle-ci, lui reprochant d'avoir soutenu abusivement le tireur, ce qui l'avait incité à accepter les effets litigieux. La Cour confirme la décision des juges du fond qui rejettent la demande du tiré-accepteur au motif que celui-ci « *semble* avoir accepté les lettres de change dans le cadre de relations d'affinités, exclusives de toutes corrélations avec l'état financier » du tireur. Le lien de causalité faisait ici défaut puisque d'autres circonstances avaient concouru à la réalisation du dommage. La question pouvait également être soulevée dans l'affaire Astre, qui a pris fin par un arrêt de l'assemblée plénière du 9 juillet 1993¹¹⁶⁴. Outre l'aggravation de l'insuffisance d'actif, les juges retiennent également, dans le cadre du préjudice collectif, les préjudices liés à l'immobilisation de la créance, c'est-à-dire la perte des intérêts. La question du lien de causalité avec la faute du créancier dispensateur de crédit doit être soulevée. En effet, la perte des intérêts est liée à l'ouverture de la procédure collective, notamment au principe de la suspension des poursuites individuelles et non directement à l'aggravation du passif¹¹⁶⁵. Les conséquences dommageables de l'immobilisation de la créance ne devraient pouvoir être imputées au banquier « *que si ceux-ci sont jugés responsables de l'ouverture de la procédure*

¹¹⁶¹ Cass. com. 2 mai 1983, n° 81-14223, D 1984, IR p 89, obs. M. VASSEUR.

¹¹⁶² Cass. com. 22 mai 1985, n° 84-10499 Bull. Civ. IV, n° 165.

¹¹⁶³ Cass. com. 9 avril 1996, n° 93-20917

¹¹⁶⁴ Affaire Astre, Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, D 1993, p 469, note F. DERRIDA ; JCP E 1993, II, 509, note F. POLLAUD-DULIAN ; JCP E 1993, I, 298, obs. M. CABRILLAC ; JCP E 1993, I, 302, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Dr. Sociétés 1994, n° 26, obs. Y. CHAPUT

¹¹⁶⁵ Voir Conclusions de M. JEOL, premier avocat général, Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, D 1993, jur. p 469 et s., spéc. p 474.

collective ». Or dans cette affaire, il était uniquement reproché au banquier d'avoir, par son concours, retardé le dépôt de bilan. Le lien de causalité est donc un élément majeur de la mise en cause de la responsabilité du banquier qui ne doit pas être négligé.

327. Appréciation du lien de causalité dans le cadre des trois exceptions de l'article L 650-1 du Code de commerce. Cette évaluation du lien de causalité par les juges a encore et toujours vocation à s'appliquer dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce. En effet, bien qu'il s'agisse d'une disposition spéciale, le droit commun de la responsabilité civile s'applique : la preuve du lien de causalité entre la faute du banquier et le préjudice subi doit être rapportée par le demandeur à l'action en responsabilité. Comme cela a été rappelé précédemment, ce lien ne peut être présumé ni même déduit de la faute du créancier dispensateur de concours. Dès lors, si un lien de causalité est indispensable, deux solutions sont néanmoins possibles en fonction du rôle conféré aux exceptions. Si elles sont considérées comme des faits générateurs de responsabilité, ces trois exceptions doivent entretenir un rapport causal avec le préjudice. Ainsi, les juges ne peuvent établir le lien de causalité avec le préjudice subi sur la seule constatation d'une fraude, de l'immixtion caractérisée du créancier dans la gestion du débiteur, ou de la prise de garanties disproportionnées au(x) concours. Ces fautes doivent avoir été la cause nécessaire et adéquate¹¹⁶⁶ du préjudice. Il est vrai qu'en cas de fraude, les juges sont tentés de présumer le lien de causalité avec le préjudice. Dans le cadre de l'immixtion caractérisée entendue comme fait générateur de responsabilité, il ne pourrait s'agir que de la situation dans laquelle « *le fournisseur de crédit s'immiscerait dans la gestion de son client pour lui faire demander un concours préjudiciable qu'il octroierait lui-même*¹¹⁶⁷ ». Enfin, dans le cadre de la prise de garanties disproportionnées, le lien de causalité semble « distendu ». En effet, afin de mettre en jeu la responsabilité du banquier, le représentant des créanciers doit rapporter la preuve que la faute commise par le banquier est à l'origine de l'insuffisance d'actif, qui l'a conduit à une procédure de traitement des difficultés. Et l'excès de garanties n'est pas lié directement à ce préjudice ! Cet argument démontre, en outre, la nécessité d'un comportement fautif supplémentaire du banquier, dans l'octroi du crédit, à savoir la connaissance de la situation irrémédiablement compromise du débiteur. Il est dès lors probable, comme cela a été vu précédemment, que la causalité sera écartée dans la majorité des cas. En revanche, si les trois exceptions sont considérées comme des causes de

¹¹⁶⁶ J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L 650-1 du Code de commerce, D 2006, n° 25, p 1743 et s. spéc. p 1750, n° 27.

¹¹⁶⁷ D. ROBINE, L'article L 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, cahier de droit des affaires, p 69 et s., spéc. p 77, n° 37.

déchéance de l'irresponsabilité conférée aux créanciers dispensateurs de concours, alors les possibilités sont plus étendues, les fautes susceptibles d'engager la responsabilité du banquier étant dès lors plus nombreuses. Toutefois, les chances pour le demandeur d'obtenir des dommages-intérêts restent faibles, les juges s'appliquant de plus en plus à admettre uniquement la « cause adéquate » du dommage, restreignant ainsi davantage les modalités d'appréciation du rapport causal.

*

* *

328. La réunion des conditions : la reconnaissance de la responsabilité. La réunion des trois conditions de fond de l'action en responsabilité civile, ajouté à la preuve d'un des trois cas d'ouverture de l'action pour soutien abusif, tels que définis à l'article L 650-1, permettra au demandeur de voir le créancier dispensateur de crédit déclaré responsable du préjudice subi à raison de l'octroi du concours. La reconnaissance de la responsabilité entraîne dès lors le prononcé de sanctions. Les conséquences de cette reconnaissance peuvent être, pour le banquier, particulièrement redoutables.

CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

329. Étymologie et évolution du sens donné à la sanction. Lors d'un colloque sur la sanction, le 27 novembre 2003, le professeur Louis-Auguste Barrière nous délivra une étude de l'étymologie du mot sanction afin d'en dégager une définition claire et précise aujourd'hui. Le terme de sanction vient du latin « *sanctio, onis* », issu du verbe « *sancire* », dérivé de la racine « *sanct* » et désignant le fait de rendre sacré donc inviolable. « *sancire* » signifierait « prescrire une peine en garantie de ce qui est établi¹¹⁶⁸ ». La *sanctio* serait donc la « *disposition de la loi qui la protégerait contre sa violation au moyen d'une peine*¹¹⁶⁹ ». Voici le sens premier donné à la sanction. Néanmoins, celui-ci n'a cessé d'évoluer, au fil de l'évolution du droit. Au Bas-Empire, la *sanctio* désignait une sorte de « *constitution impériale qui intéressait un pragma c'est-à-dire une affaire d'intérêt public* ». La *pragmatica sanctio* représentait ensuite la « *Constitution, (les) règlements sur les matières Ecclésiastiques. Il ne se dit guère qu'avec le mot de pragmatique*¹¹⁷⁰ ». La sanction représente ainsi au Moyen Âge un règlement ecclésiastique. Puis son sens s'est ensuite largement écarté de toute connotation religieuse, de sorte qu'elle désigna par la suite une « *ordonnance qui statuait sur une question fondamentale*¹¹⁷¹ ». La sanction prenait donc un sens bien éloigné de son origine latine. Au XVIII^e siècle, la sanction désignait « *l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif revêt une mesure législative de l'approbation qui lui donne force exécutoire*¹¹⁷² », ou encore « *l'approbation, la consécration ou la ratification* ». En matière juridique, le terme prit le sens, en 1765, de « *peine ou récompense prévue pour assurer l'exécution d'une loi*¹¹⁷³ ». Le dictionnaire Capitant, a ainsi pu donner, en 1936, comme définition : « *l'acte par lequel le monarque, considéré comme l'égal ou le supérieur*

¹¹⁶⁸ L-A. BARRIERE, Propos introductifs, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 7 et s., spéc. p 8. Reprenant Y. THOMAS, De la sanction et de la sainteté des lois à Rome, Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité, Droits n° 18, 1993, p 145.

¹¹⁶⁹ L-A. BARRIERE, Propos introductifs, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 7 et s., spéc. p 10.

¹¹⁷⁰ Dictionnaire de l'Académie française de 1694, chez Jean-Baptiste Coignard, 1^o éd. ; Ce dictionnaire fait un renvoi surprenant « sanction : voir Saint », voir Jean Pruvost , Harcèlement et sanction, étymologie <http://www.canalacademie.com/Harcèlement-et-Sanction.html>

¹¹⁷¹ L-A. BARRIERE, Propos introductifs, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 7 et s., spéc. p 11.

¹¹⁷² Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008, v^o sanction.

¹¹⁷³ Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008, v^o sanction.

des chambres, donne son assentiment à la loi votée par le Parlement et qui dans certains régimes (...) imprime même seule sa force obligatoire à la loi, le Parlement ne fixant que le « contenu intellectuel de cette dernière¹¹⁷⁴ ». Mais le sens donné à la sanction a encore évolué, de sorte que ce sens historique de consécration et d'approbation est pratiquement révolu aujourd'hui. La sanction est désormais définie comme : *« En un sens restreint, punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir.(...) En un sens plus large, toute mesure même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation (...). Plus généralement encore, tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation (...)¹¹⁷⁵ ».* Par cette définition, la sanction s'associe à un critère fonctionnel unique : assurer la réalisation de la règle juridique. Le sens donné aujourd'hui à la sanction se rapproche donc de celui qui prévalait à l'époque romaine. Mais quelle importance la sanction revêt-elle en droit positif ?

330. L'interprétation du sens de « sanction » au XX^e siècle et ses diverses fonctions. Le sens donné à la sanction a évolué en fonction du sens donné au droit en général¹¹⁷⁶. Le droit a longtemps été perçu comme devant être assorti d'une contrainte, de sorte que le droit pénal y trouvait une place de choix¹¹⁷⁷. La sanction est un *« instrument de contrainte prévu par la loi pour assurer l'effectivité de la règle de droit¹¹⁷⁸ »*. Ensuite, les auteurs ont écarté ce sens, considérant désormais que la sanction est une obligation, une règle juridique¹¹⁷⁹. Monsieur Jestaz¹¹⁸⁰, de son côté, relevait trois significations du terme sanction. Le premier sens rejoint le sens historique de consécration par l'autorité. Il excluait ensuite le troisième sens qui était lié à la notion de contrainte, de sorte que le seul sens possible de la sanction serait celui du *« tarif »*, c'est-à-dire les conséquences précises attachées à la règle ». Le professeur Barrière considère en définitive, que *« la sanction ne peut être considérée comme le critère de la*

¹¹⁷⁴ Vocabulaire juridique rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des juristes, sous la direction de Henri Capitant, Paris, PUF, 1936, v° « Sanction ».

¹¹⁷⁵ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, PUF, 7^e éd. 2005, v° « Sanction », p 830-831.

¹¹⁷⁶ Voir sur ce point, L-A. BARRIERE, Propos introductifs, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 7 et s., spéc. p 20.

¹¹⁷⁷ Première moitié du XX^e siècle.

¹¹⁷⁸ L-A. BARRIERE, Propos introductifs, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 7 et s., spéc. p 15.

¹¹⁷⁹ Voir M. VIRALLY, La pensée juridique, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, EJA Paris, 1998, p 69. et A. LAQUIEZE, v° « sanction » dans Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, PUF, Lamy 2003

¹¹⁸⁰ P. JESTAZ, La sanction ou l'inconnue du droit, D 1986, chron. p 197. cité par M. DEGOFTE, Droit de la sanction non pénale, Economica 2000, p 1.

règle de droit » mais « le droit au sens de système de règle ne peut exister sans sanction au sens de réaction du corps social à un comportement déviant qui met en péril la cohérence ou la survie d'un groupe¹¹⁸¹ ».

331. Le rôle donné aux sanctions. La sanction paraît dès lors nécessaire à l'effectivité du droit. C'est une de ses fonctions premières¹¹⁸². La sanction dispose aussi de « fonctions secondes », telles la prévention, qui serait commune à toutes les sanctions, dissuadant ainsi l'individu de violer la règle. Le professeur Barrière relève aussi la fonction de « rétablissement d'une harmonie qui a été rompue », celui-ci pouvant intervenir par une remise en l'état ou une compensation. Il s'agit là de la sanction-réparation. La sanction a aussi un rôle punitif, elle aurait pour « fonction d'asseoir un pouvoir, un ordre politique et social et de prévenir toute atteinte à celui-ci par l'intimidation ». Une dernière fonction peut être relevée : contraindre une personne à exécuter ce qu'elle doit. Toutefois, ce type de sanction, telle l'exécution forcée, est nécessairement encadré dans la société d'aujourd'hui, empreinte de libéralisme¹¹⁸³. Quelles fonctions revêtent dès lors les sanctions prévues à l'article L 650-1 du Code de commerce ?

332. L'innovation du texte en matière de sanction de responsabilité civile délictuelle.

L'article L 650-1 du Code de commerce prévoit de sanctionner le banquier ou le créancier dispensateur de concours, s'il a causé un préjudice du fait de l'octroi des concours financiers, et ce dans trois cas, par la mise en cause de sa responsabilité civile. L'engagement de cette responsabilité tient lieu de première « sanction », une « *sanction civile répressive*, [puisque la responsabilité] *intervient après qu'une atteinte ait été portée à l'ordre juridique*¹¹⁸⁴ ». Ensuite, la responsabilité civile emporte nécessairement le prononcé de sanctions réparatrices. Or l'article L 650-1 du Code de commerce a expressément prévu la sanction applicable en cas de responsabilité : la nullité des garanties : « *Pour les cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles.* ». Une interrogation évidente survient : s'agit-il d'une sanction supplémentaire aux dommages-intérêts, ou bien est-elle la seule sanction envisageable, de sorte que les garants, et le débiteur seraient les seuls intéressés, en définitive, par la mise en

¹¹⁸¹ L-A. BARRIERE, Propos introductifs, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 7 et s., spéc. p 22.

¹¹⁸² L-A. BARRIERE, Propos introductifs, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 7 et s., spéc. p 26.

¹¹⁸³ Sur ce point voir F. TERRE, Introduction au droit, Dalloz, 6^e éd. 2003, n^o 580 et J. CARBONNIER, Sociologie Juridique, PUF, 1994 p 325 et p 410.

¹¹⁸⁴ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, Préface de J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p 238, n^o 402.

jeu de la responsabilité du créancier ? La réponse ne peut être que négative. C'est pourquoi il faut envisager ces deux types de sanction : la condamnation au versement de dommages-intérêts (section 1) et la nullité nouvellement applicable en cas de reconnaissance de la responsabilité du banquier à raison de l'octroi des concours (section 2).

Section 1. Les dommages-intérêts.

333. Le principe de la sanction réparatrice. La première sanction à laquelle le créancier est susceptible d'être condamné, réside dans le paiement de dommages et intérêts. A cette fin, le requérant doit apporter la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Il s'agit de la sanction de droit commun, lorsque la responsabilité d'une personne est reconnue. L'article 1382 du Code civil en pose le principe : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». L'article 1382 du Code civil prévoit ainsi une sanction-réparation, afin de rétablir l'harmonie qui existait avant que le préjudice soit infligé à la victime. Il pose en outre un principe de réparation intégrale. « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se trouvait si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ». Cette formule empruntée au Doyen Savatier est employée par la Cour de cassation dans de nombreux arrêts¹¹⁸⁵. Le caractère intégral de la réparation est apprécié in concreto, les juges devant tenir compte des éléments propres au préjudice subi par la victime¹¹⁸⁶, ce qui rend ce type de sanction particulièrement effectif. Elle se traduit par une réparation en nature, qui constitue la « *forme idéale de réparation, puisqu'elle procure à la victime une satisfaction identique à ce qu'elle pouvait ressentir avant la survenance du dommage*¹¹⁸⁷ », ou quand cela est impossible, une réparation par équivalent, par l'octroi de dommages et intérêts. C'est ce dernier type de réparation qui est le plus souvent utilisé par les juges, la réparation en nature

¹¹⁸⁵ Cass. civ. 2, 28 octobre 1954 Bull. Civ. II, n° 328, p 222, JCP G 1955, II, 8765, note R. SAVATIER ; RTDCiv 1955, p 324, n° 34, obs. H. et L. MAZEAUD ; Gaz. Pal 1955, 1, p 10 ; Cass. civ. 2, 25 mai 1960, Gaz. Pal. 1960, 2, p 161 ; Cass. civ. 2, 1er avril 1963, D 1963, p 453, note H. MOLINIER ; JCP G 1963, II, 13408, note P. ESMEIN ; Cass. civ. 2, 8 avril 1970, Bull. Civ. II, n° 111, p 87 ; Cass. civ. 2, 19 novembre 1975, D 1976, p 137, note P. LETOURNEAU ; Cass. civ. 2, 4 février 1982, JCP G 1982 II, 19894, note J-F. BARBIERI ; Cass. Civ. 1, 30 mai 1995, JCP G 1995, IV, n° 1810 ; CA Grenoble 7 octobre 1997, JCP G 1998, IV, n° 1501.

¹¹⁸⁶ C. COUTANT-LAPALUS, La sanction civile, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 211 et s., spéc. p 213.

¹¹⁸⁷ C. COUTANT-LAPALUS, La sanction civile, in La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan, 2007, p 211 et s., spéc. p 218

étant particulièrement délicate. Très peu de situations permettent d'appliquer une réparation en nature, c'est notamment le cas de la responsabilité du banquier pour soutien abusif. Le préjudice subi par la victime, consistant le plus souvent en un préjudice pécuniaire, l'octroi de dommages et intérêts en est, dès lors, la seule solution possible. Deux points sont alors à envisager, le premier est bien sûr celui du principe de la réparation par l'octroi de dommages-intérêts (§1), le second s'attachant au quantum de celle-ci (§2).

§ 1. Le principe de la réparation par l'octroi de dommages-intérêts.

334. Les difficultés liées à la réparation par dommages-intérêts. La réparation par équivalent était la sanction appliquée jusqu'alors en cas de responsabilité pour soutien abusif. Mais cette réparation posait deux sortes de difficultés, que Monsieur Likillimba, dans sa thèse, a dégagées : la première, théorique, est « *relative à la détermination de la date à laquelle le passif du débiteur a commencé à s'aggraver* », la seconde, plus pratique, est relative au « *sort des produits des actions intentées*¹¹⁸⁸ ».

335. La date à prendre en compte pour la fixation des dommages-intérêts. Les solutions des juges du fond étaient assez divergentes en la matière, prenant la date de report de la cessation des paiements, celle de l'ouverture du jugement d'ouverture de la procédure, ou encore la date à laquelle le banquier est supposé avoir pris connaissance de la situation financière réelle du débiteur¹¹⁸⁹. Toutefois, Monsieur Likillimba fait remarquer, qu'en général, la jurisprudence se fixe sur une période allant de la « *date à laquelle le banquier a effectivement pris connaissance de la véritable situation de son client [à] celle de l'ouverture de la procédure collective*¹¹⁹⁰ », de sorte que le « *montant de la condamnation du banquier [pourrait] en principe être fixé à partir de la différence entre la valeur de l'actif réalisé et le montant du passif antérieur déclaré et admis* ». Par ailleurs, la jurisprudence appliquait avec ferveur le principe de la réparation intégrale par le créancier dispensateur de concours ; aucun partage de responsabilité n'étant possible¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, spéc. p 412 et s., n^o 529 et s.

¹¹⁸⁹ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, spéc. p 412, n^o 529.

¹¹⁹⁰ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, spéc. p 413, n^o 529.

¹¹⁹¹ Principe rappelé par Cass. com. 5 mars 1996, pourvoi n^o 94-13.583, Souchon c/ Crédit du Nord, Jurisdata 1996-000767 Bull. Civ. 1996 IV n^o 70 p 57 ; JCP G 1996 n^o 20 IV n^o 972 p 127 ; JCP E 1996 n^o 22 Panorama n^o 576 p 191 ; JCP G 1997 n^o 15 IV n^o 816 p 126

336. Le sort des sommes allouées au titre des dommages et intérêts. La question du sort des produits des actions intentées contre le créancier dispensateur de crédit fautif, a fait l'objet d'une évolution en concordance avec l'évolution de l'action en responsabilité elle-même, au travers des différentes réformes du droit des procédures collectives. Sous l'empire de la loi de 1967, les dommages et intérêts versés par le créancier dispensateur de crédit en réparation du préjudice collectif subi par les créanciers, ou résultant de leur action ut singuli, intégrait le patrimoine de la masse des créanciers, et étaient ensuite répartis entre eux¹¹⁹². Ces sommes devaient donc dédommager les créanciers qui ont été trompés par l'apparence de solvabilité créée par l'octroi de crédit au débiteur, aggravant ainsi sa situation financière. La loi de 1985 a voulu prendre un tout autre visage et donner « *la priorité à la reconstruction du patrimoine de l'entreprise débitrice*¹¹⁹³ », de sorte que les sommes que le banquier était condamné à verser, devaient entrer dans le patrimoine du débiteur¹¹⁹⁴, de même que les sommes issues des actions en nullité de la période suspecte, qui seront ensuite affectées pour l'apurement du passif. Le nouvel objectif poursuivi par le législateur était de reconstruire l'entreprise défaillante et désintéresser les créanciers. Toutefois, cet affectation des dommages-intérêts, censés réparer le dommage causé aux créanciers, au patrimoine de l'entreprise débitrice est apparu « paradoxal » pour bon nombre d'auteurs¹¹⁹⁵ et devait poser certaines difficultés pratiques, notamment la répartition des sommes aux créanciers. En effet, le principe de l'égalité des créanciers suppose que les sommes, en cas de cession de l'entreprise ou de liquidation, soient réparties au marc le franc entre tous les créanciers¹¹⁹⁶. La Cour de cassation¹¹⁹⁷ a ainsi rappelé que « *les créanciers doivent participer de manière égalitaire à la répartition des dommages et intérêts sans qu'aucun d'eux ne puisse invoquer la sûreté dont il pourrait être titulaire* ». Mais le législateur a assez rapidement posé des « exceptions¹¹⁹⁸ » à ce principe d'égalité des créanciers, augmentant le nombre de privilèges

¹¹⁹² G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, spéc. p 414, n^o 531. Seules les sommes demandées en vertu d'un préjudice personnel et distinct appartenaient à ceux qui en ont fait la demande.

¹¹⁹³ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, spéc. p 414, n^o532.

¹¹⁹⁴ C. Com. Art. L 621-39 ancien.

¹¹⁹⁵ Voir G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, spéc. p 417, n^o 539 et s.

¹¹⁹⁶ Cass. com. 28 mars 1995, Bull. civ. IV n^o 105, D 1995, 410, note F. DERRIDA ; Rev. Droit bancaire 1995, 118, obs. CAMPANA et CALENDINI ; RTDCom 1996, 127, obs. A. MARTIN-SERF.

¹¹⁹⁷ Cass. com. 27 octobre 1964, D 1965, p 129, note M. CABRILLAC

¹¹⁹⁸ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^o éd. 2001, spéc. p 425, n^o 560.

de paiement pour certaines créances, notamment les créances de l'article 40 de la loi de 1985¹¹⁹⁹. Dès lors, le dédommagement des créanciers était devenu très aléatoire, les créanciers privilégiés primant les créanciers chirographaires.

337. L'impossible compensation des sommes. Par ailleurs, le versement de ses dommages-intérêts par le banquier était le seul mode de réparation possible, la jurisprudence¹²⁰⁰ refusant au banquier une éventuelle compensation avec la créance qu'il détient sur le débiteur au titre de l'octroi du crédit litigieux. Toutefois, la compensation est autorisée entre la dette du banquier au titre de ces dommages et intérêts et la créance qu'il détient sur la caution, en tant que débiteur accessoire¹²⁰¹.

338. Les causes d'exonération retenues par la jurisprudence. Si le banquier pouvait se voir condamner au versement de ces dommages et intérêts, les juges admettaient néanmoins de nombreuses causes d'exonération¹²⁰², telles la faute du débiteur qui aurait dissimulé la situation financière de sa société, la connaissance par la caution de « *l'évolution catastrophique de l'état financier de l'entreprise garantie*¹²⁰³ », en particulier les cautions dirigeantes, l'intervention des pouvoirs publics¹²⁰⁴, la prescription de l'action, ou encore le fait que les concours ont en réalité été octroyés dans le cadre d'un règlement amiable à la demande du conciliateur¹²⁰⁵. Cette attitude des juges à la fin du XX^e siècle dénote leur volonté de ne pas « effrayer » les créanciers par des condamnations trop sévères et ainsi mettre un frein à la fourniture de crédit. Comme le disait le Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Pierre Bézard, en 1994 « *nous avons tout à fait conscience de l'importance du rôle des banques, (...) nous savons que lorsque nous*

¹¹⁹⁹ C'est-à-dire, les créanciers dont les créances sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture, sauf au stade de la liquidation judiciaire, où les créances antérieures assorties de sûretés priment sur les créances postérieures. Voir Loi de 1994, article 29.

¹²⁰⁰ Cass. com. 28 mars 1995, pourvoi n° 93-13.937 aff. Naudin et a. c/ Soc. Case Poclair, Bull. civ. 1995 IV n° 105 p 93 ; JCP E 1995 n° 24 Panorama n° 710 p 218 ; JCP G 1995 n° 23 IV n° 1341 p 171 ; D 1995 n° 29 jur. p 410 F. DERRIDA ; D 1995 n° 17 IR p 107 ; Gaz. Pal. 28 avril 1996 119-121 panorama 75 ; LPA 19 juillet 1995 n° 86 p 15, note F DERRIDA

¹²⁰¹ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, spéc. p 434 et s. n° 581 et s.

¹²⁰² Voir G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, spéc. p 443 et s. n° 597 et s.

¹²⁰³ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2^e éd. 2001, spéc. p 444, n° 599.

¹²⁰⁴ Le banquier peut en effet invoquer la pression exercée par ceux-ci pour l'octroi ou le renouvellement d'un concours rompant ainsi l'autonomie de sa volonté. Voir sur ce point, M. VASSEUR, D 1981, IR p 337. et Cass. com. 9 novembre 1993, n° 91-18.337, Jurisdata 1993-002376, Bull. civ. 1993 IV n° 384 p 279 ; JCP E 1994 n° 2 Panorama d'actualité n° 39 p 14 ; JCP G 1994 n° 2 IV n° 54 p 7 ; Gaz. Pal. 3 juillet 1994 n° 184-186 Panorama p 138 ; Gaz. Pal. 23 septembre 1994 n° 266-267 Jur. p 15

¹²⁰⁵ J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, Précis Dalloz, 6^e éd. 1995, n° 665 et s, notam. p 615.

condamnons un établissement de crédit, c'est au profit d'un client qui le mérite, mais aussi, d'une façon ou d'une autre, au détriment d'autres clients, car les banques ne sont pas des cavernes d'Ali Baba. (...) La chambre commerciale de la Cour de cassation a pris récemment certaines décisions très importantes qui allaient dans le sens souhaité par les banques¹²⁰⁶ ».

339. Transposition de la solution au cas du nouveau régime de responsabilité du créancier dispensateur de concours. Il est évident que le législateur, en 2005, n'a fait que poursuivre ce que réalisaient les juges auparavant, à savoir « protéger » les créanciers dispensateurs de concours, en instaurant un principe de non responsabilité pour les préjudices subis du fait des concours consentis. Toutefois, ce principe est nécessairement limité par des exceptions, de sorte que la mise en jeu de la responsabilité de ceux-ci est encore possible, donc une éventuelle condamnation à réparer le préjudice subi. En effet, il ne semble pas que l'article L 650-1 du Code de commerce, écarte cette sanction. Le gouvernement envisage d'ailleurs cette hypothèse : *« la loi a prévu, outre la réparation du préjudice causé par la faute, une sanction particulière de nullité des garanties prises en contrepartie des concours lorsque la responsabilité a été reconnue »*. Selon ces observations, la condamnation au versement de dommages-intérêts par le créancier dispensateur de concours ne doit pas être écartée du fait de la précision apportée à l'alinéa 2 de l'article L 650-1 du Code de commerce. Ces deux sanctions ne font que s'ajouter sans s'exclure l'une l'autre. Les solutions antérieures sont-elles dès lors applicables ? L'article L 622-20 nouveau précise que *« les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire ou, à défaut, par le ou les créanciers nommés contrôleurs entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif »*. Les sommes allouées au titre des dommages-intérêts en réparation du préjudice collectif, intègrent donc le patrimoine de l'entreprise débitrice, ce qui vient grossir le gage commun des créanciers. Le législateur n'a fait que reprendre ici la solution de la loi de 1985, privilégiant la reconstruction de l'entreprise défaillante. Dès lors, se poseront certainement les difficultés tenant à la répartition des sommes entre les créanciers en cas de liquidation de l'entreprise.

¹²⁰⁶ A. DINER et N. MOURLOT (Propos recueillis par) P. BEZARD, (Entretien avec) La Cour de cassation et le droit des créanciers, Revue Banque n° 547, avril 1994, p 18 et s. spéc. p 19.

§ 2. Le quantum de la réparation.

340. Réparation de l'aggravation de l'insuffisance d'actif. Sous l'empire de la loi de 1985, lorsque le banquier était condamné à réparer le préjudice subi du fait de son soutien abusif à une entreprise, le montant de sa condamnation, pouvait recouvrir les pertes dues à la diminution de l'actif et à l'aggravation du passif. C'est ce que retenait la jurisprudence de l'époque¹²⁰⁷. Toutefois, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 22 mars 2005¹²⁰⁸, que « *l'établissement de crédit qui a fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective de son client n'est tenu de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer* », de sorte que le montant des dommages-intérêts ne peut être calculé sur le montant de l'insuffisance d'actif constaté. « *Il appartient au juge de le proportionner, de le limiter aux effets du crédit abusif. (...) L'établissement de crédit ne peut se voir imputer le passif né avant la date à laquelle il a maintenu artificiellement l'activité de l'entreprise en poursuivant le financement*¹²⁰⁹ ». La chambre commerciale l'a encore admis dans un arrêt du 16 octobre 2007¹²¹⁰, en censurant les juges du fond : « *il n'y a pas lieu de distinguer entre les créanciers qui ont contracté avec le débiteur antérieurement à la date de l'octroi des concours et ceux ayant contracté postérieurement à cette date. Même si l'apparence de solvabilité créée par le soutien abusif a amené ces derniers à prendre des engagements qu'ils n'auraient pas pris le risque d'accepter s'ils avaient connu la réalité de la situation, les établissements de crédits qui, par leur faute, ont retardé l'ouverture de la procédure collective, ne sont tenus de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'ils ont ainsi contribué à créer* ». Cette solution s'accorde avec le principe selon lequel le fautif ne peut réparer plus que le dommage qu'il a causé. En effet, bien souvent le soutien abusif du banquier n'est pas l'unique cause des difficultés de l'entreprise, de sorte qu'on ne saurait le condamner à réparer toute l'insuffisance d'actif du débiteur. Par ailleurs, la réparation par le créancier dispensateur de concours, doit recouvrir le préjudice subi dans son intégralité¹²¹¹, de sorte que le montant de la condamnation ne peut être limité à la moitié

¹²⁰⁷ Cass. com. 11 octobre 1994, n° 90-12.129, Banque de Bretagne c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 279, D 1994, IR p 240 ; LPA 16 juin 1995, n° 72, p 22, note J.L. COURTIER.

¹²⁰⁸ Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 67, Gaz. Pal. Proc. Coll. 2005/2, 6-7 juillet, p 32, obs. R. ROUTIER ; D 2005, AJ p 1020, obs. A. LIENHARD ; Bull. Joly Sociétés 2005, p 1213, note F-X. LUCAS ; Banque et droit juillet-août 2005, p 71, obs. T. BONNEAU ; JCP G 2005, IV 2091 et JCP E 2005, 1676, p 1975, n° 32, obs. L. DUMOULIN ; RTDCom 2005, p 578, obs. D. LEGEAIS ; Dr. Et Patrim. Décembre 2005, p 97, obs. J-P. MATTOUT et A. PRÜM.

¹²⁰⁹ A. LIENHARD, Sauvegarde des entreprises en difficulté, 2° éd. Delmas 2007, p 470, n° 2305.

¹²¹⁰ Cass. com. 16 octobre 2007, n° 06-15.386 (arrêt n° 990, F-D), Gaz. Pal. 23-24 janvier 2008, p 59, obs. R. ROUTIER

¹²¹¹ Principe de la réparation intégrale.

du préjudice subi, du fait de la présence de coauteurs du dommage. C'est ce que retient de nouveau¹²¹² la Cour de cassation dans un arrêt du 27 février 2007¹²¹³ : « *le fournisseur qui avait fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective était tenu de réparer l'intégralité de l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il avait ainsi contribué à créer, sauf son recours contre les coauteurs du même dommage* ».

Section 2. La nullité des garanties.

341. La nullité en droit des entreprises en difficulté. Sous l'empire de la loi de 1985, la seule nullité que pouvait subir le créancier était celle des actes accomplis au cours de la période suspecte, notamment, et c'était l'hypothèse la plus courante, la nullité des sûretés conclues pour des dettes antérieures ; ceci afin que soit respecté le principe « *d'égalité des créanciers mais également pour favoriser la reconstitution du patrimoine*¹²¹⁴ » du débiteur. Ces nullités étaient dès lors perçues comme de véritables « *mode de réparation et de sanction* » à l'encontre du créancier dispensateur de crédit qui souhaitait la constitution de sûretés. La loi de sauvegarde a conservé ces mesures mais a également prévu une autre cause de nullité des garanties : la reconnaissance de la responsabilité du créancier dispensateur de crédit. Cette nullité, de cause différente de ce qui existait auparavant, a bien évidemment une finalité précise, dû à son particularisme (§2), qui ne saurait être perçue qu'au travers d'une étude de la notion de nullité (§1).

§ 1. La notion de nullité.

342. Définition du terme de nullité. La nullité, du latin médiéval « nullitas » de nullus (nul), est définie comme « *la sanction encourue par un acte juridique (contrat, acte de procédure, jugement), entaché d'un vice de forme (inobservation d'une formalité requise) ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte (...)*¹²¹⁵ ». Plusieurs critères découlent ainsi de cette définition. Une irrégularité dans un acte pourra

¹²¹² Cass. com. 19 novembre 2003, n° 06-19.584.

¹²¹³ Cass. com. 27 février 2007, n° 06-13.649, Jurisdata n° 2007-037790, Bull. Civ. IV. N° 72, Revue Proc. Coll. Avril-mai-juin 2008, p 75, n° 95, obs. A. MARTIN-SERF ; LPA 16 nov. 2007, n° 230, p 8, note C. COUTANT-LAPALUS.

¹²¹⁴ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, spéc. p 439, n° 589

¹²¹⁵ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF 8° éd. 2007, v° « Nullité ».

engendrer l'annulation de cet acte. Selon Madame Guelfucci-Thibierge, « *La nullité consiste en une sanction juridique prononcée par le juge, manifestation de réaction de l'ordre juridique à la violation d'une règle de formation de l'acte, distincte de l'état de cet acte*¹²¹⁶ », de sorte que « *Le but de la nullité consiste dans le rétablissement de la légalité transgressée, par la suppression de la situation juridique illicite créée par la conclusion du contrat au mépris d'une règle impérative de formation*¹²¹⁷ ». Quel rôle peut dès lors tenir la nullité ? A-t-elle vocation à réparer ou à « sanctionner¹²¹⁸ » ? De sorte qu'elle remplirait le même rôle que la responsabilité ?

343. Le rôle de la nullité en droit commun. La nullité vient ici en quelque sorte sanctionner au sens de « répression », comme peut le faire la responsabilité. Mais leur finalité et leurs effets sont quelque peu différents. Si la nullité « *tend directement à la suppression de la situation illicite, (...) la responsabilité (...) tend à la suppression de la conséquence du comportement illicite, (...) la faute*¹²¹⁹ » commise par le banquier. Il en résulte dès lors, une différence d'effets. « *la nullité, qui vise à supprimer une situation de droit illégale, agit sur les conséquences juridiques de l'acte, la responsabilité tend, plus modestement à supprimer une situation de fait, le préjudice subi du fait de la conclusion du contrat*¹²²⁰ ». La nullité poursuit donc un but objectif, alors que la responsabilité poursuit un but davantage subjectif. Cette conception des deux notions a conduit Madame Guelfucci-Thibierge à retenir une « *sorte de supériorité hiérarchique de la nullité sur la responsabilité précontractuelle, (...) la question de la suppression de l'illicite primant celle de la suppression d'un préjudice éventuellement subi par l'une des parties* », de sorte que « *la nullité et la responsabilité sont bien indépendantes (...), la seconde ne pouvant servir de fondement à la première* ». Cette conception est aujourd'hui révolue, dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce, puisque le législateur a lui-même, par sa formulation, fondé la sanction de nullité des garanties, sur la reconnaissance de la responsabilité, faisant de celle-ci un préalable au prononcé de la nullité ! Cette formulation donne dès lors une connotation davantage subjective à la nullité...

¹²¹⁶ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, Préface de J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p 209, n° 353.

¹²¹⁷ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, Préface de J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p 223, n° 375

¹²¹⁸ Au sens répressif du terme.

¹²¹⁹ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, Préface de J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p 240, n° 405

¹²²⁰ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, Préface de J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p 240, n° 405

344. Le rôle de la nullité dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce. Cette nullité de l'alinéa 2 de l'article L 650-1 du Code de commerce, est-elle réellement une nouveauté ? Les Professeurs Viney et Jourdain¹²²¹, observent qu'il « *arrive parfois que les tribunaux prononcent la nullité d'un acte juridique à titre de réparation en nature pour sanctionner une responsabilité* ». C'est le cas, en droit des sociétés, de la nullité des délibérations entachées d'un abus dans le droit de vote, ou de la nullité en droit civil, pour méconnaissance par un tiers des droits contractuels d'autrui¹²²². La nullité de l'article L 650-1 du Code de commerce, entre bien dans cette configuration : la réparation en nature en tant que sanction de la responsabilité du créancier dispensateur de concours. Ce choix du législateur pour la nullité des garanties plutôt que l'inopposabilité dénote la sévérité de l'objectif poursuivi par cette sanction.

§ 2. Le particularisme de la nullité de l'article L 650-1 du Code de commerce.

345. La nullité, une sanction réparatrice ? Il semblerait que la nullité de l'article L 650-1 du Code de commerce se conçoive en tant que sanction réparatrice du dommage que le créancier dispensateur de concours a causé. Il faut dès lors en étudier le régime (A) puis les effets (B).

A. Régime de la nullité.

346. Les questions soulevées par cette nouvelle sanction. L'alinéa 2 de l'article L 650-1 du Code de commerce dispose : « *Pour les cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* » : de la formulation du texte dépend le régime de la nullité. En tant que sanction fondée sur la responsabilité du créancier dispensateur de concours, de nombreuses interrogations surgissent, du fait de ce particularisme. S'agit-il d'une nullité absolue ou bien relative ? Peut-elle être invoquée par tout intéressé, de sorte que le domaine de la nullité(1) tenant aux garanties, serait particulièrement large, et les conséquences pour le créancier dispensateur de

¹²²¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité, in *Traité de Droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), LGDJ, 2^o éd. 2001, p 66, n^o 29-3.

¹²²² G. VINEY et P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité, in *Traité de Droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), LGDJ, 2^o éd. 2001, p 66, n^o 29-3. l'inopposabilité est toutefois bien souvent préférée à la nullité, sanction peut être davantage en adéquation avec le but poursuivi par la sanction : la réparation.

concours, extrêmement sévères ? Ou bien cette nullité ne concerne-t-elle que les garanties disproportionnées, le champ de l'action devenant bien plus restreint et donc l'action réservée aux seuls créanciers lésés par la disproportion des garanties ? Une seule question reste exclue de toute discussion : le caractère impératif de la nullité, le juge n'ayant dès lors aucune marge d'appréciation dans son prononcé(2).

1. Le domaine de l'action en nullité.

347. Deux interprétations. « *Pour les cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles.* » : la compréhension de ce second alinéa n'est pas aisée. A partir de la formulation du texte, deux interprétations par le juge sont possibles : il est ainsi possible de raisonner de *lege lata* ou de *lege ferenda*.

348. Le large domaine de la nullité de *lege lata*. La sanction édictée dans ce second alinéa de l'article L 650-1 du Code de commerce revêt un champ d'application étendu. En effet, la formulation « les garanties » laisse penser que toutes les garanties prises en contrepartie des concours consentis seraient nulles, peu importe qu'elles n'aient pas été disproportionnées. Comme le dit si bien l'adage, « *il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas* ». Ainsi, à défaut de plus amples précisions du législateur, on ne saurait distinguer les garanties disproportionnées, des autres. Le choix de la formulation par le législateur ne doit pas être omis. De même, l'article dispose « *Pour le cas où la responsabilité du créancier est reconnue (...)* », ce qui signifie que la nullité des garanties est la sanction applicable peu importe la faute du créancier dispensateur de concours. Que la responsabilité du créancier ait été retenue sur le fondement d'une fraude, d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou de la prise de garanties disproportionnées, l'ensemble de ses garanties sont nulles. Cette sanction aurait ainsi pour objectif « *d'empêcher que le fournisseur de concours soit payé prioritairement aux autres créanciers que son intervention a lésés*¹²²³ », peu importe la faute qu'il a commise. Cette interprétation du texte donne à cette disposition une large portée. La nullité revêt un caractère absolu, pouvant permettre à tout intéressé de s'en prévaloir. Cette nullité est d'autant plus absolue que l'intéressé n'a pas à prouver nécessairement une disproportion des garanties par rapport aux concours consentis, car cette sanction s'applique également aux cas de preuve d'une fraude ou d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur. La formulation est ici primordiale, en effet, le texte

¹²²³ D. ROBINE, L'article L 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, cahier de droit des affaires, p 69 et s., spéc. p 77, n° 41.

ne précise pas « pour le cas où la responsabilité est reconnue sur le fondement d'une disproportion entre les garanties et les concours financiers », comme le suggère Monsieur Xavier De Roux, dans son rapport du 31 janvier 2007¹²²⁴, à la suite de l'application pendant un an de la loi de sauvegarde. Ce qui signifierait que la nullité s'appliquerait à toutes les garanties, mais uniquement dans le cas où le créancier est reconnu avoir pris des garanties disproportionnées. Le champ d'application serait ainsi restreint à seulement quelques hypothèses de condamnation, ce qui ne convient pas à l'esprit du texte. En revanche, certains proposent que la nullité, sanction applicable à tous les cas de responsabilité de l'alinéa premier de l'article L 650-1 du Code de commerce, ne concerne néanmoins, que les garanties disproportionnées, *de lege ferenda*.

349. Le domaine limité de la nullité *de lege ferenda*. Au vu de l'article L 650-1 du Code de commerce, et de l'esprit général animant la réforme de 2005, la nullité pourrait être appréciée de manière restrictive, de sorte que le champ d'application serait limité à la troisième exception, c'est-à-dire, à la prise de garanties disproportionnées aux concours. Dès lors, seules les garanties disproportionnées seraient nulles. Si la sanction de la nullité ne vaut que pour la troisième exception, elle ne peut revêtir le caractère de nullité absolue. Seuls les créanciers lésés par l'octroi des concours, créanciers protégés par cette disposition, auraient vocation à demander la nullité des garanties : la nullité ne serait dès lors que relative¹²²⁵. Comme le précise Monsieur Jean-Jacques Hiest, dans son rapport établi lors de l'élaboration de la loi de sauvegarde des entreprises, « *les créanciers qui prendraient de telles garanties nuiraient aux autres créanciers, puisqu'ils réduiraient d'autant leurs propres garanties*¹²²⁶ ». Cette sanction a donc été créée en leur faveur, c'est pourquoi ils seraient les seuls à pouvoir l'invoquer. Toutefois, la place de la disposition au sein de l'article, peut porter à confusion : si cette sanction n'a vocation qu'à s'appliquer au cas de la prise de garanties disproportionnées, pourquoi l'insérer dans un second alinéa ? En droit civil, les actions en nullité des actes sont fondées sur une irrégularité dans la formation de cet acte. L'action en nullité d'un contrat pour vice du consentement par exemple, tend à l'annulation de cet acte. Dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce, le législateur souhaite que soient annulées les garanties prises en contrepartie de l'octroi de

¹²²⁴ X. De ROUX Rapport n° 3651, du 31 janvier 2007. Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹²²⁵ D. ROBINE, L'article L 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, cahier de droit des affaires, p 69 et s., spéc. p 77, n° 40.

¹²²⁶ J.-J. HYEST, rapport n° 335 du 11 mai 2005, p 442.

concours. Il s'agit de deux actes distincts, d'un côté le contrat de prêt, de l'autre une ou plusieurs garanties, même si ces deux actes sont entre-mêlés. L'application d'une nullité de droit commun, venant sanctionner l'exécution non conforme de l'acte, aurait eu pour effet l'annulation du crédit, qui a causé le préjudice, et non pas l'annulation des garanties. Néanmoins, cette nullité des garanties peut se justifier si elle ne concerne que les garanties disproportionnées, de sorte que la nullité viendrait ici sanctionner non pas la fourniture de crédit préjudiciable, mais uniquement le non respect du principe de proportionnalité dans la constitution de sûreté. Cette nouvelle sanction pourrait dès lors être interprétée de la sorte. Toutefois, le texte a vocation à protéger l'intérêt général plus que l'intérêt privé¹²²⁷. Dès lors, tout intéressé doit pouvoir s'en prévaloir, et ce pendant cinq ans. il s'agira de tout garant, créancier tiers et organe de la procédure de traitement des difficultés.

350. Interprétation à retenir. Cette nullité des garanties, en tant que sanction de la responsabilité pour soutien abusif doit donc être interprétée dans un large domaine. Aucune distinction ne doit être faite entre les garanties, qu'elles soient disproportionnées ou non. La formulation du texte est claire. L'emplacement de cette sanction au sein d'un second alinéa lui confère un caractère général. La sanction de la nullité concerne donc toutes les garanties que le créancier dispensateur de concours s'est vu consentir, peu importe le comportement qui a conduit à la recevabilité de l'action ou la faute qui a conduit à l'établissement de sa responsabilité. Néanmoins, le juge pourrait être tenté de restreindre l'ampleur de cette sanction qui s'applique par ailleurs de plein droit, afin de ne pas dissuader les créanciers dans la fourniture de crédit, comme le souhaitait le législateur ! Des propositions ont été faites¹²²⁸ pour que le projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté, pallie ces incertitudes.

2. Le caractère automatique de la sanction : critère exclu de toute divergence doctrinale

351. Nullité de plein droit. Le législateur a employé l'expression « sont nulles ». L'utilisation de l'indicatif, dénote l'impérativité de cette sanction : il s'agit d'une nullité de plein droit. Le juge n'aurait dès lors, aucun pouvoir d'appréciation, quant au prononcé de la

¹²²⁷ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E A n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 24.

¹²²⁸ X. De ROUX Rapport n° 3651, du 31 janvier 2007. Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, p 62.

sanction : elle s'impose à lui. Dès que la responsabilité du créancier est reconnue, peu importe la faute commise, la nullité s'applique. Le juge ne peut donc pas moduler cette sanction en fonction de la faute du créancier¹²²⁹. Il s'agit d'une sanction automatique. La doctrine s'accorde sur ce point. Néanmoins, ceux¹²³⁰ qui retiennent une conception étroite de la nullité prévue par l'article L 650-1, suggèrent, plutôt que la nullité, la réduction des garanties disproportionnées, s'inspirant de la réduction existant en matière d'hypothèques légales et « judiciaires », selon le nouvel article 2444 du Code civil, ou selon le nouvel article 2445, pour les hypothèques venant garantir des créances conditionnelles éventuelles ou indéterminées. Mais la réduction des garanties n'est pas une hypothèse soulevée par le législateur de 2005, qui ne prévoit que la nullité. Cette possibilité a néanmoins été retenue dans l'ordonnance adoptée le 18 décembre 2008. Dès lors, pour les procédures ouvertes à compter du 15 février 2009, date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, le juge aura le choix entre deux sanctions : la nullité ou la réduction des garanties¹²³¹.

B. Les effets de la nullité.

352. L'effet rétroactif de la nullité. La nullité, a pour effet l'annulation de l'acte litigieux. En l'espèce, il s'agit de l'annulation de la constitution des garanties. L'annulation se distingue de la nullité. L'annulation est la « *déclaration judiciaire de la nullité ; acte juridictionnel par lequel un tribunal constate l'existence d'une cause de nullité et décide en conséquence que l'acte vicié sera rétroactivement tenu pour non venu, les choses étant alors remises « dans le même et semblable état » où elles se trouvaient avant l'acte incriminé*¹²³² ». La nullité ici prononcée, implique donc un anéantissement rétroactif de la garantie constituée, et sans nul doute, la restitution des sommes perçues¹²³³. Les incidences de cette sanction-réparation de la responsabilité du créancier dispensateur de concours, sur chacune des parties, les victimes (1), et le responsable (2) sont dès lors considérables.

¹²²⁹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E A n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 22.

¹²³⁰ M-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMONT, Le droit des sûretés, Sirey Université Dalloz, 2007, p 607, n° 2457

¹²³¹ L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a modifié le second alinéa de l'article L 650-1 : « *Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge* ». Quant à l'application dans le temps de cette réforme : voir l'article 173 de l'ordonnance.

¹²³² G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF 8° éd. 2007, v° « Annulation ».

¹²³³ R. ROUTIER, De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde de entreprises, D 2005, chron. p 1478, n° 16.

1. Les conséquences du prononcé de la nullité sur les victimes du préjudice.

353. Les difficultés liées au domaine de la nullité. Il faut noter par ailleurs, que si les créanciers tiers ou le débiteur peuvent en plus de la nullité, demander la réparation du préjudice subi, sous la forme de dommages et intérêts, la caution en est empêchée, la nullité précédemment prononcée la prive de son intérêt à agir¹²³⁴. Par la recherche de la responsabilité du créancier, sur le fondement de la fraude, de l'immixtion dans la gestion du débiteur ou de la prise de garanties disproportionnées, les cautions souhaitent se trouver libérées de façon rétroactive de leur engagement. Il est dès lors assez probable, qu'au lieu de diminuer le nombre d'actions en responsabilité contre les créanciers, la nouvelle réglementation les favorise au contraire ! Les garants vont mettre davantage en jeu la responsabilité du créancier, afin de se voir libérés, d'autant plus que cette nullité des garanties est de toute évidence, une nullité de plein droit. Néanmoins, faut-il tenir compte de l'éventuel champ limité de l'article L 650-1 du Code de commerce ? Il a été vu précédemment que la nullité telle que prévue à l'alinéa 2, pourrait ne concerner que les garanties disproportionnées, *de lege ferenda*. Or il a été également observé que la disproportion des garanties ne pourrait concerner que les cas de cumul de garanties, en particulier en ce qui concerne les sûretés personnelles. De ces deux observations, il faut considérer que peu de garants pourraient dès lors invoquer cette nullité. Le débiteur trouvera peut-être davantage de satisfaction à intenter l'action, lorsqu'il aura constitué des sûretés réelles, souhaitant retrouver ainsi pleine « jouissance¹²³⁵ » de ces biens.

354. La perte, pour la caution, de l'intérêt à agir en dommages-intérêts. Les cautions auront tendance à beaucoup agir, puisqu'en démontrant la responsabilité du banquier, elles se trouvent libérées de leur engagement. Elles devront donc démontrer, outre la faute du banquier, un préjudice causé par celle-ci. Le préjudice qu'elles peuvent invoquer sera vraisemblablement le même que celui qui valait sous l'empire de la loi de 1985, à savoir la perte d'une chance de ne pas être poursuivie. Par cette preuve, elles pourront obtenir la nullité de leur engagement. Toutefois, leur préjudice peut-il être réparé ? Selon le professeur Legeais, « *la caution n'aura plus intérêt à agir puisque la garantie aura été de plein droit annulée*¹²³⁶ ». En effet, comment réparer un préjudice né à la suite d'un engagement avec le

¹²³⁴ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E A n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 26.

¹²³⁵ Le terme de jouissance doit être compris au sens général et non juridique du terme : en effet, le débiteur ne perd pas toujours la jouissance de ses biens : c'est ainsi le cas dans le cadre des garanties sans dépossession.

¹²³⁶ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E n° 42, 20 octobre 2005, étude 1510, p 1747 et s., spéc. p 1749, n° 26.

banquier à propos du débiteur, si cet engagement n'existe plus ? La recevabilité de l'action de la caution était liée, sous l'empire de la loi de 1985, à cette relation existant entre les trois acteurs du fait de la conclusion du contrat de cautionnement. Ce cautionnement étant réputé n'avoir jamais existé, du fait du caractère rétroactif de la nullité, le préjudice est donc censé n'avoir jamais été subi ; la caution ne saurait dès lors obtenir de dommages-intérêts sur ce fondement. Cette mesure concerne-t-elle néanmoins toutes les cautions ? En effet, le domaine d'application de la mesure dépendra de l'ampleur donnée à la nullité en terme de garanties. La formulation de l'article peut conduire à deux conceptions : soit toutes les garanties sont annulées, soit uniquement les garanties disproportionnées. Dans la première hypothèse, tous les garants seront privés de leur droit d'agir en réparation de leur préjudice. Dans la seconde hypothèse, tous ceux dont la garantie n'aura pas été déclarée disproportionnée, et donc ne sera pas annulée, pourront agir pour obtenir réparation de leur préjudice. Cette interprétation du domaine de la nullité a dès lors, de nombreuses conséquences, non seulement en ce qui concerne le préjudice subi du fait de l'octroi des concours dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce, mais aussi pour les préjudices liés à un manquement du banquier à un devoir contractuel ! En effet, leur engagement n'existant plus, elles ne peuvent invoquer un manquement du banquier au devoir de mise en garde dans le cadre du cautionnement, ou même envers l'emprunteur dans le cadre du contrat de prêt¹²³⁷ !

2. Les conséquences du prononcé de la nullité sur l'auteur du dommage.

355. La perte des sûretés. Les effets pour le créancier dispensateur de crédit, sont considérables. Si la nullité des garanties est prononcée, il perd le bénéfice de ses sûretés, qui lui permettait de se trouver en position de force par rapport aux autres créanciers parties à la procédure collective. Il perd son rang de créancier privilégié et devient créancier chirographaire, se retrouvant dès lors soumis à loi du concours entre créanciers. Il perd ainsi de grandes chances de voir sa créance remboursée ! Pour certains, la perte de l'ensemble des garanties, par l'application de la nullité dans un large domaine, conduirait peut-être à sanctionner trop sévèrement le banquier, « *alors que la faute commise (...) n'est pas gravissime*¹²³⁸ ». De même, elle peut « *légitimer le refus du juge de retenir une responsabilité de la banque au seul motif que la sanction qui s'en déduirait serait trop*

¹²³⁷ En effet, la caution n'est censée n'avoir jamais été en relation avec le banquier, ni même avec le débiteur !

¹²³⁸ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E A n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1749, n° 23.

pénalisante pour le fournisseur de crédit : elle l'est d'autant plus qu'elle s'ajoute au devoir de réparation du préjudice subi ». Néanmoins lorsque le banquier est reconnu responsable dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce, cela signifie qu'il a eu un comportement au contraire très grave. D'une part, il a soutenu abusivement l'entreprise débitrice, et d'autre part, s'est rendu coupable d'un comportement largement contraire au bon déroulement de la vie des affaires : une fraude, une immixtion dans la gestion, ou une prise de garanties disproportionnées aux concours (bien que ce dernier comportement appelle une réserve sur son caractère « non économique »).

*

* *

La responsabilité du banquier au titre du soutien abusif est donc maintenue. Les règles de la théorie du soutien abusif telles qu'elles ont été développées par la jurisprudence sous l'empire du droit antérieur au 1er janvier 2006, ont vocation à s'appliquer aujourd'hui en grande partie. Mais ce maintien de responsabilité ne concerne pas uniquement le soutien abusif, il concerne également le cas de fautes réalisées en qualité de dirigeant de fait.

SOUS-TITRE II. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU BANQUIER DIRIGEANT DE FAIT

356. Historique de la responsabilité civile des dirigeants de société¹²³⁹. A l'origine du Code de commerce, la responsabilité des dirigeants de société n'était pas prévue par le droit des faillites. Seule la jurisprudence eut l'ambition de sanctionner le dirigeant. Elle créa une responsabilité spécifique pour celui qui, sous le couvert de la personne morale, accomplissait des actes de commerce, dans son intérêt personnel, en disposant des capitaux de la société comme de siens propres. C'est ainsi que fut créée l'extension de faillite aux dirigeants de société fautifs. Un décret loi du 8 août 1935 consacra cette mesure prétorienne au sein de l'article 487 du Code de commerce de 1807. Toutefois, cette responsabilité spécifique n'était pas la seule sanction à l'encontre du dirigeant fautif. En effet, le dirigeant pouvait être condamné à réparer les préjudices causés à la société par ses fautes. Néanmoins, en cas de procédure collective, seul le syndic avait qualité pour agir ; la société mise en faillite ne pouvait exercer cette action. Ces mesures ne satisfaisant pas, le législateur créa en 1940, l'action en comblement de passif, à l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 : « *En outre, si la faillite ou la liquidation judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire décider que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le président, soit par les administrateurs membres du comité, soit par les autres administrateurs ou par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité* ». L'alinéa 5 poursuit en prévoyant la faculté pour les dirigeants de se dégager de cette responsabilité : « *Pour dégager leur responsabilité, le président et les administrateurs impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié* ». Cette présomption de responsabilité fut ensuite consacrée par la loi du 13 juillet 1967, dans son article 99 : « *Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans*

¹²³⁹ Voir M. GERMAIN, L'action en comblement de passif social, entre droit commun et droit spécial, in Livre du Bicentenaire du Code de commerce, Dalloz 2007, (Université Panthéon Assas Paris II), p 243 et s.

solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ». En 1985, le législateur souhaita conserver cette mesure en lui ôtant son caractère de présomption. Désormais, l'action en comblement de passif est régie par le droit commun de la responsabilité civile : la preuve de l'insuffisance d'actif liée à une faute de gestion du dirigeant doit être rapportée. Celui-ci pourra dès lors être condamné à réparer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, si elle modifia en profondeur la responsabilité des créanciers dispensateurs de concours, ne procéda qu'à un changement de terminologie, remplaçant l'ancienne « *action en comblement de passif* » par « *l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif* ». Néanmoins, l'extension de procédure, première sanction qui fut infligée au dirigeant fautif puis développée par la loi de 1985¹²⁴⁰, a été supprimée par la loi nouvelle, afin de créer l'obligation aux dettes sociales, sanction condamnant le dirigeant, ayant commis une faute grave en abusant de son pouvoir, à payer tout ou partie des dettes de la société.

357. Responsabilité du dirigeant de fait. Il faut observer, que ce n'est qu'au fil du temps, que les dirigeants de fait ont été considérés par le législateur. En effet, dans un premier temps, le Code de commerce, n'envisageait de sanctionner que le « président » de la société, les « administrateurs membres du comité », ou les « autres administrateurs ». N'étaient ainsi concernés par l'action en comblement de passif social, uniquement certains dirigeants de droit de la société en faillite. Ce n'est qu'en 1967, que le législateur mit sur un pied d'égalité les dirigeants de droit et de fait : « *les dettes sociales [pourront être] supportées par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non (...)* ». Et cette mesure ne sera en aucun cas modifiée par la suite. La justification de cette extension de la sanction aux dirigeants de fait, provient de ce que certaines personnes sans être désignées officiellement dirigeantes de la société, en exercent pourtant les fonctions, et peuvent ainsi commettre des fautes de gestion, préjudiciables à la société. Il ne conviendrait pas que ces fautes restent impunies car n'entrant pas dans le champ d'application de l'article. Dès lors, tous les dirigeants de fait de la société peuvent être condamnés tant au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif de l'article L 651-2 qu'au titre de l'obligation aux dettes sociales prévue à l'article L 652-1 du Code de commerce¹²⁴¹. Or, dirigeant de fait qui

¹²⁴⁰ Loi du 25 janvier 1985, article 182 ; C. Com. L 624-5 ancien.

¹²⁴¹ Attention l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a supprimé l'obligation aux dettes sociales. L'article 173 précise « *Les actions fondées sur l'obligation aux dettes sociales ne peuvent plus être engagées à compter de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance*[c'est-à-dire le 15 février 2009]. *En revanche, les actions déjà engagées au jour de cette entrée en vigueur se poursuivent.* »

peut avoir fourni par ailleurs certains concours à la société, peut également voir sa responsabilité engagée au titre de l'octroi des crédits, non en cette qualité précise mais en raison de son immixtion dans la gestion du débiteur. La question de la compatibilité des différentes actions possibles à l'encontre du dirigeant de fait (Chapitre 1) permettra d'envisager dès lors celle d'un éventuel cumul (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA COMPATIBILITÉ DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ CIVILE ET SPÉCIALES DES DIRIGEANTS DE FAIT

358. Responsabilité du banquier dirigeant de fait. Il a été vu précédemment que le banquier, de par son immixtion dans la gestion de la société peut-être qualifié de dirigeant de fait, et être susceptible dès lors d'être condamné à réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif dans le cadre de la responsabilité à raison de l'octroi de concours, ou à réparer tout ou partie de l'insuffisance d'actif dans le cadre de la responsabilité pour faute de gestion, ou des dettes sociales, dans celui de l'obligation aux dettes sociales. Ces actions sont-elles compatibles ? Comment concilier ces deux types de responsabilité, qui ont un fondement commun, celui de l'immixtion dans la gestion ? L'action en responsabilité fondée sur l'article L 650-1 du Code de commerce ne se confond-elle pas avec les cas de responsabilité prévus par les articles L 651-2 et L 652-1, concernant les dirigeants de fait ? La réponse ne peut être que négative. En effet, si la distinction entre les notions d'immixtion caractérisée et de direction de fait n'est pas aisée (section 1), les dispositions concernant chacune des actions ne recouvrent pas les mêmes domaines (section 2).

Section 1. Un fondement commun : l'immixtion du banquier.

359. La ressemblance dans la définition des notions d'immixtion et de direction de fait. D'une part, la responsabilité des créanciers dispensateurs de concours est prévue dans trois hypothèses, la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et la prise de garanties disproportionnées. Dans le cadre de l'étude du champ d'application de cette nouvelle responsabilité, la détermination du contour du cas de l'immixtion caractérisée était nécessaire. D'autre part, la responsabilité pour insuffisance d'actif et celle concernant l'obligation aux dettes sociales, sont fondées, en partie, sur la qualité de dirigeant de fait. Or, notre étude de l'immixtion a nécessairement été réalisée en comparaison avec la notion plus

connue et davantage définie, de direction de fait. En outre, la jurisprudence se servait au départ de cette notion d'immixtion afin de définir la direction de fait¹²⁴². Ce qui signifiait que la direction de fait était une forme d'immixtion. Les critères de la direction de fait sont donc plus précis, ce qui signifie que toute immixtion n'est pas constitutive d'une direction de fait. Toutefois, un arrêt de la chambre commerciale du 30 octobre 2007¹²⁴³ a, semble-t-il, assimilé les critères de définition de la direction de fait à ceux de l'immixtion¹²⁴⁴. Selon cet arrêt, il conviendrait de considérer la direction de fait et l'immixtion comme des notions similaires, à défaut d'une distinction bien établie entre les deux. Quoi qu'il en soit, l'immixtion est au cœur des actions en responsabilité envisagées ici.

360. La divergence quant au caractère d' « immixtion caractérisée ». Considérer ces actions en responsabilité comme fondées sur le même critère, est quelque peu hâtif. En effet, certains éléments nous permettent de procéder à une distinction. Dans la première hypothèse, deux conceptions de l'exception à l'irresponsabilité sont, rappelons-le, envisageables. L'immixtion peut-être envisagée, d'une part, comme un cas d'ouverture de l'action, le demandeur ayant à prouver ensuite une faute du banquier ayant causé un préjudice : dans ce cas, la fonction de cette notion est similaire à celle des actions fondées sur la direction de fait, qui n'est qu'un critère du défendeur permettant au demandeur d'intenter l'action. Mais d'autre part, l'immixtion peut être considérée comme une faute en elle-même¹²⁴⁵, à condition qu'elle soit « caractérisée ». Nous avons vu que ce terme est particulièrement difficile à cerner. Dans le cas où l'immixtion servirait à définir la direction de fait, cela signifie que « l'immixtion caractérisée » se situerait à mi-chemin entre la simple immixtion et la direction de fait, de sorte que l'action en responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce pourrait être accueillie, alors que celles des articles L 651-2 et L 652-1 du Code de commerce ne seraient pas encore envisageables. Au contraire, si l'on suit la solution de l'arrêt du 30 octobre 2007, l'immixtion caractérisée correspondrait encore davantage à la notion de direction de fait, de sorte que les actions auraient vocation à être intentées au même moment, tout du moins sur le même fondement.

¹²⁴² Voir CA Paris, 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, p 719 : « *l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* » est constitutif d'une direction de fait.

¹²⁴³ Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-12.677, arrêt n° 1169 F-P+B, D 2007, 2870, obs. X. DELPECH

¹²⁴⁴ L'immixtion se révélerait, tout comme la direction de fait, par une « activité de direction » ; Cf Supra : critère de la direction de fait : activité positive de direction, en toute indépendance.

¹²⁴⁵ Ce qui est tout de même difficilement envisageable.

361. Responsabilité du banquier pour insuffisance d'actif. Le banquier, s'il peut certes s'être immiscé dans la gestion de son débiteur, encore faut-il qu'elle soit fautive pour engager sa responsabilité au titre du soutien abusif, ou révéler une direction de fait, au titre d'une faute de gestion. Or il est assez délicat de qualifier le banquier de dirigeant de fait, en raison de son devoir d'information et de surveillance à l'égard du débiteur. Ainsi le banquier ne sera pas déclaré dirigeant de fait, lorsque « *appréciant les éléments de preuve qui lui étaient soumis l'arrêt retient que la banque, en payant la taxe foncière, la prime d'assurances multirisque-habitation, deux acomptes sur la facture d'un artisan, la prime d'assurances dommage-ouvrage, après avoir mis sa débitrice en demeure de payer les intérêts des ouvertures de crédit de 8 000 000 francs et du solde débiteur du compte, s'est bornée à prendre une mesure conservatoire comme un créancier soucieux de sauvegarder sa créance, sans accomplir des actes positifs de gestion*¹²⁴⁶ ». Ainsi, lorsque le banquier s'en tient à l'exécution de ses devoirs sans accomplir de réels actes de direction, il ne saurait être condamné au titre de la responsabilité pour faute de gestion. Cependant, le banquier a été déclaré responsable sur ce fondement, par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 29 avril 2004¹²⁴⁷ confirmé par la Cour de cassation dans une décision du 27 juin 2006¹²⁴⁸. Dans cette affaire, une société, la SPAD 24 SA, société mère d'un groupe, avait été mise en redressement judiciaire. La procédure a ensuite été étendue à diverses filiales sur le fondement de la confusion des patrimoines. Deux cadres, respectivement directeur général et directeur du département des participations de la banque Worms ont été désignés administrateurs à titre personnel de la SPAD 24. L'administrateur judiciaire des sociétés en redressement, a donc assigné la banque et les deux cadres aux fins de les voir condamnés à supporter l'insuffisance d'actif de la société, en totalité ou partiellement. La Cour d'appel a fait droit à cette demande et a condamné la banque à verser 44 millions d'euros, en qualifiant le banquier d' « *administrateur de fait par personne interposée* ». En effet, la banque n'étant pas dirigeante de droit, elle ne pouvait être condamnée au comblement de l'insuffisance d'actif, qu'en qualité de dirigeante de fait. Il appartenait donc aux juges du fond de constater cette qualité. Si, conformément à la jurisprudence antérieure, la direction de fait se révèle par des critères précis¹²⁴⁹, les juges n'ont pas suivi cette démarche, et ont préféré constater la

¹²⁴⁶ Cass. com. 3 juillet 2007, n° 06-10.803

¹²⁴⁷ CA Versailles, 13° ch. Civ, 29 avril 2004, Chouraqui et a c/ M. Segard, Bull. Joly Sociétés 2004, n° 245, note A. CONSTANTIN et Y. LEVY, Dr. Sociétés Novembre 2004, p 20, note J-P. LEGROS ; RTDCom 2005, p 403, obs. D. LEGEAIS.

¹²⁴⁸ Cass. com. 27 juin 2006, n° 04-15.831, D 2006, n° 36, jur., p 2534 et s. note R. DAMMANN et J. PASZKUDZKI.

¹²⁴⁹ Actes positifs de direction en toute indépendance, Cf Supra.

qualité d'administrateur de fait par personne interposée. Ils ont donc retenu une conception particulièrement large de la direction de fait, afin de condamner le banquier au titre d'une faute de gestion¹²⁵⁰. La qualité « *d'administrateur de fait par personne interposée* » de la banque a été déduite, par les juges du fond, de l'existence de liens financiers et juridiques qui unissait la banque et la société mise en procédure collective. Plusieurs éléments peuvent attester de la qualité de partenaire privilégié de la banque Worms à l'égard de la société mère. Une sous-filiale de la banque avait pris une participation de 20% dans le capital de celle-ci ; un pacte d'actionnaire avait été également passé entre la banque et le dirigeant de la société, aux termes duquel il était attribué à la banque le droit de désigner deux administrateurs, et deux représentants du comité de stratégie. Sur le plan financier, la banque avait consenti plusieurs crédits au groupe. Les relations étaient donc particulièrement étroites mais ne suffisaient pas pour autant à qualifier la banque de dirigeant de fait. Les juges du fond se sont donc particulièrement attachés au cas des administrateurs de la société. La banque avait conformément au pacte, nommé deux de ses cadres au poste d'administrateurs de la société. Ces administrateurs, en leur qualité de dirigeant de droit, ont donc été jugés responsables au titre de l'insuffisance d'actif, pour leurs fautes de gestion : « *Considérant que [ils] connaissaient parfaitement la situation du groupe SPAD, alors pleine de promesses, lorsque la Banque Worms est entrée dans son capital (...); qu'ils ont pu en suivre l'évolution, ou en tout cas auraient dû en suivre l'évolution jusqu'à ce qu'ils démissionnent de leurs fonctions d'administrateurs de la société(...); qu'ils auraient dû demander des éclaircissements, à supposer qu'ils ne les aient pas effectivement reçus, sur la portée des réserves figurant dans les rapports généraux des commissaires aux comptes ; qu'ils auraient dû s'opposer à la prise de participation de la société SPAD 24 SA dans [une de ses filiales] (...), alors que cette opération était, avec une évidence qui ne pouvait leur échapper, contraire à l'intérêt de la société SPAD 24 SA ; que leurs responsabilités dans les fautes de gestion est indéniable(...)* ». Et « *Considérant que M. C., administrateur de la société SPAD 24 SA, même s'il n'avait pas accès aux renseignements de la Banque Worms, disposait des informations suffisantes pour se rendre compte des transferts de fonds au profit des sociétés holding et des sociétés immobilières(...); qu'il n'a pu lui échapper que la prise de participation de la société SPAD 24 SA dans la société Athenais SNC était contraire à l'intérêt du nouvel associé désormais tenu au paiement de la totalité du passif déjà existant, et qui ne pouvait qu'augmenter ; que cette opération devait*

¹²⁵⁰ En effet, dans cette affaire, les juges n'avaient pas pu condamner la banque au titre de soutien abusif, car les éléments n'étaient pas réunis.

attirer son attention sur les pratiques de M. P. A. tendant à utiliser le crédit de ses sociétés pour maintenir sa propre solvabilité ; que nonobstant les protestations d'ignorance et de bonne foi de M. C., sa responsabilité dans les fautes de gestion est indéniable ». Mais les juges souhaitaient condamner la banque en elle-même, et ont donc relevé le lien de subordination qui existait entre les administrateurs et la banque, en leur qualité de salariés de celle-ci. La Cour d'appel déclare donc « *considérant que [les deux cadres] étaient liés par un contrat de travail avec la Banque Worms et exerçaient leurs fonctions d'administrateurs de la société dans le cadre de ce contrat de travail, selon le lien de dépendance qui en découlait et pour le compte de leur employeur, que cela implique que leur action était placée sous le contrôle de directives de la Banque Worms dont ils n'avaient pas la possibilité de s'écarter(...)* ». Les juges constatent donc une interposition de personnes dans la prise de décision. « *Considérant que cette interposition de personnes était apparente aux yeux des tiers qui savaient que [les cadres](...) ne figuraient dans le conseil d'administration que pour servir les intérêts de la Banque Worms, selon les directives, et avec l'aval de cette dernière ; (...) que la Banque Worms savait qu'elle apparaissait aux yeux de tous comme le véritable administrateur de la société SPAD 24 SA, exerçant les droits et obligations de cette fonction par l'intermédiaire des [cadres](...), nommés par elle à cet effet ; (...) que la Banque Worms était en conséquence « administrateur de fait » de la société SPAD 24 SA, par l'entremise [des deux cadres](...), et en cette qualité, la Banque Worms peut se voir condamnée, sur le fondement de l'article L 624-3, au paiement des dettes sociales, pour les fautes commises dans l'administration, le contrôle et la surveillance de la société(...)* ». Par la notion d'interposition de personne, la Cour d'appel condamne la banque. Il convient de noter que cette notion d'interposition de personne avait déjà été retenue pour qualifier de dirigeant de fait un établissement financier, qui s'était immiscé « *dans la gestion d'une société cliente au capital de laquelle il participait, auprès de qui il avait délégué, en qualité de gestionnaire, une personne qui participait de façon active à la gestion des affaires sociales*¹²⁵¹ ». Cet argument a également été développé par la jurisprudence, aux fins de déclarer un établissement de crédit pour soutien abusif¹²⁵², la banque ayant accordé un prêt à une société mère en grande partie pour combler le découvert de sa filiale. Or, l'interposition de personne¹²⁵³ renvoie à l'idée de simulation, qui suppose qu'il existe un acte apparent et un acte secret, la « contre-lettre ». Appliquée à l'espèce, la banque serait dissimulée derrière le nom des administrateurs, qui ne seraient que des

¹²⁵¹ CA Paris, 3 mars 1978, Unigrains c/ Me Garnier ès qual. D 1978, IR, p 420, obs. M. VASSEUR.

¹²⁵² Cass. com., 25 mars 2003, Sté CDR créances c/ Rambour, ès qual., pourvoi n° G 01-01.690, (arrêt n° 574 FS-P) Juris-Data n° 2003-018502, JCP E n° 25, 17 Mai 2004, 927, note H. CROZE.

hommes de paille. Les juges du fond, par leur argumentation supposent que l'acte apparent serait la nomination, en vertu du pacte d'actionnaire, des cadres en tant qu'administrateurs, leur laissant une totale liberté d'action ; l'acte secret, celui du contrat de travail induisant les directives de la banque¹²⁵⁴. Or les juges relèvent ensuite que « *cette interposition de personnes était apparente aux yeux des tiers* » et « *la Banque savait qu'elle apparaissait aux yeux de tous comme le véritable administrateur de la société* ». Nombreux sont les auteurs à avoir critiqué dès lors cet emploi de la notion de simulation, alors qu'aucun acte n'était dissimulé aux tiers¹²⁵⁵. Pour d'autres néanmoins, cette argumentation était convaincante¹²⁵⁶. Par ailleurs, les juges ont utilisé la notion de simulation, et condamné la banque ainsi que les deux administrateurs, alors que la dénonciation de la simulation suppose que la vérité soit rétablie, l'acte apparent est annulé et l'acte secret est appliqué, de sorte que, selon Monsieur Delebecque, il ne saurait y avoir deux séries de condamnation¹²⁵⁷, seule la banque aurait du être déclarée responsable. Quoi qu'il en soit, il faut néanmoins observer que la démarche des juges aux fins de condamner la banque au comblement de l'insuffisance d'actif était particulière : ils n'ont en aucune façon recherché une activité positive de gestion exercée en toute indépendance, pour qualifier la banque de dirigeant de fait, elle a déduit cette qualité de ce que deux de ses cadres exerçaient leurs fonctions d'administrateurs de la société débitrice sous son autorité et ses directives. La banque a alors formé un pourvoi en cassation. La chambre commerciale prit une décision de rejet, confirmant la condamnation de la banque. Elle ne reprit pas cependant la motivation des juges du fond. Elle déclare que « *la Cour d'appel, (...) a pu retenir, (...) que la banque, personne morale, avait, en fait et par l'intermédiaire [d'un de ces cadres], réalisé en toute*

¹²⁵³ G. CORNU, Vocabulaire juridique PUF 8^e éd. 2007, v^o « interposition de personne » : « *espèce de simulation, consistant dans un acte juridique ostensible à faire figurer en nom comme titulaire apparent du droit, une personne qui se prête au jeu (personne interposée ou homme de paille), alors qu'en vertu de la volonté réelle des parties, en général consignée dans une contre-lettre, le véritable intéressé est une personne tenue secrète* ».

¹²⁵⁴ Sur ce point voir Ph. DELEBECQUE, L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir, JCP E, n^o 6, 10 Février 2005, 234, spéc. n^o 9.

¹²⁵⁵ B. AMIGUES, Le banquier peut-il être « administrateur de fait par personne interposée » ?, Banque et Droit n^o 100, mars avril 2005, p 7 et s. ; P. PÉTEL, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, JCP G n^o 7, 14 février 2007, chron. 113, obs. Sous Cass. com. 27 juin 2006, n^o 04-15.831,, p 25 , n^o 16 ; Ph. DELEBECQUE, L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir, JCP E, n^o 6, 10 Février 2005, 234.

¹²⁵⁶ F-X. LUCAS, Action en comblement de passif dirigée contre une banque qualifiée de dirigeant de fait pour avoir fait siéger deux de ses cadres au sein du conseil d'administration de la société débitrice, Bull. Joly Sociétés, 1er décembre 2006 n^o 12, p 1372 ; A. CONSTANTIN, et Y. LEVI, Une figure originale de la direction de fait, et un avertissement pour les banques, les sociétés de capital-investissement, et leurs cadres : l'administration de fait par personne interposée, Bull. Joly Sociétés, 1er octobre 2004 n^o 10, p 1201 et s

¹²⁵⁷ Sur ce point voir Ph. DELEBECQUE, L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir, JCP E, n^o 6, 10 Février 2005, 234, spéc. n^o 13, 14 et 15.

indépendance des actes positifs de direction de la SPAD 24 ». La Haute juridiction ne qualifie pas le banquier « *d'administrateur de fait par personne interposée* ». Elle recentre, en rappelant les fondements de la responsabilité pour insuffisance d'actif, la question de la responsabilité de la banque sur la notion de dirigeant de fait, en relevant des actes positifs de direction effectués en toute indépendance, par la banque par l'intermédiaire de deux administrateurs « *désignés pour agir selon les directives* ». En effet, alors que la Cour d'appel s'était contenté de relever les fautes de gestion des deux administrateurs, la Cour de cassation, vient, dans cet arrêt, constater des fautes de la banque : « *les modalités de gestion par le conseil d'administration de la SPAD 24 ont eu pour effet de réduire ou de supprimer l'endettement des sociétés holding et des sociétés immobilières du groupe SPAD envers les banques en transférant ces risques à la SPAD 24, sans aucune contrepartie* », ce qui, conjointement aux autres éléments de fait, caractérisait des actes positifs de direction : Privée de crédits bancaires, la société « avait ponctionné ses filiales d'une manière manifestement abusive, provoquant ainsi la chute du groupe et l'aggravation du passif existant ¹²⁵⁸».

362. Recevabilité de la jurisprudence sur le banquier dirigeant de fait. Cette affaire montre que les investisseurs ne sont pas à l'abri d'une condamnation, et le montage juridique, par lequel ils placent un préposé à la direction de la société, ne peut plus les protéger. La solution semble juste et s'avère particulièrement redoutable pour le préposé qui est responsable en sa qualité de dirigeant de droit. Le banquier n'est donc pas à l'abri d'une condamnation pour insuffisance d'actif en sa qualité de dirigeant de fait, comme il peut être déclaré responsable à raison de l'octroi de concours, s'il est démontré qu'il s'est immiscé de façon caractérisée dans la gestion du débiteur. Il serait même envisageable que l'interposition de personne puisse constituer une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur¹²⁵⁹. Le cantonnement de la responsabilité par le nouvel article L 650-1 du Code de commerce n'a donc aucune incidence sur la responsabilité du dirigeant de fait. L'ancienne jurisprudence a donc encore vocation à s'appliquer à l'avenir. Néanmoins il faut observer que si le banquier, dans le cadre du soutien abusif, peut s'être immiscé de façon caractérisée dans la gestion du débiteur qu'il soit personne physique ou morale ; en revanche, dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou de l'obligation aux dettes

¹²⁵⁸ Y. REINHARD, Condamnation en comblement de passif d'une banque en qualité de dirigeant de fait par l'intermédiaire d'administrateurs salariés de cette banque, JCP E n° 39, 28 Septembre 2006, 2408, spéc. voir dernière page.

¹²⁵⁹ V. BOUTHINON-DUMAS, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, Préface de A. GHOZI, Rev. Banque éditions, 2008, p 69, n° 74.

sociales, le banquier ne saurait être condamné, si le débiteur est une personne physique. En effet, un entrepreneur individuel est directement responsable de ses fautes. La responsabilité pour insuffisance d'actif et l'obligation aux dettes concernent uniquement les dirigeants de personnes morales, afin que ceux-ci ne se dissimulent derrière la personnalité morale de la société.

Section 2. Des domaines distincts

363. L'application de règles différentes. Les actions en responsabilité prévues par les articles L 650-1 et L 651-2 et L 652-1 ne sauraient de confondre de par leur fondement commun, puisque les conditions tant sur le plan procédural (A) que sur le fond(B), diffèrent largement, sans doute en raison de la différence de régime. En effet, si la première est soumise au régime de la responsabilité de droit commun, les autres relèvent des dispositions précises de la loi de sauvegarde.

§ 1. Les conditions procédurales

364. Des règles précises. Les dispositions du Code de commerce aux articles L 651-2 et suivants du Code de commerce prévoient des règles strictes et précises quant aux modalités d'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, et par renvoi¹²⁶⁰, de l'action en paiement des dettes sociales. Elles concernent la saisine du tribunal (A), les cas dans lesquels l'exercice des actions est possible (B) et les délais de cet exercice (C).

A. La saisine du tribunal.

365. Les personnes recevables à agir. Dans le cadre de la responsabilité prévue à l'article L 650-1 du Code de commerce, sont autorisés à agir pour la défense de l'intérêt collectif, le mandataire judiciaire et le liquidateur en cas de liquidation judiciaire, ou les contrôleurs en cas de carence du mandataire¹²⁶¹. Dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, ou de l'obligation aux dettes sociales, le législateur a précisé de manière explicite cette fois, que seuls le mandataire judiciaire, le liquidateur ou les créanciers nommés contrôleurs, en

¹²⁶⁰ C. Com. Art. L 652-5.

¹²⁶¹ C. Com. Art. L 622-20 et Art. 93 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

cas de carence du mandataire¹²⁶², et le Ministère public¹²⁶³ peuvent intenter l'action. L'administrateur et le commissaire à l'exécution du plan ne sont plus autorisés à agir¹²⁶⁴, ce qui est logique concernant ce dernier, puisque l'ouverture de la liquidation judiciaire met fin à ses fonctions. Les acteurs sont donc pratiquement les mêmes dans chacune de ces actions, nous avons d'un côté le banquier, de l'autre le mandataire judiciaire (contrôleurs ou liquidateur), pour la défense de l'intérêt collectif. Toutefois, les actions ne sauraient se confondre, les modalités d'exercice de l'action étant différentes.

366. Les particularités procédurales. Alors que la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce suit le régime de la responsabilité de droit commun, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et en paiement des dettes sociales sont soumises à des règles spéciales. Des mesures d'investigation ainsi que des mesures conservatoires¹²⁶⁵ peuvent être prises. En effet, l'article L 651-4 prévoit une possibilité pour le tribunal de « *charger le juge-commissaire ou à défaut un membre de la juridiction qu'il désigne, d'obtenir communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants et des représentants permanents des dirigeants personnes morales mentionnées à l'article L651-1 de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale et des établissements de crédit* ». Il peut également « *ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants* ». Par ailleurs, les dispositions quant à la publicité des débats sont particulières. L'article L 662-3 alinéa 2 du Code de commerce pose le principe de la publicité des débats¹²⁶⁶. Toutefois, le dirigeant peut, avant l'ouverture des débats, demander au président du tribunal le renvoi en chambre du conseil, qui est libre d'accepter ou pas. L'article R 651-2¹²⁶⁷ prévoit également que « *pour l'application de l'article L 651-2, le ou les dirigeants mis en cause sont convoqués, à la diligence du greffier, un mois au moins avant leur audition, par acte d'huissier de justice ou dans les formes prévues à l'article*

¹²⁶² Deux conditions sont imposées : l'action des contrôleurs n'est autorisée qu'en cas de carence du mandataire judiciaire qui n'engage pas les actions après une mise en demeure restée sans suite pendant un délai de deux mois ; les contrôleurs doivent être au moins deux pour pouvoir agir. Art. 317 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹²⁶³ C. Com. L 651-3 al. 1

¹²⁶⁴ Au contraire de ce que prévoyait la loi de 1985 : C. Com. Art. L 624-6 Ancien.

¹²⁶⁵ Les mesures conservatoires ne sont pas exclusives des actions en paiements des dettes sociales des articles L 651-2 et L 652-1 du Code de commerce, puisque le droit commun prévoit cette possibilité : art. 69 loi du 9 juillet 1991.

¹²⁶⁶ Sous l'empire de la loi de 1985, il était précisé que cette convocation avait lieu en chambre du conseil.

¹²⁶⁷ Art. 317-1 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, créé par l'art. 68 du Décret n° 2006-1709 du 23 décembre 2006.

R 631-4¹²⁶⁸ ». Ainsi si le mode d'audition du dirigeant a été modifié, le délai a également été allongé, passant de huit jours à un mois. La Cour de cassation a notamment eu à régler ce souci de procédure dans un arrêt du 8 janvier 2008¹²⁶⁹. Dans cette affaire, le liquidateur judiciaire, après la mise en liquidation judiciaire de la SCI, a assigné la banque, sur le fondement de l'article L 624-3 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, invoquant sa qualité de dirigeant de fait de la SCI, ainsi que, à titre subsidiaire, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, lui reprochant un soutien abusif de crédit. La cour d'appel déclara la saisine de la juridiction de première instance irrégulière, en l'absence d'audition préalable en chambre du conseil, et refusa l'évocation. La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel en retenant que « *la convocation du dirigeant en chambre du conseil, exigée lorsque celui-ci est assigné en paiement des dettes sociales, ne s'impose pas en cas d'action en responsabilité dirigée, fût-ce à titre subsidiaire, contre une banque à laquelle il est reproché un soutien abusif de crédit, la cour d'appel qui était saisie de la demande subsidiaire, par l'effet dévolutif de l'appel, a donc violé les textes susvisés* ». Cet arrêt montre bien la différence de régime entre l'action en comblement de l'insuffisance d'actif et l'action en responsabilité pour soutien abusif, si l'une est soumise aux règles procédurales strictes définies par le droit des entreprises en difficulté, l'autre est bien plus aisée, dans ses modalités, à mettre en œuvre.

367. Le tribunal compétent. En matière de responsabilité des dirigeants de fait, la compétence du tribunal ne fait pas de doute, le législateur ayant précisé aux articles 316 et 321 du Décret du 28 décembre 2005¹²⁷⁰, que « *le tribunal compétent (...) est celui qui a ouvert ou prononcé la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale* ». Comme cela a été précisé plus haut, il peut s'agir du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance.

¹²⁶⁸ C. Com. Art. R 631-4 : « *Lorsque le ministère public demande l'ouverture de la procédure, il présente au tribunal une requête indiquant les faits de nature à motiver cette demande. Le président du tribunal, par les soins du greffier, fait convoquer le débiteur par acte d'huissier de justice à comparaître dans le délai qu'il fixe. A cette convocation est jointe la requête du ministère public* ».

¹²⁶⁹ Cass. com. 8 janvier 2008, n° 06-16308, Sté Rioux c/ SCI Le Séville et autres, Bull. Joly Sociétés. 1er avril 2008, n° 4, p 325, note O. STAES ; Gaz. Pal., 29 avril 2008 n° 120, p 32, note R. ROUTIER.

¹²⁷⁰ Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

B. La situation du débiteur, personne morale.

368. Des exigences précises quant aux procédures concernées. Là encore les actions en responsabilité se distinguent. En effet, la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, à défaut de précision, concerne le créancier dispensateur de concours, dès le début des difficultés du débiteur, que celui-ci ait demandé un mandat ad-hoc, une conciliation, une procédure de sauvegarde, ou qu'il ait été mis en redressement ou liquidation judiciaire. En revanche, les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif ou en paiement des dettes sociales sont cantonnées, par les textes, à des situations restreintes. En effet, selon l'article L 651-2, alinéa premier, l'action n'est autorisée qu'en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement-continuation et de liquidation judiciaire. Ainsi, la poursuite du dirigeant de droit ou de fait est exclue pendant toute la durée du plan de sauvegarde ou de redressement. Ce qui signifie que si le plan est mené à son terme, les fautes de gestion antérieures ne pourront jamais être poursuivies. En revanche, si le plan est résolu du fait de l'inexécution des dispositions du plan dans les délais impartis, par les dirigeants de la personne morale débitrice¹²⁷¹, qu'il s'agisse d'une inexécution générale, ou d'un défaut de paiement des dividendes, les dirigeants pourront être poursuivis. Cette précision exclut donc la recevabilité, sous l'empire de la nouvelle loi, de la jurisprudence de la Cour de cassation qui retenait que « *l'apurement du passif, organisé par le plan de continuation de la personne morale ne fait pas obstacle (...) à ce que l'insuffisance d'actif révélée par la procédure collective soit mise en tout ou partie à la charge du dirigeant*¹²⁷² ». Cette précision suppose par conséquent que le dirigeant ne sera poursuivi que si l'entreprise n'a aucune possibilité de se redresser. Elle ne pourra pas concerner les dirigeants dont l'entreprise aura été sauvée, en parfaite harmonie avec l'esprit de la réforme. Quant à l'obligation aux dettes sociales, le banquier dirigeant de fait, ne peut être inquiété qu'en cas de liquidation judiciaire de la personne morale¹²⁷³. Ce cas de responsabilité est donc inapplicable à la sauvegarde ou au redressement judiciaire. À l'instar de Maître Montéran¹²⁷⁴, il faut considérer que la liquidation judiciaire pouvant résulter de la

¹²⁷¹ C. Com. Art. L 626-27 I.

¹²⁷² Cass. com. 21 novembre 2006, n° 02-20.443, FS P+B, H. c/ SCP Bihr et Le Carrer, ès qual., Jurisdata n° 2006-036048, JCP E n° 8, 22 Février 2007, 1235, note H. GUYADER

¹²⁷³ C. Com. Art. L 652-1 al. 1er.

¹²⁷⁴ T. MONTÉRAN, Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n° spéc. Proc. Coll., p 37 et s., spéc. p 42.

résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, l'obligation aux dettes sociales doit pouvoir s'appliquer dans ce cas, à condition toutefois que la résolution du plan constate la cessation des paiements¹²⁷⁵.

C. La prescription des actions.

369. La prescription triennale. Les textes régissant la responsabilité pour insuffisance d'actif et l'action en paiement des dettes sociales prévoient une prescription de trois ans. Seul le point de départ de la prescription diffère. Selon l'article L 651-2 alinéa 2 du Code de commerce : « *L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ou la résolution du plan* ». Cette précision tend à lever le doute sur un point : « *les actions intervenant après résolution du plan ne pourront s'appuyer sur des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure initiale si celle-ci a été ouverte plus de trois ans avant la résolution du plan*¹²⁷⁶ ». Et l'article L 652-4 dispose : « *L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire* ». La différence de point de départ s'explique par la différence des cas d'exercice de chacune de ces actions, l'une pouvant être intentée en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, et de liquidation judiciaire, l'autre uniquement en liquidation judiciaire. Là encore le régime auxquelles sont soumises ces actions est particulier et diffère de celui applicable à la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce. Bien que la responsabilité du créancier dispensateur de concours soit prévue par le droit des entreprises en difficulté, elle ne suit pas le régime de prescription des autres actions en responsabilité civile du dirigeant de fait¹²⁷⁷.

§ 2. Les conditions de fond.

370. L'application du droit commun. Si les actions en responsabilité des dirigeants de fait sont soumises aux règles spéciales du droit des procédures collectives, il s'agit néanmoins d'actions en responsabilité civile. La preuve du triptyque telle qu'elle est requise en droit commun est indispensable : le banquier ne saurait être condamné à défaut de démonstration d'une faute(A), d'un préjudice(B), et d'un lien de causalité(C).

¹²⁷⁵ Condition nécessaire à l'exercice de l'action en paiement des dettes sociales, Cf infra.

¹²⁷⁶ T. MONTÉLAN, Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n° spéc. Proc. Coll., p 37 et s., spéc. p 40.

¹²⁷⁷ Cf Supra.

A. Les fautes.

371. Diversification des fautes. Les fautes susceptibles de mettre en jeu la responsabilité du banquier, en tant que dirigeant de fait, sont diverses. Dans un premier temps, le banquier, sans être qualifié de dirigeant de fait, peut être responsable des fautes commises dans la fourniture de crédit, dans les trois hypothèses de l'article L 650-1 du Code de commerce, à condition qu'il s'agisse de fautes « lourdes ». Le législateur a voulu sanctionner le créancier qui a soutenu l'entreprise en difficulté de manière inconsidérée. Ensuite il peut lui être reproché les fautes des articles L 651-2 de la responsabilité pour insuffisance d'actif (1) et L 652-1 du Code de commerce, emportant l'obligation aux dettes sociales¹²⁷⁸ (2).

1. Fautes dans l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

372. La faute de gestion. S'il est qualifié de dirigeant de fait, le banquier peut voir sa responsabilité engagée pour faute de gestion¹²⁷⁹. Le banquier sera donc condamné à réparer le préjudice subi au cas où il a commis une faute de gestion, dans le cadre de sa direction de fait. Si sous l'empire de la loi de 1967, la responsabilité reposait sur une présomption de faute, de sorte que le dirigeant devait rapporter la preuve qu'il n'avait pas commis de faute de gestion ; le régime a été renversé par la loi de 1985 : l'action suit désormais le régime de droit commun, solution confirmée par la loi de 2005. C'est au demandeur qu'incombe la charge de la preuve. La faute de gestion, seule faute pouvant conduire à la responsabilité pour insuffisance d'actif, n'a pas été davantage définie dans la loi de sauvegarde qu'elle ne l'était dans la loi de 1985. La faute de gestion peut toutefois se définir, comme toute faute commise dans l'administration de l'entreprise¹²⁸⁰. Elle peut consister en une faute d'action ou d'omission ; et peut être simplement légère. En effet, aucune gravité particulière dans la faute du banquier dirigeant de fait, n'est requise ; à l'inverse de l'action en responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce¹²⁸¹. La faute de gestion peut revêtir plusieurs formes. Il peut ainsi être reproché au dirigeant (de fait) de lourdes erreurs d'appréciation¹²⁸², une sous-estimation des risques financiers, un défaut de surveillance¹²⁸³, la passivité¹²⁸⁴,

¹²⁷⁸ Pour l'obligation aux dettes sociales, l'action n'est recevable que pour les procédures ouvertes entre le 1er janvier 2006 et le 15 février 2009. (conséquence de l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté)

¹²⁷⁹ C. Com. Art. L 651-2.

¹²⁸⁰ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7^o éd. 2007, n°1293, p 789.

¹²⁸¹ Cf Supra.

¹²⁸² Cass. com. 18 février 1992, RJDA 5/1992, n°521.

l'existence d'une comptabilité mal tenue¹²⁸⁵, des défauts de paiement de dettes envers le Trésor public et les organismes de sécurité sociale, le défaut de déclaration de cessation des paiements¹²⁸⁶ dans le délai légal ayant privé l'entreprise d'une solution concordataire¹²⁸⁷, le remboursement de frais de déplacement¹²⁸⁸, une « *rémunération dans des proportions démesurées tandis que la situation financière de la société était irrémédiablement compromise, et ce dans un dessein personnel à son seul profit*¹²⁸⁹ ». La Cour a encore pu retenir que « *la déclaration de la cessation des paiements n'a été effectuée que le 7 mars 2002 tandis que le jugement d'ouverture fixait la date de cessation des paiements au 31 décembre 2001, qu'aucune comptabilité régulière n'était tenue, que l'absence de déclarations régulières des charges sociales et fiscales avait entraîné de nombreuses taxations d'office, que de très importants retraits bancaires en espèces et par chèques remis personnellement à M. X... avaient eu lieu sans justification et que l'ensemble de ces faits constituent des fautes de gestion ayant manifestement contribué à aggraver le passif de la société en permettant la poursuite d'une activité déficitaire*¹²⁹⁰ ». Il est évident, sous l'empire de la nouvelle loi, que le fait de ne pas demander l'ouverture d'une conciliation ou d'une procédure de sauvegarde, dans les temps opportuns, sera de nature à constituer une faute de gestion, puisque la société aura perdu une chance de bénéficier d'une procédure plus adaptée à sa situation. Néanmoins une limite a été implicitement posée par l'article L 652-1 du Code de commerce. Les fautes prévues dans l'obligation aux dettes, bien que constituant des fautes de gestion, ne peuvent pas faire l'objet de poursuites pour insuffisance d'actif¹²⁹¹. L'appréciation de la faute de gestion appartient au pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation effectue uniquement un contrôle de qualification¹²⁹².

¹²⁸³ CA Paris, 18 juin 1991, aff. Nasa Electronique, JCP E 1991, I, 87, n° 4, obs. A. VIANDIER et J. CAUSSAIN ; Cass. com. 31 janvier 1995, Bull. Joly Sociétés 1995, 341, note A. COURET ; RTDCom 1995, 543, obs. A. MARTIN-SERF

¹²⁸⁴ Cass. com. 23 juin 1998, Bull. Joly Sociétés. 1998, p 1287, § 385, obs Ph. PÉTEL; Cass. com. 25 juin 2002, RJDA 2002, n° 1306, p 1103, CA Orléans, ch. com., 5 oct. 2006, n° RG 05/03086, Deniel c/ Jousset : Jurisdata n° 2006-321712, Dr. Sociétés n° 7, Juillet 2007, comm. 132, note J-P. LEGROS.

¹²⁸⁵ CA Versailles 28 mai 1998, RJDA 8-9/1998, p 748.

¹²⁸⁶ Pour le retard de déclaration de la cessation des paiements caractérisant une faute de gestion : Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-11.848. Rq : Même si le délai de déclaration de la cessation des paiements est passé de 15 à 45 jours, le retard peut constituer encore et toujours une faute de gestion : Voir M. JEANTIN et P. Le CANNU, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7° éd. 2007, n°1294, p 791.

¹²⁸⁷ Cass. com. 28 mai 1991, RJDA 8-9/1991, n°750.

¹²⁸⁸ Cass. com. 19 février 2008, n° 06-21.542

¹²⁸⁹ Cass. com. 24 avril 2007, n° 04-10.050

¹²⁹⁰ Cass. com. 13 novembre 2007, n° 06-13.212

¹²⁹¹ C. Com. Art. L 652-1 in fine.

¹²⁹² Voir C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5° éd. 2006, p 747, n° 1265.

2. Fautes dans l'obligation aux dettes sociales.

373. Similarité avec l'ancienne extension-sanction. Ici, la faute reprochée au dirigeant est limitativement énumérée. Cinq fautes peuvent ainsi amener le banquier dirigeant de fait à payer tout ou partie des dettes sociales : « (...)1° *Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;* » sans même qu'il soit utile de prouver que l'acte ait nuit aux intérêts des créanciers, ou qu'il ait été fait dans un intérêt personnel ; « 2° *Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;* 3° *Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;* » la mauvaise foi n'est ici pas exigée ; « 4° *Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;* 5° *Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale* (cette faute est aussi constitutive du délit de banqueroute). ». Il faut observer que ces cas reprennent cinq des sept causes d'extension de procédure de l'ancien article L 624-5 du Code de commerce. Les deux autres cas, qui n'ont pas été repris en 2005, concernaient des cas d'irrégularités comptables, qui figurent aujourd'hui aux articles relatifs à la faillite personnelle ou à l'interdiction de gérer, et à la banqueroute. Ces fautes sont donc définies avec précision. Il ne plane dès lors aucun doute sur le domaine d'application de l'action en paiement des dettes sociales.

B. Le préjudice subi.

374. Préjudice et sommes allouées. Dans le cadre des actions en responsabilité en paiement des dettes sociales, la démonstration d'un préjudice est indispensable. Le préjudice subi sera différent selon l'action engagée : l'insuffisance d'actif dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, la cessation des paiements dans celui de l'obligation aux dettes sociales (1). La détermination du quantum de la réparation (2), qui dépendra largement de l'appréciation de ce préjudice, permettra la répartition des sommes entre les créanciers, à la suite seulement de leur affectation au patrimoine du débiteur (3).

1. Insuffisance d'actif et cessation des paiements.

375. La ressemblance des préjudices subis. L'article L 651-2 du Code de commerce dispose « *Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables* ». Et l'article L 652-1 : « *Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements* ». Le préjudice invoqué pour mettre en cause la responsabilité du banquier dirigeant de fait, est d'un côté, l'insuffisance d'actif, de l'autre la cessation des paiements. C'est bien évidemment dans la première hypothèse que les actions de L 650-1 et L 651-2 pourraient se confondre. Mais il n'en est rien. L'action fondée sur l'article L 650-1 du Code de commerce consiste à réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif et non l'insuffisance d'actif dans sa globalité¹²⁹³. Ce que prévoit expressément l'article L 651-2 du Code de commerce, quoique le juge puisse moduler la sanction, de sorte que le préjudice ne peut être indemnisé qu'en partie. Mais qu'est-ce que l'insuffisance d'actif ? Elle est « *caractérisée lorsque le produit de la réalisation des actifs et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise et des créanciers ne permet pas de désintéresser, même partiellement, les créanciers*¹²⁹⁴ ». La société est hors d'état de payer ses créanciers, par la faute du dirigeant. Le dirigeant ne pourra donc être condamné pour insuffisance d'actif que si l'actif réalisé ne répond plus du passif. Il faut préciser par ailleurs, que dans le cadre de l'obligation aux dettes sociales, l'appréciation du préjudice sera plus aisée, étant donné le caractère objectif de la « cessation des paiements », qui conduit à la liquidation judiciaire¹²⁹⁵.

¹²⁹³ Cf Supra, Ex : Cass. com. 16 octobre 2007, n° 06-15.386 (arrêt n° 990, F-D), Gaz. Pal. 23-24 janvier 2008, p 59, obs. R. ROUTIER

¹²⁹⁴ Décret n° 2005-1677, du 28 décembre 2005, art. 303.

¹²⁹⁵ T. MONTÉLAN, Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n° spéc. Proc. Coll., p 37 et s., spéc. p 43.

Le juge dispose ainsi d'un large pouvoir d'appréciation tant sur le principe que sur le montant de la condamnation. Cette liberté d'appréciation donnée aux juges, qui existait déjà sous l'empire de la loi de 1985, n'a d'ailleurs pas fait l'unanimité auprès des auteurs¹²⁹⁶.

2. Quantum de la réparation

376. Article L 651-2 : Une condamnation facultative et plafonnée à l'insuffisance d'actif. Dans le cadre de la responsabilité pour faute de gestion, le montant de la condamnation, s'il peut correspondre à la totalité de l'insuffisance d'actif, ne peut en revanche dépasser ce plafond. Cette responsabilité est donc largement dérogoire au droit commun de la responsabilité civile puisqu'elle ne vise pas la réparation intégrale du dommage causé à la société et aux créanciers. Leur préjudice réel peut être bien supérieur au montant décidé par le juge. Il s'agit par ailleurs de l'insuffisance d'actif existant au jour du jugement d'ouverture¹²⁹⁷, donc le passif antérieur.

377. Article L 652-1 : Une condamnation s'élevant au passif antérieur et postérieur. Dans le cadre de l'action en paiement des dettes sociales, l'article L 652-1 du Code de commerce dispose qu'il est possible de mettre à la charge du dirigeant fautif tout ou partie des dettes sociales¹²⁹⁸. La différence est importante. En effet, sont englobés par cette formule tant le passif antérieur que le passif postérieur au jugement d'ouverture¹²⁹⁹, en prenant compte, semble-t-il, tous les actifs réalisés au moment où le juge statue¹³⁰⁰. Cette interprétation aura des conséquences particulièrement importantes pour le dirigeant fautif puisque le passif postérieur peut s'avérer très important, notamment en raison du coût des licenciements. Les dettes de l'entreprise comprennent donc le coût des licenciements mais aussi le coût de la dépollution et l'ensemble des dépenses entraînées par la liquidation judiciaire¹³⁰¹. Dès lors, alors que la responsabilité pour insuffisance d'actif est une

¹²⁹⁶ F. DERRIDA, Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, D 2001, n°17, chron., p 1377, n° 3.

¹²⁹⁷ Cass. com. 30 janvier 1990, n° 88-15.873, Bull. Civ. IV n° 30 : « *l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés au moment où statue la juridiction saisie* »

¹²⁹⁸ Dans le projet de loi, il était question d'une condamnation au paiement de « l'ensemble des dettes sociales sans marge de choix pour le tribunal » : rapport X. DE ROUX, n° 2095, p 418.

Pour les procédures ouvertes après le 15 février 2009, la question ne se pose plus : l'obligation aux dettes sociales a été supprimée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹²⁹⁹ T. MONTÉLAN, Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, p 37 et s.

¹³⁰⁰ M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7° éd. 2007, n° 1300, p 795.

¹³⁰¹ Qui correspondent aux dettes de « l'article 40 », voir T. MONTÉLAN, Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n° spéc. Proc. Coll., p 37 et s. spéc. p 43.

responsabilité civile, à caractère indemnitaire, l'obligation aux dettes sociales est davantage une sanction, une responsabilité à caractère répressif. Par ailleurs, il peut être également prononcé à l'encontre du dirigeant fautif une mesure de faillite personnelle qui n'a pas acquitté les dettes de la personne morale mises à sa charge¹³⁰², et cette sanction peut même s'appliquer en complément de la condamnation au paiement de ces dettes, par renvoi de l'article L 653-4 du Code de commerce¹³⁰³.

3. Affectation des sommes.

378. Une répartition selon des règles différentes. L'article L 651-2 du Code de commerce, in fine, prévoit que « *Les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa 1er entrent dans le patrimoine du débiteur. Ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc* ». Et l'article L 652-3 : « *Les sommes recouvrées sont affectées au désintéressement des créanciers selon l'ordre de leurs sûretés* ». Ainsi, l'affectation des sommes recouvrées par le biais de ces actions, est expressément prévue par le législateur. Au contraire, dans le cadre de la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce, aucune précision n'étant apportée, c'est à l'article L 622-20 qu'il faut se référer : « *les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire ou, à défaut, par le ou les créanciers nommés contrôleurs entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif* ». Ainsi, dans le cadre de la responsabilité du banquier pour « soutien abusif » ou pour faute de gestion, les sommes auxquelles le banquier aura été condamnées entrent dans le patrimoine du débiteur. La répartition aux créanciers se fait cependant de manière différente : si dans la première hypothèse, la répartition se fait selon les modalités prévues pour l'apurement du passif, c'est-à-dire en suivant l'ordre des paiements, en revanche, dans la seconde hypothèse, les sommes seront réparties au marc le franc, c'est-à-dire à proportion de leurs créances, sans tenir compte des causes de préférence. Dans le cadre de l'obligation aux dettes sociales, en revanche, les sommes sont directement affectées au désintéressement des créanciers (ce qui s'explique par le fait que l'action n'est possible que dans le cadre de la liquidation judiciaire), selon leur rang. Les privilèges sont donc pris en compte.

¹³⁰² C'est-à-dire le montant de sa condamnation, C. Com. Art. L 653-6.

¹³⁰³ « *Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de tout dirigeant, de droit ou de fait, d'une personne morale, qui a commis l'une des fautes mentionnées à l'article L 652-1* ».

C. Le lien de causalité.

379. L'exigence d'un lien « suffisant ». Sous l'empire de la loi de 1967, s'il existait une présomption de faute, il existait aussi une présomption de causalité : la Cour de cassation l'a admis notamment dans un arrêt du 16 juillet 1981 : « *la présomption de responsabilité, dont l'arrêt retient que MM ne s'est pas déchargé, comporte à la fois une présomption de faute et une présomption de rapport de causalité entre la faute et le dommage*¹³⁰⁴ », la faute présumée était donc réputée être à l'origine de l'insuffisance d'actif. Puis la loi du 25 janvier 1985 a modifié le régime. Un sénateur avait d'ailleurs souligné, lors des travaux préparatoires de la loi de 1985 : « *c'est une innovation heureuse du projet de loi que de supprimer cette présomption et de s'en tenir au seul régime classique de la responsabilité*¹³⁰⁵ ». Le législateur a ainsi préféré la formule : *en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif*¹³⁰⁶, formule reprise par le législateur de 2005. Ce qui signifie que le demandeur doit rapporter désormais la preuve que la faute de gestion du dirigeant a contribué à l'insuffisance d'actif, qu'elle en est la cause nécessaire. Il semblerait que le législateur ait choisi l'application du droit commun de la responsabilité civile comme dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce. Toutefois, la force du lien est différente. La responsabilité du banquier dispensateur de crédit suppose que la faute reprochée soit non seulement la cause nécessaire mais aussi la cause adéquate, de sorte que cette faute soit la seule cause envisageable de l'aggravation de l'insuffisance d'actif. Dans le cadre de l'article L 651-2, il s'agit de « *fautes ayant contribué* » : il suffit que la faute de gestion ait été un des éléments à l'origine de l'insuffisance d'actif ; peu importe qu'il existe des causes plus adéquates à ce préjudice. Le régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se distingue en cela de celui de la responsabilité de droit commun. Le législateur a fait le choix de requérir une faute « ayant contribué » à l'insuffisance d'actif et non « à l'origine » de celle-ci. Le lien de causalité est donc ici bien plus distendu, la causalité partielle étant en outre admise. La Haute juridiction a ainsi admis que « *le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et il peut être condamné à supporter en totalité ou partie des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles*¹³⁰⁷ ». Il

¹³⁰⁴ Cass. com. 16 juillet 1981, Bull. Civ. IV n° 318.

¹³⁰⁵ J. THYRAUD, Débats Sénat 8 juin 1984, JO 1984, p 1443.

¹³⁰⁶ C. Com. L 624-3 ancien ; L 651-2 nouveau.

¹³⁰⁷ Cass. com. 1er février 1998, n° 95-18.510, Bull. Civ. IV n° 78 p 61 ; Cass. com. 19 mars 1996, n° 93-13.468

est dès lors possible de créer certaines discriminations, et mettre à la charge d'un seul des dirigeants la totalité de l'insuffisance d'actif, même si ses fautes ne sont pas les seules à avoir contribué au dommage. La solution applicable dans le cadre de l'obligation aux dettes sociales est par ailleurs la même puisque le législateur a utilisé là encore, la formule de « *l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements* ». Les fautes doivent donc avoir conduit à la liquidation judiciaire. Mais de quelles fautes s'agit-il ? Si la procédure collective du débiteur a été ouverte par un jugement de liquidation judiciaire, la cessation des paiements est fixée à ce jour. En revanche, les difficultés surviennent, si la procédure collective a été ouverte par un jugement de redressement judiciaire. Doit-on prendre en compte les fautes commises avant le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ? Si la liquidation a été ouverte à la suite de la résolution du plan de redressement, le débiteur ayant été un moment en dehors de toute cessation des paiements, on ne saurait remonter aux fautes antérieures au jugement d'ouverture du redressement judiciaire. La situation sera identique en matière de sauvegarde, car si la liquidation est ouverte à la suite de la résolution du plan de sauvegarde, l'article L 652-1 du Code de commerce ne peut s'appliquer que si la cessation des paiements est intervenue pendant l'exécution du plan, puisque par principe, la sauvegarde suppose que le débiteur ne se trouve pas en état de cessation des paiements¹³⁰⁸.

380. La répartition des responsabilités entre les dirigeants fautifs. Le législateur a prévu la possibilité d'une solidarité entre les différents dirigeants. L'article L 651-2 dispose : « *En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables* ». Et L 652-2 : « *En cas de pluralité de dirigeants responsables, le tribunal tient compte de la faute de chacun pour déterminer la part des dettes sociales mises à sa charge. Par décision motivée, il peut les déclarer solidairement responsables* ». Ces articles donnent donc au juge, une entière liberté : il apprécie la contribution de chacun des dirigeants à la faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif¹³⁰⁹, et il peut les condamner solidairement ou non, tout en ayant la possibilité de créer une inégalité entre eux : certains peuvent être solidaires, d'autres non. Mais la condamnation ne pourra être solidaire, que si elle est spécialement motivée¹³¹⁰. En revanche, dans le cadre de la responsabilité de l'article

¹³⁰⁸ Sur cette réflexion, voir M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 7^e éd. 2007, n^o 1300, p 795.

¹³⁰⁹ Alors que l'ancien article L 624-3 imposait une responsabilité collective, le nouveau texte améliore donc le sort des dirigeants.

¹³¹⁰ T. MONTÉLAN, Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n^o spéc. Proc. Coll., p 37 et s., spéc. p 39.

L 650-1 du Code de commerce, la solidarité est le principe : « *le fournisseur qui avait fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective était tenu de réparer l'intégralité de l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il avait ainsi contribué à créer, sauf son recours contre les coauteurs du même dommage*¹³¹¹ ».

¹³¹¹ Cass. com. 27 février 2007, n° 06-13.649 Jurisdata n° 2007-037790, Bull. Civ. IV. N° 72, Revue Proc. Coll. Avril-mai-juin 2008, p 75, n° 95, obs. A. MARTIN-SERF ; LPA 16 nov. 2007, n° 230, n° 230, p 8, note C. COUTANT-LAPALUS.

CHAPITRE 2. LE NON CUMUL DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ CIVILE ET SPÉCIALES DES DIRIGEANTS DE FAIT

381. Le principe légal du non cumul de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et de l'obligation aux dettes sociales. Le législateur a posé une nouvelle règle, à l'article L 652-1 in fine : « *Dans les cas visés au présent article, il ne peut être fait application des dispositions de l'article L 651-2* ». Ainsi le législateur a-t-il interdit le cumul de l'action en paiement des dettes sociales avec celle de la responsabilité pour insuffisance d'actif. Cette disposition est nouvelle et se justifie par la ressemblance des deux actions, qui mettent à la charge du dirigeant tout ou partie des dettes de la personne morale¹³¹². Ainsi si l'une des cinq fautes de l'article L 652-1 est relevée, l'action en paiement des dettes sociales prime sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Cette solution n'est pourtant pas nouvelle : la jurisprudence excluait déjà le cumul de l'action pour comblement de passif avec la procédure d'extension-sanction¹³¹³. Néanmoins, si les fautes de l'article L 652-1 du Code de commerce constituent des fautes de gestion, en revanche, toute faute de gestion ne constitue pas un des cinq cas de l'obligation aux dettes sociales. Ainsi le juge pourra-t-il être tenté de cumuler les deux actions en relevant d'une part une faute de gestion dans le cadre de l'article L 651-2 et une des cinq fautes de l'article L 652-1. La condamnation s'avèrerait dès lors extrêmement lourde pour le dirigeant.

382. La question du cumul de l'action pour insuffisance d'actif et de l'action pour « soutien abusif ». Le banquier, dirigeant de fait ne pourrait donc être condamné sur ces deux chefs d'accusation qu'exceptionnellement. Toutefois, peut-il voir sa responsabilité engagée en sa qualité de dirigeant de fait ou de son immixtion, à la fois sur le fondement de la faute de gestion, et sur celui de d'une faute dans l'octroi d'un crédit ? Il ne saurait, eu égard aux éléments constatés ci-dessus, y avoir confusion entre les actions en responsabilité de l'article L 650-1 fondée en partie sur l'immixtion du banquier et celle pour insuffisance d'actif de l'article L 651-2 du Code de commerce¹³¹⁴. Mais si elles ne peuvent faire double

¹³¹² M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Dalloz 7^e éd. 2007, n^o 1311, p 800.

¹³¹³ Cass. com. 17 juillet 1992, Bull. Civ. IV, n^o 359, Rev. Sociétés 1993, p 445, note Y. CHAPUT.

emploi, peuvent-elles en revanche se cumuler ? La question n'est pas nouvelle. En effet, la doctrine a longtemps été divisée sur la question du cumul, en raison du silence du législateur sur ce point.

383. Les divergences doctrinales. La doctrine profitant du silence de la loi sur la question du cumul, s'est emparée du problème. Pour certains, l'action en comblement de passif, telle qu'elle a été créée par la loi de 1985, prenant les caractéristiques de la responsabilité civile de droit commun, selon les souhaits du gouvernement, les actions en responsabilité civile aux fins d'obtenir réparation auprès des dirigeants de société, n'auraient plus vocation à être exercées¹³¹⁵, d'autant plus que le droit civil prévoit que la règle spéciale prévaut sur le droit commun de la responsabilité. Par ailleurs, la réparation prévue dans le cadre de l'action en comblement de passif étant cantonnée, et les actions en responsabilité civile permettant une réparation intégrale, la possibilité d'un choix entre ces actions anéantirait la première. Cet argument est néanmoins repris par la doctrine opposée : la réparation n'étant que partielle dans le cadre de l'action en comblement de passif, il conviendrait d'autoriser le cumul¹³¹⁶ ou le choix des actions afin que le représentant des créanciers puisse obtenir une réparation pour l'entier préjudice. En effet, si les juges ont accordé au demandeur à l'action en comblement de passif, uniquement la réparation d'une partie de l'insuffisance d'actif, les demandeurs (représentant des créanciers, administrateur) devraient pouvoir exercer l'action en responsabilité civile.

384. Une solution prétorienne. La réponse à la question n'est dès lors que d'origine prétorienne, la jurisprudence tendant d'abord vers le cumul avant d'affirmer un principe de non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité civile (section 1). Mais la solution est-elle encore valable aujourd'hui en raison de l'entrée en vigueur des nouvelles règles de responsabilité des créanciers dispensateurs de concours (section 2) ?

¹³¹⁴ Et encore moins avec l'action en paiement des dettes sociales de l'article L 652-1 et s. du Code de commerce.

¹³¹⁵ F. DERRIDA, P. GODÉ et J-P. SORTAIS, avec la collaboration d'A. HONORAT, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, 3^e édition, 1991, n° 142, n° 578 ; J.-J. DAIGRE, De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou liquidation judiciaire : Rev. sociétés 1988, p 199 et s.

¹³¹⁶ Auteurs préconisant le cumul : A. BRUNET et M. GERMAIN, L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 relatif à l'action en contribution au paiement du passif social : LPA 23 juillet 1986, p 51

Section 1. La naissance d'un principe prétorien de non-cumul.

385. Le principe du cumul sous l'empire de la loi de 1967. À cette époque, la jurisprudence était partisane de la thèse du cumul des actions, puisque la Cour de cassation autorisait le choix entre les actions, ou même le cumul¹³¹⁷. Ainsi, dans un arrêt du 4 février 1980, la chambre commerciale a-t-elle admis qu' « *Il ne peut être fait grief à une Cour d'appel d'avoir condamné le gérant d'une SARL à payer deux sommes différentes à titre de dommages-intérêts par application d'une part, de l'article 54 modifié de la loi du 24 juillet 1966 et d'autre part de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, dès lors que, saisie de deux actions dont elle a estimé que chacune était fondée, elle a justifié sa décision par l'évaluation qu'elle a faite du montant des réparations dues de l'un et l'autre chef*¹³¹⁸ » ; de même que « *Par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui ont été soumis, une Cour d'appel, sans limiter au montant du passif social la somme pour laquelle la responsabilité du gérant d'une SARL peut être mise en cause, a estimé qu'en l'espèce la société n'apportait pas la preuve d'un préjudice dont la réparation doit être cumulée avec le passif dont le gérant avait assumé la charge*¹³¹⁹ ». Le cumul, ou le choix de l'action en comblement de passif et d'actions en responsabilité civile du droit des sociétés était accordé au syndic, à condition toutefois que la preuve du préjudice collectif soit rapportée, et que celui-ci ne soit pas réparé deux fois.

386. La consécration du non-cumul sous l'empire de la loi de 1985. En premier lieu, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 avril 1991, disposait « *Mais attendu que l'arrêt retient que la responsabilité des dirigeants de la société pouvait être mise en œuvre à la suite soit d'une action personnelle ou sociale visant les administrateurs, soit d'une action en paiement des dettes sociales fondée sur l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 ; qu'ayant ainsi constaté que la mesure litigieuse était sollicitée dans l'éventualité de litiges distincts du procès opposant les consorts Y... aux consorts X..., la cour d'appel n'a fait qu'user des*

¹³¹⁷ Cass. com., 8 novembre 1960, Bull. Civ. IV n° 356 : « *L'action fondée aux paragraphes deux et trois de l'article 25 de la loi du 7 mars 1925 n'existe que dans des cas déterminés, suivant une procédure spéciale (...), dérogatoire au droit commun en ce que le liquidateur peut agir seul contre les gérants (...) et que les deux actions en responsabilité de l'article 25 demeurent distinctes aussi bien dans leur conditions de fond et de procédure que dans leurs effets et qu'en conséquence, l'exercice de l'action fondée sur le paragraphe 1er appartenait non pas au liquidateur mais à la société elle-même assistée de son liquidateur ou mise en cause par celui-ci* ».

¹³¹⁸ Cass. com. 4 février 1980, n° 78-13.760, Bull. Civ. IV n° 55

¹³¹⁹ Cass. com. 3 novembre 1975, n° 74-12.441, Bull. Civ. IV, n°252, p 210.

*pouvoirs qu'elle tient de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile en accueillant la demande ; que les moyens ne sont pas fondés*¹³²⁰ ». La Haute juridiction semblait dès lors conserver la solution sinon du cumul, au moins de l'option pour l'une des actions, avec l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985. Mais cette décision a vite été remise en cause. Par un arrêt du 28 février 1995, la chambre commerciale exclut dans un premier temps, un éventuel cumul de l'action en comblement de passif avec les actions fondées sur l'article L 223-22 ou L 225-251 du Code de commerce : « *lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions du premier et du deuxième de ces textes qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles du troisième ; qu'il s'ensuit qu'un créancier est irrecevable à exercer contre le gérant, à qui il impute des fautes de gestion, l'action en réparation du préjudice résultant du non-paiement de sa créance*¹³²¹ ». Puis dans un second temps, par un arrêt du 20 juin 1995, la Cour exclut le cumul de l'action en comblement de passif avec les actions fondées sur les articles 1382 et 1383 du Code civil : « *lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de ladite loi, qui ouvrent aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles des articles 1382 et 1383 du Code civil ; qu'il s'ensuit que le liquidateur est irrecevable à exercer contre le dirigeant à qui il impute des fautes de gestion l'action fondée sur les deux derniers textes précités en réparation du préjudice des créanciers résultant de l'insuffisance d'actif*¹³²² ». Le principe du non cumul de l'action en comblement de passif avec les actions en responsabilité de droit commun fondées sur les dispositions spécifiques du droit des sociétés ou sur celles de la responsabilité délictuelle, est désormais consacré et fait l'objet d'une jurisprudence constante¹³²³.

¹³²⁰ Cass. com. 16 avril 1991, n° 89-14.237, Bull. Civ. IV, n° 144 p 103

¹³²¹ Cass. com. 28 février 1995, n° 92-17329, Bull. Civ. IV, n° 60 p 57.

¹³²² Cass. com. 20 juin 1995, n° 93-12810, Bull. Civ. IV, n° 187, p 173 ; J-J. DAIGRE, Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions de droit commun, Bull. Joly 1995, p 953, § 346 ; M-C. PINIOT, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, RJDA juillet 1995, p 639 ; B. SOINNE, La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante, LPA 2 août 1995, n° 92, p 10 et s.

¹³²³ Cass. com., 14 mars 2000, Sté Union tank eckstein Gmbh et Co Kg - UTA c/ Koch, ès qual. et a. (arrêt n° 684 P) Jurisdata n° 000990, JCP E n° 39, 28 Septembre 2000, p. 1527, obs. D. PORACCHIA.

387. Les exceptions au principe de non-cumul. Lorsque la procédure collective faisait apparaître une insuffisance d'actif, le mandataire judiciaire pouvait agir uniquement dans le cadre d'un comblement de passif. Dès lors, nonobstant l'allégation d'une insuffisance d'actif, le demandeur était recevable à poursuivre l'action à l'encontre d'un dirigeant pour faute de gestion sur le fondement de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966¹³²⁴. De même le principe du non-cumul est inapplicable lorsque le demandeur fonde son action en responsabilité civile sur des faits postérieurs au jugement d'ouverture, qu'il s'agisse d'une action fondée sur les dispositions du droit des sociétés : *« seule la gestion du dirigeant social, antérieure au jugement d'ouverture de la procédure, peut ouvrir l'action en paiement des dettes sociales prévue par l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, de sorte que l'action fondée sur l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 tendant à la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant pour des faits postérieurs au jugement d'ouverture, était recevable¹³²⁵ »*, ou sur l'article 1382 du Code civil : *« la responsabilité personnelle du dirigeant social peut être recherchée par le liquidateur sur le fondement du droit commun dès lors que le préjudice invoqué résulte de travaux effectués postérieurement à l'ouverture de la procédure collective pour mettre fin à la situation irrégulière d'installations exploitées en contravention avec la réglementation sur les établissements classés pour la protection de l'environnement, et ne peut donc être rattaché à une insuffisance d'actif¹³²⁶ »*. A également été admise l'action personnelle intentée par un créancier invoquant un préjudice personnel et distinct de celui des autres créanciers et fondée sur une faute personnelle du dirigeant, séparable de ses fonctions. Dans un arrêt du 21 novembre 2002 la Cour d'appel de Nancy¹³²⁷ a ainsi admis l'action d'un associé, invoquant un préjudice personnel consistant à la perte de fonds apportés à la société, contre le gérant de celle-ci, qui avait, avec l'aide d'une banque (condamnée in solidum), émis des chèques de société totalement étrangers à son intérêt et à son objet social, révélant un comportement déloyal et répréhensible, constituant dès lors une faute séparable des fonctions. Il ne s'agit pas, par ailleurs, d'une solution isolée, la Cour d'appel de Lyon¹³²⁸ ayant récemment admis la recevabilité de ce type d'action. Il faut noter par ailleurs, que l'action en comblement de passif peut se cumuler avec une action en

¹³²⁴ Cass. com. 28 mars 2000, n° 97-11.533, Bull. Civ. IV n° 70 p 58 ; de même, un associé est recevable à agir par le biais de l'action sociale, dès lors que la procédure collective n'a pas fait apparaître d'insuffisance d'actif : Cass. com. 27 juin 2006, n° 05-14.271, (FS-P+B+R+I) SARL Etav c/ Lefèvre, Bull. Civ. IV, n° 152 p 164, Jurisdata n° 2006-034268 ; RJDA Décembre 2006, n°1253, Dr. Sociétés n° 1, Janvier 2007, comm. 6, note J-P. LEGROS ; JCP E 2006, pan. 2241 ; BRDA 2006, n° 10, p 6 ; D 2006, AJ, p 1891, obs. A. LIENHARD ; Act. proc. coll. 2006, comm. 172, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

¹³²⁵ Cass. com. 14 mars 2000, n° 97-17.753, Bull. Civ. IV, n° 59 p 51

¹³²⁶ CA Lyon 3° ch. 30 avril 1999.

¹³²⁷ CA Nancy, 2° ch. Civ., 21 novembre 2002, Jurisdata n° 2002-198356

¹³²⁸ CA Lyon, 3° ch. Civ., 22 février 2007, Jurisdata n° 2007-330793

responsabilité fiscale¹³²⁹, et l'action civile en réparation du préjudice résultant d'une infraction, par exemple, le dirigeant condamné pour abus de biens sociaux peut être tenu de verser des dommages et intérêts au liquidateur judiciaire de la société qui s'était constituée partie civile et de combler une partie des dettes sociales¹³³⁰.

388. Application du principe au cas du banquier. Sous l'empire de la loi de 1985, le banquier dispensateur de crédit qualifié de dirigeant de fait, ne pouvait, en raison du principe de non-cumul, être poursuivi par le mandataire judiciaire, à la fois sur le fondement d'un soutien abusif, puisque régi par les articles 1382 et 1383 du Code civil, et sur celui d'une faute de gestion. Toutefois, un créancier agissant individuellement, pour son préjudice personnel pouvait tenter d'obtenir des dommages-intérêts auprès du banquier sur le fondement de la responsabilité civile, bien que le mandataire judiciaire ait déjà agi en comblement de passif. La solution est-elle la même avec l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde et de ses nouvelles dispositions sur la responsabilité des créanciers dispensateurs de concours ?

Section 2. La solution actuelle.

389. Confirmation du principe de non-cumul. Le principe du non-cumul a été confirmé par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 juillet 2007 : *« lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de la loi du 25 janvier 1985, devenus les articles L 651-2 et L 651-3 du code de commerce, qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L 223-22 du code de commerce, ni avec celles de l'article 1382 du code civil ¹³³¹»*. La solution qui prévalait auparavant est donc encore applicable aujourd'hui¹³³² : un dirigeant de droit ou de fait ne saurait voir sa responsabilité engagée par le mandataire judiciaire à la fois au titre du

¹³²⁹ Cass. com., 9 déc. 1997, Regazzoni c/ Percepteur de Luxeuil-les-Bains et autres : Bull. civ. IV, n° 331 ; BRDA 1/1998, p 6 ; RJDA 1/1998, n° 87concl. PINIOT ; Rev. sociétés 1998, p. 316, note J-J. DAIGRE ; JCP E 1998, p 659, obs. Ph. PÉTEL.

¹³³⁰ Cass. com. 29 février 2000, RJDA Mai 2000, n°580 ; Cass. com. 27 novembre 2001, Jurisdata n° 2001-012020 ; Dr. sociétés 2002, comm. n° 88, obs. J-P. LEGROS ; RJDA avril 2002, n° 417 1° espèce.

¹³³¹ Cass. com. 10 juillet 2007, n° 06-16.165 Inédit.

¹³³² Voir T. MONTÉLAN, Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n° spéc. Proc. Coll., p 37.

paiement des dettes sociales, et au titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice social. Les mesures tendant à la réparation de l'insuffisance d'actif sont des mesures patrimoniales et indemnitaires¹³³³ ; elles ne peuvent dès lors se cumuler. Toutefois une condition s'ajoute aujourd'hui : si l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif supposait l'existence de l'insuffisance d'actif, elle suppose de surcroît, aujourd'hui, la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement. Les exceptions au principe de non-cumul valables sous l'ancien droit doivent donc être reconduites, dans une certaine mesure, sous l'empire de la loi de sauvegarde. Ainsi, au cas où la procédure de redressement ou de sauvegarde ne fait pas apparaître une insuffisance d'actif, le mandataire judiciaire est recevable à l'action en responsabilité civile de droit commun, tant sur le fondement des dispositions du droit des sociétés, que sur celui de l'article 1382 du Code civil. De même, les créanciers sont recevables à agir individuellement, en réparation de leur préjudice personnel et distinct de celui des autres créanciers. De même, les actions subsidiaires ont-elles vocation à être recevables : la Cour de cassation a ainsi admis dans un arrêt du 19 février 2008 que la demande appuyée sur le droit commun de la responsabilité civile à titre subsidiaire est recevable dès lors que les actions fondées sur les sanctions propres aux dirigeants sociaux ont été rejetées faute pour le défendeur de pouvoir être qualifié de dirigeant de fait¹³³⁴.

390. Principe de non cumul et loi de sauvegarde. Toutefois, une question doit être soulevée : autrefois, le régime de la responsabilité pour soutien abusif était régi par les articles 1382 et 1383 du Code civil, le banquier ne pouvait dès lors, en raison du principe de non cumul être condamné au paiement de dommages-intérêts pour soutien abusif, et au paiement de tout ou partie des dettes sociales pour faute de gestion en sa qualité de dirigeant de fait. Avec la réforme opérée par la loi de sauvegarde, le régime de responsabilité des créanciers dispensateurs de concours a changé, il est désormais régi par une disposition du droit des procédures collectives, à savoir l'article L 650-1 du Code de commerce. Le principe du non-cumul est-il encore valable en cette hypothèse ?

¹³³³ CA Pau, 23 mars 2004, RDBF 2004, n° 214, obs. F-X. LUCAS ; Rev. Proc. Coll. 2005, 233, obs. DUMONT.

¹³³⁴ Cass. com., 19 févr. 2008, n° 06-20.444, F-D, Masson / Kugel: Jurisdata n° 2008-042881 ; Dr sociétés 2008 comm. 98 note J-P. LEGROS : « *la demande subsidiaire de M. X... fondée sur la responsabilité de droit commun de M. Z... était recevable, dès lors qu'étaient rejetées les prétentions du mandataire judiciaire concernant l'application des dispositions particulières aux dirigeants des personnes morales en procédure collective, prévues par les articles L. 624-3 et L. 624-5 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises* ». La recevabilité de l'action subsidiaire est également admise implicitement dans Cass. com. 8 janvier 2008, n° 06-16308, Sté Rioux c/ SCI Le Séville et autres, Bull. Joly Sociétés 1er avril 2008, n° 4, p 325, note O. STAES.

391. La question du cumul de la responsabilité pour insuffisance d'actif et de la responsabilité à raison de l'octroi des concours. Il semble que cette modification de régime n'ait aucune incidence sur la solution applicable. En effet, si la responsabilité prévue à l'article L 650-1 du Code de commerce est ouverte dans trois cas, limitativement énumérés, elle se fonde néanmoins sur les règles de la responsabilité civile de droit commun¹³³⁵, à savoir l'article 1382 du Code civil, qui impose la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Il ne saurait dès lors y avoir cumul entre cette action et celle de l'article L 651-2 du Code de commerce. Par ailleurs, l'action en responsabilité à l'encontre des créanciers dispensateurs de concours est limitée : elle suppose l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés des entreprises, et la démonstration des trois cas d'ouverture : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées, ce qui montre toute la spécificité de l'action, et son incompatibilité avec celle de l'article L 651-2 ou L 652-1 du Code de commerce. Néanmoins, un argument contraire pourrait être soulevé. Le principe du non-cumul se justifiait auparavant par le fait que l'on ne saurait condamner le dirigeant de fait à la réparation du préjudice social, par deux fois. Cependant, l'article L650-1 du Code de commerce, s'il prévoit comme sanction le versement de dommages-intérêts, prévoit néanmoins une autre sanction, la nullité des garanties. Dès lors, pourrait-on autoriser le mandataire judiciaire à agir en responsabilité pour insuffisance d'actif, aux fins d'obtenir le paiement de tout ou partie des dettes sociales (elle sera certainement le plus souvent partielle, en raison du pouvoir modérateur du juge quant à cette sanction), et à agir ensuite en nullité des garanties sur le fondement de l'article L 650-1 du Code de commerce, les actions ne parvenant pas dès lors au même résultat ? Cette question semble pertinente, néanmoins, il a été vu que l'action en nullité est incluse dans l'action en responsabilité, de sorte que celle-ci ne sera prononcée que si la responsabilité du créancier dispensateur de concours est reconnue. Ce qui nous ramène à la solution d'origine, qui semble prévaloir la thèse du non cumul.

¹³³⁵ Cf supra.

TITRE II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU BANQUIER, COMPLICE DE BANQUEROUTE

392. Le domaine de la responsabilité pénale du banquier. Si l'article L 650-1 du Code de commerce, par son principe d'irresponsabilité, n'a pas pour effet de limiter la responsabilité civile du banquier au titre de sa direction de fait, il ne saurait encore moins avoir quelque effet sur la responsabilité pénale du banquier, qui reste de principe. Mais dans quelles hypothèses le banquier peut-il être poursuivi sur le plan pénal ? Il peut s'agir en premier lieu du cas du créancier dispensateur de concours qui finance sciemment une activité illicite, ou qui finance une activité licite mais par des procédés illicites. Il est ainsi possible que le banquier ait octroyé un crédit à une société sachant qu'elle est dirigée par une personne qui n'a pas le droit d'exercer le commerce en France¹³³⁶, ou à un commerçant frappé d'une interdiction d'agir suite au prononcé d'une faillite personnelle en application de l'article L 653-2 nouveau du Code de commerce. En outre, ces actes sont condamnés civilement, par le biais de la responsabilité de l'article L 650-1 du Code de commerce¹³³⁷, puisque constitutifs de fraude. Néanmoins, dans le cadre de sa relation privilégiée avec les entreprises en difficulté, sa responsabilité sera davantage recherchée sur le terrain de la banqueroute, sanction pénale principale en matière de procédures collectives. Le législateur a dressé cinq cas constitutifs de banqueroute : « 1. Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds. 2. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur. 3. Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur. 4. Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation. 5. Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales¹³³⁸ ». Ces faits sont punissables de banqueroute. En quelle qualité le banquier peut-il se voir reprocher l'un de ces faits ? La banqueroute peut concerner toutes les personnes soumises aux droit des entreprises en difficulté, dont le champ a été élargi par

¹³³⁶ CA Paris, 26 mai 1967, JCP G 1968, II, n° 15518, obs. J. STOUFFLET.

¹³³⁷ Cf Supra.

¹³³⁸ C. Com. Art. L 654-2, al. 2.

la loi de sauvegarde des entreprises¹³³⁹. Le législateur est ainsi allé dans le sens, non d'une dépenalisation comme le souhaitaient les praticiens du droit, mais dans celui d'une pénalisation. Selon l'article L 654-1, la banqueroute est applicable « *à tout commerçant, agriculteur, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* » ; ainsi qu'à « *toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé*¹³⁴⁰ ». Le banquier pourrait donc être poursuivi pour banqueroute en sa qualité de dirigeant de fait.

393. La poursuite du banquier, dirigeant de fait. Le banquier est parfois reconnu dirigeant de fait de la société en procédure collective ; il pourrait ainsi être poursuivi directement en tant qu'auteur de l'infraction. Toutefois, il est très rare, on l'a vu, que le banquier soit qualifié de dirigeant de fait, en particulier dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Et cela l'est encore davantage en matière de responsabilité pénale.

394. La poursuite du banquier, fournisseur de concours. Si les hypothèses de condamnation de banqueroute fondées sur la qualité de dirigeant de fait du banquier sont exceptionnelles, en revanche, la responsabilité pénale du banquier est bien plus souvent engagée pour complicité du délit de banqueroute, pour « *avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire (...) employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds* ». Les juges ont cependant eu à connaître de certaines affaires dans lesquelles un banquier était complice du délit de banqueroute, par détournement d'actif, en permettant le virement de fonds du compte de la société au compte personnel du dirigeant¹³⁴¹. Mais c'est en sa qualité de fournisseur de concours que sa responsabilité est en majorité recherchée. Le banquier, en sa qualité de dispensateur de crédit est davantage à même de fournir des moyens ruineux au débiteur. Le mandataire

¹³³⁹ Sous l'empire de la loi de 1985, les artisans de fait non immatriculés au répertoire des métiers, ou les professionnels indépendants tels que les professionnels libéraux n'étaient pas concernés par la banqueroute, Cf C. Com. Art. L 626-1 ancien.

¹³⁴⁰ C. Com. Art. L 654-1 al. 2 : il faut noter que le législateur a supprimé, dans la loi nouvelle, la référence à « l'activité économique » de la personne morale débitrice (Cass. com, 18 novembre 1991, Bull. Crim. n° 415, RTDCom 1992, p 878.) ce qui vient encore élargir le domaine de l'infraction, en faisant coïncider le champ d'application des procédures de redressement et de liquidation judiciaires qui concernait, contrairement à celui des sanctions, toute personne morale avec ou sans but lucratif, à celui de la banqueroute et autres infractions assimilées.

¹³⁴¹ Cass. crim., 9 octobre 1989, n° 89-80.160, Bull. crim., n° 343, p 831, D 1990, somm., p 364, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, Rev. sociétés 1990, p 279, obs. B. BOULOC ; Cass. crim., 6 mars 1989, n° 88-83.968.

judiciaire, et les créanciers individuellement, pourront dès lors poursuivre le débiteur et le banquier. La tâche incombera dès lors au tribunal de constater la réunion des éléments constitutifs de l'infraction (Chapitre premier). Les conséquences pour le banquier de cette action pénale seront dès lors particulièrement importantes (Chapitre second).

CHAPITRE 1. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

395. La complicité de banqueroute. La complicité de banqueroute, infraction spécifique du droit des entreprises en difficulté est prévue par le Code de commerce à l'article L 654-3, alinéa 2¹³⁴². Le banquier, grâce à ses relations privilégiées avec son client, et face à ses objectifs financiers¹³⁴³, est susceptible d'avoir participé aux infractions commises par celui-ci. En effet, l'article 121-7 du Code pénal, prévoit que : « *Est complice d'un crime ou d'un délit, la personne qui, sciemment par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice, la personne qui, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à l'infraction ou donné des instructions pour la commettre* ». Toutefois la complicité nécessite une infraction principale, elle-même punissable¹³⁴⁴.

396. La nécessité d'un fait principal punissable. Comme le souligne la jurisprudence de manière constante, la complicité n'existe qu'autant qu'il y a un fait principal punissable, ce fait principal constitue un des éléments nécessaires de la complicité et doit être constaté¹³⁴⁵. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que l'auteur principal ait été poursuivi, ni a fortiori, qu'il ait été condamné¹³⁴⁶. Par conséquent, doivent être caractérisés à l'encontre du client du banquier, débiteur dans le cadre de la procédure collective, un des cinq faits punissables de banqueroute. C'est d'ailleurs à propos de cette condition indispensable, que la chambre criminelle a dû prononcer l'annulation de la condamnation pénale et civile d'un prévenu pour complicité de banqueroute, une Cour d'appel ayant relaxé l'auteur principal¹³⁴⁷ : « *Attendu que, par arrêt du 3 octobre 1991, la cour d'appel de Paris, 9e chambre, a relaxé*

¹³⁴² « *Encourent les mêmes peines les complices de banqueroute, même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, d'agriculteur ou d'artisan ou ne dirigent pas, directement ou indirectement, en droit ou en fait, une personne morale de droit privé* ». Cet alinéa a néanmoins été abrogé par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. La précision des peines encourues par le complice n'existe plus. Pour le législateur, la précision semblait désormais inutile, puisque le renvoi au droit commun suffit.

¹³⁴³ Le remboursement de sa créance.

¹³⁴⁴ Cass. crim. 2 juillet 1958, Bull. Crim. n° 513.

¹³⁴⁵ Cass. crim. 1^{er} mars 1945, Bull. Crim. n° 17, D 1945, 265 ; Cass. crim. 13 novembre 1973, Bull. Crim. n° 414, Gaz. Pal. 1974, 1, 73 ; Cass. crim. 14 avril 1999, n° 81, Rev. Sc. Crim. 1999, 809, obs. B. BOULOC.

¹³⁴⁶ T. GARÉ et C. GINESTET, Droit pénal, Procédure pénale, Dalloz Hypercours, 2^e éd. 2002, p 119, n° 229.

¹³⁴⁷ Cass. crim. 20 juin 1994, n° 93-85665, Bull. Crim. n° 246 p 590.

Y... pour les deux infractions dont X... avait été déclaré complice, au motif que l'intention frauduleuse n'était pas caractérisée ; Attendu que la complicité reprochée à X... supposant l'existence d'un fait principal punissable, la décision de la cour d'appel, qui a acquis l'autorité de la chose jugée, constitue un fait nouveau de nature à exclure la culpabilité du condamné ». Néanmoins, si la constatation de ce fait principal punissable est nécessaire, une condition préalable à cette constatation est indispensable : l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. Cette condition est posée par l'article L 654-2 alinéa premier.

397. Une condition préalable aux poursuites pour banqueroute : l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de l'auteur principal.

Avant toute poursuite, le Code de commerce impose qu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire soit ouverte à l'égard du débiteur¹³⁴⁸. Alors que la loi de 1985 envisageait uniquement l'hypothèse du redressement judiciaire, la loi du 10 juin 1994 a ensuite visé la liquidation judiciaire. En 2005, la loi de sauvegarde n'a pas étendu le domaine de l'incrimination à la procédure de sauvegarde. Dès lors, la condition de la cessation des paiements qui prévalait sous l'empire de la loi de 1985, dans le premier cas de banqueroute¹³⁴⁹, reste d'application aujourd'hui, puisque seul l'état de cessation des paiements permet l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire par le juge civil ou commercial¹³⁵⁰. Les poursuites ne peuvent par ailleurs être engagées que pour des faits postérieurs à la cessation des paiements¹³⁵¹. Cette compréhension du texte permet en l'occurrence de distinguer l'infraction de banqueroute de celle d'abus de biens sociaux¹³⁵², puisque certains des faits constitutifs de banqueroute sont également constitutifs du délit d'abus de biens sociaux. Lorsque les faits sont démontrés réalisés avant la cessation des paiements, c'est-à-dire dans le cadre d'une société in bonis, l'auteur sera poursuivi pour abus de biens sociaux ; en revanche, s'ils sont réalisés après la cessation des paiements, seule l'incrimination de banqueroute est possible¹³⁵³. Toutefois, la question fait encore l'objet de

¹³⁴⁸ C. Com. Art. L 654-2 al. 1^{er} : « *En cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L. 654-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après(...)* ».

¹³⁴⁹ En effet, la loi du 13 juillet 1967 envisageait auparavant l'emploi de moyens ruineux dans l'intention de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements, alors que la loi de 1985, visait le cas du retard dans l'ouverture de la procédure.

¹³⁵⁰ Alors que la procédure de sauvegarde ne peut pas être ouverte, selon les souhaits du législateur, si le débiteur est en cessation des paiements. C. Com. Art. L 620-1.

¹³⁵¹ Cass. crim. 5 juin 1989, Bull. Crim. n° 233, Voir notamment C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^e éd. 2006, p 774, n° 1314.

¹³⁵² Sur ce point, voir C. MASCALA, RTDCom 1998, n°4, p 947.

¹³⁵³ Voir F. PÉROCHON et R. BONHOMME, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 7^eéd. 2006, n°449.

controverses, y compris au sein de la jurisprudence, qui sanctionne par la banqueroute des détournements commis antérieurement à la date de cessation des paiements. Un arrêt du 14 février 2007¹³⁵⁴ de la chambre criminelle, a notamment condamné pour banqueroute, l'auteur de détournements commis antérieurement à la date de cessation des paiements mais qui ont été à l'origine de cette cessation. Dès lors, si les faits ont provoqué la cessation des paiements, alors que l'entreprise était encore saine, la sanction de banqueroute semble applicable. Au demeurant, il s'avère que l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est une condition préalable aux poursuites, vraisemblablement une condition de forme, comme le suggère la chambre criminelle dans plusieurs arrêts¹³⁵⁵. La date de cette cessation, retenue par le juge pénal peut, en outre, être différente de celle fixée par le juge commercial¹³⁵⁶, puisque depuis la loi de sauvegarde, le juge pénal n'est plus lié par la définition commerciale de la cessation des paiements¹³⁵⁷.

398. Les deux éléments constitutifs de l'infraction de complicité de banqueroute. Dès lors que certains faits commis par le débiteur, soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire sont découverts, le banquier est susceptible d'être poursuivi pour complicité de banqueroute, pour avoir fourni à son client, les moyens ruineux utiles pour se procurer des fonds et ainsi éviter ou retarder l'ouverture de la procédure. Mais si cet élément matériel (Section 1) est nécessaire à la démonstration de la faute du banquier, seul l'élément intentionnel (section 2) permettra de prononcer une condamnation pénale. Or, la Cour de cassation veille particulièrement à ce que tous les éléments constitutifs de l'infraction de complicité de banqueroute soit constatés par les juges du fond. Elle rappelle ainsi très souvent, dans un attendu de principe, que *« les énonciations de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme, mettent la Cour de Cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel, par des motifs exempts d'insuffisance et de contradiction, a caractérisé en tous leurs éléments constitutifs, tant matériel qu'intentionnel, les infractions dont elle a déclaré le prévenu coupable »*¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ Cass. crim. 14 février 2007, Dr. Pénal 2007, comm. n°73, note J-H. ROBERT.

¹³⁵⁵ Notamm. Cass. crim. 28 mars 2007, n° 06-82.666, dans lequel la Cour retient que l'état de cessation des paiements est une condition préalable à l'exercice des poursuites.

¹³⁵⁶ Cass. crim. 18 novembre 1991, Bull. Crim. n° 415, 2 arrêts, Gaz. Pal. 1992, 2, 515, 1er arrêt, note J-P. MARCHI ; Cass. crim. 27 novembre 1997, Rev. Sociétés 1998, p 596, note B. BOULOC.

¹³⁵⁷ L'ancien article L 626-1, auquel renvoyait l'ancien article L 626-2, a été supprimé par la loi de sauvegarde : il posait deux conditions : l'ouverture de la procédure devait être demandée après cessation des paiements, et cette cessation était définie comme *« l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible »*.

¹³⁵⁸ Ex : Cass. crim. 13 novembre 1997, n° 96-83479, Inédit., mais aussi en des termes quelque peu différents : Cass crim 22 octobre 1998, n° 97-84601.

Section 1. L'élément matériel de la complicité

399. La fourniture de moyens ruineux. Comme le dispose l'article L 654-2 du Code de commerce, est constitutif de banqueroute, « *le fait d'avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement, (...) employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds* ». Ce cas de banqueroute, tel qu'il est rédigé aujourd'hui, n'a pas été modifié par la loi de sauvegarde. La loi du 13 juillet 1967, dans son article 131-2° prévoyait déjà le cas du débiteur qui a souhaité retarder le constat de la cessation des paiements, par l'emploi de moyens ruineux. La loi de 1985, dans son article 197-1°, l'a ensuite repris en ajoutant toutefois une modification sans grande conséquence : l'intention « d'éviter » l'ouverture du redressement judiciaire, mais ce rajout ne modifie en rien le résultat de l'infraction¹³⁵⁹. Les crédits fournis par le banquier peuvent donc aider le débiteur à employer des moyens ruineux pour se procurer des fonds. L'important dans cette situation est de savoir en quoi les crédits du banquier se sont révélés ruineux. L'appréciation du caractère ruineux des crédits octroyés a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle. En effet, si dans un premier temps, seuls les crédits « *intrinsèquement ruineux* » (§1) étaient pris en compte, les juges n'ont pas tardé à élargir leur conception de ce caractère et admirent les crédits « *relativement ruineux* »¹³⁶⁰(§2).

§ 1. Les crédits intrinsèquement ruineux.

400. La diversité des pratiques. La jurisprudence ne considérait au départ comme ruineux que les crédits en eux-mêmes « ruineux », c'est-à-dire qui occasionnaient, de manière indépendante, des frais financiers importants pour la société. Aucun autre élément extérieur ne vient conférer le caractère de « ruineux » à ces concours octroyés au débiteur. Avant l'ordonnance de 1958, venant modifier le régime de la banqueroute, figurait dans la loi une définition de ces « moyens ruineux » : elle concernait les emprunts et la circulation d'effets. Ces moyens ruineux sont donc des crédits frauduleux, tels l'escompte d'effets de complaisance, ou l'utilisation de traites de cavalerie¹³⁶¹. La chambre criminelle déclare ainsi, dans un arrêt du 6 décembre 1993¹³⁶², que « *constitue le délit de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, l'escompte de fausses factures et de traites de*

¹³⁵⁹ Y. LETARTRE, Le banquier complice, RDBB 1988, n° 10, p 192 et s., spéc. p 192.

¹³⁶⁰ Selon une formule du professeur R. KOERING-JOULIN, in L'élément moral de la complicité par fourniture de moyens ruineux, D 1980, chron. p 231 et s.

complaisance dont le coût ne peut qu'aggraver la situation financière de l'entreprise ». Et plus récemment encore, la chambre criminelle, dans un arrêt du 24 mai 2000, énonce que « *constitue le délit de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, l'escompte de traites de complaisance dont le coût, non susceptible d'être couvert par un bénéfice commercial, ne peut qu'aggraver la situation financière de l'entreprise*¹³⁶³ ». La jurisprudence a également estimé que le fait, pour le banquier, de « *tolérer et encourager l'émission de chèques de « complaisance » ne correspondant à aucune créance, dont il porte le montant au crédit du compte ouvert au nom*¹³⁶⁴ » des clients, constitue un moyen ruineux, permettant à ceux-ci de se procurer des fonds. Le caractère ruineux de ce type de crédits noirs découle des frais qu'ils entraînent pour la société ne pouvant être couverts par aucun bénéfice commercial¹³⁶⁵.

401. Le cas particulier des taux usuraires. Par le passé, la pratique de taux usuraires, envers le débiteur était constitutive d'une infraction pénale, et était donc considérée comme un moyen ruineux entrant dans l'incrimination de banqueroute. Toutefois, il n'était pas nécessaire que les taux soient usuraires afin qu'ils soient considérés comme ruineux, comme l'admet un arrêt du 19 octobre 1972¹³⁶⁶: « *le fait de contracter des emprunts aux taux d'intérêts élevés, qui ont été pratiqués en l'espèce, a été considéré à bon droit comme un moyen de se procurer des fonds dans la mesure même ou ces emprunts pouvant apporter une aide provisoire ou même quelques profits momentanés à la société, au prix de l'aggravation de ses charges, avaient précisément pour but de retarder la constatation de la cessation des paiements* ». Ainsi, la fourniture de prêts à des taux simplement élevés donnait donc lieu à la poursuite du banquier. Cette solution permet de continuer à retenir comme « ruineux » ce type de prêts aujourd'hui alors que le plafond de l'usure ne concerne plus¹³⁶⁷ les prêts conclus avec des entrepreneurs individuels ou des personnes morales se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, ou professionnelle non

¹³⁶¹ Cass. crim. 14 mai 1886, Bull. Crim. n° 77 ; Cass. crim. 28 mai 1970, n° 68-92054, Bull. Crim. n° 174 p 407 ; Cass. crim. 23 juillet 1970, n° 69-90335, Bull. Crim. n° 245, p 582, Rev. Sociétés 1971, 158, obs. B. BOULOC ; D 1970, somm. 177 ; Cass. crim. 3 janvier 1985, RDBB 1988, p 192, note Y. LETARTRE ; Cass. crim. 3 avril 1991, JCP E 1992, I, 154, note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Cass. crim. 19 septembre 1994, Bull. Joly Sociétés 1994, p 1309, note J-J. BARBIERI ; Cass. crim. 5 janvier 1995, n° 93-85102.

¹³⁶² Cass. crim. 6 décembre 1993, n° 93-81.475, Bull. Crim. n° 370, p 923, D 1994, IR p 50 ;

¹³⁶³ Cass. crim. 24 mai 2000, n° 99-83.815, inédit.

¹³⁶⁴ Cass. crim. 29 février 1972, n° 70-92.705, Bull. Crim. n°80, p 191.

¹³⁶⁵ Cass. crim. 14 mai 1984, Bull. Crim. n° 172, et Cass. crim. 24 mai 2000, n° 99-83.815, inédit.

¹³⁶⁶ Cass. crim. 19 octobre 1972, n° 72-90.555, Bull. Crim. n° 295, p 767.

¹³⁶⁷ Depuis les lois du 1er Août 2003, Loi n° 2003-721 sur l'initiative économique ; et du 2 août 2005, Loi n° 2005-882 en faveur des petites et moyennes entreprises.

commerciale, sauf en matière de découverts en compte¹³⁶⁸. Dans cette unique hypothèse, un taux usuraire est susceptible d'être sanctionné, mais uniquement sur le plan civil. Le banquier pratiquant un taux usuraire n'encourt donc aucune sanction pénale dans ses relations avec des sociétés ou des entrepreneurs individuels. Par ailleurs, on l'a vu, cette pratique de taux usuraires, ou même de taux simplement très élevés¹³⁶⁹ peut révéler une fraude du banquier, pouvant engager sa responsabilité civile dans le cadre de l'article L 650-1 du Code de commerce. Cependant, même sous l'empire de la loi de 1985, cette pratique pouvait conduire le banquier à être condamné pour soutien abusif. En effet, la jurisprudence estimait que la fourniture de crédits à des taux élevés constituait un moyen ruineux, susceptible d'engager la responsabilité civile du banquier¹³⁷⁰. Or si la pratique de taux élevés peut être un moyen ruineux dans le cadre de la responsabilité civile, elle peut l'être aussi dans le cadre de la responsabilité pénale, et constituer un moyen pour le débiteur de se procurer des fonds, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure¹³⁷¹. Le caractère ruineux de cette pratique a néanmoins changé de fondement. S'il faut considérer pour la majorité des cas, simplement le caractère excessif du taux et non son caractère usuraire, il semble que cette pratique constitue davantage un moyen « relativement ruineux », qu'un moyen « intrinsèquement ruineux », puisque la prise en compte de la situation du débiteur est désormais nécessaire à l'appréciation de son caractère ruineux.

402. Le cas particulier des garanties excessives. Les juges ont également retenu l'éventualité d'un crédit assorti de sûretés excessives¹³⁷². Là encore, la similarité avec la responsabilité civile est évidente, encore plus depuis la réforme de 2005. En effet, l'article L 650-1 du Code de commerce envisage la responsabilité du banquier à raison de l'octroi de crédits, notamment dans l'hypothèse d'une disproportion des garanties¹³⁷³. Dans le cadre de la troisième exception au principe d'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, un doute planait sur l'appréciation de cette disproportion¹³⁷⁴ ; la solution est identique en matière de banqueroute : le caractère ruineux du crédit peut dépendre des sûretés qui sont consenties au banquier. Doit-on considérer uniquement une pluralité de sûretés ou bien des

¹³⁶⁸ CMF, Art. L 313-5-1. et Cf Supra.

¹³⁶⁹ Ch. GAVALDA, note sous Cass. crim. 18 mai 1976, Bull. Crim. n° 166, p 414, D 1976, p 578 et s. spéc. p 580.

¹³⁷⁰ Cass. com. 22 mars 2005, n° 02-20678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bull. Joly Sociétés, 1er novembre 2005 n° 11, p 1213, note F-X. LUCAS ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, RTDCom. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS, D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD ; Cf Supra.

¹³⁷¹ B. BOULOC, La réforme de l'usure (loi du 1er Août 2003), RDBF n° 6, nov-déc 2003, p 387 et s., spéc. p 388.

¹³⁷² CA Alger, 26 juin 1956, RTDCom 1956, p 512, T. Com. Nantes, 11 juillet 1955, RTDCom 1956, p 511.

¹³⁷³ C. Com. Art. L 650-1 al. 1^{er} in fine.

¹³⁷⁴ Savoir s'il s'agissait d'un excès de sûretés ou de sûretés excessives... Cf Supra.

sûretés en elles-mêmes excessives ? Aux fins de l'appréciation du caractère ruineux du crédit, une différence peut ressortir néanmoins de ces deux responsabilités : la première nécessite une comparaison des garanties face aux concours octroyés ; la seconde suppose peut-être néanmoins une comparaison des sûretés face aux capacités financières de l'emprunteur. Dans ce cas, un élément extérieur semble devoir intervenir dans l'appréciation du caractère ruineux du crédit.

§ 2. Les crédits relativement ruineux.

403. L'inadéquation des moyens aux capacités financières de l'entreprise. Le crédit fourni par le banquier sans être en lui même ruineux, peut se révéler l'être eu égard à la situation particulière de l'entreprise débitrice. C'est un arrêt de la chambre criminelle du 18 mai 1976¹³⁷⁵, qui admit pour la première fois cette éventualité, dans le cadre de la fourniture d'un crédit dont le coût était excessif. En l'espèce, les juges d'appel ont constaté que *« l'importance du découvert entraînait des intérêts et agios manifestement excessifs eu égard au chiffre d'affaires de l'entreprise »* et ont donc retenu que *« les engagements pris par X, envers la société générale dépassaient manifestement les possibilités financières de cet entrepreneur, et constituaient donc pour ce dernier un moyen ruineux de se procurer des fonds »*. Mais cette solution n'a pas remporté un franc succès. En effet, certains auteurs estiment que ce type de crédits non ruineux en eux-mêmes ne devrait pas pouvoir être incriminé dans l'infraction de banqueroute, en raison notamment du principe de l'interprétation restrictive des textes répressifs. Monsieur Martin souligne notamment, que *« c'est le coût relatif du crédit qui rend celui-ci éventuellement ruineux et non pas le fait que l'entreprise serait en fait incapable de le supporter eu égard à son chiffre d'affaire »*¹³⁷⁶. Même certains juges montrent leur réticence à admettre une telle solution¹³⁷⁷. Dans un arrêt du 20 novembre 1978, les juges retiennent notamment que *« le soutien que (le directeur et le sous-directeur de banque) ont apporté (...) ne saurait faire apparaître quant aux conditions générales dans lesquelles des avances sur gages ont été consenties, ni quant au fonctionnement du compte de la société, ni quant au taux des intérêts ou agios, des*

¹³⁷⁵ Cass. crim. 18 mai 1976, Bull. Crim. n° 166, p 414, D 1976, 578, note Ch. GAVALDA, Banque 1976, p 1278, obs. L-M. MARTIN.

¹³⁷⁶ L-M. MARTIN, note sous Cass. crim. 18 mai 1976, Bull. Crim. n° 166, p 414, Banque 1976, p 1278, spéc. p 1280.

¹³⁷⁷ Cass. crim. 12 mars 1974, n° 73-91020, Bull. Crim. n° 102, p 263, D 1974, IR, 102 ; voir aussi, Cass. crim. 20 novembre 1978, n° 77-93.417 Bull. Crim. n° 319, p 823, D 1979, 525, note M. CULIOLI et F. DERRIDA.

anomalies de nature à faire ressortir qu'en connaissance de cause, les préposés de la banque auraient participé à un emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements, à la tenue irrégulière de la comptabilité sociale, et enfin, à des paiements de créanciers au préjudice de la masse après la cessation des paiements ». D'autres décisions montrent toutefois l'acceptation par les juges de cette éventualité de crédits « relativement ruineux ». Ainsi, par des arrêts du 13 mai 1991¹³⁷⁸ et du 12 mars 1998¹³⁷⁹, notamment, les juges ont considéré comme ruineux, un crédit consenti à un taux normal mais dont la charge excédait les capacités de remboursement de l'emprunteur : « *il se déduit que le caractère ruineux des moyens de financement utilisé résultait d'un taux d'endettement excessif générant des frais trop importants au regard des possibilités de l'entreprise*¹³⁸⁰ ». La solution semble donc être acquise¹³⁸¹ : les moyens fournis par la banque peuvent se révéler ruineux eu égard aux capacités financières du débiteur, ce qui étend largement le domaine de l'incrimination de banqueroute ! Ce n'est donc plus la forme du crédit qui caractérise le caractère ruineux et fautif du crédit, mais l'inadéquation aux capacités financières de l'emprunteur¹³⁸². La jurisprudence caractérise néanmoins tous les éléments : ainsi dans un arrêt du 30 octobre 1989¹³⁸³, les juges retenaient que « *la société souffrant d'un manque chronique de fonds de roulement, Y..., tout en dressant des bilans qui en masquaient la véritable situation, a, dès 1972, employé des moyens ruineux en faisant escompter par la Banque Nationale de Paris (BNP) des traites sans contrepartie même apparente ; que ces agissements se sont poursuivis en 1973 et jusqu'en septembre 1974, les agios dépassant le quart du chiffre d'affaires* ». Plus récemment, les juges ont admis la responsabilité d'une banque et de son directeur général, en constatant que « *Le caractère ruineux des moyens de financement octroyés de 1994 à 1997 par le Crédit agricole mutuel sud méditerranée résulte d'un taux d'endettement excessif générant des frais trop importants au regard des possibilités du club de football*¹³⁸⁴ ».

404. Le contrôle du juge. Les juges ont bien évidemment un pouvoir souverain d'appréciation quant au caractère ruineux du moyen utilisé. Toutefois, ils doivent justifier leur décision avec précision, en relevant dans chaque espèce, les éléments qui font du crédit

¹³⁷⁸ Cass. crim. 13 mai 1991, n° 90-84.154 JCP E 1992, I, 106, p 13, obs. J. DEVÈZE.

¹³⁷⁹ Cass. crim. 12 mars 1998, n° 96-85739, Bull. Crim. n° 100, p 266.

¹³⁸⁰ Cass. crim. 12 mars 1998, n° 96-85739, Bull. Crim. n° 100, p 266.

¹³⁸¹ Cass. crim. 2 juin 1999, n° 98-81454, Bull. Crim. n° 118 p 315, RTDCOM 2000, p 200, obs. B. BOULOC

¹³⁸² Voir Y. LETARTRE, La banquier complice, RDBB 1988, n°10, p 192.

¹³⁸³ Cass. crim. 30 octobre 1989, n° 88-84556, inédit.

¹³⁸⁴ Cass. crim. 3 octobre 2007, n° 06-89.194, Jurisdata n° 2007-041310.

octroyé un moyen ruineux. La Cour de cassation y veille particulièrement, ce qui la pousse parfois à casser la décision des juges du fond pour défaut dans cette constatation : un arrêt du 26 septembre 1996¹³⁸⁵ atteste notamment de cet impératif. Dans cette affaire, les juges d'appel avaient constaté que « *la société, qui se trouvait en état de cessation des paiements depuis la fin de l'exercice 1986, n'était manifestement pas en mesure de rembourser ce prêt, lequel avait permis de retarder l'ouverture d'une procédure collective* ». Mais le pourvoi en cassation conduisit la Chambre criminelle à censurer les juges du fonds en déclarant qu'« *en se prononçant ainsi, sans rechercher si l'emprunt contracté par le prévenu, dont les conditions ne sont pas précisées, avait constitué un moyen ruineux de se procurer des fonds, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ». Ainsi, le seul fait de consentir des crédits ne peut constituer nécessairement un moyen ruineux, pour se procurer des fonds¹³⁸⁶, un élément supplémentaire et non des moindres, doit être constaté par le juge : un élément intentionnel.

Section 2. L'élément intentionnel de la complicité

405. Une confusion de la responsabilité civile et pénale ? Comme tout délit, l'infraction de complicité de banqueroute suppose la démonstration d'un élément matériel : la fourniture de moyens ruineux. La détermination de la nature de ces moyens ruineux a révélé une grande ressemblance avec les moyens ruineux fournis par le banquier, constituant l'élément matériel de la responsabilité civile pour soutien abusif¹³⁸⁷. La question se pose dès lors de savoir s'il n'y aurait pas une possible confusion des notions de responsabilités civile et pénale. La réponse semble négative. En effet, la distinction entre ces deux chefs d'accusation est possible en raison des caractéristiques intrinsèques du délit : l'infraction de complicité de banqueroute suppose, en plus de la fourniture de moyens ruineux, un élément intentionnel. Il doit être démontré que le banquier avait la volonté consciente de participer à la commission de l'infraction. C'est cette « conscience infractionnelle¹³⁸⁸ » qui doit permettre de condamner pénalement le banquier pour fourniture de moyens ruineux. Une autre question se pose néanmoins : la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit telle

¹³⁸⁵ Cass. crim. 26 septembre 1996, BRDA 1996, n° 22, p 6.

¹³⁸⁶ Voir M. VÉRON, Droit pénal des affaires, Dalloz 7° éd. 2007, p 262, n° 291.

¹³⁸⁷ Cass. com. 22 mars 2005, n° 02-20678, X. c/ SA Crédit Lyonnais, Bull. Joly Sociétés, 1 novembre 2005 n° 11, p 1213, note F-X. LUCAS ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, RTDCom. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS, D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD ; Cf Supra.

¹³⁸⁸ F-J. CRÉDOT, À propos de la responsabilité pénale de l'agent de banque, Banque n°455, Novembre 1985, p 1012 et s., spéc. p 1017.

que posée par l'article L 650-1 du Code de commerce, suppose une faute d'une particulière gravité, une faute que l'on peut qualifier de lourde, c'est-à-dire révélatrice d'un comportement anormalement déficient, par lequel le banquier aurait eu conscience de causer le dommage¹³⁸⁹. L'on se rapproche ici dangereusement de l'élément intentionnel requis dans le cadre d'une infraction pénale. Si l'élément intentionnel était ainsi susceptible de distinguer les deux actions sous l'empire de la loi de 1985, la situation est aujourd'hui moins transparente. Mais les règles légales viennent ici lever le voile : l'infraction de banqueroute telle que décrite à l'article L 654-2 du Code de commerce suppose la démonstration d'un dol général mais aussi d'un dol spécial¹³⁹⁰. Et ces exigences valent aussi pour le complice¹³⁹¹. Il appartient au demandeur à l'action publique de rapporter la preuve que le banquier, avait l'intention de s'associer à la réalisation du fait principal¹³⁹², en connaissant la situation désespérée de l'entreprise et en ayant conscience du caractère ruineux du crédit octroyé, autrement dit un dol général (§1), dans un but précis : éviter ou retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ce qui constitue le dol spécial (§2).

§ 1. Le dol général.

406. Le principe de la criminalité d'emprunt. Conformément au principe de la criminalité d'emprunt, le banquier complice de banqueroute doit avoir été associé à tous les éléments constitutifs du délit commis par son client et punissables à ce titre¹³⁹³. Selon l'article 121-7 du Code pénal, le banquier est censé avoir fourni son aide ou son assistance à l'auteur principal du délit de banqueroute. Il a donc fourni des moyens ruineux, constitutifs de l'élément matériel de l'infraction, que son client a employé pour se procurer des fonds, afin d'éviter ou de retarder l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Conformément au droit pénal, le dol général se compose de deux éléments : la conscience de commettre une infraction et la volonté de l'accomplir quand même¹³⁹⁴. C'est en l'occurrence la conscience infractionnelle qui pose le plus de difficultés, puisque la volonté se manifeste par la décision de participer à l'infraction. Appliquée à l'hypothèse de

¹³⁸⁹ Cf Supra.

¹³⁹⁰ Voir sur ce point, C. MASCALA, Le rôle déterminant de l'élément intentionnel dans la complicité de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, RTDCom janvier-mars 2001, p 238-239.

¹³⁹¹ Principe de la criminalité d'emprunt.

¹³⁹² C. Pén. Art. 121-7.

¹³⁹³ Y. LETARTRE, La banquier complice, RDBB 1988, n° 10, p 192.

¹³⁹⁴ T. GARÉ et C. GINESTET, Droit pénal, Procédure pénale, Dalloz Hypercours, 2° éd. 2002, p 131, n° 248.

la complicité de banqueroute, cette conscience infractionnelle se manifeste par la connaissance du banquier de l'état de difficulté de l'entreprise, ainsi que de l'intention délictuelle de son client.

407. La connaissance du caractère ruineux des crédits : la connaissance de la situation désespérée de l'entreprise. Premier élément intentionnel : la condamnation du banquier ne sera possible, que si celui-ci savait que ces moyens, ces concours octroyés, étaient ruineux pour son client. La preuve de cette connaissance découle directement de la connaissance, par celui-ci de la situation désespérée de son client. En effet, le banquier qui octroie des concours à une entreprise qui dépassent manifestement les capacités financières de celle-ci, en ayant connaissance de la situation difficile dans laquelle elle se trouve, ne fait que l'aggraver : ces concours sont donc ruineux. Dans un arrêt du 30 octobre 1989, affaire dans laquelle un directeur de succursale d'une banque avait escompté des effets de complaisance pour une société mise ensuite en redressement puis en liquidation judiciaire, les juges ont ainsi retenu que « *le banquier, qui pouvait facilement rétablir les comptes, n'a jamais refusé d'escompter les lettres de change qui lui étaient présentées malgré les multiples incidents de paiements, et les caractères frauduleux qu'elles présentaient ; que (...) pour les raisons qu'ils indiquent, que, bien avant le mois d'octobre 1974, (le banquier) était parfaitement éclairé sur la situation de la société, dont il avait été informé, soit par Y... lui-même, soit par un associé, Z..., lequel, notamment, le 16 mai 1972, puis, le 26 juin 1973, avait cautionné les engagements sociaux envers la banque, lesdits engagements étant destinés "à se substituer aux traites non causées"*¹³⁹⁵ ». Dans un arrêt du 5 janvier 1995, cette fois, la chambre criminelle relève que « *pour déclarer Jean D... et Eugène F..., respectivement directeur de succursale et chef d'agence du Crédit du Nord, coupables de complicité des délits de banqueroute par emploi de moyens ruineux reprochés à Marcel X... et à Pierre B..., l'arrêt attaqué relève que c'est en toute connaissance de cause qu'ils ont escompté des effets fictifs pour permettre à ces prévenus de poursuivre leurs activités, et qu'ils ne pouvaient ignorer que X... et la société B... étaient en état de cessation des paiements depuis fort longtemps, que la situation de ces entreprises était très obérée et que les crédits qui leur étaient accordés dépassaient leurs possibilités financières*¹³⁹⁶ ». Les juges confirment dès lors la solution des juges du fond, qui avait relevé la connaissance par le banquier du caractère ruineux des crédits pour l'entreprise débitrice. Néanmoins, cette solution peut paraître contestable, étant donné la formule utilisée par les juges qui sanctionnent le

¹³⁹⁵ Cass. crim. 30 octobre 1989, n° 88-84.556, inédit.

¹³⁹⁶ Cass. crim. 5 janvier 1995, n° 93-85102

banquier sur le fait que celui-ci « *ne pouvait ignorer* » l'état de cessation des paiements. En effet, sur le plan civil, cette formule ne saurait désormais fonder la responsabilité du banquier pour soutien abusif¹³⁹⁷.

408. La connaissance de l'intention délictuelle de l'emprunteur. Second élément intentionnel : la condamnation du banquier ne sera possible que si celui-ci savait que son client souhaitait utiliser les moyens ruineux afin d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Sous l'empire de la loi de 1985, la jurisprudence s'attachait tout particulièrement à la constatation de cette conscience du banquier de fournir au client les moyens de contrer l'ouverture d'une procédure collective. La chambre criminelle, dans ses conclusions, rappelle bien souvent ces conditions. Ainsi dans un arrêt du 4 décembre 1989¹³⁹⁸, elle énonce « *qu'en l'état de ces motifs, l'arrêt attaqué a, sans encourir les griefs du moyen, justifié et l'état de cessation des paiements de la société "Ateliers des Flandres" et la connaissance qu'en avait Z...* », sous directeur de l'établissement bancaire. Le demandeur doit donc rapporter la preuve de la collusion frauduleuse entre le banquier et son client, dans la volonté de commettre une infraction.

409. Insuffisance du dol général. Toutefois la constatation de ces deux éléments ne suffit pas à condamner le banquier pour complicité de banqueroute. L'article L 654-2 du Code de commerce exige que l'auteur de l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, l'ait fait dans un but précis : éviter ou retarder l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Or conformément au principe de la criminalité d'emprunt, il faut également que le banquier ait eu la volonté d'apporter son aide ou son assistance à son client dans ce but. La démonstration d'un dol spécial est donc requise pour cette infraction particulière du droit des procédures collectives.

§ 2. Le dol spécial.

410. L'exigence d'un mobile. La loi exige bien plus que la conscience de commettre une infraction, et la volonté de passer outre. Le banquier doit avoir apporté son aide et son assistance à son client par la fourniture de moyens ruineux en connaissance de sa situation particulièrement difficile et ceci dans le but d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La Cour de cassation rappelle sans

¹³⁹⁷ Cf Supra.

¹³⁹⁸ Cass. crim. 4 décembre 1989, n° 89-80.752, Inédit.

cesse cette ultime condition, intégrée à ce premier cas de banqueroute. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 février 2000¹³⁹⁹, atteste de ce souci de déceler le mobile dans le comportement du banquier. Dans cette affaire, les juges d'appel, qui statuaient sur des poursuites à l'encontre de deux banquiers du chef de complicité de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds¹⁴⁰⁰, n'ont pas admis la complicité de banqueroute au motif que l'élément intentionnel de la complicité faisait défaut. La Cour déclare en effet qu'il n'est pas établi que les prévenus aient eu connaissance de la situation définitivement compromise de l'entreprise, ce qui se conçoit d'autant mieux que les dirigeants tenaient une comptabilité fictive, et qu'ils ont eu la volonté de retarder la constatation de la cessation des paiements. Ce mobile se caractérise donc par l'aide et l'assistance que le banquier a apportées à son client. Bien évidemment, ce mobile sera plus aisé à déterminer lorsque le banquier a procédé à des effets de complaisance¹⁴⁰¹, ou lorsque les crédits étaient excessifs par rapport aux capacités financières de l'emprunteur¹⁴⁰². Ainsi, la jurisprudence déduisait parfois le dol spécial de la constatation de la fourniture de moyens ruineux, et ainsi de la simple mauvaise foi du banquier, en dénaturant par conséquent, le dol spécial¹⁴⁰³. Un arrêt du 19 janvier 1981, énonce notamment que « *la mauvaise foi du prévenu résulte du caractère fallacieux et ruineux des moyens auxquels il a eu recours pour se procurer du crédit*¹⁴⁰⁴ ». Mais quelles raisons peuvent pousser le banquier à vouloir éviter ou retarder l'ouverture de la procédure ? Il est certain que le banquier, par la fourniture de moyens ruineux au client pour se procurer des fonds afin d'éviter l'ouverture de la procédure, cherche à voir sa créance remboursée, et surtout à échapper au principe de l'égalité des créanciers ! Les juges s'attachaient parfois à justifier leur décision en décrivant les faits qui les ont poussé à cette solution. Ainsi dans un arrêt du 13 mars 1978¹⁴⁰⁵, les juges ont relevé que le banquier souhaitait par la fourniture de ces moyens, apurer un découvert qui était trop important au détriment des autres créanciers, et dans une affaire, à propos de laquelle la Cour de cassation a statué dans un arrêt du 3 janvier 1985¹⁴⁰⁶, le banquier souhaitait éviter la mise en jeu d'une garantie de bonne fin de travaux¹⁴⁰⁷.

¹³⁹⁹ CA Paris, 9^o ch., appels corr., Sect. A, 14 février 2000, Dragoni c/ Decker et Eschbach, RTDCom janvier mars 2001, p 238, note C. MASCALA.

¹⁴⁰⁰ Le gérant et le chef comptable de la société ayant été déclarés coupables de divers délits de banqueroute : détournement d'actif, comptabilité fictive et emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds.

¹⁴⁰¹ Cass. crim. 3 janvier 1985, Bull. Crim. n^o 2, p 2, JCP 1986, IV, p 100.

¹⁴⁰² Cass. crim. 3 novembre 1982, Inédit.

¹⁴⁰³ Pour une critique de cette jurisprudence, voir R. KOERING-JOULIN, L'élément moral de la complicité par fourniture moyens ruineux, D 1980, chron. p 231, spéc. p 235.

¹⁴⁰⁴ Cass. crim. 19 janvier 1981, JCP 1981, II, 19640, note G. N.

¹⁴⁰⁵ Cass. crim. 13 mars 1978, Bull. Crim. n^o 91, p 229.

¹⁴⁰⁶ Cass. crim. 3 janvier 1985, Bull. Crim. n^o 2, p 2, JCP 1986, IV, p 100.

¹⁴⁰⁷ Y. LETARTRE, Le banquier complice, RDBB 1988, n^o 10, p 192 et s., spéc. p 193.

411. Le dol spécial : moyen de distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale pour complicité de banqueroute par emploi de moyens ruineux de se procurer des fonds¹⁴⁰⁸. L'exigence d'un mobile dans le cadre de la responsabilité pénale, conduit à exclure les cas où les moyens ruineux ont été fournis par simple imprudence ou négligence. En effet, on ne peut concevoir une condamnation pénale pour banqueroute avec toutes les conséquences qu'elle entraîne, sur ces simples fautes. Or ce type de fautes légères étaient susceptibles, sous l'empire de la loi de 1985, d'engager la responsabilité civile du banquier pour soutien abusif. En effet, celui qui se montrait imprudent voire incompetent, pouvait se voir condamné civilement ayant collaboré à l'aggravation de la situation de l'entreprise. La distinction entre les deux actions était donc évidente : l'élément intentionnel est indispensable dans le cadre de l'infraction de complicité de banqueroute. Aujourd'hui, la distinction est-elle aussi claire, avec l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ? La nouvelle responsabilité du banquier dispensateur de concours, cantonnée à trois hypothèses par le législateur suppose la démonstration d'une faute d'une particulière gravité, une faute « lourde », par laquelle il était possible de conclure à l'exclusion des fautes d'imprudence du domaine de cette responsabilité civile. Ainsi, les deux chefs d'accusation, soutien abusif et complicité de banqueroute, parviennent au même résultat. Néanmoins, même si, dans le cadre de l'article L 650-1 du code de commerce, le banquier peut voir sa responsabilité engagée s'il a, dans le cadre des trois cas d'ouverture de l'action, fourni un concours fautif alors qu'il connaissait la situation irrémédiablement compromise du débiteur, sa condamnation pénale pour complicité de banqueroute supposera de démontrer en outre la volonté du banquier d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La distinction est donc évidente, même aujourd'hui, après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. En effet, il convient de démontrer en matière pénale la « mauvaise foi véritable ¹⁴⁰⁹» du banquier.

*

* *

¹⁴⁰⁸ Sur cette question, voir en particulier l'étude du Professeur R. KOERING-JOULIN, L'élément moral de la complicité par fourniture moyens ruineux, D 1980, chron. p 231, spéc. p 233.

¹⁴⁰⁹ R. KOERING-JOULIN, L'élément moral de la complicité par fourniture moyens ruineux, D 1980, chron. p 231, spéc. p 233.

412. **La condamnation du banquier pour complicité de banqueroute.** Si le ministère public, ou les personnes pouvant mettre en mouvement l'action publique, sont en position de rapporter la preuve de ces éléments à la fois matériels et intentionnels, ils sont susceptibles d'obtenir du tribunal la condamnation du banquier pour complicité de banqueroute. Comment cette condamnation va-t-elle se traduire ? Il faut, maintenant, exposer les conséquences de l'infraction.

CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L'INFRACTION

413. L'emprunt de « pénalité ». L'article L 654-3 alinéa 2 du Code de commerce prévoit qu' « *encourent les mêmes peines les complices de banqueroute, même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, d'agriculteur ou d'artisan ou ne dirigent pas, directement ou indirectement, en droit ou en fait, une personne morale de droit privé* ». Le banquier, dispensateur de concours et complice de son client dans l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds afin d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective, peut donc se voir appliquer les mêmes peines que son client, auteur des faits principaux punissables. Quelles sont ces peines ? Les peines ont fait l'objet de nombreuses modifications, au gré des différentes normes adoptées par les pouvoirs publics. Cette évolution des sanctions est marquée par la volonté de diminuer le caractère infamant de la faillite.

414. De la peine capitale aux peines correctionnelles. L'infraction de banqueroute est très ancienne¹⁴¹⁰. Elle remonte à l'époque de l'apparition du droit des affaires. Le terme provient de l'italien *Banca rotta*, signifiant le « banc rompu », autrement dit, la banqueroute visait l'impossibilité pour le commerçant, en difficulté, de siéger aux assemblées des commerçants. Une ordonnance de 1560 prévoyait ainsi une sanction d'une grande sévérité à l'égard des commerçants qui ne pouvaient plus faire face à leurs engagements : la peine de mort. La faillite dans le cadre professionnel atteignait donc l'homme dans toute sa personne. Il était par ailleurs distingué entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse. En 1807, cette dernière hypothèse, bien que maintenue par les rédacteurs du Code de commerce, est désormais sanctionnée moins sévèrement, le Code pénal substituant la peine de mort à une peine de travaux forcés, d'une durée pouvant aller jusqu'à vingt ans, ou à vie, s'il s'agissait de courtiers ou d'agents de change. Puis une loi du 28 mai 1838 est venue réglementer davantage l'infraction, en supprimant six cas de banqueroute frauduleuse sur les neuf qui existaient. Quant à la banqueroute simple, elle était désormais soumise à de simples

¹⁴¹⁰ Voir H. MATSOPOULOU, La banqueroute, quelques aspects d'actualisation, Actes du colloque Premières rencontres de droit pénal des affaires, Toulouse le 25 octobre 2007, LPA 18 juin 2008, n°122, p 30. Pour une étude approfondie voir D. DESURVIRE, Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine, L'Harmattan 1992, Coll. Logiques juridiques.

peines correctionnelles. Les modifications suivantes ont été apportées par une ordonnance du 23 décembre 1958, qui aménagea les sanctions de la banqueroute. Désormais, la banqueroute frauduleuse suit le régime de la banqueroute simple et devient un délit puni de peines correctionnelles. Par ailleurs, la banqueroute, sanction pénale, est également sanctionnée civilement. La loi du 13 juillet 1967 y intègre des sanctions civiles, telle la faillite personnelle, appartenant tant à la compétence du juge commercial que du juge pénal. La loi de 1985 modifia complètement le régime de cette infraction ne distinguant plus entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse, banqueroute obligatoire et banqueroute facultative¹⁴¹¹ : tous les cas de banqueroute sont obligatoires. Le législateur a souhaité une dépénalisation de nombreux agissements, mais reprit néanmoins certains comportements anciennement constitutifs de banqueroute frauduleuse ou de banqueroute simple. Les peines correctionnelles ne sont toutefois pas les seules sanctions, l'auteur et le complice de banqueroute pouvant également être condamnés à réparer le dommage qu'ils ont causé par la commission de cette infraction. Les poursuites devant la juridiction répressive vont donc concerner dans un premier temps la répression de l'infraction (section 1) et dans un second temps, la réparation du préjudice subi (section 2).

Section 1. La répression de l'infraction

415. Exercice de l'action publique. Les poursuites pénales, à l'encontre du complice du banqueroutier, sont organisées par l'action publique ouverte par le Ministère public. Elle peut néanmoins être mise en mouvement par les personnes autorisées à se constituer partie civile. L'action publique pour complicité de banqueroute suppose au préalable l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹⁴¹² à l'égard du banqueroutier. Selon l'article L 654-17 du Code de commerce, « *la juridiction répressive est saisie soit sur la poursuite du ministère public, soit sur constitution de partie civile de l'administrateur, du représentant des créanciers, du représentant des salariés, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur ou de la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers lorsque le mandataire judiciaire ayant qualité pour agir n'a pas agi, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'État* ». L'action publique peut donc être mise en mouvement par le

¹⁴¹¹ F. DERRIDA, La dépénalisation dans la loi du 25 janvier 1985, Rev. Sc. Crim. 1989, 658.

¹⁴¹² Cf Supra.

Procureur de la république agissant pour l'intérêt général, mais aussi par les organes de la procédure collective, indépendamment de toute demande en réparation du préjudice subi. La loi de sauvegarde a étendu le domaine de la constitution de partie civile, en incluant la compétence des créanciers contrôleurs. Ceux-ci doivent néanmoins remplir certaines conditions. Leur action n'est accueillie qu'en cas d'inertie du mandataire judiciaire, dont la mise en demeure délivrée par au moins deux créanciers contrôleurs est restée infructueuse pendant deux mois à compter de sa réception par lettre recommandée avec avis¹⁴¹³. Par ailleurs, l'action publique se prescrit par trois ans à compter du jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, lorsque les faits incriminés sont apparus avant cette date¹⁴¹⁴. Ce qui signifie que lorsque les faits incriminés sont postérieurs à cette date, ils se prescrivent selon le droit commun, c'est-à-dire trois ans à compter du jour de leur commission¹⁴¹⁵. Les complices du banqueroutier étaient à l'origine uniquement poursuivis en leur qualité de personne physique. Avec une série de lois intégrant le principe de l'imputabilité des personnes morales, l'établissement de crédit peut craindre désormais d'être poursuivi pénalement. Néanmoins, ces poursuites à l'encontre de la personne morale (§1) ne sauraient exclure celles à l'encontre de la personne physique¹⁴¹⁶(§2).

§ 1. Les poursuites à l'encontre de la banque, personne morale.

416. La consécration de la responsabilité pénale des personnes morales. L'infraction de banqueroute, avec le temps, est passée de la qualification de crime à celle de délit. Les peines qu'encourent l'auteur de banqueroute et son complice sont donc bien moins sévères. Le banquier, responsable de banqueroute est donc susceptible d'être condamné à des peines d'emprisonnement et d'amende, sans oublier certaines peines complémentaires. Ces mesures étaient imputables au banquier en sa qualité de personne physique. En effet, en vertu du principe selon lequel la responsabilité pénale vient sanctionner un acte individuel, seule une personne physique pouvait être condamnée. Néanmoins le domaine des entreprises en difficulté¹⁴¹⁷ devait s'adapter au caractère sociétaire des personnes en cause. C'est ainsi que la loi d'adaptation du 16 décembre 1992¹⁴¹⁸, pris soin de mettre en place la responsabilité pénale des personnes morales, notamment en matière de banqueroute, qui fut généralisée

¹⁴¹³ Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, Art. 327.

¹⁴¹⁴ C. Com. Art. L 654-16.

¹⁴¹⁵ M. VÉRON, Droit pénal des affaires, Dalloz 7° éd. 2007, p 272, n° 307.

¹⁴¹⁶ C. Pén. Art. 121-2.

¹⁴¹⁷ Mais pas seulement.

¹⁴¹⁸ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, JO 23 décembre 1992

par la loi du 9 mars 2004¹⁴¹⁹. En effet, il arrivait que les personnes physiques condamnées invoquent un lien de subordination à leur employeur, pour justifier les faits commis. Les juges prévoyaient donc la condamnation civile de la banque, personne morale, pour les faits commis par son préposé. En revanche, les faits ne pouvaient lui être imputés pénalement de façon directe. La loi a ainsi remédié à cette situation : la banque, personne morale peut donc être condamnée pour complicité de banqueroute au même titre que son préposé. Néanmoins, les poursuites pour complicité de banqueroute à l'encontre d'une personne morale, sont soumises à certaines conditions (A), nécessaires à la condamnation de celle-ci. Certaines peines spécifiques lui seront dès lors applicables (B).

A. Les conditions de recevabilité d'une action pénale à l'encontre d'une personne morale.

417. Les particularités de l'action publique à l'encontre d'une personne morale. La responsabilité pénale de la personne morale dans la cadre de la banqueroute est prévue par l'article L 654-7 du Code de commerce : « *Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, des infractions prévues par les articles L 654-3 et L 654-4.* ». Or l'article 121-2 du Code pénal prévoit que les personnes morales sont responsables des « *infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Deux conditions sont donc nécessaires à la condamnation de la banque. La banque ne sera responsable que si les faits incriminés ont été commis pour son compte, par son représentant.

418. Infraction commise pour le compte de la personne morale, par un organe ou un représentant. Le législateur a souhaité que la personne morale puisse être poursuivie pénalement pour complicité de banqueroute si les faits incriminés ont été commis « *pour son compte* ». Cette précision signifie que le représentant a agi *ès qualités*, ou dans l'exercice de ses fonctions, ou à l'occasion de celles-ci¹⁴²⁰. L'infraction doit en outre avoir été commise par un organe ou un représentant. Le législateur n'a fourni, au sein de l'article 121-2 du Code pénal, aucune précision quant à ces personnes pouvant engager la responsabilité pénale de la

¹⁴¹⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, entrée en vigueur le 31 décembre 2005 ; voir notamment : H. MATSOPOULOU, La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sociétés 2004, p 283 et s, et Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. Et Patrim. juin 2006 n° 149, p 48 et s. ; B. BOULOC, Les personnes morales toujours responsables ? RLDA février 2006, 49, p 10 et s.

¹⁴²⁰ H. MATSOPOULOU, Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. Et patrim. Juin 2006, n° 149, p 48 et s. spéc. p 49.

personne morale. Qui sont ces organes et représentants ? Les « *organes* » de la personne morale sont, dans le cadre de sociétés commerciales, les organes exécutifs et les organes délibérants : le gérant, le directeur général, le conseil d'administration, le directoire, le conseil de surveillance, ou encore l'assemblée générale au sein d'une société. Quant aux « *représentants* », ils peuvent être un de ces organes, ou un mandataire de la personne morale. La doctrine s'est posée la question de savoir s'il fallait inclure dans ces représentants les personnes qui sont investies d'une mission contractuelle, tels les salariés ou des tiers. Les opinions sur ce point divergent, notamment sur le cas de la personne déléguée¹⁴²¹. La jurisprudence a pourtant conféré à cette personne la qualité de représentant dans divers arrêts¹⁴²² ; un arrêt du 26 juin 2001 confirmant la solution : « *Ont la qualité de représentant, au sens de l'article 121-2, les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires en raison d'une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou d'une subdélégation des pouvoirs d'une personne déléguée par ces mêmes organes*¹⁴²³ ». Les personnes pouvant engager la responsabilité pénale de la personne morale sont donc particulièrement nombreuses, la jurisprudence ayant défini très largement la notion de « représentant ».

419. La non-exigence d'une faute distincte. Par ailleurs, pour que la responsabilité pénale de la personne morale soit engagée, les juges doivent caractériser « la volonté infractionnelle » en la personne des organes ou représentants de la personne morale¹⁴²⁴. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que soit caractérisée à l'encontre de la personne morale une faute « distincte » de celle de ses organes ou représentants, celle-ci serait, en effet, bien trop difficile à établir¹⁴²⁵.

¹⁴²¹ Voir H. MATSOPOULOU, Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. Et patrim. Juin 2006, n° 149, p 48 et s. spéc. p 50

¹⁴²² Cass. crim. 1er décembre 1998, n° 97-80560, Bull. Crim. n°325, (de manière implicite) Rev. Sc. Crim. 1999, p 336, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE, et p 579, obs. B. BOULOC ; Cass. crim. 9 novembre 1999, n° 98-81746, Bull. Crim. n° 252, Rev. Sc. Crim. 2000, p 389, obs. Y. MAYAUD, et p 600, obs. B. BOULOC, et p 851, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE, Dr. Pén. 2000, comm. 56, 1er arrêt, note M. VÉRON, Bull. Joly Sociétés 2000, p 419, §85, obs. J-F. BARBIÉRI ; Cass. crim. 14 décembre 1999, n° 99-80104, Bull. Crim. n° 306, Bull. Joly Sociétés. 2000, §145, obs. J-F. BARBIÉRI, Dr. Pén. 2000, comm. 56, 2° arrêt, note M. VÉRON, Rev. Sc. Crim. 2000, p 600, obs. B. BOULOC, et p 851, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

¹⁴²³ Cass. crim. 26 juin 2001, Bull. Crim. n°161, D 2001, IR, 2461 ; Rev. Sc. Crim. 2002, 99, obs. B. BOULOC.

¹⁴²⁴ Cass. crim. 29 avril 2003, n° 02-85353, Bull. Crim. n° 91, D 2004, p 167, note J-C. SAINT-PAU.

¹⁴²⁵ H. MATSOPOULOU, Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. Et patrim. Juin 2006, n° 149, p 48 et s. spéc. p 51 et 52.

420. Hypothèses de condamnation de banques, complices de banqueroute. Dans le cadre d'un établissement de crédit, la jurisprudence, depuis l'entrée en vigueur de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992, intégrant la responsabilité pénale de la personne morale, au sein du droit des procédures collectives, n'a pas prononcé pour autant de manière fréquente, des condamnations à l'encontre de la banque, personne morale, pour complicité de banqueroute. Les éléments constitutifs de l'infraction de complicité de banqueroute sont relevés en la personne qui, au sein de la banque, est en relation directe avec le client, auteur de banqueroute. Ainsi la jurisprudence a-t-elle pu considérer comme représentant de la banque, le directeur de l'une de ses agences¹⁴²⁶. Récemment, dans un arrêt du 3 octobre 2007¹⁴²⁷, la chambre criminelle a soutenu les juges du fond qui avaient condamné une banque et son directeur général pour complicité de banqueroute. Dans cette affaire, le dirigeant des sociétés et associations de gestion et d'exploitation d'un club de football, placées en liquidation judiciaire, a été poursuivi du chef de banqueroute par emploi de moyens ruineux. L'administrateur de ce club, ainsi qu'un établissement bancaire et son directeur général, ont été poursuivis en qualité de complices, « *le caractère ruineux des moyens de financement octroyés de 1994 à 1997 par le Crédit agricole mutuel sud méditerranée [résultant] d'un taux d'endettement excessif générant des frais trop importants au regard des possibilités du club de football* ».

B. Les peines encourues par l'établissement de crédit.

421. Peines applicables aux personnes morales. L'article L 654-7 II et III du Code pénal, prévoit que les personnes morales encourent les peines, d'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal, et les peines mentionnées à l'article 131-39 du Code pénal.

422. Peine d'amende. L'article 131-38 du Code pénal prévoit que l'établissement de crédit peut être condamné à une peine d'amende s'élevant au maximum au quintuple de celle prévue pour les personnes physiques, par l'article L 654-3 du Code de commerce, à savoir

¹⁴²⁶ TGI Bastia, 3 juin 1997, Rev. Sc. Crim. 1998, 99, obs. Y. MAYAUD. Responsabilité du directeur d'agence de la BNP pour entrave à l'exercice du droit syndical et discrimination syndicale (du directeur et de la personne morale)

¹⁴²⁷ Cass. crim. 3 octobre 2007, n° 06-89.194 Jurisdata n° 2007-041310

375 000 €. Par exemple, dans l'arrêt du 3 octobre 2007¹⁴²⁸, l'établissement de crédit condamné pour complicité de banqueroute a dû verser 50 000 € d'amende, au titre de sa condamnation pénale.

423. Peines complémentaires facultatives. Selon l'article 131-39 du Code pénal, la banque, personne morale, peut également, encourir des peines complémentaires facultatives : la dissolution, sanction redoutable, similaire à la peine capitale supprimée depuis de nombreuses années à l'encontre de la personne physique, puisque provoquant « la mort » de la personne morale ; l'interdiction, à titre définitif ou pour cinq ans, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, le placement sous surveillance judiciaire pour cinq ans au plus, la fermeture définitive ou pour cinq ans des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, l'exclusion des marchés publics, et l'interdiction de faire appel public à l'épargne définitivement ou pour cinq ans, l'affichage ou la publicité de la décision... Cette dernière sanction a des conséquences particulièrement néfastes pour la banque personne morale : elle peut être vécue comme un véritable affront public¹⁴²⁹ puisqu'elle affecte sa réputation, et peut ainsi conduire à une perte de clientèle.

§ 2. Les poursuites à l'encontre du banquier, personne physique.

424. L'importance de la qualité de la personne physique. Les éléments constitutifs de l'infraction de complicité de banqueroute sont relevés en la personne qui, au sein de la banque, était en relation directe avec le client, auteur de banqueroute. La personne physique, complice du banqueroutier, est donc le premier poursuivi, en sa qualité d'auteur indépendant, ou en tant que préposé de la banque. (A), et peut dès lors être condamné à de nombreuses peines (B).

¹⁴²⁸ Cass. crim. 3 octobre 2007, n° 06-89.194 Jurisdata n° 2007-041310

¹⁴²⁹ G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif à une entreprise en difficulté, Préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, p 487, n° 684.

A. Les particularités de la poursuite liées aux qualités de la personne physique.

425. Poursuites à l'encontre de la personne physique agissant en toute indépendance.

Dans un arrêt du 8 octobre 2003¹⁴³⁰, les juges ont retenu la responsabilité de la directrice adjointe d'une banque, et d'un « financier international », sans mettre en cause la responsabilité de la personne morale. La chambre criminelle a ainsi confirmé la décision des juges du fond qui relevaient que « *Nicole Y..., directrice adjointe de la banque Sudameris, devenue la Banca commerciale italiana (BCI), et Ahmed Z..., se disant financier international, ont, alors qu'ils connaissaient la situation financière obérée du club de football de Brest et l'état de cessation des paiements dans lequel il se trouvait, apporté à ce club des concours financiers destinés à couvrir temporairement des découverts, ce qui a eu pour conséquence d'entraîner de nouvelles charges financières et de retarder l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire inéluctable ; que les juges concluent qu'en agissant ainsi, ils se sont rendus complices, par aide et assistance, du délit de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds dont a été déclaré définitivement coupable le président de ce club* ». Tous les éléments constitutifs de la complicité de banqueroute étaient réunis en la personne du directeur adjoint, indépendamment de ses fonctions au sein de la banque : les juges du fond avaient notamment relevé que « *les opérations fictives, (...) ont eu lieu à l'insu des organes dirigeants et de contrôle des banques en cause* ». Elle fût par conséquent condamnée aux peines applicables en la matière.

426. Poursuites à l'encontre de la personne physique, préposée de la personne morale.

Il a été vu précédemment que la personne morale peut être déclarée responsable pénalement pour complicité de banqueroute. La question se pose de savoir, si cette responsabilité exonère le préposé de sa responsabilité pénale, ou s'il peut y avoir cumul de responsabilité des personnes physiques et morales. L'article 121-2 du Code pénal, in fine prévoit que « *la responsabilité des personnes morales n'excluent pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits(...)* ». La condamnation de l'établissement de crédit n'empêche nullement la condamnation de la personne physique, de sorte que la personne morale et la personne physique peuvent être poursuivies concomitamment pour complicité du délit de banqueroute. Le législateur a souhaité éviter, par cette disposition, que le représentant de la

¹⁴³⁰ Cass. crim. 8 octobre 2003, n° 02-80449.

personne morale bénéficie d'une impunité pour la seule raison qu'il aurait agi pour le compte de celle-ci. Cette hypothèse permet ainsi d'éviter une situation « étonnante », dans laquelle la personne morale ait à répondre d'un agissement accompli par un organe ou un représentant, considéré comme non fautif¹⁴³¹ ! La personne physique est ici poursuivie en sa qualité de préposé, mais ses fonctions au sein de la banque ne peuvent l'exonérer de sa responsabilité puisque les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis en sa personne.

B. Les peines encourues par les personnes physiques.

427. Peines principales et peines complémentaires. Le tribunal va pouvoir condamner les auteurs et complices de banqueroute aux peines prévues à l'article L 654-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce, à savoir une peine d'emprisonnement de cinq ans et une peine d'amende de 75 000 euros¹⁴³². Des peines complémentaires sont également prévues par l'article L 654-5 : « *Les personnes physiques coupables des infractions prévues par les articles L 654-3 et L 654-4 encourrent également les peines complémentaires suivantes : 1. L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 du Code pénal. 2. L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive. 3. L'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus. 4. L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, démettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés. 5. L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal* ». L'article L 654-6 prévoit par ailleurs la possibilité pour le tribunal de prononcer des sanctions civiles : la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, contrôler ou administrer une société dans les termes prévus par l'article L 653-8, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive. Ces sanctions civiles particulières ont fait l'objet de débats au sein de la doctrine, la durée de celles-ci étant différentes selon qu'elles étaient prononcées par le juge civil ou commercial, ou par le juge pénal. L'article 131-27 du Code pénal prévoit en effet que ces mesures sont soit définitives

¹⁴³¹ Voir, H. MATSOPOULOU, Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. Et patrim. Juin 2006, n° 149, p 48 et s. spéc. p 55.

¹⁴³² Ces peines sont portées à sept ans et 100 000 euros lorsque l'auteur ou le complice de banqueroute sont des dirigeants d'une entreprise prestataire de service d'investissement : C. Com. Art. L 654-4.

soit temporaires mais avec un maximum de cinq ans. L'article L 653-11 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde de 2005, suppose que ces mesures ne peuvent être prononcées pour une durée supérieure à quinze ans, alors que l'ancien article L 625-10 prévoyait qu'elles ne pouvaient être inférieures à cinq ans. Par conséquent, sous l'empire de la loi de 1985, les solutions n'étaient pas claires, et les juges faisaient une application distributive des deux textes¹⁴³³. Aujourd'hui, les juges répressifs et commerciaux font application d'une interdiction seulement temporaire de gérer, pour un maximum de quinze ans¹⁴³⁴. Il n'y a plus de raison de distinguer les sanctions civiles et commerciales. Néanmoins, toutes ces peines complémentaires prévues aux articles L 654-5 et L 654-6 sont des sanctions facultatives, de sorte qu'elles ne peuvent être appliquées que sur décision explicite de la juridiction répressive¹⁴³⁵.

Section 2. La réparation du préjudice

428. Condamnation à des dommages-intérêts. Les personnes qui se sont constituées partie civile peuvent obtenir la réparation du préjudice subi, découlant de la commission de l'infraction. Cette réparation consiste dans le versement de dommages-intérêts par l'auteur de l'infraction, et peut être requise devant le juge pénal, ou le juge civil. Plusieurs questions se posent dès lors : quelles sont les personnes autorisées à demander réparation ? Quel est ce préjudice réparable ? Or la détermination du préjudice réparable (§2), nécessite au préalable la détermination des modalités d'exercice de l'action (§1).

§ 1. Les modalités d'exercice du droit à réparation.

429. Un strict encadrement de l'action. Le droit à réparation du préjudice subi est encadré strictement quant aux personnes susceptibles de demander réparation (A), et quant à la qualité de la personne dont la culpabilité a été déclarée (B).

¹⁴³³ M. VERON, Droit pénal des affaires, Dalloz, 7^e éd. 2007, p 270, n° 304.

¹⁴³⁴ Cass. com. 8 novembre 2006, 3 arrêts, D 2006, AJ, 10, note A. LIENHARD.

¹⁴³⁵ CA Paris, 9^e ch, 7 novembre 1994, Gaz. Pal. 1995, 1, 91, note J-M.

A. Les titulaires du droit d'agir

430. Le domaine restreint des personnes pouvant se constituer partie civile ou pouvant intenter l'action civile devant la juridiction répressive. L'article L 654-17 nomme, semble-t-il de façon limitative, les personnes pouvant se constituer partie civile. Outre les organes de la procédure collective, la majorité des créanciers contrôleurs peuvent agir en cas d'inertie du mandataire judiciaire¹⁴³⁶. Ces personnes peuvent donc obtenir réparation du préjudice collectif devant le juge pénal. Dès lors, se pose la question de savoir si cette liste limitative met un terme à l'action directe de certains créanciers.

431. La question de la recevabilité de l'action civile des créanciers. La jurisprudence, sous l'empire de la loi de 1985, admettait dans certains cas ce type de demandes. Aujourd'hui, les auteurs¹⁴³⁷ s'accordent pour dire qu'une personne qui ne serait pas mentionnée par le texte ne pourrait pas intenter l'action civile. Les créanciers ne peuvent, comme sous l'empire de la loi de 1985, saisir directement la juridiction répressive. Toutefois, l'action d'un créancier invoquant un préjudice exclusivement personnel est susceptible d'être accueillie. Ainsi, dans un arrêt du 11 octobre 1993¹⁴³⁸, la Cour de cassation a admis l'action d'un créancier, en se fondant sur le principe selon lequel, « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient devant la juridiction répressive à tous ceux qui ont personnellement souffert des conséquences directes de l'infraction*¹⁴³⁹ ». Elle déclare ainsi que « *l'article 211 susvisé n'interdit pas aux créanciers de se constituer parties civiles en raison d'un préjudice particulier distinct du montant de leur créance et résultant directement de l'infraction* ». Par ailleurs, la jurisprudence admet le droit d'agir des créanciers contre le complice du banqueroutier : « *le principe de l'égalité des créanciers ne s'oppose pas à leur action individuelle contre les complices du banqueroutier qui ne font pas eux-mêmes l'objet d'une procédure collective et dont le patrimoine n'est pas en conséquence le gage de l'ensemble des créanciers* ». La Haute juridiction admet la recevabilité de cette action contre un banquier, ne venant pas porter atteinte au principe de l'égalité des créanciers. Cela signifie-t-il que la banque, personne morale, est recevable à se constituer partie civile à

¹⁴³⁶ Cf Supra.

¹⁴³⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^e éd. 2006, p 780, n° 1323 ; M. VÉRON, Droit pénal des affaires, Dalloz 7^eéd. 2007, p 274, n° 312 ; M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 7^eéd. 2007, p 817, n° 1343 ; P-M. Le CORRE et E. Le CORRE-BROLY, Droit des entreprises en difficulté, 2^eed. 2006, n°481, p 499.

¹⁴³⁸ Cass. crim. 11 octobre 1993, n° 92-81260, Bull. Crim. n° 283, p 713.

¹⁴³⁹ C. Proc. Pén. Art. 2.

l'encontre d'un de ses dirigeants ou employés coupables de complicité de banqueroute ? La réponse semble être positive si toutefois elle invoque un préjudice personnel et direct à l'infraction, par eux commise.

B. Les personnes dont la responsabilité civile est engagée.

432. Les personnes susceptibles d'être condamnées civilement. En invoquant un préjudice causé directement par le complice du banqueroutier, tant la personne morale que la personne physique peut être condamnée à verser des dommages et intérêts. En effet, si la banque est déclarée responsable de complicité de banqueroute, elle versera une indemnité à la victime. Toutefois, dans le cas où seules les personnes physiques seraient condamnées pour ce délit, les juges admettent la responsabilité civile de la banque personne morale, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil qui prévoit la responsabilité du fait des préposés. Ainsi, dans une affaire portée devant la Cour de cassation¹⁴⁴⁰, les juges de la Cour d'appel avaient condamné plusieurs prévenus dont deux préposés de banques pour complicité de banqueroute, et avaient également déclaré les deux banques civilement responsables. La Cour de cassation a confirmé cette condamnation, par un arrêt du 5 janvier 1995 : *« l'arrêt attaqué a déclaré le Crédit Lyonnais civilement responsable de Jean-Claude E..., après avoir déclaré celui-ci coupable du délit de complicité de banqueroute par fourniture de moyens ruineux pour se procurer des fonds prévu à l'article 197-1 de la loi du 25 janvier 1985, et l'a condamné solidairement avec Astier, Raymond F..., Z..., E..., D..., Eugène F... et le Crédit du Nord à payer à la Banque industrielle de Monaco une indemnité de 4 203 309 francs et une somme de 5 000 francs du jour où l'arrêt deviendrait définitif »*.

433. Une particularité : la constitution de partie civile de la banque. La banque condamnée civilement serait donc tentée de se constituer partie civile. Toutefois, cette constitution n'est pas recevable, étant donné la collusion frauduleuse entre le directeur de l'agence, agissant dans l'exercice de ses fonctions et l'auteur principal. Cette solution avait déjà été retenue dans un arrêt du 3 janvier 1985¹⁴⁴¹. L'arrêt du 5 janvier 1995, reprend cette solution : *« pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile du Crédit Lyonnais contre Dominique Z... et Raymond F..., l'arrêt attaqué retient qu'il est établi que ces prévenus ont participé à un réseau d'effets de cavalerie, mais que le Crédit Lyonnais ne*

¹⁴⁴⁰ Cass. crim. 5 janvier 1995, n° 93-85102.

¹⁴⁴¹ Cass. crim. 3 janvier 1985, Bull. Crim. n° 2, p 2, voir Y. LETARTRE, Le banquier complice, RDBB 1988, n° 10, p 192 et s.

saurait solliciter la réparation de ses dommages puisque son propre préposé Jean-Claude E... a accepté, en toute connaissance, d'escompter des traites de complaisance au profit de X... et de la société B..., à qui il a permis sciemment de se maintenir en activité pendant plusieurs années, alors que ces entreprises n'assuraient plus que par ce moyen leurs échéances, et qu'il ne pouvait ignorer qu'elles étaient depuis longtemps en état de cessation des paiements, (...), la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués ». Toutes les actions ne sont pourtant pas refusées à la banque, personne morale. Ainsi peut-elle agir contre son préposé par le biais de l'action récursoire, selon les règles du droit commun de la responsabilité du fait des préposés. En outre, il lui est possible d'agir contre le banqueroutier, mais cette action aboutirait certainement à un partage de responsabilité compte tenu de la culpabilité de son préposé¹⁴⁴².

§ 2. Le préjudice réparable.

434. La « présomption » de préjudice et de causalité, en matière pénale. Les juges déduisent bien souvent le préjudice de la constatation de la commission de l'infraction. Par exemple, dans un arrêt d'espèce du 5 janvier 1995, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme la solution des juges du fond, qui ont admis le préjudice d'une banque : *« pour condamner Raymond F... à des réparations civiles envers la Banque Industrielle de Monaco (BIM), après l'avoir déclaré coupable notamment d'escroquerie et de complicité des délits d'escroquerie et de banqueroute commis par Marcel X..., l'arrêt attaqué retient qu'il a sciemment participé avec d'autres prévenus, dont Marcel X... et Pierre B..., président du conseil d'administration de la société B..., à un circuit de traites de cavalerie ; que les agissements des uns et des autres, ayant contribué, de mauvaise foi, à créer un état apparent de solvabilité qui a permis à la société B... d'obtenir des crédits, ont causé à la BIM un préjudice pour lequel elle est fondée à obtenir réparation¹⁴⁴³ ».* En effet, la demande de réparation devant la juridiction répressive n'est pas régie par les règles du droit civil, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice lié à la faute du banquier. La Cour le rappelle dans un arrêt du 24 septembre 1998¹⁴⁴⁴. Après avoir constaté qu'*« après avoir condamné Jean Z..., Gérard Z..., Eliane X... et Robert A... pour banqueroute et complicité de ce délit, l'arrêt attaqué, pour débouter le liquidateur de la*

¹⁴⁴² Sur cette question, Y. LETARTRE, *Le banquier complice*, RDBB 1988, n° 10, p 192 et s. notamm. p 193.

¹⁴⁴³ Cass. crim. 5 janvier 1995, n° 93-85.102.

¹⁴⁴⁴ Cass. crim. 24 septembre 1998, n° 97-82.572, inédit.

société Z... de sa demande de dommages-intérêts, énonce qu'il ne démontre pas l'existence du préjudice découlant des infractions retenues » ; la chambre criminelle casse l'arrêt d'appel en déclarant « qu'en se prononçant ainsi, alors que l'affirmation de l'existence du préjudice se trouvait incluse dans la constatation du délit de banqueroute par emploi de moyens ruineux et alors qu'elle avait relevé, notamment, que les crédits auxquels il avait été fait appel avaient entraîné des frais financiers très importants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Le préjudice doit néanmoins résulter directement de l'infraction.

435. Détermination du préjudice réparable. Le préjudice invoqué est bien souvent l'aggravation de l'insuffisance d'actif due à la poursuite de l'activité, rendue possible par l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds¹⁴⁴⁵. Toutefois, les demandeurs peuvent-ils réclamer la réparation de l'intégralité de l'insuffisance d'actif, conséquence du délit de complicité de banqueroute et d'une faute de gestion, dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif ? La réponse ne peut être que négative. Le principe est posé depuis de nombreuses années. Il est impossible pour les demandeurs d'obtenir la réparation de l'intégralité de l'insuffisance d'actif, qui est de la seule compétence des juges civils et commerciaux. La réparation octroyée par la juridiction répressive ne peut correspondre qu'au préjudice découlant directement de l'infraction. La Cour de cassation le rappelle dans un arrêt du 22 octobre 1998, dans lequel elle confirme la décision des juges d'appel d'avoir retenu qu'il « *n'est pas possible d'imputer [au prévenu] la totalité du passif qui n'est pas la cause directe de l'infraction pour laquelle il est condamné*¹⁴⁴⁶ ». Toutefois, le sort des sommes allouées au titre de cette réparation n'est en aucun cas précisé par le législateur. Il semble qu'elles intègrent le patrimoine du débiteur, et doivent être distribuées immédiatement aux créanciers¹⁴⁴⁷.

*

* *

¹⁴⁴⁵ Ex : CA Bourges, 6 janvier 1983, Jurisdata n° 040837.

¹⁴⁴⁶ Cass. crim. 22 octobre 1998, n° 97-84.601, inédit.

¹⁴⁴⁷ P-M. Le CORRE et E. Le CORRE-BROLY, Droit des entreprises en difficulté, 2^eed. 2006, n° 481, p 500. Voir aussi, M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 7^eéd. 2007, p 818, n° 1344 et F. DERRIDA, P. GODÉ et J-P. SORTAIS, avec la collaboration d'A. HONORAT, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, Dalloz, 1991, n°624, p 472.

436. La volonté de sauvegarder l'intérêt général du crédit. Le banquier est donc particulièrement bien placé pour fournir au débiteur les moyens de commettre l'infraction de banqueroute par emploi de moyens ruineux de se procurer des fonds. Il est vrai que le banquier souhaite poursuivre ses objectifs, à savoir recouvrer sa créance, si possible dans sa totalité, et donc ne pas être soumis au principe d'égalité des créanciers qui s'impose dès l'ouverture d'une procédure collective. Mais c'est cette volonté de faire passer ses intérêts personnels avant ceux de l'entreprise, qui l'amène à une condamnation pour complicité de banqueroute. L'objectif du législateur de promouvoir le crédit par un cantonnement de la responsabilité civile des dispensateurs de concours, se poursuit également avec l'affirmation de la responsabilité pénale pour complicité de banqueroute : la sauvegarde de l'entreprise est primordiale et doit passer avant le paiement des créanciers...

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

437. Le maintien de la responsabilité civile du banquier malgré le principe d'irresponsabilité affirmé par l'article L 650-1 du Code de commerce se révèle dans l'appréciation du rôle donné aux trois exceptions. Une première lecture de l'article L 650-1 du Code de commerce permet d'envisager la responsabilité du banquier et des autres créanciers dispensateurs de crédit de façon restrictive puisque trois uniques fautes peuvent l'engager : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et le prise de garanties disproportionnées aux concours. Au demandeur de rapporter la preuve d'un préjudice lié à l'une de ces trois fautes. Néanmoins, cette lecture est trop rapide ; les travaux préparatoires en attestent. Il serait erroné de concevoir ces trois exceptions comme des fautes génératrices de responsabilité. Elles ne peuvent qu'ôter l'immunité conférée par le principe énoncé dans le premier alinéa. Au demandeur de rapporter ensuite la preuve d'un soutien abusif, ayant causé un préjudice. En effet, le législateur a toujours souhaité sanctionner le soutien abusif. Cette hypothèse est néanmoins cantonnée à la réalisation de l'un des trois cas d'ouverture de l'action. La jurisprudence antérieure qui a développé les critères du soutien abusif est dès lors applicable, à l'exception de certains comportements qui ne révéleraient pas la faute « lourde », à présent requise. Si les impératifs économiques ont poussé le législateur à instaurer ce cantonnement de responsabilité, ils sont également à l'origine de l'instauration d'une sanction particulière dans le cas où la responsabilité du banquier ou de tout autre créancier dispensateur de crédit est reconnue, la nullité de toutes les garanties que le banquier s'est constituées afin de se protéger de l'insolvabilité du débiteur. La mise en place de cette sanction, qui peut paraître particulièrement sévère, traduit la volonté du législateur de « réprimer » les comportements contraires au bon fonctionnement de l'économie et à la sauvegarde des entreprises. La nullité des garanties à laquelle s'ajoute la condamnation au versement de dommages et intérêts, revêt dès lors trois fonctions. C'est une sanction réparatrice, punitive et qui tend à assurer l'effectivité de la règle posée par le législateur. En effet, cette sanction est censée dissuader les créanciers d'avoir certains comportements négatifs envers le débiteur. Cette sanction peut néanmoins être dissuasive quant à la fourniture de crédit en elle-même tant les imprécisions quant à la nature et au domaine des trois exceptions sont importantes ; le pouvoir d'appréciation du juge en est d'autant plus grand.

438. Mais le soutien abusif n'est pas le seul comportement qui puisse être reproché au banquier. En effet, l'abus reste un comportement que le législateur dénonce. La rupture abusive de crédit reste un comportement répréhensible, comme la fourniture de crédit excessif à des emprunteurs non avertis. Le droit de la responsabilité civile est par conséquent encore très présent au sein des relations entre banquier et entreprises en difficulté. Le domaine des entreprises en difficulté a également ses propres règles auxquelles le banquier doit se conformer. Sa responsabilité peut donc être engagée en sa qualité de dirigeant de fait, tendant au paiement de tout ou partie des dettes sociales, dans le cadre de l'action en insuffisance d'actif ou de l'obligation aux dettes sociales. Le banquier peut encore être condamné pénalement cette fois, pour complicité de banqueroute. La responsabilité du banquier dispensateur de concours à l'égard d'une entreprise en difficulté reste néanmoins, malgré le cantonnement opéré en matière civile par l'article L 650-1 du Code de commerce, le principe.

CONCLUSION GÉNÉRALE

439. « *La liberté n'est pas dans une indépendance rêvée à l'égard des lois de la nature, mais dans la connaissance de ces lois et dans la possibilité donnée par là même de les mettre en œuvre méthodiquement pour des fins déterminées*¹⁴⁴⁸ ». Il appartient au banquier, à qui il incombe la mission de financer les entreprises afin qu'elles développent leur activité, de procéder à des choix judicieux dans son activité de fourniture de concours. S'il est libre de refuser, de rompre ou de consentir du crédit, lorsqu'il est confronté à une entreprise éprouvant certaines difficultés, il doit néanmoins respecter les règles mises en place. De mauvais choix peuvent engager sa responsabilité. Or ses choix dépendent de la connaissance qu'il a de ces règles édictées par le droit des entreprises en difficulté. Si les règles sont imprécises, il est plus difficile pour le banquier de faire les choix les plus judicieux, pour lui mais aussi pour l'emprunteur. Les imprécisions des textes apportent le doute. Or le doute est inhibiteur. Il convenait dès lors de procéder à un éclaircissement des règles. La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises est venue régler la responsabilité du banquier à raison de l'octroi des concours à l'égard d'une entreprise en difficulté, afin que les doutes liés à la théorie du soutien abusif telle que définie par la jurisprudence ne constitue plus un « frein » à la fourniture de crédit. Le législateur a dès lors mis en place un cantonnement de sa responsabilité, à l'article L 650-1 du Code de commerce. Malgré ce cantonnement à trois cas précis, le banquier dispensateur de concours reste soumis, à l'égard d'une entreprise en difficulté, à de nombreuses hypothèses de mise en cause de sa responsabilité. En effet, en matière civile, il peut être condamné d'une part, pour soutien abusif, si son comportement révèle une faute d'une particulière gravité, c'est-à-dire si le concours a été octroyé en connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur, mais uniquement si l'un des trois cas d'ouverture de l'action est relevé, à savoir la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou la prise de garanties disproportionnées. Cette responsabilité n'est en outre recherchée que dans l'hypothèse où une procédure de traitement des difficultés a été ouverte à l'égard de l'emprunteur. En effet, le mandataire judiciaire ou les contrôleurs en cas de carence, en charge de la protection de l'intérêt collectif, engagent ce type d'action afin que soit réparée l'atteinte portée au patrimoine du débiteur et donc au gage des créanciers. D'autre part, le banquier peut être condamné au titre d'une rupture abusive de concours, ou du maintien ou de l'octroi d'un

¹⁴⁴⁸ Friedrich ENGELS, *Anti-Dühring* (trad. Emile Bottigelli) éd. Editions sociales, 1971, Chap XI, La Morale et le Droit, Liberté et Nécessité, p 143.

crédit excessif à l'égard d'un emprunteur non averti. Ces hypothèses, si elles ne sont pas exclusives des rapports du banquier avec une entreprise en difficulté, sont néanmoins recevables puisqu'elles n'entrent pas dans le champ d'application du principe d'irresponsabilité prévu par l'article L 650-1 du Code de commerce. Le banquier peut encore être condamné au titre de ses fautes de gestion, en tant que dirigeant de fait, dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou de l'obligation aux dettes sociales, même si le domaine de la mise en cause de la responsabilité sur ce fondement a été limité, lui aussi par les dispositions de la loi de sauvegarde. Enfin, le banquier peut être poursuivi pour complicité de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds afin d'éviter ou de retarder l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Dès lors la solution est mitigée. Le nouvel article L 650-1 du Code de commerce constitue certes un incroyable « cadeau » fait aux créanciers dispensateurs de crédit. Ceux-ci voient en effet, leur responsabilité pour soutien abusif largement réduite. De plus, le soutien abusif n'est pas le seul comportement concerné par un allègement. Les dispositions de la loi de sauvegarde tendant à limiter la responsabilité pour insuffisance d'actif aux seuls cas de résolution du plan de redressement ou de liquidation judiciaire, réduit les hypothèses déjà rarissimes de condamnation des banques, au titre de la direction de fait. Néanmoins, les conséquences d'une condamnation pour les banquiers sont particulièrement importantes : condamnation au versement de dommages et intérêts, nullité de toutes les garanties prises en contrepartie des concours, paiement de tout ou partie des dettes sociales, condamnations pénales. Et les dispositions de la loi de sauvegarde ne sauraient concerner toutes les hypothèses de responsabilité du banquier, le droit commun de la responsabilité civile contractuelle ayant encore vocation à s'appliquer.

440. Ainsi, si l'on veut conférer à la mesure mise en place en 2005 les conséquences souhaitées par le législateur, à savoir favoriser le financement des entreprises par une plus grande sécurité juridique, les juges devront faire preuve, tout comme les banquiers, de prudence et même, peut-être d'indulgence dans l'appréciation de chacune des trois exceptions, et de leur sanction. Comme le souligne le professeur Vidal, « *1976 était pour l'Europe occidentale, la fin des Trente Glorieuses, 1976 à 2005 furent pour ce qui nous concerne les trente contentieuses ; qu'il soit permis d'espérer que nous entrons dans une ère économique et sociale plus favorable que certaines prévisions ; il y faut le concours actif et désormais raisonnablement libre de toute crainte judiciaire, de tous les acteurs de*

*l'entreprise*¹⁴⁴⁹ ». Néanmoins, quels pourront être les effets de cette nouvelle réglementation de la responsabilité bancaire, sur la fourniture de crédit ? Si les objectifs tenant à la clarté juridique ne sont que partiellement remplis, les objectifs économiques peuvent-ils être atteints ?

441. A priori, dans la ferveur des débats sur le nouveau principe d'irresponsabilité dont bénéficient les créanciers dispensateurs de crédit, ceux-ci, forts de ce cadeau, pourraient être encouragés à fournir davantage de crédit. En effet, sans crainte d'éventuelles poursuites en responsabilité, leur activité aurait vocation à se développer davantage. Néanmoins, l'octroi de manière abondante des crédits implique une révision de l'évaluation de la dignité de crédit de l'emprunteur, et peut-être davantage d'indulgence sur les critères de l'octroi. Cette situation n'est pourtant pas envisageable. En effet, elle conduirait à ce que soient soutenues des entreprises « *sans véritable espoir de redressement*¹⁴⁵⁰ ». L'encouragement à la fourniture de crédit ne doit pas aller trop loin. Comme le souligne le professeur Legeais, cette attitude des banques serait en contradiction avec les objectifs poursuivis par le gouvernement, et amènerait des abus, tels qu'il en existait il y a quelques années et « *que la jurisprudence sur le soutien abusif sanctionnait et prévenait* ». Il faut donc veiller à ce que les banques ne profitent pas de la nouvelle réglementation en place, pour octroyer du crédit avec moins de vigilance quant à la fiabilité de l'emprunteur, car si la responsabilité du fait des concours est bien amoindrie, le risque de non remboursement de la créance n'en est que plus présent. Ce qui ne peut avoir que des effets néfastes sur l'économie. Toutefois, cet infléchissement des conditions d'octroi du crédit ne semble pas être la tendance actuelle, et même en des temps meilleurs, les banquiers n'oseraient pas fournir de tels crédits, leur responsabilité pouvant encore être engagée dans certaines hypothèses, et sanctionnée de manière redoutable.

442. En revanche, si les professionnels, quelque peu suspicieux, procèdent à une incursion dans le texte, la fourniture de crédit pourrait se révéler encore plus éparse qu'elle ne l'était sous l'empire de l'application de la théorie du soutien abusif. En effet, l'impact du principe d'irresponsabilité est dissimulé derrière les imprécisions des limites qui y sont posées. Ces trois cas de responsabilité sont par ailleurs assortis de sanctions, qui pourront s'avérer particulièrement redoutables. La menace, accrue par l'imprécision des dispositions et

¹⁴⁴⁹ D. VIDAL, La responsabilité du banquier dans la faillite de son client, RDBF Nov-Déc. 2006, p 87 et s., spéc. p 90, n° 40.

¹⁴⁵⁰ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E A n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1750, n° 29.

l'insécurité juridique qu'elles engendrent, est telle, que les créanciers n'oseront peut-être plus consentir de crédit, de peur de voir la mise en jeu des garanties largement compromise, s'ajoutant au possible non remboursement de leur créance. Dès lors, le texte « *pourrait bien avoir les effets directement contraires à ceux recherchés. Il existe un risque d'excès de crédit et un risque de pénurie de crédit*¹⁴⁵¹ ».

¹⁴⁵¹ D. LEGEAIS, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E A n° 42, 20 octobre 2005, p 1747, étude 1510, spéc. p 1750, n° 28.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

BONNEAU T.,

- Droit bancaire, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 7^oéd. 2007.

CABRILLAC M. et MOULY Ch.,

- Droit des sûretés, Litec, 2^oéd. 1993.

CHARVÉRIAT A. et MARTIN S.,

- Dossiers pratiques Francis Lefèbre, Réforme des procédures collectives, éd. Francis Lefèbre, 2006.

DERRIDA F., GODÉ P., et SORTAIS J.-P., avec la collaboration d'A. HONORAT,

- Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, 3^o édition, 1991

GARÉ Th. et GINESTET C.,

- Droit pénal, Procédure pénale, Dalloz, coll. Hypercours, 2^o éd. 2002.

GAVALDA Ch. et STOUFFLET J.,

- Droit Bancaire, Institutions-Comptes-Opérations-Services, 7^o éd. Par J. STOUFFLET, Litec, 2008.

JACQUEMONT A.,

- Droit des entreprises en difficulté, Litec, 5^o éd. 2007.

JEANDIDIER W.,

- Droit pénal des affaires, Dalloz 4^o éd., 2000.

JEANTIN M. et LE CANNU P.,

- Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 7^oéd. 2007

JOBARD-BACHELLIER M-N., BOURASSIN M. et BREMOND V.,

- Droit des sûretés, Dalloz, Coll. Sirey Université, 2007.

Le CORRE P.-M. et Le CORRE-BROLY E.,

- Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, Coll. Sirey Université, 2^o éd., 2006.

Le CORRE P.-M.,

- Droit et Pratique des procédures collectives 2006/2007, Dalloz Action, 3^o éd. 2006.

LEGEAIS D.,

- Sûretés et Garanties du Crédit, 6^o éd., LGDJ, 2008

LIENHARD A.,

- Sauvegarde des entreprises en difficulté, Nouvelles pratiques issues de la réforme, Delmas 2^oéd., 2007.

LUCAS F.-X. et LECUYER H. (sous la direction),

- La réforme des procédures collectives, La loi de sauvegarde article par article, LGDJ, 2006

MACORIG-VENIER F.,

- Droit civil : les sûretés, L'Hermès, 1^o éd. 1999

MALAURIE Ph. et AYNES L.,

- Cours de droit civil, Les sûretés, La publicité foncière Cujas, 10^o éd. 2000/2001.

PÉROCHON F. et BONHOMME R.,

- Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 7^oéd. 2006.

PEYRAMAURE Ph. et SARDET P.,

- L'entreprise en difficulté, Prévention, Restructuration, Redressement, Delmas, 4^o éd., 2006.

PIÉDELIÈVRE S.,

- Les sûretés, Armand Colin, coll. Compact, 4^o éd. 2004.

RIPERT G. et ROBLOT R., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN,

- Traité de droit commercial, Tome 2, 17^o éd. 2004.

RIVES-LANGE J.-L. et CONTAMINE-RAYNAUD M.,

- Droit Bancaire, Dalloz 6^o éd., 1995

SAINT-ALARY-HOUIN C.,

- Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 5^o éd., 2006.

SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph.,

- Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz 4^o éd. 2004.

SOINNE B.,

- Traité des procédures collectives, Litec 2^o éd., 1995.

TERRE F.,

- Introduction au droit, Précis Dalloz, 6^o éd. 2003

VALLANSAN J.,

- Difficultés des entreprises (commentaire article par article du livre VI du Code de commerce), Litec 4^oéd., 2006.

VIDAL D.,

- Droit des procédures collectives, Gualino éditeur, Paris, 2006

II. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

CAPITANT H. (sous la direction), Vocabulaire juridique rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des juristes, Paris, PUF, 1936.

CORNU G., Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, PUF, 8^e éd. 2007.

SOUSI-ROUBI B., Lexique de banque et de bourse, Dalloz, 4^e éd. 1997.

Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, v^o « Banques-Établissements de crédit », p 302-2 à 302-5

Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, v^o Responsabilité civile des partenaires de l'entreprise, p 1151 à 1158

Dictionnaire permanent Difficultés des entreprises, v^o « Aides aux entreprises en difficulté », p 155 à 168.

Lamy Assurances, n^o 1686 et s.

Lamy Droit commercial 2008, v^o « Responsabilité des créanciers » n^o 4444 et s.

Lamy Droit du financement 2008, v^o « Responsabilité du banquier dispensateur de crédit : Préjudice », n^o2948 et s ; « Responsabilité du banquier dispensateur de crédits : Lien de causalité », n^o2950 et s ; « Responsabilité pour immixtion », n^o 2958 et s ; « Responsabilité pénale du banquier », n^o 2967 et s ; « Rupture de crédit », n^o 2975 et s ; « Assurance et commerce extérieur », n^o3736 et s. ; « Coût du crédit », n^o 3007 et s.

Lamy Droit du financement 2007, v^o « Responsabilité du banquier dispensateur de crédit », n^o2928 et s.

Lamy Droit Public des Affaires, 2008, v^o « Aides d'État », n^o1676 et s.

III. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES

BAKOUICHE D.,

- L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé 2005.

BOUTHINON-DUMAS V.,

- Le banquier face à l'entreprise en difficulté, Préface de A. GHOZI, Rev. Banque Éditions 2008.

BUTHURIEUX A.,

- Responsabilité du banquier, Entreprises en difficulté, crédit fautif expertise, Litec, 1999.

CARBONNIER J.,

- Sociologie Juridique, Thémis, PUF, 1994

CROCQ P.,

- Propriété et garantie, Préface de M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé 1995.

DEGOFFE M.,

- Droit de la sanction non pénale, Economica, 2000.

DESURVIRE D.,

- Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1992.

FIN-LANGER L.,

- L'équilibre contractuel, Préface de C. THIBIERGE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé 2002

FRANCILLON J.,

- La gradation des fautes en droit civil et en droit pénal, Thèse Grenoble, 1971.

GAUVIN A.,

- Droit des dérivés de crédit, Préface de P. MARINI, Revue Banque Éditions, 2003.

GAVALDA Ch. (sous la direction de),

- Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de Banque, Recherches Panthéon-Sorbonne Université de Paris I, Economica, 1978.

GHAFOURIAN A.,

- Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français : étude jurisprudentielle, Thèse, Paris, 1977.

GILISSEN J.,

- Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, Essai de synthèse générale, Les sûretés personnelles, Recueils de la société Jean Bodin, tome XXVIII, Éditions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles 1974, p 34.

GUELFUCCI-THIBIERGE C.,

- Nullité, restitutions et responsabilité, Préface de J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé 1992.

HEMARD J.,

- Des effets de complaisance, Thèse Paris, 1900.

LE GAC-PECH S.,

- La proportionnalité en droit privé des contrats, Préface de H. MUIR-WATT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000.

LIKILLIMBA G.-A.,

- Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Fédération nationale pour le droit de l'entreprise, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2° éd. 2001.

MATHIEU M.-E.,

- Les nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières, Préface de Ch. JUBAULT, Avant-Propos de D. LASAYGUES, EFE, 2007.

PASTRE O.,

- Les financements inter entreprise, Thèse Paris I, 1975

POTHIER R. J.,

- Traité des Obligations, Tome II, Observations Générales, 1761-1764.

ROUTIER R.,

- Obligations et responsabilités du banquier, Dalloz référence, 2° éd. 2008
- La responsabilité du banquier,, LGDJ, Coll. Systèmes, 1997.

SALGUEIRO A.,

- Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur, LGDJ, Collection des Thèses, 2006.

TANGER M.,

- La faillite en droit fédéral des États Unis, Economica 2002

VALLANSAN J.,

- Difficultés des entreprises (commentaire article par article du livre VI du Code de commerce), Litec 4^{éd.}, 2006.

VEZIAN J.,

- La responsabilité du banquier en droit privé français, Paris, Librairies techniques, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2^{éd.} 1977 et 3^{éd.} 1983.

VIDAL J.,

- Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe « fraus omnia corrumpit », Toulouse, le 10 novembre 1956, Dalloz 1957 préface G. MARTY.

VIGNON-BARRAULT A.,

- Intention et responsabilité civile, Préface de D. MAZEAUD, Tome I et II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

VINEY G. et JOURDAIN P.,

- Les conditions de la responsabilité, Traité de Droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 3^{éd.} 2006.
- Les effets de la responsabilité, Traité de Droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 2^{éd.} 2001.

VIRALLY M.,

- La pensée juridique, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, EJA Paris, 1998.

VOINOT D.,

- Droit économique des entreprises en difficulté, LGDJ, collection droit et économie, 2007

IV. ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS

ADELIN A.,

- Responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : le droit anglais, Banque n°573, septembre 1996, p 60-61

ADELLE J.-F.,

- La réforme des sûretés mobilières corporelles et les opérations de financement : ambitions et limites, Option Finance n°893/894, 24 juillet 2006, p 36 et s.

D'ALBOY G.,

- La rupture des concours bancaires, LPA, 6 mars 1995, n°28, p 4 et s.

AMBON G.,

- Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires : Créanciers antérieurs titulaires de sûretés personnelles, *JurisClasseur Procédures collectives*, fasc. 2382, 04, 2007.

AMIGUES B.,

- Le banquier peut-il être « administrateur de fait par personne interposée »?, A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 29 avril 2004, *Banque et Droit*, n°100, mars avril 2005, p 7-10

ATIAS C.,

- Le crédit dénaturé, *Dalloz* 1996, chron. p 328.

ATTARD J.,

- Banque et assurance-groupe : de l'obligation d'information et de conseil imposée au prêteur-souscripteur (Cass. Civ.2°, 15 décembre 2005), *LPA*, 29 septembre 2006, n °195, p 14 et s

AUDIT B.,

- Fraude, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF 2003, p 755 et s.

BARBIERI J.-F.,

- Application du bénéfice de disproportion au sous-cautionnement consenti par le conjoint d'un dirigeant solidairement avec celui-ci, Note sous Cass. com.17 décembre 2003, n ° 00-19993, époux Y. c/ SA Brasseries Heineken, *Bulletin Joly Sociétés* 1er avril 2004, n ° 4, p 496 et s.

BARRIÈRE L.-A.,

- Propos introductifs, in *La Sanction*, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. MALLET-BRICOUT, L'Harmattan 2007, p 7 et s.

BAZIN E.,

- Absence de mise en garde en cas de déloyauté de l'emprunteur, note sous Cass. 1° civ., 30 octobre 2007, n° 06-17003, *Epx Debure c/ sté Cofidis*, *D* 2008, jur, p 256.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

- Conciliation et délais de grâce, *Actualité des procédures collectives*, n ° 17, 30 octobre 2007.
- Les actions en responsabilité civile des créanciers, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficultés*, Actes du colloque : Après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Centre de Droit des Affaires, Université des Sciences Sociales de Toulouse 1, Montchrestien, 1998, p 11 et s.
- Rapport introductif Colloque du 20 mars 1998, Centre de Droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, numéro spécial, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p 3 et s.
- Conclusion, Colloque du 20 mars 1998, Centre de Droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, numéro spécial, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p 68 et s.

- Le créancier d'un débiteur soumis à une procédure collective est-il recevable à agir ut singuli, en réparation du préjudice collectif qu'une banque aurait causé aux créanciers, en octroyant au débiteur des prêts trop importants ?, note sous Cass. com., 3 juin 1997, Cousin Laferrière et a. c/ Société générale et a. (arrêt n° 1443 P + B), JCP éd. Entreprise et Affaires n° 38, 18 Septembre 1997, 988.

BELLIS M. et DECLÈVE X.,

- Services bancaires et environnement, Banque Assurance et Environnement : de nouvelles responsabilités en perspective ? RDAI 1993, n° 4, p 391 et s.

BERNARD-MENORET R.,

- Le droit de rétention au sein des sûretés, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 55 et s.

BETBÈZE J.-P.,

- (Président de l'Observatoire des délais de paiement) Présentation à la presse du rapport sur les délais de paiement sur le site du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi, p 3.
- La banque, le juge, les ruptures de crédit et le fonctionnement du marché, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p 60 et s.

BEZARD P. (Entretien avec)

- La Cour de cassation et le droit des créanciers, Propos recueillis par Alexandre DINER et Nathalie MOURLOT, Revue Banque n° 547, avril 1994, p 18 et s.

BIGOT J.,

- L'assurance face à l'obligation de mise en garde : épouvantail ou épée de Damoclès ?, JCP édition Générale, n° 16, 16 avril 2008, étude 135, p 19 et s.

BLOT S.,

- Les garanties autonomes face à la pratique bancaire, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 17 et s.

BOILLOT C.,

- Droit bancaire et financier et droit des procédures collectives : exception ou contradiction ? Dalloz 2003, p 2741

BOISMAIN C.,

- Les emprunteurs profanes et l'obligation de mise en garde du banquier, sous Cass.civ. 12 juillet 2006, LPA, 12 octobre 2006, n°204, p 8 et s.

BONHOMME R.,

- La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2007, p 59 et s.

BONNEAU T.,

- Responsabilité, Crédit Immixtion dans la gestion du débiteur, in Chronique Droit bancaire, Banque et Droit, n° 117, janvier-février 2008, p 26-27.
- Affaire Tapie : la Cour de cassation ne retient pas la responsabilité des banques, note sous Cass. com. 9 octobre 2006, n° 06-11.056 et 06-11.307, Sté CDR créances c/ SELAFA Mandataires judiciaires associés MJA, JCP éd. Générale n° 43, 25 Octobre 2006, II 10175

- Responsabilité bancaire, Soutien abusif, Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, Banque et Droit n° 105, janvier-février 2006, p 61 et s
- Du droit au crédit, RDBF, Janvier-Février 2002, n ° 1, p 3-4

BONNEAU T. et TRÉBULLE F.-J.,

- Banquier et crédits « polluants », Mélanges AEDBF-France, Droit bancaire et financier, IV, sous la direction de Hubert de Vauplane et Jean-Jacques Daigre, Revue Banque Édition, 2004, p 47 et s.

BOUCARD F.,

- 8 juin 1994 – 8 juin 2004 : les dix ans de la responsabilité du banquier envers l'emprunteur, Gazette du Palais, 27-31 mars 2005, p.25 et s

BOUCHERY D.,

- La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif ?, Droit et Patrimoine février 1998, n° 57, p 53 et s.

BOULOC B.,

- Les personnes morales toujours responsables pénalement ?, Revue Lamy Droit des Affaires février 2006, 49, p 10 et s.
- La réforme de l'usure, RDBF n°6, Novembre Décembre 2003, p 387 et s.
- Complicité du délit de banqueroute par détournement d'actif, Revue des Sociétés 1990, p 279 et s

BOURDALLE N. et LASSERRE-CAPDEVILLE J.,

- Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier, Banque et Droit n°107, mai-juin 2006 p 17 et s.

BOURGEOIS M.,

- Le faut débat sur la durée du crédit inter-entreprises en France. LPA, 19 avril 1991, n °47, p 19 et s.

BOUTEILLER P.,

- La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie, JCP Entreprise et Affaires, n° 16, 17 avril 2008, étude 1495, p 13 et s.
- Responsabilité du banquier dans le cadre des procédures collectives, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc. 520, 03, 2007.

BOY L.,

- La loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises aggrave-t-elle la situation du banquier dispensateur de crédit?, Banque Septembre 1986, n °464, p 770 et s.

BRÉMOND G. et SCHOLASTIQUE E.,

- Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires, JCP éd. Entreprise et Affaires, n° 10, 9 Mars 2006, 1405.

BRENAC A.,

- Du sort des contrats de prêts dans les plans de continuation, de sauvegarde ou de redressement, Gazette du Palais, Procédures collectives, Recueil mars avril 2007, p 863 et s.

BRENNER C.,

- De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : d'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure ? LPA, 18 juillet 2003, n° 143, p 12-17.

BRICARD A. et LACROIX-PHILIPS E.,

- Les nouveautés du projet de Loi Perben de janvier 2004 : Points de vue d'experts-comptables, Journal des Sociétés 2004.

BRUNET A.,

- La loi de sauvegarde des entreprises ou l'illustration des défauts « elluliens » du droit, LPA, 5 juillet 2007, n° 134, spécial Actes du Colloque Les lois techniques, Université Paris Dauphine le 12 mai 2006, p 43 et s.

BUGADA A.,

- Délais de paiement et responsabilité civile d'un organisme de sécurité sociale pour soutien abusif d'une société en difficulté, JCP éd. Générale, 7 avril 2004, n° 15, p 68 et s.

BUYLE J.-P.,

- La responsabilité du banquier dispensateur de crédit et le respect de l'environnement, Colloque du 23 septembre 2005 sur La responsabilité du banquier : vers de nouvelles frontières, RDBF, novembre-décembre 2006, p 80-85

CABOTTE J.-C.,

- Les établissements de crédit créanciers : dix ans d'évolution législative, JCP Entreprise et Affaires, n° 41, 12 octobre 2006, n°2454, p 1713 et s.

CABRILLAC M.,

- Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres, in Le droit privé français à la fin du XX° siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec 2001, p 709 et s.
- L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers, in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz 2001, p 69 et s.
- La responsabilité d'une banque pour soutien abusif est tempérée par le principe de non ingérence, RTDCom 1999, p 703 et s

CABRILLAC M. et TEYSSIÉ B.,

- Détournement de fonds par un dirigeant social : quelle responsabilité du banquier ?, note sous Cass. com. 23 févr. 1993, Mottet c/ CCF, RTD Com. 1993 p 343

CABAROUY C., PARMENTIER Ph. et THOMAS J.,

- Le coût du crédit aux entreprises, Bulletin de la Banque de France, n° 160, avril 2007, p 61 et s.
- Le coût du crédit aux entreprises, Bulletin de la Banque de France, n° 157, janvier 2007, p 45 et s.

CAMPANA M.-J.,

- Le doute et la confiance en droit des affaires, in Le doute et le droit, Dalloz 1994 p 79.

CAMPANA M.-J. et TEBOUL G.,

- Les aides d'État aux entreprises en difficulté, LPA 21 novembre 2003, p 5

CANIVET G. et FRISON-ROCHE M.-A.,

- Droit, économie et justice dans le secteur bancaire, entretien, LPA, 31 mai 2005, n° 107, p 3 et s.

CARAMALLI D.,

- Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien, LPA, 18 avril 2005, n° 76, p 6 et s.

CASORLA F.,

- Sécurité juridique et entreprise en difficulté, rapport de synthèse, LPA, 12 janvier 1994, n° 5.

CECEI (Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement),

- Rapport pour 2007.

CHAPUT Y.,

- Quelques clés réglementaires du code de sauvegarde, à propos du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, JCP édition Générale 2006, n°15, doctrine n° 130
- La sauvegarde des entreprises en difficultés, A propos de la loi adoptée le 13 juillet 2005, JCP édition Générale n°30, 27 juillet 2005, act.428
- Entreprise en difficulté, Propos « partiels » sur le rapport « Hyeat », Bulletin d'actualité Lamy droit commercial, 2002, n°144, p 1 et s.

CHARBONNEAU C.,

- La prescription d'hier et d'aujourd'hui : commentaire de la loi du 17 juin 2008, Droit et Patrimoine Septembre 2008, n° 173, p 42 et s.

CHARTIER J.,

- Avis n° 2099, au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet (n°1596) de loi de sauvegarde des entreprises, présenté le 15 février 2005 devant l'Assemblée Nationale.

CHEMIN-BOMBEN D.,

- Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va, trois...bonjour les débats, Revue Lamy Droit des Affaires, septembre 2006, n°8, p 34 et s

CIP national,

- Réflexions sur le deuxième avant projet de loi Perben janvier 2004, présidé par J-D. COUDENC et A. BRICARD, présidente déléguée.

CLÉMENT P.,

- Discours, Les entretiens de la sauvegarde : premier bilan de la loi de sauvegarde, LPA, 6 février 2007, n°27, p 4-7

CLERC L.,

- Gestion du risque de crédit et stabilité financière, Banque de France, Revue de la stabilité financière, n°5, novembre 2004

CNA,

- Analyse critique de l'avant projet de loi de sauvegarde des entreprises, Les dossiers de la CNA, 30 octobre 2003, n° 22.

COFACE,

- Communiqué de Presse, Paris, 22 mai 2008, « La crise du crédit inter entreprises a commencé, Coface décline 7 secteurs d'activité ».

COHEN E-C,

- Les principes d'un crédit responsable : la vision d'un prêteur GE Money Bank, in Dossier le Crédit responsable, RDBF, septembre octobre 2007, p 73 et s.

COLAERT C., KELLER F., MARQUET J.-Y.,

- Prévenir les difficultés des entreprises, Option Finance, n°858, 21 nov 2005, p 39 et s.

COLLARD Ch.,

- Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique, in dossier Le risque juridique, Cahier de droit de l'entreprise, n° 1, janvier février 2008, p 24 et s.

CONSTANTIN A., et LEVI Y.,

- Une figure originale de la direction de fait, et un avertissement pour les banques, les sociétés de capital-investissement, et leurs cadres : l'administration de fait par personne interposée ; note sous CA Versailles 29 avril 2004, n° 03/04439, C. et autres c/ M° S. ès-qual. et autres Bulletin Joly Sociétés, 1er octobre 2004 n° 10, p 1201 et s.

COOGAN P.,

- La responsabilité du banquier en droit américain, in La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, FEDUCI 1984, p 170 et s.

COUDERT J.-L., et MIGEOT Ph.,

- Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit, Banque et Droit n° 29, mai-juin 1993, p 12 et s.

COURAGE S.,

- Les conjurés d'Eurotunnel, Le nouvel Observateur, n° 2050, semaine du 19 février 2004.

COURET A.,

- Endettement et financement de l'entreprise, in De l'endettement au surendettement des entreprises, des réalités financières aux contraintes juridiques, colloque du 16 décembre 1998, Gazette du Palais 1999, p 1360 et s.

COURTIER J.-L.,

- L'obligation d'information de l'article 48, loi du 1er mars 1984 et le crédit-bail, LPA 12 mai 1995, n° 57, p 9 et s.

COURTIÈRE J.,

- Réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, Observations de la CCIP sur l'avant-projet de loi de « sauvegarde des entreprises », Rapport au nom de la Commission Juridique et adopté au Bureau, du 13 novembre 2003.
- Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, Axes de réflexion préconisés par la CCIP. Rapport au nom de la Commission juridique et adopté à l'Assemblée générale, du 24 avril 2003.
- Réforme du droit des entreprises en difficulté, Réaction de la CCIP au document d'orientation de la chancellerie, Rapport au nom de la Commission juridique et adopté au Bureau, du 4 février 1999 selon la procédure d'urgence.

COUTANT-LAPALUS Ch.,

- La réparation d'un préjudice résultant d'un soutien abusif de plusieurs créanciers à un débiteur en difficulté (note sous Cass. com., 27 février 2007, n° 06-13649, Société coopérative agricole Agrinieul, Bull. civ. IV, n° 72, p 76), LPA, 16 novembre 2007 n° 230, p 8 et s.
- La sanction civile, in La Sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan 2007, p 211 et s.

CRÉDOT F.-J.,

- La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires, Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur, sous la direction de Thierry Bonneau, Banque Editeur, 2000, p 61.
- Crédit inter-entreprises et crédit bancaire : les aspects juridiques, LPA, 8 avril 1992, n° 43, p 17 et s.
- Propos sur la responsabilité du banquier, LPA, 23 mars 1994, n° 35.
- L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier, Droit et Patrimoine janvier 1994, p 34 et s.
- Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises, Banque juillet 1993, n°539, p 30 et s.
- Crédit inter-entreprise et crédit bancaire : les aspects juridiques, LPA, 8 avril 1992, n° 43 p 17 et s.
- L'arrêt Laroche et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985, LPA, 26 décembre 1986, n° 155, p 8 et s.
- A propos de la responsabilité pénale de l'agent de banque, Banque Novembre 1985, n° 455, p 1012 et s.

CRÉDOT F.-J. et GÉRARD Y.,

- Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif, RDBF, septembre octobre 2005, n° 154, p 10 et s.

CRÉDOT F.-J. et SAMIN Th.,

- Le contrôle de l'emploi des fonds empruntés, RDBF n° 2, Mars 2008, commentaire n° 35 (note sous Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-12.677, F-P+R, Colson et a. / R. Franklin Silbiger et a.)

- Responsabilité du prêteur, in Techniques bancaires, RDBF, janv-février 2006, p.11 et s

CROCQ P.,

- La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, Dalloz 2006, n° 19, p 1306 et s.
- Sûretés et proportionnalité, in Etudes offertes à Ph. Simler, Dalloz, Litec 2006, p 291 et s.

CROZE H.,

- Loi de sauvegarde des entreprises : Panorama général et procédural, Procédures n° 10, octobre 2005, étude 11.
- Soutien abusif à une filiale par société mère interposée, JCP Entreprise et Affaires n°25, 17 mai 2004, étude 927 (Cass com 25 mars 2003, Sté CDR créances c/ Rambour, ès qual. (pourvoi n° G 01-01.690 ; arrêt n° 574 FS-P) Jurisdata n° 2003-018502)

DAGOGNET N.,

- Les impayés, Banque 1991, p 609.

DAIGRE J.-J.,

- La responsabilité du banquier en matière de prestations de services d'investissement, colloque du 23 septembre 2005 sur La responsabilité du banquier : vers de nouvelles frontières, RDBF, Nov-Déc 2006, p90
- Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ?, RDBF Juill-Août 2005, p 3 et s
- Du soutien abusif d'une filiale de concert par une banque et la société mère, Revue des Sociétés 2003, p 859 et s
- Haro sur les sociétés de capital-risque, note sous CA Agen, 1re ch., 19 janvier 1998 ; SA Locatom et SA Sogerap c/ Me Guguen, ès qual., JCP éd. Entreprise et Affaires n° 43, 22 Octobre 1998, p 1692.
- Une évolution jurisprudentielle bienvenue, Le non cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité de droit commun, Bull. Joly Sociétés 1995, p 953, § 346.
- La mise en jeu de la responsabilité du banquier par le représentant des créanciers du redressement judiciaire, LPA, 1er juin 1990, n°66, p 15 et s.
- De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou liquidation judiciaire : Rev. sociétés 1988, p 199.

DAMMANN R.,

- Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques, sous la direction de Marie-Anne Frison Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2007, p 73 et s.
- Fiducie-Sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? Dalloz 2007, p 1359 et s.
- La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, Banque et Droit, n° 103, septembre-octobre 2005, p 16 et s

- Soutien abusif : la responsabilité des banques, Les Echos, 19 septembre 2005, p 13.
- Le droit européen des faillites : sources d'incertitudes et d'opportunités pour les banques, Banque et Droit, n° 101, mai juin 2005, p 36-42

DAMMANN R., PODEUR G. et ROUSSEL V.,

- Fiducie : des débuts prometteurs, Option Finance, n° 971 Lundi 10 mars 2008, p 37-38.

DAMMANN R. et PODEUR G.,

- Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu, Dalloz 2007, n° 5, p 319-320.

DAMMANN R., et LE BEUZE G.,

- Réforme des sûretés et des procédures collectives : quelles sûretés choisir ? in Dossier La loi de sauvegarde : bilan d'étape, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 2, mars avril 2007, p 45 et s.

DAMMANN R. et PASZKUDZSKI J.,

- La condamnation du banquier à combler l'insuffisance d'actif (arrêt Banque Worms de la Cour de cassation du 27 juin 2006), Dalloz 2006, n°36, p 2534 et s.

DANIEL J.,

- Le devoir de mise en garde du banquier, LPA, 18 février 2008, n° 35, p 5 et s.

De BERNARDY J.-L.,

- Entreprises en difficultés, Le banquier peut-il sans risque provoquer un changement efficace et durable ?, Revue Banque Octobre 1978, n° 377, p 1112 et s.

De BOISSIEU S.

- Le secteur bancaire reste très fragile, Investir n° 1758, 15 septembre 2007.

DEFFAINS B.,

- La responsabilité du banquier : une lecture économique, in Les banques entre droit et économie, ouvrage collectif sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche, LGDJ 2006, p 97 et s.
- Analyse économique de la responsabilité étendue en cas d'insolvabilité des pollueurs, Économie publique, revue de l'IDEP, n°7, 2001/1

DELATTRE Ch.,

- L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait, JCP éd. Entreprise et Affaires n° 27, 5 Juillet 2007, 1872
- La qualité de dirigeant de fait doit être établie par des faits précis, JCP Entreprise et Affaires, n° 10, 9 Mars 2006, n°1406

DELEBECQUE Ph.,

- Le devoir de mise en garde du banquier, (Cass Ch mixte 29 juin 2007), Revue Lamy Droit civil, Décembre 2007, n°44, p 25 et s.
- L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir, JCP éd. Entreprise et Affaire, n° 6, 10 Février 2005, 234.

DELPECH X.,

- Affaire Tapie : la Cour de cassation annule la condamnation du Crédit Lyonnais, sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, Dalloz 2006, n°36, p.2525 et s
- Retour sur le devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, sous Cass. Civ. 1ère, 27 juin 2006, Cass. Civ. 1ère, 20 juin 2006, Dalloz 2006, n°27, p 1887 et s.
- Le devoir de mise en garde du banquier consacré à son tour par la chambre commerciale, sous Cass.com. 3 mai 2006, Dalloz 2006, n° 21, p 1445 et s.
- L'excès de sûretés tue les sûretés, Dalloz 2005 p 1773.

Del POZO A.,

- Les entreprises jouent la sécurité avec l'assurance-crédit, Focus Risque Client, Option Finance n° 972, Lundi 17 mars 2008, p 16 et s.
- L'assurance-crédit : une solution multirisque pour les entreprises, Option Finance n° 922, Lundi 5 mars 2007, p 44 et s.

DEMAILLE F.,

- Les nouvelles possibilités de participer au retournement des entreprises en difficulté ouvertes au créanciers publics par le décret du 5 février 2007, in Dossier La loi de sauvegarde : bilan d'étape, Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, mars avril 2007, p35 et s.

De POLIGNAC J.-F.,

- Du bon usage de la notation, Banque Magazine, n°658, Mai 2004, p 22 et s.

De ROUX X.,

- Rapport d'information n° 3651 Au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises du 31 janvier 2007
- Rapport n° 2459 Au nom de la Commission Mixte Paritaire, présenté le 13 juillet 2005 devant la présidence de l'Assemblée Nationale.
- Rapport n° 2095, Au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises, du 11 février 2005

DERRIDA F.,

- Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, Dalloz 2001, n°17, chron., p 1377 et s.
- Rapport général, in Responsabilité du banquier : aspects nouveaux, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXXV, Economica 1984, p 20 et s.

De SENNEVILLE V.,

- Sauvegarde des entreprises : premier bilan, premières idées de modification. Les Echos, 1er février 2007
- (propos recueillis par) Interview de Daniel Tricot, Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, La loi de Sauvegarde s'installe peu à peu dans le paysage juridique, Les Echos, 20 novembre 2006

- Réforme des faillites : le débat s'ouvre à l'Assemblée dans un climat tendu, et Même si elles s'en défendent, les banques sont les grands vainqueurs du projet de loi. Les Echos, 1er Mars 2005

DESCHANEL J-P.,

- Crédit interne à court terme aux entreprises, JurisClasseur Banque crédit bourse, fasc. 535, 11, 2000.

DESHAYES O.,

- La caution ne peut se prévaloir de la remise des poursuites consentie au débiteur principal, note sous Cass. com. 22 mars 2007, Dalloz 2007 n°28, p 1999 et s.

De VARAX M. et PANHARD O.,

- Réforme des Sûretés : ce qui va changer pour les banques, Option Finance, n°887, 12 juin 2006, p 36 et s.

DIETSCH M.,

- Quelques aspects du crédit inter-entreprise dans l'industrie, Revue d'Economie Industrielle, n °35, 1° trimestre 1986, p 181 et s.

DIETSCH M. et TISSEYRE A.,

- Bâle II et les PME, Prospective sur les conditions d'accès au crédit des PME, Revue Banque n°669, Mai 2005, p50 et s.

DIRCKS-DILLY A., KROMAREK P., DELAHOUSSE E.,

- Les risques bancaires liés à l'environnement, Banque et Droit janvier février 2002, n °81, p 3-11.

Di VITTORIO J.,

- L'évolution de la responsabilité du banquier, (II), Revue Banque décembre 1977, n °368, p 1353 et s.
- L'évolution de la responsabilité du banquier (I), Revue Banque, novembre 1977, n °367, p 1207 et s.

DORLÉAC Th.,

- Le banquier et la nouvelle loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, LPA, 22 septembre 2006, n °190, p 7 et s.

DOUAOUI M-D.,

- A propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises, LPA, 8 janvier 2007, n°6, p 4-20

DOUMENG V.,

- La responsabilité du banquier à l'égard d'un créancier du crédit, note sous Cass. com. 24 mars 1998, Banque du bâtiment et des travaux publics c/ société Corse plomberie, (arrêt n ° 794 D), LPA, 26 avril 1999 n° 82, p 13

DUFOUR O.,

- Banque et Droit, Faire coïncider les visions économique et judiciaire, Interview de Marie-Anne Frison-Roche et Guy Canivet, Revue Banque, n°675, Décembre 2005 p 46 et s

DUMAS R.,

- Responsabilité d'un banquier envers un dirigeant-caution : une mise en jeu délicate mais possible conformément à la jurisprudence « Nahoum », Bull. Joly Sociétés, 1er janvier 2006 n° 1, p. 44 et s.

DUPICHOT Ph.,

- Le nantissement, un an après, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 27 et s.

DUPUY P.-M.,

- Responsabilité, in Dictionnaire de la Culture Juridique sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p 1341 et s.

EGERTON-VERNON P.,

- La responsabilité du banquier dans le contexte de la gestion des crédits, Banque N° spécial avril 1977, p 35 et s.

Fédération Professionnelle Banque-Finances-Assurance,

- Rapport du groupe de travail UMP Réforme du droit des entreprises en difficultés, remis à Monsieur Francis Mer, Ministre de l'Economie et des Finances, octobre 2003.

FERRINI N.,

- Jurisprudence italienne, Gazette du Palais Droit Bancaire, 9-11 septembre 2007, p 41 et s.

FILIOL DE RAIMOND M.,

- La jurisprudence commerciale de la Cour de cassation en 2007, Revue Lamy Droit des Affaires n°27, Mai 2008, 1612, p 19 et s.

FRASSON-GORRET A.,

- Vers une application de plus en plus extensive de la notion de dirigeant de fait?, Option Finance, n°877, 3 avril 2006, p 38 et s.

FREYRIA Ch.,

- La responsabilité du banquier dispensateur de crédit dans l'actualité juridique. RDBB, n°3, juillet/octobre 1987, p 80 et s.

FRICERO N.,

- La nouvelle prescription : entre sécurité et modernité, Revue Lamy Droit Civil, Septembre 2008, n° 52, p 6 et s.

FRISON-ROCHE M-A.

- Le contrôleur, LPA 14 juin 1995, n° 71, n° spécial Entreprises en difficultés, Les principales innovations du Décret du 21 octobre 1994, p 8 et s.

GABRIELLI D., HOUSNI-FELLAH M., et OUNG V.,

- Les incidences de la réforme de l'usure sur les modalités de financement des PME, Bulletin de la Banque de France, n°157, janvier 2007, p 19 et s.

GALLOIS-COCHET D.,

- Le devoir de mettre en garde le client, Revue Lamy droit des affaires, n°24, février 2008, in Réflexions croisées Le banquier au cœur des risques, p 107 et s., étude 1494.

GAOUAOUI S.,

- La hausse du coût du crédit se confirme, Option Finance n° 989, 15 juillet 2008, p 10 et 11.

GARDELLA G.,

- Le point de vue du créancier bancaire, LPA, 12 janvier 1994, n° 5

GARROUSTE F.,

- Les entreprises doivent-elles craindre un crédit crunch ? Option Finance n° 966, lundi 4 février 2008, p 20 et s.
- Bâle II : Les entreprises veulent en savoir plus, Option Finance, n°918, 5 février 2007, p 17 et s.
- Les trésoriers de PME musclent leur fonction, Option Finance, n°915, 15 janvier 2007, p 17 et s.
- Les entreprises s'interrogent sur les conséquences de Bâle II, Option Finance, n° 911/912, 18 décembre 2006, p 6 et s.

GAUDIN Ch.,

- Avis n° 337 au nom de la Commission des affaires économiques présenté le 11 mai 2005, devant le Sénat.

GAVALDA Ch.,

- Crédits irréguliers dits parfois « crédits noirs », in Mélanges Michel Cabrillac Dalloz Paris 1999, p 469 et s.

GENEST B., FRUGIER J., et KAJPR A.,

- Bâle II, La couverture du risque de crédit est-elle réellement assurée? Rev. Banque, n° 683, sept 2006, p 61

GEROSA B.,

- Un nouveau rôle pour le banquier face aux entreprises en difficultés, LPA, 17 février 2006, n°35, p 94 et s

GERMAIN M.,

- L'action en comblement de passif social, entre droit commun et droit spécial, in Livre du Bicentenaire du Code de commerce, Dalloz 2007, (Université Panthéon Assas Paris II),p 243 et s.

GERSCHEL Ch.,

- Le principe de non immixtion en droit des affaires, LPA, 30 août 1995, n°104
- Le principe de non immixtion en droit des affaires LPA, 01 septembre 1995 n° 105, p 4 et s.

GIBIRILA D.,

- Dirigeants sociaux - Responsabilité civile, JurisClasseur Commercial, Fasc. 1053, 1, 2007.
- Responsabilité et sanctions civiles des dirigeants de personnes morales en redressement ou liquidation judiciaire, JurisClasseur Commercial Fasc. 1055, 9, 2002 (et 2006).
- La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit, Cass com 18 mai 1993, LPA, 25 février 1994 n° 24.
- De l'exigence d'un délai de préavis comme condition de réduction ou de suppression d'un crédit bancaire, LPA, 15 février 1993, n°20, p 8 et s.

GIRAULT C.,

- Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice, Dalloz 2008, n °25, chron. p 1714 et s.

GOURIO A.,

- La Cour de Cassation distingue l'obligation de mise en garde de l'obligation d'information, JCP Entreprises et Affaires, n°4, 25 janvier 2007, 1111, p 11 et s.
- Responsabilité des établissements de crédit envers les emprunteurs et les cautions en matière d'octroi de crédits, JCP édition Générale, n° 28, 12 juillet 2006, II, 10122, p 1408 et s.

GRAAFF M. (Propos de),

- Particularismes des droits anglais et allemand de l'insolvabilité, in Les aspects internationaux du surendettement , in Dossier : De l'endettement au surendettement des entreprises, des réalités financières aux contraintes juridiques, Colloque du 16 décembre 1998, Gaz. Pal. Septembre-octobre 1999, doctrine p 1388.

GRIFFITH R.,

- De nouvelles responsabilités pour le banquier en Angleterre, Banque, Assurance et Environnement : de nouvelles responsabilités en perspective?, RDAI 1993, n°4, p 435 et s

GRUA F.,

- La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage. RTDCiv. janvier/mars 1994, p 1 et s.

GUILLOT J.-L. et BOCCARA M.,

- Obligation d'information et Produits financiers, Revue Banque, n°685, novembre 2006, p 80 et s.
- Responsabilité du banquier prêteur à l'égard de l'emprunteur, Revue Banque n°673, Octobre 2005, p 94 et s.

GUILLOT J.-L. et FAYNER S.,

- La responsabilité du banquier prêteur à l'égard de l'emprunteur, Revue Banque, n °682, Jul Aout 2006, p 85 et s.

GUILLUY-FRIANT S., ROUAULT S., CHEMIN D., DAVID R.,

- Rapport de la Cour de cassation 2000, Documentation française 2003, Revue Lamy Droit des Affaires 2003, n°63, n° 3933, D 2003 p 1276, Dict. Perm. Diff. Entr. Bull 237 p 5578.

GUYADERT H.,

- Un plan de continuation ne faisait pas obstacle à une action en comblement de l'insuffisance d'actif à la charge du dirigeant, note sous Cass. com., 21 nov. 2006, n° 02-20.443, FS P+B, H. c/ SCP Bihr et Le Carrer, ès qual. : Juris-Data n ° 2006-036048, JCP éd. Entreprise et Affaires n° 8, 22 Février 2007, 1235

GUYON Y.,

- La rupture abusive de crédit, RDBF n°6, Novembre Décembre 2002, p 369 et s.
- La responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, note sous Cass. com., 28 avril 1998 ; Vergnet c/ SNC SOGEA et a. (arrêt n° 961 P), JCP éd. Entreprise et Affaires n° 31, 30 Juillet 1998, p 1258.

HAEHL J.-Ph.,

- Diversité des moyens utilisés par les dirigeants de fait pour masquer l'exercice de leurs pouvoirs de direction, RTDCom 1996, p 539 et s.

HALLOUIN J.-C.,

- Du danger pour une banque de consentir un prêt au gérant d'une SARL et d'en faire garantir le remboursement par la société, Bull. Joly Sociétés, Août-sept. 2006, n °8-9, §209.

HANNOUN Ch.,

- Redressement et liquidation judiciaires : Dirigeants sociaux. Sanctions patrimoniales JurisClasseur Procédures collectives, Fasc. 2905, 01, 2007.

HOANG P.,

- La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures? Quelles responsabilités? (Colloque du 24 février 2006), Colloques et Débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Litec 2007
- De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif, Dalloz 2006, n°21, chron. p.1458 et s.

HOCQUET-BERG S.,

- Les fournisseurs de crédit à nouveau mis en garde, Responsabilité civile et Assurances, Septembre 2007, n°9, p 10 et s.

HOUIN R.,

- Rapport de synthèse, in La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV Economica 1984, p 9 et s.

HOUIN-BRESSAND C.,

- Les Acteurs des procédures, Cautions Garants et Coobligés, in Dossier Pratique, contentieux, réforme de la loi de sauvegarde des entreprises, Actes du Colloque de Toulouse des 17 et 18 janvier 2008, Revue des Procédures Collectives, Avril-Mai-Juin 2008, n°2, p 112 et s.
- Bilan de la jurisprudence sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, in Dossier Le crédit responsable, RDBF, Septembre octobre 2007, p 78 et s.

HYEST J.-J.,

- Rapport n° 467 Au nom de la Commission Mixte Paritaire présenté le 8 juillet 2005 devant le Sénat
- Rapport n°335, au nom de la Commission des lois, présenté le 11 mai 2005 devant le Sénat.
- Rapport n°120 de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, sur la législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, présenté le 5 décembre 2001.

JAMBORT S.,

- Responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers pour des faits antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective . - (à propos de Cass. com., 7 mars 2006), JCP éd. Entreprise et Affaires n° 51, 21 Décembre 2006, 2834.

JESTAZ Ph.,

- La sanction ou l'inconnue du droit, D 1986, chron. p 197 et s.

JOURDAN L. et LÉVÊQUE P.,

- La Loi de Sauvegarde des Entreprises, Option Finance, Hors Série n°H9, 13 février 2006

JULIEN F.,

- L'appréhension du risque spatial par les banques, Banque et Droit, Novembre décembre 2007, n°116, p 18 et s.

JULLIEN L. et GOURGEOT M.,

- L'évaluation du risque de crédit par Bâle II : un savant compromis, Banque Magazine, n °663, Novembre 2004, p 52 et s.

KINDERMANS M.,

- Banquiers et chefs d'entreprises : une relation complexe, Option Finance n° 989, 15 juillet 2008, p 16 et s.

KHAIRALLAH G.,

- Le « raisonnable » en droit privé français, RTDCiv. p 439 et s

KOERING-JOULIN R.,

- L'élément moral de la complicité par fourniture de moyens ruineux, Dalloz, 1980, chron. p 231 et s.

KUHN C.,

- Le droit commun du gage, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 37 et s.

LABORDE Cl.,

- De la responsabilité des banques en matière de crédit aux entreprises en difficultés, Actes du colloque, Sécurité juridique et entreprises en difficultés, Sénat 14 octobre 1993, LPA, 12 janvier 1994, n°5, p 34 et s.

LABROUSSE F.,

- Responsabilité des banques et environnement, RDBF Septembre-Octobre 2002, n°5, p 303 et s.

LAGARDE B.,

- Le Trésor public : un créancier comme les autres, Gazette du Palais 9-10 septembre 2005, n° spécial Proc. Coll. Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (2° partie), p 28 et s.

LASAYGUES D.,

- Avant-Propos, dans Les Nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières, M-E. MATHIEU, EFE 2007.

LASSERRE-CAPDEVILLE J.,

- Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité, Banque et Droit, n° 113, mai-juin 2007, p 25 et s.
- Que reste-t-il au XXI° siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?, Banque et Droit, n° 100, mars avril 2005, p 11-19

LAURÉ M.,

- Les devoirs particuliers des banques envers la société, Banque décembre 1978, n° 379, p 1397 et s.

LAUTRETTE L. et HAEFELE F.,

- Responsabilité des banques dans l'octroi et le retrait de crédit, LPA, 12 mai 1995 n° 57, p 4 et s.

Le CORRE P-M.,

- 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, Gazette du Palais, n° spécial procédures collectives, 20 et 21 juillet 2007, n° 201 à 202, p 3 et s.
- Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Dalloz Cahiers de droit des affaires 2005, Supplément au n° 33, chroniques p 2299-2327
- Les créanciers antérieurs dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, LPA 10 juin 2004, n° 116, p 25 et s.
- Les modifications résultant de l'examen par le Conseil d'État du projet de loi de sauvegarde des entreprises, Gaz. Pal. 23-25 mai 2004, p 2.
- Présentation générale du projet de réforme des entreprises en difficulté : de l'avant-projet au projet de loi de sauvegarde des entreprises, Gazette du Palais, 26 février 2004 n° 57, p 4 et s.
- La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté, Gazette du Palais, 11 décembre 2003, n° 345, p 13 et s.

Le CORRE P-M. et LUCAS F-X.,

- Droit des entreprises en difficultés, panorama, Dalloz 2007, n° 1, Cahier de droit des affaires, p 42 et s.
- Droit des entreprises en difficultés, panorama, Dalloz 2006, n° 32, Cahier de droit des affaires, p 2250 et s.

LÉCUYER M.,

- Des PME..., in De l'endettement au surendettement des entreprises, des réalités financières aux contraintes juridiques, colloque du 16 décembre 1998, Gazette du Palais 1999, p 1365 et s.

LEFÈVRE H.,

- Les conséquences de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 71 et s.

LEGEAIS D.,

- Le devoir du banquier d'éclairer son client, Revue Lamy droit des affaires, n° 24, février 2008, in Réflexions croisées Le banquier au cœur des risques, p 113 et s., étude 1495.
- Incidence de la déloyauté de l'emprunteur non averti à l'égard du devoir de mise en garde du banquier, JCP Entreprise et Affaires, n°51-52, 20 décembre 2007, 2576, p 12 et s.
- Devoir de mise en garde du banquier à l'égard d'emprunteurs non avertis, JCP éd. Entreprise et Affaire, n°38, 20 septembre 2007, 2105, p 11 et s.
- Absence de droit au crédit d'une entreprise, RTDCom 2007, p 207 et s.
- Banque, Conditions du devoir de mise en garde du banquier prêteur au profit de dirigeants ; JCP Entreprise et Affaires n°10, 8 mars 2007, 1310, p 10 et s.
- Responsabilité du banquier, JurisClasseur Commercial, fasc 346, 03, 2006.
- Responsabilité de la banque pour non respect de l'affectation du prêt, responsabilité envers la caution, RTDCom 2006, p 648 et s.
- Responsabilité bancaire pour soutien abusif de crédit, RTDCom 2005, p 846 et s.
- Incidences de la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, RDBF, septembre octobre 2005, garanties personnelles et réelles, n° 162
- Les concours consentis à une entreprise en difficultés, JCP Entreprise et Affaires n° 42, 20 octobre 2005, 1510, p 1747 et s.
- Une caisse de mutualité sociale agricole est susceptible d'engager sa responsabilité pour soutien abusif résultant des délais de paiement à une société en difficulté, JCP éd. Entreprise et Affaires n° 7, 12 février 2004, étude 252, p 282 et s.
- Responsabilité bancaire pour fourniture de crédit, RTDCom 2003, p 793 et s.
- Conditions de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, (Cass. com 11 mai 1999), JCP Entreprise et Affaires n° 43, 28 octobre 1999, p 1730 et s.
- Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie, Colloque du 20 mars 2008, Centre de Droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé, numéro spécial, LPA 30 septembre 1998, n° 117, p 38 et s.

- Caution-dirigeant et responsabilité d'une banque pour soutien abusif, JCP Entreprise et Affaires, n° 5, 29 janvier 1998, p 182 et s.
- La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie, LPA, 5 mars 1997 n° 28, p 4 et s.

Le GOFF A.,

- Contenu de l'obligation de mise en garde à la charge du banquier prêteur et notion de crédit excessif, JCP Entreprise et Affaires n° 3 18 janvier 2007, 1079, p 16-20

LEGROS J.-P.,

- Le principe de non cumul, Dr. sociétés n° 1, Janvier 2007, comm. 6
- Faute de gestion, note sous CA Orléans, ch. com., 5 oct. 2006, n° RG 05/03086, Deniel c/ Jousset : Juris-Data n° 2006-321712, Dr. sociétés n° 7, Juillet 2007, comm. 132

LEGUEVAQUES Ch.,

- Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? , LPA, 17 février 2006 n° 35, p 63 et s.
- Responsabilité du banquier, Règles de fond, principe de proportionnalité, requiem for a dream, Revue Procédures collectives 2003, p 368 et s.

LEIMBACH M.,

- Le management juridique : la maîtrise du risque juridique comme critère de performance de la fonction juridique d'une banque, in dossier Le risque juridique, Cahier de droit de l'entreprise, n° 1, janvier février 2008, p 38 et s.

LELOGEAIS L.,

- Un score sur les variables qualitatives pour la détection précoce des défaillances des entreprises, Bulletin de la Banque de France, n°114, Juin 2003.

LETARTRE Y.,

- Le banquier complice, RDBB, 1988, n°10, p 192 et s.

LIKILLIMBA G-A.,

- La responsabilité civile d'un organisme de sécurité sociale pour soutien abusif, Banque et Droit, n° 98, novembre décembre 2004, p 19-25.
- Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, LPA 28 septembre 1998 n° 116, p 5 et s.

LOUMANY R.,

- La gestion du risque de crédit, Banque Magazine n°658, Mai 2004, p 60 et s.

LUCAS F.-X.,

- Responsabilité bancaire : l'arrêt de l'assemblée plénière dans l'affaire Tapie, du baume au cœur du banquier, note sous Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n°06-11056/06-11307, SA CDR et autres c/ Sté MJA et autres, Bull. Joly Sociétés, 1er janvier 2007 n°1, p 57 et s.

- Action en comblement de passif dirigée contre une banque qualifiée de dirigeant de fait pour avoir fait siéger deux de ses cadres au sein du conseil d'administration de la société débitrice, note sous Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15831, Sté Licorne gestion c/ Me E. ès-qual. Pinot, Bull. Joly Sociétés, 1er décembre 2006 n° 12, p 1372.
- Responsabilité d'une banque pour soutien abusif, Bull. Joly Sociétés, 1er novembre 2005 n° 11, p 1213 et s.
- Responsabilité bancaire : le banquier, administrateur de fait par personne interposée, RDBF, juillet-Août 2004, n°4, p 271 et s.
- Une caisse de mutualité sociale agricole peut engager sa responsabilité civile à l'égard des créanciers de l'entreprise à laquelle elle a conféré une apparence trompeuse de solvabilité, Bull. Joly Sociétés, 01 avril 2004 n° 4, p. 491 et s;

LUCAS F.-X., et Le CORRE P.-M.,

- Droit des entreprises en difficulté, Décembre 2006-Novembre 2007, Dalloz 2008, n° 9, p 570 et s.

LUCAS F.-X., et SÉNÉCHAL M.,

- Fiducie vs sauvegarde, Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir, Dalloz 2008, n° 1, p 29-30.

LUKE A. et SAUER T.,

- Les obligations d'information et de renseignement des banques en droit allemand, Gazette du Palais, Droit Bancaire, 9-11 septembre 2007, p 12 et s.

MACORIG-VENIER F.,

- Le soutien abusif, Revue Lamy droit des affaires, n° 24, février 2008, in Réflexions croisées Le banquier au cœur des risques, p 119 et s., étude n° 1497.

MACORIG-VENIER F. et SAINT-ALARY-HOUIN C.,

- La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, RDBF, janvier février 2006, p 60-71

MARINI Ph.,

- Avis n°355 au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, présenté le 26 mai 2005, devant le Sénat.

MARTIN G. J.,

- La prévention du risque de responsabilité du prêteur pour dommages à l'environnement et l'audit d'environnement, Rapport de synthèse, RDAI 1993, n°4, p 523 et s.

MARTIN L. M.,

- Où en est on de la responsabilité du banquier ? Banque, Janvier 1985, n° 446, p 7 et s.

MARTIN D.R.,

- De la complicité de banqueroute : une leçon du large, note sous CA Saint Denis de la Réunion 17 déc 1998, D1999 p 609.

MARTIN D.R. et SYNVEH H.,

- Droit bancaire, Décembre 2006-Décembre 2007, Dalloz 2008, n ° 13, p 871 et s.

MARTIN-SERF A.,

- Sanctions civiles, sanctions patrimoniales, Responsabilité pour insuffisance d'actif, Obligation aux dettes sociales, Revue des Procédures collectives, Avril-Mai-Juin 2008, n° 2, p 69 et s.
- Responsabilité des tiers, Revue des Procédures collectives, Avril-Mai-Juin 2008, n ° 2, p 73 et s.
- Responsabilité des tiers, Revue des Procédures collectives Décembre 2007, n ° 4, p 237 et s. (obligation de mise en garde et rupture abusive)
- Responsabilité des tiers, Revue des Procédures collectives juin 2007, n °2, p 98 et s.
- Loi de sauvegarde des entreprises et responsabilité des banquier pour crédit abusif, Revue des Procédures collectives, n°4 Décembre 2005, p 386 et s.
- Redressement et liquidation judiciaires des entreprises- Effets à l'égard des dirigeants sociaux. Conditions d'exercice et résultats de l'action en comblement du passif, JurisClasseur Traité des Sociétés, Fasc. 41-52, 11, 2005.
- La caution ne peut se décharger en invoquant la faute du créancier. Elle doit agir en responsabilité pour crédit abusif, RTDCom 1999, p 193 et s.

MARTINEAU-BOURGNINAUD V.,

- Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, Dalloz 2005, n°20, chron. p 1358 et s.

MASCALA C.,

- Le rôle déterminant de l'élément intentionnel dans la complicité de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, RTDCom 2001, p 238 et 239.

MATHIEU M.-E.,

- La banque créancière et le cautionnement disproportionné, RDBF, septembre-octobre 2004, n°5, p 345 et s.

MATSOPOULOU H.,

- La banqueroute, LPA, 18 juin 2008, n° 122, N° spécial Actes de colloque, Premières rencontres de droit pénal des affaires, Toulouse le 25 octobre 2007, p 30 et s.
- Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Droit Et Patrimoine Juin 2006, n° 149, p 48 et s.
- La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sociétés avril-juin 2004, p 283 et s.

MATTOUT J.-P.,

- Observations conclusives, Colloque du 23 septembre 2005 sur La responsabilité du banquier : vers de nouvelles frontières, RDBF, Nov-Déc 2006, p 92 et s.
- ...Aux groupes de sociétés, in De l'endettement au surendettement des entreprises, Des réalités financières aux contraintes juridiques, colloque du 16 décembre 1998, Gazette du Palais 1999, p 1367 et s.

MATTOUT J-P. et PRÜM A.,

- Jurisprudence et législation, Chroniques Droit bancaire, Droit et Patrimoine, Mars 2008, p 72 et s.
- Jurisprudence et législation Chroniques Droit Bancaire, Novembre 2006-Juin 2007, Entre espoirs comblés et déceptions, Droit et Patrimoine, Novembre 2007, n°164, p 66 et s.

MAURY C.,

- Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement, LPA 28 juillet 2006, n° 150 p 4 et s.

MAZEAUD D.,

- Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, Colloque du 20 mars 2008, Centre de Droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, numéro spécial, LPA 30 septembre 1998, n° 117, p 12 et s.

MEDEF,

- Encourager l'initiative économique grâce à une politique raisonnée de la sanction en cas d'échec : La réforme des sanctions, mars 2003.

MEKKI M.,

- La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit. RDBF, Novembre Décembre 2007, p 79 et s. étude n° 27.

MESTRE J.,

- Le devoir de se mettre en garde..., Revue Lamy Droit Civil, octobre 2006, n°31, p.3 et s.
- Les risques de l'intervention des autorités publiques dans les entreprises en difficulté, in « les autorités publiques et l'entreprise privée », Colloque de Deauville 5-6 juin 1982, RJCom n ° spécial de 1983.

MOLENAAR F.,

- Pays-Bas, in La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, Feduci, 1984, p 131 et s.

MOLFESSIS N.,

- Le principe de proportionnalité en matière de garanties, in Conférence des juristes Groupe Société Générale : Réflexions autour des garanties, Banque et Droit, n° 71, mai juin 2000, p 4 et s.
- Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, Colloque du 20 mars 1998, Centre de Droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé, numéro spécial, LPA 30 septembre 1998, n ° 117, p 21 et s.

MONSERIÉ-BON M.-H.,

- Coopérative de crédit, Répertoire Sociétés, Dalloz, septembre 2005.

MONTÉGUDET G.,

- Les réformes sont en marche, Bulletin d'actualité Lamy Droit Commercial, 1998, n°107, p 1 et s.

MONTÉРАН T.,

- Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, Gazette du Palais 9-10 septembre 2005, p 37 et s.

MOTOL C.,

- Loi de sauvegarde, un premier bilan satisfaisant, in Spécial Risque Client, Option Finance, n°902, 16 octobre 2006, p17 et s.
- Sociétés en difficultés : un challenge pour les directeurs financiers, Option Finance n°897, 11 septembre 2006, p 18 et s.
- Défaillances d'entreprises : une amélioration sous haute surveillance; Option Finance, n°886, 6 juin 2006, p 20.
- Interview de Nicolas de Germay, La loi sur la sauvegarde des entreprises est un texte de compromis, Option Finance, 7 mars 2005, n°824, p 15.

MOULY Ch.,

- La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur, Dalloz 1984, chron. p 32 et s.

MOURY J.,

- La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L650-1 du Code de commerce, Dalloz 2006, n°25, p1743 et s.

MUSTIER J-P. et DUBOIS A.,

- Risques et rendement des activités bancaires liées aux hedge funds, Banque de France, Revue de la stabilité financière, Numéro spécial hedge funds, n° 10, Avril 2007, p 93 et s.

NAHUM W.,

- Rapport d'information sur la réforme du droit des sociétés et le traitement de l'entreprise en difficulté, au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 16 octobre 2002, déposé le 11 février 2005, Doc. Assemblée nationale n° 2094, p 129.

NARMINO Ph.,

- Quelques aspects de la responsabilité des banques en droit positif monégasque, Colloque du 23 septembre 2005 sur La responsabilité du banquier : vers de nouvelles frontières, RDBF, Novembre-Décembre 2006, p 85 et s.

NAU V.,

- Avoir un Hedge funds à son capital : chance ou drame ?, Focus Actionnariat, Option Finance n° 970, Lundi 3 mars 2008, p 18 et s.

NEAU-LEDUC Ph.,

- Responsabilité du banquier et Droits de l'Homme, colloque du 23 septembre 2005 sur La responsabilité du banquier : vers de nouvelles frontières, RDBF, Nov-Déc 2006, p. 77 et s.

- Les nouvelles perspectives du droit de la responsabilité bancaire, Les banques entre droit et économie, LGDJ, collection Droit et Economie sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche, 2006, p 113 et s.

OCED (Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficulté),

- Tableau comparatif des procédures d'insolvabilité: Italie, Belgique, Allemagne, Grande-Bretagne et États-Unis, JCP Entreprise et Affaires, n° 42, 20 octobre 2005, n° 1517, p 1784.

OHL D.

- Les opérations de trésorerie au sens de l'article 12-3 de la loi du 24 janvier 1984, in Colloque Deauville 1989 « la trésorerie et le financement des entreprises », RJCom novembre 1989, n° spécial p 33 et s.

OUTIN-ADAM A. et BIENVENU S.,

- La sauvegarde des entreprises : le point de vue de la Chambre du Commerce et de l'Industrie de Paris (CCIP), JCP Entreprise et Affaires, n°42, 20 octobre 2005, 1516

PAPAZIAN F.,

- Le rôle du banquier, La prévention des difficultés des entreprises, Analyse des pratiques juridiques, Actes du colloque organisé par la faculté de droit et sciences politiques d'Aix Marseille en collaboration avec le barreau de Marseille 25-26 mars 2004, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2004

PARANCEB.,

- La responsabilité du banquier dispensateur de crédit après les arrêts du 12 juillet 2005, Dalloz 2005, Cahiers de droit des affaires, n°44, p.3094 et s.

PASQUALINI F.,

- Responsabilité du banquier, Répertoire de droit commercial, Dalloz 2008.

PATRY P-A.,

- Rapport Suisse, in La responsabilité du banquier : Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV Economica 1984, p 207 et s

PÉROCHON F.,

- Présentation, in Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, Colloque du 26 octobre 2007, Strasbourg, LPA, 11 juin 2008, n° 117, n° Spécial, p 3 et s.

PÉROT-REBOUL C.,

- Les Plans dans la Loi de Sauvegarde des Entreprises, LPA 17 février 2006, n° 35, p 35

PÉROT-REBOUL C. et PATUREAU N.,

- Cautionnement, Revue des procédures collectives, Janvier Février Mars 2008, p 83 et s.

PERRUCHOT-TRIBOULET V.,

- Le financement des entreprises dans un nouveau code des activités économiques, LPA, 7 septembre 2007, n°180, p 3 et s.

PESENTI S.,

- Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, LPA 11 mars 2004, n° 51 p 12 et s.

PÉTEL Ph.,

- Le nouveau droit des entreprises en difficultés, JCP Entreprise et Affaires n°42, 20 octobre 2005, 1509

PEYRAMAURE Ph.,

- L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté, in « les autorités publiques et l'entreprise privée », Colloque de Deauville 5-6 juin 1982, RJCom n° spécial de 1983, p 104

PIÉDELIÈVRE S.,

- Emprunteur non averti et responsabilité bancaire, note sous Cass. ch. Mixte 29 juin 2007, Dalloz 2007, n°29, p 2081 et s.
- La loi de sauvegarde des entreprises, Notariale et Immobilière n° 39, 30 Septembre 2005, 1397.
- Nouvelles variations sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, RDLC, 2005/21 n° 864 p 15 et s.
- Le dé plafonnement de certains taux d'intérêts, JCP E n° 42, 16 octobre 2003, étude 1466, p 1658.
- La responsabilité liée à une opération de crédit, Droit et Patrimoine, Janvier 2001, n° 89, p 62 et s.

PIETTE G.,

- Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation, Revue Lamy droit des affaires, n° 24, février 2008, in Réflexions croisées Le banquier au coeur des risques, p 116 et s. étude n° 1496.
- Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L 650-1 du code de commerce, RLDC, 01/06/2006, n° 28 p 27 et s.

PINIOT M.-Ch.,

- Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Non cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, RJDA 7/1995, chron. p 639-645.
- Responsabilité du banquier envers l'emprunteur, RJDA 6/99, p 495

POELMANS O.,

- Jurisprudences belge et luxembourgeoise, in Chronique de jurisprudence européenne : responsabilité bancaire, Gazette du Palais, Droit bancaire, 9-11 septembre 2007, p 28 et s.

POELMANS O. et BLOMMAERT D.,

- Jurisprudences belge et luxembourgeoise, Gazette du Palais, Droit bancaire, 27-31 mars 2005, p 38 et s.

POITRINAL F.-D.,

- Soutien abusif ou rupture brutale du crédit aux entreprises : entre Charybde et Scylla. Banque et Droit, n° 35, mai-juin 1994, p 6 et s.

- Responsabilité des banques pour soutien abusif, Droit et Patrimoine avril 1994, p 37 et s.

POLACH A.,

- Risque et gestion des risques : Notions, in dossier Le risque juridique, Cahier de droit de l'entreprise, n° 1, janvier février 2008, p 20 et s.

PORACCHIA D.,

- L'action en comblement de passif fondée sur l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 ne peut se fonder sur des faits postérieurs au jugement d'ouverture, seule l'action en responsabilité pour faute contre les dirigeants est recevable, note sous Cass. com., 14 mars 2000 ; Sté Union tank eckstein Gmbh et Co Kg - UTA c/ Koch, ès qual. et a. (arrêt n° 684 P) Juris-Data n° 000990.JCP éd. Entreprise et Affaire, n° 39, 28 Septembre 2000, p. 1527.

PREVOT O.,

- Un nouveau produit de négociation : la police d'assurance en remplacement de la garantie de passif, Option Finance n° 970, Lundi 3 mars 2008, p 32-33.

PROVANSAL A.,

- Procédures collectives et sûretés personnelles ; l'exécution contre les cautions, les coobligés, et les garants autonomes des débiteurs en procédures collectives, Gazette du Palais, recueil juillet-août 2007, p 2251 et s.

PUIG P.,

- Les garanties autonomes, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 9 et s.

RADÉ C.,

- Faute, in Dictionnaire de la Culture Juridique sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p 706 et s.

RAIBAUD R.,

- Entreprises, Comment les banques vous notent, Option Finance, n ° 821, 14 février 2005, p 6 et s.

RAKOTOVAHINYM.-A.,

- L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel, LPA, 27 décembre 1999, n°257, p 6 et s.

REINHARD Y.,

- Condamnation en comblement de passif d'une banque en qualité de dirigeant de fait par l'intermédiaire d'administrateurs salariés de cette banque, note sous Cass. com., 27 juin 2006, pourvoi n° 04-15.831, arrêt n° 922 P+B+I+R, SA Licorne Gestion (anciennement dénommée banque Worms) c/ Segard, ès qual. : Juris-Data n ° 2006-034269, JCP Entreprise et Affaire, n° 39, 28 Septembre 2006, 2408.

REY P.,

- La prévention est la solution, Banque Magazine, n°655, Février 2004, p 18 et s.

REYGROBELLET A.,

- Brefs propos sur la décision du conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde, LPA 17 février 2006 n° 35, p 58 et s.

REZGUI S.,

- La responsabilité de l'administration fiscale dans le prolongement ou la cessation de l'activité d'une entreprise, LPA 15 mai 1989, n°58 p 11 et s.

RIASSETTO I. et STORCK M.,

- Information, conseil ou mise en garde ? Petite clarification bénéfique, Bulletin Joly Bourse, 01 janvier 2007 n° 1, p. 24 et s.

RICHARD J.-F.,

- Le gage après l'ordonnance du 23 mars 2006, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 45 et s.

RIFFARD J.-F.,

- Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur, RDBF, Novembre décembre 2007, p 97 et s., étude n° 30.

RIVES-LANGE J.-L.,

- La rupture immédiate d'un concours bancaire, Mélanges AEDBF-France, Droit bancaire et financier, sous la direction de Jean Pierre Mattout et Hubert de Vauplane, Banque Editeur, 1997, p 275 et s.
- La notion de dirigeant de fait, Dalloz 1975, chronique p 41 et s

RIVIÈRE-PAVARD I.,

- La représentation des créanciers, LPA 20 mars 2007, n°57 p 12 et s.

ROBACZEWSKI C.,

- La non-réforme des sanctions pénales dans la loi de sauvegarde des entreprises, Gazette du Palais, 9-10 septembre 2005, n° spécial Proc. Coll., p 48 et s.

ROBINE D.,

- L'article L650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné?, Dalloz 2006, n°1, 5 janvier 2006, Cahiers de droit des affaires, p 69-78.
- La réforme du gage de compte d'instruments financiers par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005, Bulletin Joly Bourse, 01 juillet 2005 n° 4, p. 399 et s.

ROLLAND B.,

- Fin de non-recevoir : action subsidiaire en responsabilité de droit commun, Procédures n° 5, Mai 2008, comm. 154 .

RONTCHEVSKY N.,

- Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises, Banque et Droit n°105, janvier février 2006, p 17 et s.

RONTCHEVSKY N. et JACOB F.,

- Chronique de droit des sûretés, note sous Cass. Com. 20 septembre 2005, Banque et Droit n°104, novembre-décembre 2005, p 76

ROUSSEL-GALLE Ph.,

- A propos du rapport d'activité 2006 du CIRI, Revue des Procédures collectives n° 3 septembre 2007, p 107 et s.

- Loi de sauvegarde : Premières statistiques, Revue Procédures collectives, n°1 mars 2007, p 1 et s.
- De quelques modifications du décret du 28 décembre 2005 pris en application de la loi de sauvegarde des entreprises, par le décret du 23 décembre 2006.
- La procédure de sauvegarde : Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, JCP Entreprise et Affaires n°40, 5 octobre 2006, 2437
- Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif, Gazette du Palais 9/10 septembre 2005, Procédures Collectives, p 3 et s.
- Le droit des faillites « à l'heure de l'Europe », LPA, 6 décembre 2004, n ° 243, p 5 et s.

ROUSSEL-GALLE Ph. et SÉNÉCHAL M.,

- Créancier d'une entreprise en difficulté, une situation moins inconfortable?, in Dossier La loi de sauvegarde : bilan d'étape, Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, mars avril 2007, p 40 et s.

ROUTIER R.,

- La responsabilité de l'établissement de crédit, note sous Cass. com. 14 mai 2008, n ° 07-17.939 Gaz. Pal. 27-29 juillet 2008, p 53.
- Responsabilité de l'établissement de crédit, Gazette du Palais, La Gazette des Procédures Collectives, 23-24 janvier 2008, p 58 et s.
- Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti, RDBF, Novembre décembre 2007, p 85 et s., étude n° 28.
- Devoir de vigilance, d'information, de mise en garde, et de conseil, JCP éd. Entreprise et Affaires, n°45, 8 novembre 2007, p 13.
- Responsabilité de l'établissement de crédit, Gazette du Palais, La Gazette des Procédures Collectives, 26-27 octobre 2007, p 53 et s.
- L'article L650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable?, Dalloz 2006, n°42, p 2916 et s.
- De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde, Dalloz 2005, chron. p 478 et s.
- Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, Commentaire de l'article L650-1 du Code de Commerce, Gazette du Palais, 9-10 septembre 2005, Procédures Collectives, p 33 et s.
- La responsabilité du banquier, La Gazette du Palais, 29-30 avril 2005, p.40 et s.
- De l'art de juger à la lumière de la connaissance des cautions : en creux et en relief, Bull. Joly Sociétés, 1er janvier 2004 n° 1, p 35

SAINT-ALARY-HOUIN C.,

- Qualification de la créance environnementale, in Créanciers Postérieurs, Revue des Procédures collectives, n°3, Septembre 2007, p 144.
- Présentation générale de la réforme, LPA, 17 février 2006, n°35, p 4 et s.
- Le projet sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière?, Droit et Patrimoine, n°133, Janvier 2005, p 24-42.

- De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle, in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, sous la direction de J. KRYNEN et M. HECQUARD-THERON, coll. Travaux de l'IFR Mutations des normes juridiques, Tome 1 Bilans, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2005, p 389 et s.
- Les intentions de réforme des lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985, LPA, 6 septembre 2000, n°178, p 64 et s.
- Du document d'orientation préparatoire à l'avant projet de Loi de Sauvegarde des Entreprises, Lamy Droit des Affaires 1999, n°17, 06-1999
- La moralisation des procédures collectives : regards sur la jurisprudence récente, in Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p 503 et s.
- Du document d'orientation préparatoire à la réflexion sur un avant projet de loi, Bulletin d'actualité Lamy Droit Commercial, 1999, n°111, p 1 et s.

SALGUEIRO A.,

- Appréciation du risque de crédit à une entreprise, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc 180, 8/2005.

SALOMON R.,

- Les conditions de la répression du dirigeant de fait, note sous CA Douai, 6e ch. corr., 5 avr. 2005, D. : Juris-Data n ° 2005-279924, Dr. sociétés n° 12, Décembre 2005, comm. 229.

SAUTEL O.,

- La responsabilité Pénale des personnes morales, LPA, 18 juin 2008, n° 122, n ° spécial Actes de Colloques, Premières rencontres de droit pénal des affaires, Toulouse le 25 octobre 2007, p 7 et s.

SCHMIDT D.,

- Risques et devoirs du banquier analyste, Bulletin Joly Bourse, 01 septembre 2006 n ° 5, p 594 et s.

SCHOETTL J.-E.,

- La loi de sauvegarde des entreprises devant le Conseil Constitutionnel, LPA, 4 août 2005, n°154, p 14-18.

SCHOLER P.,

- Devoir d'information de la banque créancière d'un cautionnement à l'égard du dirigeant engagé : bref rappel, Bull. Joly Sociétés, 01 août 2004 n° 8, p 1092 et s.

SCHÖNLE H.,

- Suisse, in la responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé, Feduci, 1984, p 117 et s.

SÉNAT,

- La sauvegarde des entreprises en difficulté, Les Documents de travail du Sénat, Série Législation Comparée, LC 135.

SIMLER Ph.,

- La réforme du droit des sûretés, un livre IV nouveau du Code civil, JCP Entreprise et Affaires n°14-15, 6 avril 2006, 1559, p 662 et s.

SIMON et associés (avec le concours du cabinet d'avocats ...),

- Dossier Le contrat de franchise : un an d'actualité, LPA, n° spécial, 9 novembre 2006, n° 224, spécialement Procédures collectives, p 47 et s.

SIMON F.-L.,

- Procédures Collectives, LPA, 09 novembre 2006 n° 224, p 47 et s.

SOINNE B.,

- Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives), Dalloz 2004, n°21, p 1506 et s.
- La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante, LPA, 2 Août 1995, n° 92, p 10 et s.

SORTAIS J.-P.,

- L'irresponsabilité des représentants d'une banque, poursuivis pour délit de banqueroute, Dalloz 2002, p 205

STAES O.,

- Action en responsabilité pour soutien abusif de crédit et action en comblement du passif : régime de l'effet dévolutif de l'appel différent, note sous Cass. com., 08 janv. 2008, 06-16308, Sté Rioux c/ SCI Le Séville et autres, Bull. Joly Sociétés, 1er avril 2008 n° 4, p 325.

STOUFFLET J.,

- De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle, RDBF, Novembre Décembre 2007, p 78-79, étude n° 26.
- Essai de définition des limites entre la vigilance normale d'un prêteur et le comportement relevant de la qualification de dirigeant de fait, in Droit bancaire, JCP E n° 46, 15 Novembre 2007, 2377, n° 13.
- Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, in Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz, Paris 1999, p 517 et s.
- La trésorerie : existe-t-il une notion juridique ?, in Colloque Deauville 1989 « la trésorerie et le financement des entreprises », RJ Com. n° spécial novembre 1989, p 26.
- Rapport Français, in La responsabilité du banquier : aspects nouveaux, Association Henri Capitant, Tome XXXV, Economica, 1984, p 143 et s.
- Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit, in Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de la banque, sous la direction de Christian Gavalda, Economica 1978, p 21 et s.
- L'ouverture de crédit peut elle être source de responsabilité envers les tiers?, JCP édition Générale 1965, I, étude 1882

STOUFFLET J. et MATHEY N. (sous la direction de),

- Droit bancaire (2° partie), JCP Entreprise et Affaires n°46, 15 novembre 2007, n° 2377, p 15 et s.
- Droit bancaire, JCP Entreprise et Affaires n°22, 31 mai 2007, n°1679, p 13 et s.
- Droit bancaire, JCP Entreprise et Affaires, n°22, 1er juin 2006, 1850, p 970 et s.
- Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Commentaire des dispositions applicables aux concours financiers, RDBF, janvier-février 2006, p 54-59.
- Droit bancaire, JCP Entreprise et Affaires, n°47, 24 novembre 2005, n°1676, p 1970 et s.

STOULLIG A.

- « 25 ans d'affacturage en France », Banque , n° 506, juin 1990, p 593 et s.

TAMBA J.,

- Entreprises en difficulté, vers un allègement de la responsabilité des banques ?, Revue Banque, décembre 2006 n°686, p 41 et s.
- Loi du 26 juillet 2005, Principales nouveautés de la loi sur la sauvegarde des entreprises, Revue Banque, n°675, Décembre 2005, p 56-57.
- Les principales nouveautés de la loi sur la sauvegarde des entreprises, Banque Stratégie, n°231, novembre 2005, p 22 à 31

TEBOUL G.,

- Les accords « Bâle II » et les entreprises en difficulté, RLDA Juillet-Août 2008, n° 29, in Colloque Les Entretiens de la Sauvegarde, 28 janvier 2008, n° 1762 p 90 et s.
- Quelques observations sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises après le vote du 9 mars 2005, Gazette du Palais, 23 avril 2005 n° 113, p 14 et s.

TORCK S.,

- Les Sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007, RDBF, Janvier Février 2008, p 8 et s.

TRÉBULLE F.-G.,

- Portée d'une lettre d'intention et modalités de rupture de crédit à durée indéterminée, Dr. Sociétés n°5, mai 2005, comm. 85
- L'environnement en droit des affaires, Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz 2003, p 1035 et s.

TRÉGOUËT R.,

- Rapport sur le projet de loi relatif aux délais de paiement entre les entreprises, Sénat, n° 275, 3° session extraordinaire de 1991-1992

TRICOT D.,

- Les critères de la gestion de fait, Droit et Patrimoine Janvier 1996, p 24 et s.

TRICOT D. et CAUSSE H.,

- Le devoir de mise en garde du banquier, RDBF, Novembre Décembre 2007, p 73 et s., étude n° 25.

TURCZYNSKI J.,

- Le soutien abusif, in Actes du colloque des 27 et 28 février 2006, de l'Université de la Réunion Saint Denis, La Loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, LPA, 20 mars 2007, n°57, p 30 et s.

URBAIN-PARLÉANI I.,

- L'octroi abusif de crédit, RDBF n°6 Novembre Décembre 2002, p365 et s.

VALETTE D.,

- Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ? RDBF, Novembre Décembre 2007, p 91 et s. étude n° 29.

VALLENS J.-L.,

- Les remises de dettes publiques, in Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, Colloque du 26 octobre 2007, Strasbourg, LPA, 11 juin 2008, n° 117, n° Spécial, p 10 et s.
- Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises, RTDCom Juil-Sept 2007, p 604 et s.
- Les sanctions dans la réforme du 26 juillet 2005, Rev. Lamy Droit des Affaires, Supplément, Décembre 2005, n° 88, p 32 et s.
- Réforme des procédures collectives : premier commentaire de l'avant-projet de loi, Bulletin d'actualité Lamy Droit Commercial, 2003, n°160, p 1 et s.
- Table ronde (animée par), Les aspects internationaux du surendettement, Particularismes des droits anglais et allemand de l'insolvabilité, in dossier De l'endettement au surendettement des entreprises, Des réalités financières aux contraintes juridiques, Colloque du 16 décembre 1998, Gazette du Palais, septembre octobre 1999, doctrine p 1388
- Réforme des procédures collectives, du bon usage du droit comparé, LPA 18 septembre 1998, n°112, p 14 et s.
- Droit de la faillite et droits de l'homme, La loi sur le redressement judiciaire et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, RTDCom 1997, p 567 et s.
- Les sanctions dans la réforme du 26 juillet 2005, Revue Lamy Droit des Affaires, décembre 2005, n°88 supplément, p 38 et s.

VALLIOT R.,

- La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficultés : le point de vue de l'administrateur judiciaire, du mandataire ad hoc et du conciliateur, JCP Entreprise et Affaires, n°42, 20 octobre 2005, 1515

VASA J.,

- Année 2004 : le point sur les textes nouveaux et à venir, Bulletin d'actualité Lamy Droit Commercial, 2004, n°173 p 1 et s.

VASSEUR M.,

- Après l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1978, Le point sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté et sur celle de ses dirigeants, Banque Septembre 1978, n°376, p 955 et s.
- La mise en jeu de la responsabilité du banquier, Revue Banque, avril 1976, n° 350, p 367 et s.

VEDEL G.,

- La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, JCP 1950, I, 851.
- De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, JCP 1948, I, 682.

VIDAL D.,

- La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client, Colloque du 23 septembre 2005 sur La responsabilité du banquier : vers de nouvelles frontières, RDBF, Nov-Déc 2006, p 87 et s.

VIGNERON B.,

- Cautionnement du dirigeant de société : les conditions de validité et d'exécution, Droit et Patrimoine janvier 1994, p 42 et s.

VOINOT D.,

- Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p 62 et s.

WALBERT Cl. et CABRELLI M.-A.,

- Comment augmenter les liquidités : de la théorie à la pratique (1ère partie), Option Finance, n° 916, 22 janvier 2007, p 30 et s.
- Comment augmenter les liquidités : de la théorie à la pratique (2ème partie), Option Finance, n° 917, 29 janvier 2007, p 39 et s.

ZATTARA-GROS A.-F.,

- La loi de sauvegarde article par article, article L 650-1 du Code de commerce, LPA, 9 février 2006, n°29. La réforme des procédures collectives, La loi de sauvegarde article par article, sous la direction de François-Xavier Lucas et Hervé Lécuyer, LGDJ, 2006, p 412-419.

V. NOTES DE JURISPRUDENCE

AGOSTINI E.,

- note sous Cass. 1° civ., 14 février 1995, D 1996, jur. p 391.

AMSELEK P. et DERRIDA F.,

- note sous T. conflits, 23 janvier 1989, D 1989, p 367, concl. FLIPO.

AVENA-ROBARDET V.,

- note sous Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, D 2007 act., p 1950.

- obs sous Cass. com. 3 décembre 2003, n° 99-12653, Bull. Civ. IV n° 188, p 211, D 2004 AJ p 206.
- obs sous Cass. com. 24 juin 2003, n° 00-12.566, Bull. Civ. IV n° 103, p 113, Jurisdata n° 2003-019638, D 2003 AJ p 2308.
- obs sous Cass. 1° civ. 29 avril 2003, n° 00-20062, Bull. Civ. I n° 100, p 77, D 2003, AJ p 1435.

AYNÈS L.,

- note sous Cass. com. 17 juin 1997, Macron, n° 95-14.105 Bull. Civ. IV n° 188, p 165, Defrénois 1997, art. 36703, n° 158 p 1424.
- obs sous Cass. 1° civ. 22 octobre 1996, Bull. Civ. I, n° 362, D 1997 somm. 166.
- obs sous Cass. com. 16 mars 1993, D. 1993, somm. p 314.

BARBIÉRI J-F.,

- note sous Cass. com. 17 décembre 2003, pourvoi n° 00-19.993, Époux Y. c/ SA Brasseries Heineken, Bull. Joly Sociétés, 1er avril 2004, n° 4, p 496.
- note sous Cass. com. 24 septembre 2003, n° 00-19067, Bull. Civ. IV n° 136, Bull. Joly Sociétés 2003, p 1260.
- obs sous Cass. crim. 9 novembre 1999, n° 98-81746, Bull. Crim. n° 252, Bull. Joly Sociétés 2000, p 419, § 85.
- obs sous Cass. crim. 14 décembre 1999, n° 99-80104, Bull. Crim. n° 306, Bull. Joly Sociétés 2000, §145.
- note sous Cass. 2° civ., 4 février 1982, JCP G 1982 II, 19894.

BARBIÉRI J-J.,

- note sous Cass. crim. 19 septembre 1994, Bull. Joly Sociétés 1994, p 1309.

BAZIN E.,

- note sous Cass. 1° civ., 30 octobre 2007, n° 06-17003, Epx Debure c/ sté Cofidis, D 2008, jur, p 256.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

- note sous Cass. com 3 juin 1997, Bull. Civ IV, n° 163, JCP E 1997, II, 988.
- obs sous Cass. com. 3 juin 1997, Bull. Civ. IV, n° 161, JCP E 1997, II, 988.

BÉNABENT A.,

- note sous Cass. com. 30 juin 1992, n° 90-20991, Bull. Civ. IV n° 258, D 1994, p 454.

BOCCARA D.,

- note sous Cass. com 22 avril 1997 Saint-Cyr c/ Sté générale de banque aux Antilles françaises, LPA 4 mars 1998, p 25.

BOIZARD M.,

- note sous Cass. 1° civ., 24 juin 1981, Bull. Civ. I, n° 233, D 1982, 397.

BONNEAU T,

- obs sous Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-12.677, arrêt n° 1169 F-P+B, Banque et droit 2008, Ch. Droit bancaire, p 22.
- obs. sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, Banque et Droit janv-février 2007, 25.
- note sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, JCP 2006 II 10175.
- obs sous Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-14.114 (FS+P+B) Jurisdata n ° 2006-034266, Banque et Droit 2006, n° 109, p 50.
- obs. sous Cass. 1° civ., 12 juillet 2005, n° 02-13.155, 03-10.115, 03-10.770 et 03-10.921, Bull. Civ. I, n° 324 à 327, Banque et Droit 2005, n° 104, p 82.
- obs sous Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n ° 67, Banque et droit juillet-août 2005, p 71.
- obs sous Cass. 3° civ., 23 juin 2004, Banque et Droit Septembre-octobre 2004, 86.
- obs sous Cass. com. 3 décembre 2003, n° 99-12653, Bull. Civ. IV n° 188, p 211, Banque et Droit mars-avril 2004, 61.
- obs sous Cass. com. 24 septembre 2003, n° 00-17517 inédit, et n° 00-20999 inédit, n ° 02-11362, Bull. civ. IV n° 137, Banque et Droit janvier-février 2004, p 56.
- obs sous Cass. com. 19 novembre 2002, Bull. Civ. IV, n° 167, p 191, Banque et droit n° 88 mars avril 2003, 61.
- obs sous Cass. com. 16 mars 1993, Dr. sociétés 1993, n° 109.

BOULOC B.,

- obs sous Cass. crim. 26 juin 2001, Bull. Crim. n°161, Rev. Sc. Crim. 2002, 99.
- obs sous Cass. crim. 14 décembre 1999, n° 99-80104, Bull. Crim. n° 306, Rev. Sc. Crim. 2000, p 600.
- obs sous Cass. crim. 9 novembre 1999, n° 98-81746, Bull. Crim. n° 252, Rev. Sc. Crim. 2000 p 600.
- obs sous Cass. crim. 2 juin 1999, n° 98-81454, Bull. Crim. n° 118 p 315, RTDCom 2000, p 200.
- obs sous Cass. crim. 14 avril 1999, n° 81, Rev. Sc. Crim. 1999, 809.
- obs sous Cass. crim. 1er décembre 1998, n° 97-80560, Bull. Crim. n°325, Rev. Sc. Crim. 1999, p 579.
- note sous Cass. crim. 27 novembre 1997, Rev. Sociétés 1998, p 596.
- obs sous Cass. crim. 9 octobre 1989, n° 89-80.160, Bull. crim., n° 343, p 831, Rev. Sociétés 1990, p 279.
- note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, Gaz. Pal. 1976, 1, jur., p 412 (journal n° 168 du 16 juin 1976).
- obs sous Cass. crim. 23 juillet 1970, n ° 69-90335, Bull. Crim. n° 245, p 582, Rev. Sociétés 1971, 158.

BOUTEILLER P.,

- note sous Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Méneteau, Bull. Civ. IV, n° 95 p 78, JCP E 1999 panorama p 1218.

BUGADA A.,

- obs sous Cass. com 10 décembre 2003, arrêt n° 1807, FP PBRI, Mutuelle sociale agricole c/ Brénac ès qual., JCP G n° 15, 7 avril 2004, p 689.

C. L.,

- note sous Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Méneteau, Bull. Civ. IV, n° 95 p 78, LPA n°118, 15 juin 1999, 12 et s.

CABRILLAC M.,

- obs sous Cass. com. 14 décembre 1999, n° 97-14.500, Bull. civ. IV, n° 230, p 193, RTDCom. 2000, p 157.
- obs sous Cass. com. 26 octobre 1999, n° 96-16837, Bull. Civ. IV, n° 182 RTDCom 2000, p 157.
- obs sous Cass. com. 19 octobre 1999, Bull. Civ. IV, n° 167, p 140, RTDCom 2000, p 155.
- obs sous Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Méneteau, Bull. Civ. IV, n° 95 p 78, RTDCom 1999, 733.
- obs sous Cass. com. 17 juin 1997, Macron, n° 95-14.105 Bull. Civ. IV n° 188, p 165, RTDCom 1997, n° 662.
- obs sous Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, JCP E 1993, I, 298.
- obs sous Cass. com. 16 mars 1993, Bull. civ IV n° 106, JCP G 1993, I, 3704.
- note sous CA Chambéry, 16 avril 1992, JCP E 1992, 168, p 384 n° 24.
- note sous Cass. com. 27 octobre 1964, D 1965, p 129.

CABRILLAC M. et ARGENSON J.,

- obs sous Cass. com 25 mai 1981, JCP CI 1981, 10474, p 101.

CABRILLAC M. et TEYSSIÉ B.,

- obs sous Cass. com. 18 mai 1993, n° 91-16.700, Bull. civ. IV, n° 190, p. 135, RTDCom. 1994, p. 84.
- obs sous Cass. com. 18 mai 1993, n° 91-17.675, Bull. civ. IV, n° 189, p 135, RTDCom. 1993, p. 552.
- obs sous Cass. com. 2 mars 1993, n° 91-10.181, Bull. civ. IV, n° 88, RTDCom. 1993, p 553.
- obs sous CA Toulouse 26 juin 1989, sur renvoi de Cass. com 25 novembre 1986, RTDCom 1990, p 71, n° 1.
- obs sous Cass. com. 14 février 1989, n° 87-14.564 et 87-14.629, RTDCom. 1989, p 507.
- obs sous Cass. com. 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n° 266, RTDCom. 1988, p 97.
- obs sous Cass. com. 13 janvier 1987, n° 85-17.056, Bull. civ. IV, n° 8, p. 5, RTDCom. 1987, p. 229, n° 2.
- obs sous Cass. com. 25 novembre 1986, n° 85-12.529, Bull. civ. IV, n° 220, p 191, RTDCom. 1987, p 230, n° 2.

- obs sous Cass. com. 24 novembre 1983, RTDCom 1984, p 499.
- obs sous Cass. com. 3 février 1982, RTDCom 1982, p 595.
- obs sous T com Aix-en-Provence, 1er décembre 1980, RTDCom 1981, p 573, n° 7.

CABRILLAC M. et RIVES-LANGE J-L.,

- obs sous Cass. com. 8 mai 1978, n° 76-15.446, Bull. civ. IV, n° 129, p 108, RTDCom. 1979, p. 134, n° 1.
- obs sous Cass. com. 9 octobre 1974 Bull. Civ. IV, p 196, n° 241, RTDCom 1975, 341.
- obs sous Cass. com. 19 mars 1974, RTDCom 1975, 155.

CAMPANA M-J. et CALENDINI J-M,

- obs sous Cass. com. 3 juin 1997, Bull. Civ. IV, n° 161, RDBF 1997, p 175.
- obs sous Cass. com. 28 mars 1995, pourvoi n° 93-13.937 aff. Naudin et a. c/ Soc. Case Poclair, Bull. civ. 1995 IV n° 105 p 93, Rev. Droit bancaire 1995, 11.

CASEY J.,

- obs sous CA Paris 27 novembre 1998, JCP E 1999 105 et JCP 1999 II 10092
- obs sous Cass. com. 17 juin 1997, Macron, n° 95-14.105 Bull. Civ. IV n° 188, p 165, D 1998, 208.

CHAMPAUD C. et DANET D.,

- obs sous Cass. com 25 mars 2003, Bull. Civ. IV, n° 50, RTDCom 2003 p 748.

CHAPUT Y.,

- obs sous Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, Dr. sociétés 1994, n° 26.
- note sous Cass. com. 17 juillet 1992, Bull. Civ. IV, n° 359, Rev. Sociétés 1993, p 445.
- obs sous Cass. com. 10 mars 1992, n° 90-14.663, Rev. proc. coll. 1992, p. 315.
- note sous Cass. com. 23 octobre 1990, SARL Ch. Libeaux et consorts C. c/ Syndic SA Logabax et consorts., Rev. Sociétés 1991, p 538.

COQUELET M-L.,

- note sous CA Paris (15ème Ch.), 26 novembre 2004, Me X. c/ Société Y. et allii, www.yveslevy-cabinet.avocat.fr, Lettre n° 20, 9 mars 2005.

CONSTANTIN A. et LEVY Y.,

- note sous CA Versailles, 29 avril 2004 (13° ch. Civ), Chouraqui et a c/ M. Segard, Bull. Joly Sociétés 2004, § 245 p 1201.

CONSTANTIN A.,

- note sous Cass. com. 9 juillet 2002, Bull. Joly Sociétés, novembre 2002, p 1168.

COURET A.,

- note sous Cass. com. 31 janvier 1995, Bull. Joly Sociétés 1995, 341.

COURTIER J-L.,

- note sous Cass. com. 5 janvier 1999, Bull. Civ. IV n° 3, RJCom 1999, 414.

- obs sous Cass. com. 11 octobre 1994, n° 90-12.129, Banque de Bretagne c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 279, LPA 16 juin 1995, n° 72, p 22.

COUTANT-LAPALUS C.,

- note sous Cass. com. 27 février 2007, n° 06-13.649 Jurisdata n° 2007-037790, Bull. Civ. IV n° 72, LPA 16 nov. 2007, n° 230, n° 230, p 8.

CRÉDOT F-J. et GÉRARD Y.,

- obs sous Cass. 1° civ. 22 janvier 2002, Jurisdata n° 012662 ; RDBF mars avril 2002, p 65.
- obs sous Cass. com. 14 juin 2000, RDBF juill.-août 2000, p 222, n° 141.
- obs sous Cass. com. 14 décembre 1999, n° 97-14.500, Bull. civ. IV, n° 230, p 193, RDBF 2000, p 14.
- obs sous Cass. com. 19 octobre 1999, Bull. Civ. IV, n° 167, p 140, RDBF n° 1, janvier-février 2000, p 13.
- obs sous Cass. com. 15 juin 1999, n° 96-12.666, RDBB 1999, n° 75, septembre-octobre 1999, p 186.
- obs sous Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Méneteau, Bull. Civ. IV, n° 95 p 78, RDBB n° 75, septembre-octobre 1999, p 184.
- obs sous Cass. com. 24 mars 1992, n° 90-13.508, Bull. civ. IV, n° 125, p 90, RDBB 1992, p 163.
- obs sous Cass. com. 1er octobre 1991, n° 89-13.127, Bull. civ. IV, n° 273, RDBB 1992, p. 27.
- obs sous Cass. com. 4 octobre 1994, n° 92-12.628, RDBB 1995, p 15.
- obs sous Cass. com. 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n° 266, RDBB 1988 p 60.
- obs sous CA Paris 10 juin 1987, RDBB 1988, p 92.

CRÉDOT F-J. et SAMIN T.,

- note sous Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-12.677, arrêt n° 1169 F-P+B, RDBF n° 2, Mars 2008, n°35.
- obs sous Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-14.114 (FS+P+B) Jurisdata n° 2006-034266, RDBF 2006, comm. 191.
- obs. sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, RDBF 2006, n° 188.

CRÉDOT F-J.,

- obs sous Cass. com. 11 octobre 1994, n° 90-12.129, Banque de Bretagne c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 279, RDBB 1995, p 16.

CROCQ P.,

- note sous Cass. com. 17 juin 1997, arrêt Macron n° 95-14.105 Bull. Civ. IV n° 188, p 165, RTDCiv 1998, p 157.
- obs sous Cass. 1° civ. 22 octobre 1996, RTDCiv 1997, 189.

CROZE H.,

- note sous Cass. com. 25 mars 2003, Sté CDR créances c/ Rambour, ès qual., pourvoi n° G 01-01.690, (arrêt n° 574 FS-P) Juris-Data n° 2003-018502, JCP E n° 25, 17 Mai 2004, 927.

CULIOLI M. et DERRIDA F.,

- note sous Cass. crim. 20 novembre 1978, n° 77-93.417 Bull. Crim. n° 319, p 823, D 1979, 525.

DAIGRE J-J.,

- obs sous Cass. com 25 mars 2003, Bull. Civ. IV, n° 50, Rev. Sociétés 2003, p 859.
- note sous Cass. com. 9 décembre 1997, Regazzoni c/ Percepteur de Luxeuil-les-Bains et autres, Bull. civ. IV, n° 331, Rev. sociétés 1998, p. 316.

DAMMANN R. et PASZKUDZKI J.,

- note sous Cass. com. 27 juin 2006, Banque Worms, n° 04-15.831, D 2006, n° 36, p 2534.

DE FONTBRESSIN P.,

- note sous CA Aix-en-Provence, 8^och, 23 avril 1982, Sté Lair SA et Banque de la Cité SA c/ Roaldès, inédit, Jurisdata n°1982-601118, RJCom 1983, 345.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.,

- note sous Cass. com. 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n°266, RDBB 1988, p 69.

DELEBECQUE Ph. et SIMLER Ph.,

- obs sous CA Lyon 16 janvier 1998, JCP 1999 I, 116 n° 6
- obs sous CA Paris 27 novembre 1998, JCP 1999 I 116 n° 6

DELEBECQUE Ph.,

- note sous Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, RLDC Décembre 2007, n° 44, 2778, p 25.
- note sous Cass. com 12 novembre 1997, Bull. Civ. IV n° 284, p 247, Bull. Joly Sociétés 1998, § 40 p 105.

DELPECH X.,

- obs sous Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-12.677, arrêt n° 1169 F-P+B, D 2007, 2870.
- obs. sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, D 2006 AJ p 2525.
- obs sous Cass. com. 3 mai 2006, n° 02-11.211, 04-15.517et 04-19.315 (P+B+I+R), D 2006, p 1445.
- obs sous Cass. com. 10 décembre 2003 n° 01-03746, n° 1807 FPPBRI, MSA Ariège c/ M° X. ès-qual., D 2004, p 136.
- obs sous Cass. com. 6 octobre 1998, D Aff. 1998, 1903.

DEMOGUE R.,

- obs sous Cass. 28 janvier 1930, RTDCiv 1930, p 369

DERRIDA F. et SORTAIS J-P.,

- note sous Cass. com. 16 novembre 1993, D 1994, p 57.
- note sous Cass. com 25 mai 1981, D 1981, p 643.
- obs sous CA Paris 9 mai 1980, Rev. Sociétés 1981, p 382
- note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, DS 1976, jur. p 277.

DERRIDA F.,

- obs sous Cass. com. 3 juin 1997, Bull. Civ. IV, n° 161, D 1997, jur. p 517.
- obs sous Cass. com. 12 juillet 1994, Bull. Civ IV, n° 265 ; D 1995, somm. 1.
- obs sous Cass. com. 28 mars 1995, pourvoi n° 93-13.937 aff. Naudin et a. c/ Soc. Case Poclain, Bull. civ. 1995 IV n° 105 p 93, D 1995 n° 29 jur. p 410.
- note sous Cass. com. 28 mars 1995, pourvoi n° 93-13.937 aff. Naudin et a. c/ Soc. Case Poclain, Bull. civ. 1995 IV n° 105 p 93, LPA 19 juillet 1995 n° 86 p 15.
- note sous Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, D 1993, p 469.
- note sous Cass. com. 16 mars 1993, Bull. civ IV n° 106, D 1993, 583.
- obs sous Cass. com. 16 mars 1993, LPA, 20 octobre 1993, n° 126, p 14.
- obs sous Cass. com. 27 novembre 1991, D 1992, p 81.
- obs sous Cass. com. 1er octobre 1991, n° 89-13.127, Bull. civ. IV, n° 273, D 1992, somm., p 261.
- obs sous Cass. com. 14 février 1989, n° 87-14.629, D 1991, somm., p 11.
- note sous CA Toulouse 26 juin 1989, sur renvoi de Cass. com 25 novembre 1986, D 1989, jur., p 530.
- note sous Cass. com. 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n° 266, D 1988, jur., p 52.
- note sous Cass. com. 25 novembre 1986, n° 85-12.529, Bull. civ. IV, n° 220, p 191 ; D. 1987, jur., p 88.
- obs sous Cass. com. 3 février 1982, D 1983, IR, 1.

DESHAYES O.,

- note sous Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12.196, arrêt n° 774, FS-P+B, D 2007 n° 28, p 1999.

DEVÈZE J.,

- obs sous Cass. crim. 13 mai 1991, n° 90-84154, JCP E 1992, I, 106, p 13.

DORSNER-DOLIVET,

- note sous CA Versailles 30 mars 1989, JCP 1990 II, 21505.

DUBOIS P.,

- obs sous Cass. 1° civ. 22 octobre 1996, Bull. Civ. I, n° 362, Defrénois 1997, art. 36526, p 397.

DUMONT M-P.,

- obs sous CA Pau 23 mars 2004, Rev. Proc. Coll. 2005, 233
- obs sous Cass. com. 5 juillet 2005, Gaz. Pal. 4/5 novembre 2005, p 24.

DUMOULIN L.,

- obs sous Cass. com. 19 juin 2007, n° 06-11.065, F D, F. Rodrigues Soares c/ Caixa Geral de Depositos, Jurisdata n° 2007-039724, JCP E n° 46, 15 Novembre 2007, 2377.
- obs sous Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-11.045, F D, Lagreca c/ Sté AIM, Jurisdata n° 2007-039113, JCP E n° 46, 15 Novembre 2007, 2377.
- obs sous Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 67, JCP G 2005, IV 2091 et JCP E 2005, 1676, p 1975, n° 32.

DUREUIL B.,

- obs sous Cass. com. 16 mars 1993, Bull. Civ. IV, n° 106, Rev. Proc. Coll. 1993, 424, n° 8.

ESMEIN P.,

- note sous Cass. 2° civ., 1er avril 1963, D 1963, p 453, JCP G 1963, II, 13408.

FADDOUL J.,

- obs sous Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Méneteau, Bull. Civ. IV, n° 95 p 78, Dalloz Affaires 1999, 990.

FERRIER D.,

- obs sous CA Pau 28 avril 1993, D 1995 somm. 79
- obs sous Cass. com 9 mars 1995, D 1997, somm. 54.

FILIOLE De RAIMOND M.,

- obs sous Cass. com. 18 mars 2008, n° 06-20.510, P+B, RLDA 2008, n°27, n° 1621, p 27.

FRANCOIS J.,

- note sous Cass. com. 3 mai 2006, n° 02-11.211, 04-15.517et 04-19.315 (P+B+I+R), D 2006, p 1618.

GAÏA P.,

- obs sous Cons. Const., 9 avril 1996, décision n° 96-373 DC, JO 13 avril 1996 p 5731, D 1998 Somm. p 150.

GARAUD E.,

- note sous CEDH 14 février 2006, n° 67847/01, Epx Lecarpentier c/ France, LPA 2006, n° 88, p 3.

GAVALDA Ch. Et STOUFFLET J.,

- obs sous Cass. com. 1er février 1994, n° 91-19.430, Bull. civ. IV, n° 39, p. 31, JCP E 1995, I, n° 465, p. 228.
- obs sous Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, JCP E 1993, I, 302.

- note sous Cass. crim. 3 avril 1991, JCP E 1992, I, 154.
- obs sous CA Versailles 24 novembre 1989, JCP E 1991, I, 91, n°36
- obs sous CA Paris 5 mars 1979 (1re ch), JCP G 1979 I, 2965, n° 22
- obs sous Cass. com. 5 décembre 1978, JCP 1979 G, I, 2965, n° 67
- obs sous Cass. civ. 1°, 28 juin 1978, JCP G 1979, I, 2965, n° 93.
- obs sous Cass. com. 4 novembre 1977, JCP G 1979, I, 2965, n° 71.
- note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, JCP 1976 II 18327.
- obs sous CA Paris 24 avril 1975 (3e ch), JCP G 1976 I, 2801, n° 8.

GAVALDA Ch.,

- note sous CA Aix en Provence, 2 juillet 1970, JCP 1971, II, 16686.
- note sous Cass. com. 25 avril 1967, 2 arrêts, JCP 1967, II, 15306.
- note sous Cass. crim. 18 mai 1976, Bull. Crim. n° 166, p 414, D 1976, 578.
- obs sous Cass. com. 2 mars 1993, n° 91-10.181, Bull. civ. IV, n° 88, RDBB 1993, p 228.

GHESTIN J.,

- note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, JCP G 1976 I, 2786.

GIUDICELLI-DELAGE G.,

- obs sous Cass. crim. 14 décembre 1999, n° 99-80104, Bull. Crim. n° 306, Rev. Sc. Crim. 2000 p 851.
- obs sous Cass. crim. 9 novembre 1999, n° 98-81746, Bull. Crim. n° 252, Rev. Sc. Crim. 2000 p 851.
- obs sous Cass. crim. 1er décembre 1998, n° 97-80560, Bull. Crim. n° 325, Rev. Sc. Crim. 1999, p 336.

GOURIO A.,

- note sous Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, JCP G 2007, II, 10146.
- note sous Cass. 1° civ., 12 juillet 2005, n° 02-13.155, 03-10.115, 03-10.770 et 03-10.921, Bull. Civ. I, n° 324 à 327, JCP G 2005, II, 10140
- note sous Cass. com. 26 mars 2002, époux Thiéry, JCP E 2002, 852, p 903.
- note sous Cass. 1° civ. 20 juin 2000, 2 arrêts Crédit Lyonnais c/ Epx Saint-Adam et Epx Lecarpentier c/ Sté Royal St-Georges banque, Bull. Civ I, n° 191, JCP G 2001, II, 10454.

GRANGER,

- note sous Cass. com 17 janvier 1956, JCP 1956, II, 9601.

GRIMALDI P.,

- note sous Cass. com. 26 avril 2000, n° 96-21941, Bull. Civ. IV n° 80, D 2000 jur. p 665.

GUILLOT J-L. et BOCCARA M.,

- note sous Cass. 1^o civ., 12 juillet 2005, n^o 02-13.155, 03-10.115, 03-10.770 et 03-10.921, Bull. Civ. I, n^o 324 à 327, Banque Magazine 2005, n^o 673, p 94.

GUILLOT J-L.,

- obs sous CA Rouen, 22 avril 1999, Regamat c/ BNP, Banque et droit 1999, n^o 68, p. 63
- obs sous CA Bordeaux, 3 juin 1998, Banque et droit 1998, n^o 62, p. 43.
- obs sous CA Amiens, 21 mars 1995, Banque et droit 1995, n^o 43, p. 34
- obs sous CA Limoges, 13 novembre 1991, Banque et droit 1992, p 174.

GUYADER H.,

- note sous Cass. com. 21 novembre 2006, n^o 02-20.443, FS P+B, H. c/ SCP Bihr et Le Carrer, ès qual., Jurisdata n^o 2006-036048, JCP E n^o 8, 22 Février 2007, 1235.

HONORAT A.,

- note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n^o 72-14.029 arrêt Laroche, Rev. Sociétés 1976, p 126.
- note sous Cass. com. 9 octobre 1974 Bull. Civ. IV, p 196, n^o 241, Rev. Sociétés 1975, p 245.

HONORAT J.,

- obs sous Cass. com. 2 juin 1992, Bull. Civ. IV, n^o 213, Defrénois 1992, 1577.

HOUIN R.,

- obs sous Cass. 9 juin 1969, RTDCom 1971, p 496.
- obs sous Cass. com. 6 novembre 1968, et Cass. com. 26 novembre 1968, RTDCom 1969, p 212.
- obs sous CA Douai 7 mai 1966, RTDCom 1967, p 872.
- obs sous CA Nîmes 13 novembre 1963, RTDCom 1964, p 163
- obs sous CA Paris 10 juin 1963 RTDCom 1964, p 628
- note sous Cass. com 17 janvier 1956, D 1956, p 265.
- obs sous T. Com. Nantes, 11 juillet 1955, RTDCom 1956, p 511.

M. J.,

- note sous CA Paris 7 novembre 1994 (9^o ch), Gaz. Pal. 1995, 1, 91

JEANTIN M.,

- obs sous Cass. com. 1er octobre 1991, n^o 89-13.127, Bull. civ. IV, n^o 273, JCP E 1992, II, n^o 236.
- obs sous Cass. com. 8 décembre 1987, n^o 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n^o 266, JCP G 1988, II, n^o 20927.

JEANTIN M. et VIANDIER A.,

- obs sous CA Paris 29 mai 1986, RDBB 1987, p 92

JEZE,

- note sous CE 19 février 1909, « abbé Olivier », Rec. P 181, RDP 1910, p 69.

JOBARD-BACHELLIER M-N.,

- obs sous Cass. com. 26 octobre 1999, n° 96-16837, Bull. Civ. IV, n° 182, D 2000 somm. p 340.

JOURDAIN P.,

- note sous CA Versailles 30 mars 1989 RTDCiv 1992, 117.

LAFORTUNE M-A.,

- avis sous Cass. com. 10 décembre 2003 n° 01-03746, n° 1807 FPPBRI, MSA Ariège c/ M° X. ès-qual., Gaz. Pal., 20 janvier 2004 n° 20, p 11.

LAROCHE D.,

- obs sous CE 7 octobre 1988, Banque 1989, p 105 et 106.

Le CORRE P-M.,

- obs sous Cass. com. 9 novembre 2004, n° 02-13.685, D 2005, panorama 296.

Le TOURNEAU P.,

- obs sous Cass. 2° Civ., 19 novembre 1975, D 1976, p 137.

LEGEAIS D,

- note sous Cass. 1° civ., 30 octobre 2007, n° 06-17003, Epx Debure c/ sté Cofidis, RTDCom Janvier-Mars 2008, p 163.
- note sous Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-14.114 (FS+P+B) Jurisdata n° 2006-034266, JCP E 2006, 2271.
- note sous Cass. com. 3 mai 2006, n° 02-11.211, 04-15.517 et 04-19.315 (P+B+I+R), JCP E 2006, 1890.
- note sous Cass. 1° civ., 12 juillet 2005, n° 02-13.155, 03-10.115, 03-10.770 et 03-10.921, Bull. Civ. I, n° 324 à 327, JCP E 2005, 1359
- obs sous Cass. com. 12 juillet 2005, BNP Paribas c/ Souchon, n° 03-11.089, arrêt n° 164 D, RTDCom 2005, p 821.
- obs sous Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 67, RTDCom 2005, p 578.
- obs sous CA Versailles, 29 avril 2004 (13° ch. Civ), Chouraqui et a c/ M. Segard, RTDCom 2005, p 403
- obs sous Cass. 1° civ., 8 juin 2004, n° 02-12.185, Bull. Civ. I, n° 166, p 138, RTDCom. 2004, p. 581.
- note sous Cass. com 10 décembre 2003, arrêt n° 1807, FP PBRI, Mutuelle sociale agricole c/ Brénac ès qual., JCP E n° 7, 12 février 2004, étude 252, p 282.
- obs sous Cass. com. 3 décembre 2003, n° 99-12653, Bull. Civ. IV n° 188, p 211, RDBF 2004 n° 61.
- obs sous Cass. com. 19 novembre 2003, n° 00-19.584, RTDCom. 2004, p. 145.
- obs sous Cass. com. 24 septembre 2003, n° 00-17517 inédit, et n° 00-20999 inédit, n° 02-11362, Bull. civ. IV n° 137, RTDCom 2004, p 142.

- obs sous Cass. 1° civ. 29 avril 2003, n° 00-20062, Bull. Civ. I n° 100, p 77, RTDCom 2003, p 554.
- obs sous Cass. com. 25 mars 2003, Bull. Civ. IV, n° 50, RTDCom 2003 p 557.
- obs sous Cass. com. 19 novembre 2002, Bull. Civ. IV, n° 167, p 191, RTDCom 2003, 150.
- note sous Cass. com. 26 octobre 1999, n° 96-16837, Bull. Civ. IV, n° 182, JCP 2000 II 10262.
- note sous Cass. com 12 novembre 1997, Bull. Civ. IV n° 284, p 247, JCP E 1998, p 182.
- note sous Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Ménetau, Bull. Civ. IV, n° 95 p 78, JCP E 1999, p 1730.
- note sous Cass. com. 12 novembre 1997, Bull. Civ. IV n° 284, p 247 ; JCP E 1998, p 182.
- note sous Cass. com. 17 juin 1997, Macron, n° 95-14.105 Bull. Civ. IV n° 188, p 165, JCP E 1997 II 1007, p 235.
- note sous Cass. com. 25 juin 1996 JCP E 1997, II, 900.
- obs sous Cass. 1° civ., 8 juin 1994, n ° 92-16.142, Bull. civ. I, n° 206, p 150, JCP E 1995, II, p 25, n° 652.

LEGROS J-P.,

- note sous Cass. com. 19 février 2008, n° 06-20.444, F-D, Masson / Kugel: Jurisdata n ° 2008-042881 ; Dr. Sociétés 2008 comm. 98.
- note sous Cass. com. 13 février 2007, n ° 05-17.987, F-D, Jurisdata n° 2007-037545, Dr. Sociétés 2007, comm. 194
- note sous CA Orléans, ch. com., 5 oct. 2006, n° RG 05/03086, Deniel c/ Jousset : Jurisdata n ° 2006-321712, Dr. Sociétés n° 7, Juillet 2007, comm. 132.
- note sous Cass. com. 27 juin 2006, n° 05-14.271, (FS-P+B+R+I) SARL Etav c/ Lefèvre, Bull. Civ. IV, n° 152 p 164, Jurisdata n ° 2006-034268, Dr. Sociétés n° 1, Janvier 2007, comm. 6.
- note sous Cass. com. 27 juin 2006, Banque Worms, n° 04-15.831, Dr. Sociétés 2006, comm. 160.
- note sous CA Versailles, 29 avril 2004 (13° ch. Civ), Chouraqui et a c/ M. Segard, Dr. Sociétés Novembre 2004, p 20.
- obs sous Cass. com. 27 novembre 2001, Jurisdata n ° 2001-012020 ; Dr. Sociétés 2002, comm. n° 88.

LETARTRE Y.,

- obs. sous Cass. crim. 3 janvier 1985, RDBB 1988, p 192.

LIENHARD A.,

- obs sous Cass. com. 13 mars 2007, n° 06-13.325 (n°486 FS-P+B) D 2007, AJ, p 1020.
- note sous Cass. com. 8 novembre 2006, 3 arrêts, D 2006, AJ, p 10.

- obs sous Cass. com. 27 juin 2006, n° 05-14.271, (FS-P+B+R+I) SARL Etav c/ Lefèvre, Bull. Civ. IV, n° 152 p 164, Jurisdata n° 2006-034268, D 2006, AJ, p 1891.
- obs sous CA Versailles 15 décembre 2005 (13° ch.), RG n° 05/04191, D 2006, AJ p 1601.
- obs sous Cass. com. 5 juillet 2005, D 2005 AJ p 2147.
- obs sous Cass. com. 22 mars 2005, Boyer c/Crédit Lyonnais, n° 02-20.678, arrêt n° 493 F-P+B Jurisdata n° 2005-027720, D 2005 AJ p 1021.
- obs sous Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 67, D 2005, AJ p 1020.
- obs sous Cass. com. 15 février 2005, Bull. Civ. IV, n° 28, D 2005 AJ p 641.
- obs sous Cass. com. 9 novembre 2004, n° 02-13.685, D 2004 AJ p 3069.
- note sous Cass. com. 14 janvier 2004, n° 02-15541, D 2004, AJ p 278.
- obs sous Cass. com. 7 janvier 2003, D 2003, AJ, p 274.
- obs sous Cass. com. 26 mars 2002, époux Thiéry, D 2002 AJ p 1341.
- obs sous Cass. com. 5 janvier 1999, Bull. Civ. IV n° 3, D Affaires 1999, 219.

LIKILLIMBA G-A .,

- note sous Cass. com 10 décembre 2003, arrêt n° 1807, FP PBRI, Mutuelle sociale agricole c/ Brénac ès qual., Banque et Droit n° 98, novembre-décembre 2004, p 19.
- note sous Cass. com 3 juin 1997, Bull. Civ IV, n° 163, LPA, n° 13, 30 janvier 1998, p 22.

LUCAS F-X.,

- note sous Cass. com. 22 mars 2005, Boyer c/Crédit Lyonnais, n° 02-20.678, arrêt n° 493 F-P+B Jurisdata n° 2005-027720, Bull. Joly Sociétés 2005, n°11, p 1213, § 266.
- note sous Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 67, Bull. Joly Sociétés 2005, p 1213, § 265.
- note sous Cass. com. 27 juin 2006, Banque Worms, n° 04-15.831, Bull Joly Sociétés 2006, n° 286, p 1372.
- obs sous CA Pau 23 mars 2004, RDBF 2004, n° 214
- obs sous Cass. com. 10 décembre 2003 n° 01-03746, n° 1807 FPPBRI, MSA Ariège c/ M° X. ès-qual., Bull. Joly Sociétés, 1er avril 2004 n° 4, p 491.
- obs sous Cass. com. 2 juin 2004, n° 01-17.945, F-D, BNP Paribas c/ Sté Bianchi, Jurisdata n° 2004-024061, RDBF novembre décembre 2004, n° 6, p 414, n° 253.

M. J-P.,

- obs sous Cass. com. 9 novembre 1993, n° 91-18.337, Jurisdata 1993-002376, Bull. civ. 1993 IV n° 384 p 279, Gaz. Pal. 23 septembre 1994 n° 266-267 Jur. p 15.

MARCHI J-P,

- note sous Cass. crim. 18 novembre 1991, Bull. Crim. n° 415, Gaz. Pal. 1992, 2, 515, 1er arrêt.

- obs sous CA Paris 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986, 2, 479

MARGUENAUD J-P.,

- obs sous CEDH 14 février 2006, n° 67847/01, Epx Lecarpentier c/ France, RTDCiv 2006, p 261.
- obs sous TGI Saintes, 21 février 1997, RTDCiv. 1998, p 521.

MARTIN D. R.,

- obs. sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, D 2007 pan. 758.
- note sous CA Dijon, 18 septembre 1997, LPA n° 9, 21 janvier 1998, p 28.

MARTIN L-M.,

- obs sous Cass. com. 27 avril 1982, Rev. Banque 1982, p 1516.
- note sous CA Paris 17 mars 1978, Rev. Banque 1978, p 656.
- obs sous Cass. crim. 18 mai 1976, Bull. Crim. n° 166, p 414, Rev. Banque 1976, p 1278.
- obs sous CA Rouen 8 avril 1975, Rev. Banque 1975, p 872.

MARTIN-SERF A,

- obs sous CA Reims 5 mars 2007 (ch. Civ.), Banque Populaire du Nord c/ Corniquet, Rép. Gén. n° 05-01692, Jurisdata n° 2007-339992, Rev. Proc. Coll. avril mai juin 2008, p 74, n° 92
- obs sous Cass. com. 27 février 2007, n° 06-13.649 Jurisdata n° 2007-037790, Bull. Civ. IV n° 72, Revue Proc. Coll. Avril-mai-juin 2008, p 75, n° 95.
- obs sous Cass. com. 20 février 2001, Rev. Proc. Coll. 2002, 118, n° 3.
- obs sous Cass. com 12 juillet 2005, BNP Paribas c/ Souchon, n° 03-11.089, arrêt n° 164, Revue Proc. Coll. n° 3 septembre 2005, p 293 n° 2.
- obs sous Cass. 1° civ., 24 juin 1997, Remini et a. c/ BNP, RTD Com 1999, p 193.
- obs sous Cass. com. 28 mars 1995, pourvoi n° 93-13.937 aff. Naudin et a. c/ Soc. Case Poclair, Bull. civ. 1995 IV n° 105 p 93, RTDCom 1996, 127.
- obs sous Cass. com. 31 janvier 1995, RTDCom 1995, 543.

MASCALA C.,

- obs sous CA Paris 14 février 2000 (9° ch.appels corr., Sect. A), Dragoni c/ Decker et Eschbach, RTDCom janvier mars 2001, p 238.

MATHIOT,

- note sous CE 21 novembre 1947, Sté Boulanger, Rec. CE 1947, p 436, S 1948, p 21 concl. ODENT.

MATTOUT J-P. et PRÛM A.,

- obs sous Cass. com. 23 janvier 2007, Dr. Et Patrim. Nov. 2007, n° 164, p 69.
- obs. sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, Dr. Et Patrim. 2007 103.
- obs sous Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 67, Dr. Et Patrim. Décembre 2005, p 97.

MAYAUD Y.,

- obs sous Cass. crim. 9 novembre 1999, n° 98-81746, Bull. Crim. n° 252, Rev. Sc. Crim. 2000, p 389.
- obs sous TGI Bastia, 3 juin 1997, Rev. Sc. Crim. 1998, 99.

MAZEAUD H. et L.,

- obs sous Cass. 2° civ., 28 octobre 1954 Bull. Civ. II, n° 328, p 222, RTDCiv 1955, p 324, n° 34.

MESTRE J.,

- obs sous Cass. com. 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n° 266, RTDCiv. 1988, p 397.

MOLINIER H.

- note sous Cass. 2° civ., 1er avril 1963, D 1963, p 453.

MONSERIÉ-BON M-H.,

- obs sous Cass. com. 9 novembre 2004, n° 02-13.685, Dr. Et Patr. 2005/4, p 115, n° 3677.

MONTÉGUDET G.,

- obs sous Cass. com. 12 novembre 1997, n° 94-15.829, RLDA 1998, n° 1, n° 29.

MOULIN A.,

- note sous CE 25 mai 1983, Req. 25090 et 25075, D 1983, p 647.

N. G.,

- note sous Cass. crim. 19 janvier 1981, JCP 1981, II, 19640.

NAHON S.

- obs sous Cass. com. 28 novembre 2006, n° 05-15.217, RLDA 2007, n° 12, p 39, n° 687.

NIBOYET M-L.,

- note sous Cass. 1° civ. 20 juin 2000, 2 arrêts Crédit Lyonnais c/ Epx Saint-Adam et Epx Lecarpentier c/ Sté Royal St-Georges banque, Bull. Civ I, n° 191, D 2000 Jur. p 699.
- obs sous TGI Saintes, 21 février 1997, D 1999 somm. p 23.

OHL D.,

- obs sous Cass. crim. 4 février 1985, n° 84-91581, Bull. crim. 1985 n° 54, D 1985, jur. p 478.

PARANCE B.,

- note sous Cass. 1° civ., 12 juillet 2005, n° 02-13.155, 03-10.115, 03-10.770 et 03-10.921, Bull. Civ. I, n° 324 à 327, D 2005, p 3094.

PARICARD-PIOUX S.,

- note sous Cass. Ass. Plen. 24 janvier 2003, D 2003, jur. p 1648.

PÉTEL Ph.,

- obs sous Cass. com. 3 juillet 2007, n° 06-10.803, SCI du Beffroi, Bull. Joly Sociétés, 1 décembre 2007 n° 12, p 1357.
- obs sous Cass. com. 15 février 2005, Bull. Civ. IV, n° 28, JCP E 2005 n° 36, p 1424.
- note sous Cass. com. 23 juin 1998, Bull. Joly Sociétés 1998, p 1287, § 385.
- obs sous Cass. com. 9 décembre 1997, Regazzoni c/ Percepteur de Luxeuil-les-Bains et autres : Bull. civ. IV, n° 331, JCP E 1998, p 65.

PIEDELIEVRE S.,

- note sous Cass. 1° civ. 20 juin 2000, 2 arrêts Crédit Lyonnais c/ Epx Saint-Adam et Epx Lecarpentier c/ Sté Royal St-Georges banque, Bull. Civ I, n° 191, JCP E 2000, p 1663.
- note sous Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, D 2007, jur, p 2082.
- note sous Cass. com. 13 janvier 1982, n° 80-13.144, Bull. civ. IV, n° 13, p 9, Gaz. Pal. 1982, 2, pan., p. 178.
- obs sous Cass. 1° civ. 22 octobre 1996, Bull. Civ. I, n° 362, JCP 1997 II 22826.

PINIOT M-C.,

- note sous Cass. com. 11 mai 1999, BNP c/ Méneteau, Bull. Civ. IV, n° 95 p 78, RJDA 6/1999, p 495.
- conclusions sous Cass. com. 9 décembre 1997, Regazzoni c/ Percepteur de Luxeuil-les-Bains et autres, Bull. civ. IV, n° 331, RJDA 1/1998, n° 87.

PIROVANO A,

- note sous Cass. com. 2 mai 1972, D 1972, p 618.
- note sous Cass. 9 juin 1969, D 1970 p 106.

PLANCQUEEL A,

- note sous Cass. 2° civ., 27 octobre 1975, Gaz. Pal. 1976, 1, 169.

POLLAUD-DULIAN F.,

- note sous Cass. Ass. plén. 9 juillet 1993, n° 89-19.211, JCP E 1993, II, 509.

PORACCHIA D.,

- note sous Cass. com. 27 juin 2006, Banque Worms, n° 04-15.831, Rev. sociétés 2006, p 900.
- note sous Cass. com. 14 mars 2000, Sté Union tank eckstein Gmbh et Co Kg - UTA c/ Koch, ès qual. et a. (arrêt n° 684 P) Jurisdata n° 000990, JCP E n° 39, 28 Septembre 2000, p. 1527.

RAKOTOVAHINY M-A.,

- obs. sous Cass. Ass. Plén. 9 octobre 2006, RLDA novembre 2006, 42.

RAYNAUD J.,

- note sous CEDH 14 février 2006, n° 67847/01, Epx Lecarpentier c/ France, JCP E 2006, p 1208.

REGNAUT-MOUTIER C.,

- note sous Cass. com. 9 novembre 2004, n° 02-13.685, Act. Proc. Coll. 2004/20, n° 245.
- obs sous Cass. com. 27 juin 2006, n° 05-14.271, (FS-P+B+R+I) SARL Etav c/ Lefèvre, Bull. Civ. IV, n° 152 p 164, Jurisdata n° 2006-034268 ; Act. proc. coll. 2006, comm. 172.

REINHARD Y.,

- note sous Cass. com. 27 juin 2006, Banque Worms, n° 04-15.831, JCP E 2006, 2408.

RIVES-LANGE J-L.,

- note sous Cass. com. 3 décembre 1991, n° 90-13.714, Rev. Banque 1992, p 734.
- obs sous Cass. com. 1er octobre 1991, n° 89-13.127, Bull. civ. IV, n° 273, Rev. Banque 1992, p 101.
- note sous CA Aix-en-Provence, 14 décembre 1990, Rev. Banque 1991, p 657.
- obs sous Cass. com. 30 janvier 1990, Rev. Banque n° 505, mai 1990, 535.
- obs sous Cass. com. 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n° 266, Rev. Banque 1988, p 96.

ROBERT J-H.,

- note sous Cass. crim. 14 février 2007, Dr. Pénal 2007, comm. n°73.

RONDEY C.,

- obs sous CEDH 14 février 2006, n° 67847/01, Epx Lecarpentier c/ France, D 2006, AJ p 717.
- obs sous Cass. 1° civ. 20 juin 2000, 2 arrêts Crédit Lyonnais c/ Epx Saint-Adam et Epx Lecarpentier c/ Sté Royal St-Georges banque, Bull. Civ I, n° 191, D 2000, AJ p 341.
- note sous CA Dijon 28 mai 1998, D Affaires 1998, p 1436.

ROUJOU DE BOUBÉE G.,

- obs sous Cass. crim. 9 octobre 1989, n° 89-80.160, Bull. crim., n° 343, p 831, D 1990, somm., p 364.

ROUTIER R.,

- note sous Cass. com. 14 mai 2008, n° 07-17.939 arrêt n° 583 F-D, Sté La Galinière relais de la poste et a. c/ Sté Marseillaise de crédit et a., Jurisdata n° 2008-044010, Gaz. Pal. 27-29 juillet 2008, p 53.
- note sous Cass. com. 8 janvier 2008, n° 06-16308, Sté Rioux c/ SCI Le Séville et autres Gaz. Pal., 29 avril 2008 n° 120, p 32.
- obs sous Cass. com. 16 octobre 2007, n° 06-15.386 (arrêt n° 990, F-D), Gaz. Pal. 23-24 janvier 2008, p 59.
- obs sous Cass. com. 30 octobre 2007, n° 06-16.129 et 06-16.178, arrêt n° 1201 FS-P+B, Gaz. Pal. Proc. Coll. 23-24 janvier 2008, p 58.

- obs sous CA Paris 12 janvier 2007 (15^och. B), RG n° 05/09476, Jurisdata n° 327809, Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p 54
- obs sous Cass. com. 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère, Bull. Civ. IV, n° 67, Gaz. Pal. Proc. Coll. 2005/2, 6-7 juillet, p 32.
- obs sous Cass. 1^o civ., 4 janvier 2005, inédit, n° 02-10.661, Gaz. Pal. 29-30 avril 2005, p 40.

ROUX A.,

- obs sous Cons. Const. 13 Janvier 1994, D 1995 somm. com. p 296.

SAINT-ALARY-HOUIN C.,

- obs sous CA Lyon 26 février 1999, RTDCom 2001, 215
- obs sous Cass. com. 9 juin 1998, Bull Civ IV n°184, RTDCom 1998 p 931.

SAINT-PAU J-C.,

- note sous Cass. crim. 29 avril 2003, n° 02-85353, Bull. Crim. n° 91, D 2004, p 167.

SAINTOURENS B.,

- obs sous Cass. com. 9 novembre 2004, n° 02-13.685, RTDCom 2005, 247.

SALGUEIRO A.,

- obs sous Cass. com. 18 février 2004, Jurisdata n° 2004-022540, JCP E 2005, 782, n°37.
- obs sous Cass. com. 2 juin 2004, JCP E 2005, 782.

SAVATIER R.,

- note sous Cass. 2^o civ., 28 octobre 1954 Bull. Civ. II, n° 328, p 222, JCP G 1955, II, 8765.

SAVAUX E.,

- note sous Cass. 1^o civ. 29 avril 2003, n° 00-20062, Bull. Civ. I n° 100, p 77, Defrénois 2003, art. 37810, p 1183.

SCHRAMECK O.,

- obs sous Cons. Const., 9 avril 1996, décision n° 96-373 DC, JO 13 avril 1996 p 5731, AJDA 1996 p 369.

SIMLER Ph.,

- obs sous Cass. com. 17 juin 1997, Macron, n° 95-14.105 Bull. Civ. IV n° 188, p 165, JCP 1998 I 103.
- obs sous Cass. com. 18 mai 2005, JCP 2005 I 185, n°5.

SOINNE B,

- obs sous Cass. com. 2 février 1999, Rev. Proc. Civ. et Com. 2000, 223, n° 41.
- obs sous Cass. com. 12 juillet 1994, Bull. Civ IV, n° 265, Rev. Proc. Coll. 1995, 125, n° 6.
- obs sous Cass. com. 16 mars 1993, Bull. Civ. IV, n° 106, Rev. Proc. Coll. 1993, 547, n° 1.

- note sous Cass. com. 8 décembre 1987, n° 87-11.501 et 87-10.716, Bull. civ. IV, n° 266, Gaz. Pal. 1988, 1, Doctrine, p 227.

SORTAIS J-P.,

- obs sous Cass. com. 3 février 1982, Rev. Sociétés 1982, p 872.
- obs sous Cass. com. 19 mars 1974, DS 1975, 7° cahier, p 124

STAES O.,

- note sous Cass. com. 8 janvier 2008, n° 06-16308, Sté Rioux c/ SCI Le Séville et autres, Bull. Joly Sociétés 1er avril 2008, n° 4, p 325.

STOUFFLET J.,

- obs sous Cass. com. 7 janvier 2004, Banque du Bâtiment et des travaux publics c/ Rey ès qual. Jurisdata n° 2004-021752, JCP E 2004, 736, n° 20.
- note sous Cass. com. 5 décembre 1978, pourvoi n° 76-10129 JCP G 1979 II, n° 19132.
- obs sous CA Nancy, 15 septembre 1977, JCP 1978, II, 18912
- obs sous CA Paris 6 janvier 1977, JCP 1978, II, 18689
- obs sous CA Paris 26 mai 1967, JCP G 1968, II, n° 15518

VASSEUR M.,

- obs sous Cass. com. 25 novembre 1986, n° 85-12.529, Bull. civ. IV, n° 220, p 191, D 1987, IR, p 297.
- obs sous Cass. com. 2 mai 1983, n° 81-14223, D 1984, IR p 89.
- obs sous Cass. com. 27 avril 1982, D 1982, IR, p 413.
- note sous Cass. 1° civ., 24 juin 1981, Bull. Civ. I, n° 233, JCP 1982, II, 19713.
- obs sous Cass. com. 25 mai 1981, D 1982, IR, p 196.
- obs sous CA Paris 22 juin 1978, D 1978, IR p 421.
- obs sous CA Paris 17 mars 1978, D 1978, IR, p 420.
- obs sous CA Paris 3 mars 1978, Unigrains c/ Me Garnier ès qual. D 1978, IR, p 420.
- note sous Cass. com. 7 janvier 1976, n° 72-14.029 arrêt Laroche, Banque avril 1976, n° 350, p 367.

VÉRON M.,

- note sous Cass. crim. 9 novembre 1999, n° 98-81746, Bull. Crim. n° 252, Dr. Pén. 2000, comm. 56, 1er arrêt.
- note sous Cass. crim. 14 décembre 1999, n° 99-80104, Bull. Crim. n° 306, Dr. Pén. 2000, comm. 56, 2° arrêt.

VIANDIER A. et CAUSSAIN J-J.,

- note sous CA Paris 18 juin 1991, aff. Nasa Electronique, JCP E 1991, I, 87, n° 4

VOINOT D.,

- obs sous CA Paris, 14 janvier 2005 (14° ch B), RG n° 04/14754, Gaz. Pal. Proc. Coll. 2005/1, p 28

VI. SITES INTERNET UTILES

www.aedbf.asso.fr

www.assemblee-nationale.fr

www.banque-france.fr

www.ccip.fr

www.entrepriseprevention.com

www.fbf.fr

www.financialsupplychains.com

www.insol-europe.org/publications/

www.legifrance.fr

www.lesechos.fr

www.lextenso.com

www.netpme.fr

www.oecd.ccip.fr

www.premier-ministre.gouv.fr

www.senat.fr

www.xerion.finance.com

fr.wikipedia.org

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Action en soutien abusif

- recevabilité action collective... 275, 279s
- recevabilité action individuelle... 301 (gén), 303 (créancier), 309 (débitur), 317 et 322 (caution)
- reconventionnelle... 203, 320
- ut singuli... 291s

Activités illicites... 141, 256, 392

Administrateur judiciaire... 262, 311s, 365, 383, 414

Affecturage... 73, 78, 111, 114

Aides publiques... 95s, 100s (voir *Délais de paiement et remises de dettes*)

Apparence trompeuse de solvabilité... 7, 88, 95, 101, 297, 299

Associé... 34, 84, 213

Assurance-crédit... 201

Averti

- emprunteur... 174, 266s, 316, 322, 438s
- caution... 174, 270, 322s

B

Banque... (voir *Établissement de crédit*)

Banqueroute

- historique... 414
- domaine... 392s
- complicité... 12, 28, 77, 142, 294, 373
 - élément matériel... 399s

- élément intentionnel... 405s
- action civile... 430s

Bordereau Daily... 111, 115, 141, 184, 204, 261

C

Cautionnement... 169s, 183, 188, 195, 203, 321 (excessif)

Cessation des paiements... 2, 8, 130, 254, 372, 375, 397

Comité des créanciers... 82s

Concédant... 86

Conciliation

- procédure... 30, 37, 130
- privilège... 30, 34, 37, 81, 84, 126

Concours... 84, 109 (notion), 128s (date), 180s

Constitutionnel... 19, 38, 63s, 139, 165s, 217

Contrôleurs... 290, 293s, 430

Créanciers

- antérieurs... 299
- postérieurs... 299

Crédit

- accès... 17s
- à court terme... 111
- à moyen terme... 116
- à long terme... 117
- coût... 10s

- excessif... 134, 170, 266s, 316
- inapproprié... 250
- inter-entreprises... 85s, 118
- intra-groupe... 90s, 118
- « judiciaire »... 118
- par signature... 77, 109s, 120

Crédit-bail... 73, 78, 116, 119

Crise financière... 16, 214

D

Débiteur (dessaisissement)... 3, 311, 309

Délais de paiement... 66, 85s, 95s, 100s, 122s, 231, 322

Devoirs du banquier

- de diligence... 7, 8, 119, 239, 253
- de s'informer... 119, 249
- de mise en garde... 266s, 274, 316, 322, 354
- de non-immixtion... 15, 153, 155, 251, 322
- de surveillance des fonds prêtés... 251

Dignité de crédit... 15, 441

Direction de fait... 152, 359

Dirigeant

- caution... 317, 323
- administrateur de fait... 361

Disproportion des garanties (*voir aussi Proportionnalité*)

- généralités... 178, 208, 233s, 245, 315, 402
- évaluation... 186s

Domages-intérêts

- affectation et répartition... 336s, 376s

Droit au crédit... 214

Droit comparé... 48s, 59s, 125, 142, 189

Droit de la consommation... 170s

E

Effets de complaisance... 141, 256, 261, 400

Égalité des créanciers... 37, 43, 102, 143, 145, 287, 296, 336, 341, 410, 431, 436

Entreprises en difficulté

- notion... 3

Environnement... 15, 251, 377

Escompte... 113

Établissements de crédit... 2, 77s

F

Faillite (sens antérieur à 1967)... 3, 356, 413s

Faillite personnelle... 141, 373, 377, 392, 414, 427

Faute

- définition... 229s
- d'imprudence... 7, 248
- de gestion... 372
- lourde... 38s, 98, 101, 231, 237, 239s, 246s, 253, 405

Fiducie... 190, 204, 206

Fournisseur... 88, 89

Franchiseur... 87

Fraude... 139s

- définition... 140
- pénale... (*voir Activités illicites, Effets de complaisance et Traités de cavalerie*)... 401, 436
- civile... 34, 39, 134s, 144s, 213, 230, 233s, 243, 256, 313, 327, 392

G

Gage (sûreté)... 201, 204, 207

Garanties

- notion... 198s
- autonome...203, 204
- « inhabituelles »... 209
- négatives... 203

« **Gaspillage de crédit** »... 177, 195, 201, 207, 209, 351

H

Hedge funds... 80s

Hypothèque... 177, 195, 201, 207, 209, 351

I

Immixtion... 59 (*Royaume-Uni*), 88, 136, 138, 147s, 152, 154s, 244, 266, 314, 327, 348, 358s, 382

Instruments financiers... 184, 204

L

Lettre d'intention... 201, 203

Lien de causalité... 203s, 234, 246, 261, 264, 272, 314s, 324s, 379s (*responsabilité Dir. fait*), 434 (*banqueroute*)

Liquidateur (*voir Mandataire judiciaire*)

Liquidation judiciaire... 2, 129, 130, 262, 368, 414

M

Mandataire judiciaire... 289s, 305, 365, 430

Masse des créanciers...285s, 298

Moyens ruineux... 134, 142, 145, 177, 228, 399s, 402s, 407, 410

N

Nantissement...195, 201, 204, 207

Nullité

- notion... 342s
- période suspecte... 130, 294, 341
- des garanties...212, 220, 223, 332, 346s, 436
- sanction rupture abusive... 264
- cautionnement... 321

O

Obligation aux dettes sociales... 358s

- fautes...373
- préjudice...375
- prescription...369

P

Préjudice

- collectif...297s
- individuel
 - créancier... 306s
 - débiteur... 312s
 - caution... 319s

Prescription

- soutien abusif... 221s

Prêts

- participatifs... 85, 97, 117, 118
- à taux bonifiés... 12, 95, 117

Proportionnalité

- définition... 162s
- applications... 170s, 177s

R

Redressement judiciaire... 129, 130, 262, 368, 415

Remises de dettes... 88, 95, 102, 322

Risque de crédit... 15, 19

Responsabilité contractuelle... 58, 77

- débiteur... 315, 316
- caution... 321

Responsabilité délictuelle... 58, 77

- créanciers... 278s
- débiteur... 312
- caution... 319

Responsabilité pour insuffisance d'actif...
356s

- historique... 356
- faute de gestion... 372
- préjudice... 375
- prescription... 369
- non cumul des responsabilités... 381s

**Responsabilité pénale des personnes
morales**

- principe... 416s
- peines... 421s

**Responsabilité pour rupture abusive de
crédit...** 6, 119, 259s

S

Sanctions pénales... 413, 415, 421s, 427

Sauvegarde (procédure)... 129, 130, 262

Situation irrémédiablement compromise

- soutien abusif... 228, 252, 253s.
- rupture abusive... 261
- situation désespérée... 405, 407

Sûretés

- notion... 195s, 199
- personnelles... 183, 203
- réelles... 184, 204

Syndic... 280s, 309

T

Taux d'intérêt

- TEG... 12
- usure... 12, 142, 256, 401

Traites de cavalerie... 141, 256, 400

Tribunal compétent... 219s, 367

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
ABRÉVIATIONS ET SIGLES	5
INTRODUCTION	8
PARTIE I. L'ALLÈGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À RAISON DES CONCOURS AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ	31
TITRE I. L’AFFIRMATION GÉNÉRALE D’UN PRINCIPE D’IRRESPONSABILITÉ DU BANQUIER	34
<i>CHAPITRE 1. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU PRINCIPE D’IRRESPONSABILITÉ</i>	<i>35</i>
<i>Section 1. Les origines de l'article L 650-1 du Code de commerce</i>	<i>36</i>
§ 1. Les avant-projets et le projet de réforme des procédures collectives.....	37
A. Absence du principe dans l'avant-projet de loi d'octobre 2003.....	37
B. Apparition du principe dans le projet de loi du 12 mai 2004.....	41
§ 2. L'élaboration d'un principe général de non responsabilité par le Parlement	43
A. L'étude de la mesure à l'Assemblée Nationale, ou la véhémence de l'opposition parlementaire.....	43
1. Les observations des commissions.....	43
2. Lecture du texte et discussion en séance publique.....	45
a. La discussion générale.....	45
b. L'examen des articles.....	47
B. L'étude de la mesure par le Sénat	49
1. Les travaux des Commissions saisies pour avis.....	49
2. Lecture du texte et discussion en séance publique.....	50
<i>Section 2. La légalité de l'article L 650-1 du Code de commerce</i>	<i>52</i>
§ 1. La légalité par rapport aux législations étrangères.....	53
A. Pays où la responsabilité du banquier dispensateur de crédit est reconnue ou pourrait l'être.....	54
B. Pays où la responsabilité du banquier dispensateur de crédit est difficilement envisageable.....	62
§ 2. La conformité aux normes supérieures.....	66

A. Le contrôle de constitutionnalité.....	66
1. La méconnaissance du principe de responsabilité.....	67
2. La violation du droit au recours juridictionnel.....	69
B. Un éventuel contrôle de conventionnalité ?.....	71
<i>CHAPITRE 2. LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ.....</i>	<i>76</i>
<i>Section 1. Le champ d'application rationae personae.....</i>	<i>77</i>
§ 1. Les banques.....	79
A. Les établissements de crédit.....	79
B. Le cas particulier des hedge funds	82
§ 2. Les autres « créanciers » de l'entreprise en difficulté.....	85
A. Le crédit « face-à-face » entre entreprises en relations commerciales.....	86
B. Le crédit intra-groupe.....	88
§ 3. L'inclusion des personnes publiques dans le champ d'application du texte ?	
.....	91
A. Aperçu historique et régime des aides publiques.....	92
B. Typologie des aides d'État et l'éventuelle mise en cause de la responsabilité des personnes publiques.....	94
1. Les aides directes ou actives.....	95
2. Les aides indirectes	98
<i>Section 2. Le champ d'application rationae materiae</i>	<i>103</i>
§ 1. La nature des « concours ».....	104
A. Tous les crédits quelle que soit leur qualification.....	105
1. Typologie des crédits.....	106
2. Les crédits concernés par l'article L 650-1 du Code de commerce.....	111
B. La question des délais de paiement.....	114
§ 2. Le moment de l'octroi des concours.....	118
A. Indifférence de la date des concours.....	119
B. Exigence de l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés du Livre VI du Code de commerce.....	121

TITRE II. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ DU BANQUIER.....125

CHAPITRE 1. LES HYPOTHÈSES DE DROIT COMMUN.....129

Section 1. La fraude.....130

§ 1. La notion de fraude.....130

A. Comportements relevant du droit pénal.....131

B. La fraude au travers de fautes exclusivement civiles.....134

§ 2. L'appréciation de la notion de fraude au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce.....135

Section 2. L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur.....137

§ 1. Délimitation de la notion d'immixtion.....137

A. La direction ou gestion de fait.....138

B. L'immixtion, une notion plus large que la direction de fait.....141

§ 2. L'appréciation de la notion d'immixtion au regard de l'article L 650-1 du Code de commerce.....144

CHAPITRE 2. LA PRISE DE GARANTIES DISPROPORTIONNÉES.....147

Section 1. La notion de proportionnalité.....148

§ 1. L'imprécision de la notion de proportionnalité148

A. Définition de la notion de proportionnalité.....149

B. La naissance de l'exigence de proportionnalité.....151

1. L'exigence de proportionnalité en droit des sûretés.....152

a. L'apparition législative en droit de la consommation.....153

b. La consécration prétorienne de la proportionnalité dans le cadre de crédits à usage professionnel.....154

c. La généralisation et la consécration législative.....156

2. L'exigence de proportionnalité dans le cadre de la fourniture de crédit.....157

§ 2. La disproportion de l'article L 650-1 du Code de commerce : une appréciation délicate.....160

A. Les doutes quant à la date d'appréciation de la disproportion.....161

1. L'évolution du concours.....161

2. Détermination et évolution du montant des garanties.....162

B. Les difficultés liées à l'évaluation de la disproportion.....	164
<i>Section 2. L'ambiguïté de la notion de « garanties ».....</i>	<i>169</i>
§ 1. Définition de la notion de garantie.....	170
A. Délimitation de la notion de sûreté.....	170
B. Définition de la notion de garantie.....	173
§ 2. Les garanties visées par le texte : délimitation du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce.....	176
A. Une première délimitation du domaine des garanties : la mesure de la disproportion.....	178
B. Les garanties inhabituelles au regard de la pratique.....	186
C. La détermination de la date des garanties.....	187
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	190
<u>PARTIE II. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À L'ÉGARD DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ.....</u>	<u>192</u>
<u>TITRE I. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU BANQUIER.....</u>	<u>195</u>
SOUS-TITRE I. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR SOUTIEN ABUSIF.....	196
<i>CHAPITRE 1. LES CONDITIONS DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.....</i>	<i>197</i>
<i>Section 1. La saisine du tribunal.....</i>	<i>197</i>
§ 1. Le tribunal compétent.....	198
§ 2. Le délai de saisine.....	199
<i>Section 2. Les conditions de fond de l'action en responsabilité.....</i>	<i>203</i>
SOUS-SECTION 1. LA FAUTE REPROCHÉE AU CRÉANCIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT.....	204
§ 1. Les fautes commises dans le cadre du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce.....	205
A. Les exceptions de l'article L 650-1 du Code de commerce : simples cas d'ouverture de l'action en responsabilité pour soutien abusif.....	206
1. La controverse doctrinale liée au rôle des exceptions.....	207
2. La caractérisation d'une faute lourde, ou la nécessité d'un comportement fautif supplémentaire.....	209

<i>a. La notion de faute lourde.....</i>	<i>209</i>
<i>b. Le rejet de la nature de fait générateur de responsabilité.</i>	<i>213</i>
<u>B. Les conséquences de la qualification des trois exceptions : la nécessité d'un comportement fautif supplémentaire du banquier dans l'octroi des concours.....</u>	<u>215</u>
1. Exclusion des fautes d'imprudence et de négligence.....	216
<i>a. L'obligation de s'informer.</i>	<i>217</i>
<i>b. La fourniture de crédit inapproprié.</i>	<i>217</i>
<i>c. La surveillance des fonds prêtés.</i>	<i>220</i>
2. La conscience de causer un dommage par la connaissance de la situation irrémédiablement compromise.....	223
<u>§ 2. Les fautes commises en dehors du champ d'application de l'article L 650-1 du Code de commerce</u>	<u>230</u>
<u>A. Le maintien de la responsabilité pour rupture fautive de crédit.....</u>	<u>230</u>
1. Les conditions de la rupture de crédit.....	231
2. La rupture de crédit dans le cadre du droit des entreprises en difficulté.....	233
3. Sanction de la rupture brutale de crédit.	235
<u>B. Le maintien de la responsabilité contractuelle du banquier envers les emprunteurs et cautions non avertis.....</u>	<u>236</u>
<u>SOUS-SECTION 2. LE PRÉJUDICE ET LE LIEN DE CAUSALITÉ.....</u>	<u>241</u>
<u>§ 1. Le préjudice réparable.....</u>	<u>241</u>
<u>A. Le préjudice collectif.....</u>	<u>243</u>
1. Exercice de l'action collective.....	243
<i>a. L'action du mandataire au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers.....</i>	<i>243</i>
<i>b. L'exercice ut singuli de l'action collective en cas d'inaction du mandataire de justice.....</i>	<i>250</i>
2. La détermination du préjudice collectif.....	255
<u>B. Les préjudices individuels.....</u>	<u>258</u>
1. Les préjudices individuels des créanciers.....	258
<i>a. La recevabilité de l'action individuelle des créanciers.....</i>	<i>259</i>
<i>b. La détermination du préjudice individuel.....</i>	<i>261</i>
2. Les préjudices du débiteur.....	264
<i>a. Exercice et recevabilité de l'action du débiteur.....</i>	<i>264</i>
<i>b. La détermination du préjudice subi.....</i>	<i>267</i>

3. Les préjudices invoqués par la caution.....	269
§ 2. Le lien de causalité entre la faute du créancier dispensateur de concours et le préjudice subi.....	275
<i>CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.....</i>	<i>280</i>
<i>Section 1. Les dommages-intérêts.....</i>	<i>283</i>
§ 1. Le principe de la réparation par l'octroi de dommages-intérêts.....	284
§ 2. Le quantum de la réparation.	288
<i>Section 2. La nullité des garanties.....</i>	<i>289</i>
§ 1. La notion de nullité.....	289
§ 2. Le particularisme de la nullité de l'article L 650-1 du Code de commerce.	291
A. Régime de la nullité.....	291
1. Le domaine de l'action en nullité.....	292
2. Le caractère automatique de la sanction : critère exclu de toute divergence doctrinale.....	294
B. Les effets de la nullité.....	295
1. Les conséquences du prononcé de la nullité sur les victimes du préjudice.	296
2. Les conséquences du prononcé de la nullité sur l'auteur du dommage.	297
<i>SOUS-TITRE II. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU BANQUIER DIRIGEANT DE FAIT</i>	<i>299</i>
<i>CHAPITRE 1. LA COMPATIBILITÉ DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ CIVILE ET SPÉCIALES DES DIRIGEANTS DE FAIT.....</i>	<i>302</i>
<i>Section 1. Un fondement commun : l'immixtion du banquier.....</i>	<i>302</i>
<i>Section 2. Des domaines distincts.....</i>	<i>309</i>
§ 1. Les conditions procédurales.....	309
A. La saisine du tribunal.....	309
B. La situation du débiteur, personne morale.....	312
C. La prescription des actions.....	313
§ 2. Les conditions de fond.....	313
A. Les fautes.....	314
1. Fautes dans l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.	314

2. Fautes dans l'obligation aux dettes sociales.....	316
B. Le préjudice subi.....	316
1. Insuffisance d'actif et cessation des paiements.....	317
2. Quantum de la réparation.....	318
3. Affectation des sommes.....	319
C. Le lien de causalité.....	320
<i>CHAPITRE 2. LE NON CUMUL DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ CIVILE ET SPÉCIALES DES DIRIGEANTS DE FAIT.....</i>	<i>323</i>
<i>Section 1. La naissance d'un principe prétorien de non-cumul.....</i>	<i>325</i>
<i>Section 2. La solution actuelle.....</i>	<i>328</i>
<u>TITRE II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU BANQUIER, COMPLICE DE BANQUEROUTE.....</u>	<u>331</u>
<i>CHAPITRE 1. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION.....</i>	<i>334</i>
<i>Section 1. L'élément matériel de la complicité.....</i>	<i>337</i>
§ 1. Les crédits intrinsèquement ruineux.....	337
§ 2. Les crédits relativement ruineux.....	340
<i>Section 2. L'élément intentionnel de la complicité.....</i>	<i>342</i>
§ 1. Le dol général.....	343
§ 2. Le dol spécial.....	345
<i>CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L'INFRACTION.....</i>	<i>349</i>
<i>Section 1. La répression de l'infraction.....</i>	<i>350</i>
§ 1. Les poursuites à l'encontre de la banque, personne morale.....	351
A. Les conditions de recevabilité d'une action pénale à l'encontre d'une personne morale.....	352
B. Les peines encourues par l'établissement de crédit.....	354
§ 2. Les poursuites à l'encontre du banquier, personne physique.....	355
A. Les particularités de la poursuite liées aux qualités de la personne physique.....	356
B. Les peines encourues par les personnes physiques.....	357
<i>Section 2. La réparation du préjudice.....</i>	<i>358</i>
§ 1. Les modalités d'exercice du droit à réparation.....	358
A. Les titulaires du droit d'agir.....	359

B. Les personnes dont la responsabilité civile est engagée.....	360
§ 2. Le préjudice réparable.....	361
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	364
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	366
BIBLIOGRAPHIE.....	370
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	428