

cipe être qualifié d'original. Au-delà, cette conception stricte de l'original pourrait s'expliquer par le souhait de protéger la valeur de l'œuvre sur le marché de l'art: encadrant le tirage d'originaux multiples, elle évite la « dilution de l'unicité d'une œuvre » qui « conduit à dévaloriser l'œuvre elle-même ainsi moins rare par la mise sur le marché de succédanés »²⁶. Le droit se mettrait alors « au service de la rareté »²⁷. Pour le moins, cette solution envoie un signal clair aux ayants droit de l'artiste qui seraient tentés de multiplier les reproductions de ses œuvres d'art à des fins purement mercantiles.

12 - Par conséquent, même si le tirage de l'œuvre en bronze est licite²⁸, l'exemplaire obtenu par surmoulage ne saurait être qualifié d'original et ne peut être présenté comme tel au public. Plusieurs fondements permettent de sanctionner cette pratique que l'on peut qualifier de déloyale. La Cour de cassation devait plus spécifiquement se prononcer sur le point de savoir si la présentation au public d'une simple reproduction en qualité d'original peut être qualifiée d'atteinte au droit au respect de l'œuvre au sens de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle. Les juges semblent l'admettre en rendant leur décision au visa de ce texte. Cette atteinte pourrait d'ailleurs être sanctionnée au titre de la contrefaçon, comme le suggère une partie de la doctrine²⁹.

Si la présentation d'un tel exemplaire au public demeure possible, c'est donc à la condition d'être qualifié de « reproduction », mention déjà rendue obligatoire pour le droit fiscal³⁰. Cette obligation d'information devrait être plus largement imposée afin de délivrer une information essentielle aux acquéreurs quant à la valeur du support acquis mais également pour garantir aux artistes le respect de leurs droits et au public le lien qu'il pense nouer avec l'auteur au contact de son œuvre³¹.

14 - Nombre d'interrogations restent toutefois en suspens. Ainsi la cour d'appel de renvoi devra-t-elle se prononcer sur la violation du droit de représentation par l'exposition au public d'une reproduction assortie d'un certificat d'authenticité dans le cadre d'une vente aux enchères ainsi que sur l'atteinte portée au droit au respect par l'exposition d'une reproduction mutilée de l'œuvre. Au-delà, l'arrêt laisse intacte la question, vivement débattue, de savoir si les tirages posthumes originaux peuvent donner prise au droit de suite postérieurement à la réforme de l'article L. 122-8 du code de la propriété intellectuelle opérée par la loi du 1^{er} août 2006 transposant la directive n° 2001/84/CE³². La présente décision n'achevant pas de sculpter le régime des tirages posthumes, de nouveaux épisodes restent certainement à venir compte tenu des enjeux économiques que suscitent ces exemplaires « à prix d'or »³³.

(26) M.-O. Deblanc, Les bronzes à prix d'or, CCE 2010. Etude 22, spéc. n° 3. (27) S. Lequette-de Kervennoaël, *op. cit.*, n° 165. (28) Sous réserve des critiques formulées *supra* concernant le respect de l'intégrité de l'œuvre. (29) Encourageant cette solution, A. Lucas-Schloetter, La contrefaçon artistique: état des lieux, CCE 2011. Etude 3, nos 18 et 28. Adde, E. Dreyer, La protection pénale du droit moral de l'auteur, CCE 2007. Etude 20. (30) Décr. n° 81-255, 3 mars 1981 statuant sur la répression des fraudes en matière de transaction d'œuvres d'art et d'objets de collection, art. 9: « Tout fac-similé, surmoulage, copie ou autre reproduction d'une œuvre d'art originale au sens de l'art. 71 de l'annexe III du CGI, exécuté postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret, doit porter de manière visible et indélébile la mention "Reproduction" » (JORF 20 mars, p. 825). (31) V. sur ces différents points les suggestions d'A. Lucas-Schloetter, La contrefaçon artistique: état des lieux, préc., spéc. n° 30. (32) V. F. Pollaud-Dulian, L'aggiornamento communautaire du droit de suite, CCE 2006. Etude 35; *contra* P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 330. Adde Les fontes posthumes sur la sellerie, L'Estampille/L'Objet d'art, n° 427, sept. 2007. 92, débats dirigés par F. Duret-Robert. (33) Pour reprendre l'expression de M.-O. Deblanc, préc.

Entreprise en difficulté

La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce : la fin des incertitudes

par Reinhard Dammann, Clifford Chance, Avocat au barreau de Paris, Chargé de cours à Sciences Po
Alexis Rapp, Clifford Chance, Avocat au barreau de Paris

Sommaire de la décision > Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs.

Cour de cassation, com., 27 mars 2012
Le texte intégral de cet arrêt est disponible sur le site www.dalloz.fr et sera intégré à la prochaine mise à jour du CD-Rom du *Recueil Dalloz*.

10-20.077 (n° 371 FS-P+B+R+I) - Décision attaquée: Cour d'appel de Caen, 8 avr. 2010 (Rejet)

Mots-clés: SAUVEGARDE DES ENTREPRISES * Responsabilité et sanction * Créancier * Soutien abusif * Disproportion des garanties

Note

L'introduction de l'article L. 650-1 du code de commerce par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a soulevé de nombreuses interrogations doctrinales¹ qui n'ont été que partiellement résolues par l'ordonnance du 18 décembre 2008².

Cet article pose en effet un principe de non-responsabilité du créancier dispensateur de crédit et prévoit, limitativement, trois exceptions: la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées par rapport aux concours consentis.

Avant la réforme de 2005, la jurisprudence avait bien circonscrit le régime de la responsabilité du créancier pour soutien abusif³. Était responsable le prêteur de deniers qui avait pratiqué une politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges, ou qui avait apporté un soutien artificiel à une entreprise dont il connaissait ou aurait dû connaître, s'il s'était informé, la situation irrémédiablement compromise⁴. Il s'agissait d'actions de nature délictuelle. Seul le défenseur de l'intérêt collectif des créanciers avait un intérêt à agir. Le montant de la condamnation correspondait à la seule aggravation de l'insuffisance d'actif que le ou les créanciers avaient contribué à créer

par leur faute, laquelle avait conduit à retarder l'ouverture de la procédure collective⁵.

Comment alors articuler le principe de non-responsabilité, assortie de trois exceptions, de l'article L. 650-1 et le régime classique de la responsabilité délictuelle pour soutien abusif?

La doctrine était divisée entre deux conceptions.

Selon une première lecture, les trois exceptions sont de simples cas d'ouverture, causes de déchéance de la protection accordée par l'article L. 650-1 du code de commerce. Une fois cette étape préliminaire franchie, le demandeur doit établir la responsabilité du créancier en application du droit commun⁶.

Dans une seconde conception⁷, le législateur énonce trois cas de fautes d'une particulière gravité qui justifient que l'on écarte le principe de non-responsabilité. Dans cette optique, l'article L. 650-1 définit explicitement les éléments constitutifs des fautes susceptibles d'engager la responsabilité du créancier⁸. Cette interprétation suppose, pour respecter la volonté du législateur de cantonner la responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, une interprétation stricte des trois cas d'exception⁹.

Les enjeux de ce débat étaient considérables. Si la jurisprudence devait retenir la deuxième conception, la réforme de 2005 aurait pu entraîner une aggravation de la responsabilité pour soutien abusif. Une partie de la doctrine avait d'ailleurs parlé d'un possible « cadeau empoisonné » du législateur¹⁰.

L'arrêt *BTP Banque* « cinq étoiles » - estampillé « FS-P+B+R+I » - de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 mars 2012¹¹ a tranché cette controverse en faveur de la première conception, offrant ainsi un « antidote » à ce risque d'empoisonnement.

(1) V. les références citées au *Code des procédures collectives 2012*, Dalloz, et not. R. Routier, L'article L. 650-1 du code de commerce: un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable?, D. 2006. 2916; D. Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E 2005. 1510; D. Robine, L'article L. 650-1 du code de commerce: un « cadeau » empoisonné?, D. 2006. 69, n° 9; J. Moury, La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce, D. 2006. 1743; P. Hoang, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in *La loi de sauvegarde des entreprises: quelles procédures? quelles responsabilités?*, Litec, 2007; R. Dammann, La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, Banque et Droit, sept.-oct. 2005. 16.; R. Dammann, Banque et banquiers responsables, in *Responsabilité et régulation économique*, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2007, p. 73; V. Forray, Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce, RTD com. 2008. 661; H. Kensicher, Po et Dalloz, 2007, p. 73; V. Forray, Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce, Journ. sociétés, n° 96, mars 2012. 29. Six ans déjà, et toujours rien de bien rassurant à propos de l'article L. 650-1 c. com., V. *infra*. Elle a également prévu qu'en cas de prise de garanties disproportionnées, celles-ci pouvaient être réduites ou annulées par le juge si la faute du créancier était retenue. (3) V. pour une étude exhaustive, P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2012/2013, n° 833 s. (4) V. Com. 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, n° 67; D. 2005. 1020, obs. A. Lienhard; RTD com. 2005. 578, obs. D. Legeais; Bull. Joly 2005, § 265, p. 1212, note F.-X. Lucas. Ces deux conditions sont alternatives et non pas cumulatives, Com. 10 juin 2008, n° 07-10.940, Gaz. proc. coll. 2011/3, p. 51, note R. Routier. (5) Com. 22 mars 2005 préc. Sur l'évolution de la jurisprudence, V. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 833.14. (6) En ce sens P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 834.12; R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz Action, 2011/2012, n° 322.64; P. Crocq, Sûretés et proportionnalité, *Mélanges Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 291. Egal. Paris, 15^e ch. B, 3 juill. 2008, Gaz. Pal. 21-22 janv. 2009, p. 22, note R. Routier; RD banc. fin. 2009, n° 18, obs. D. Legeais. (7) D. Legeais, *op. cit.*, spéc. n° 3; D. Robine, *op. cit.*, spéc. n° 38; J. Moury, *op. cit.*, spéc. n° 4; M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, n° 632; V. Forray, préc., spéc. 665 s.; R. Dammann, *op. cit.*, spéc. n° 192. (8) C'était également la position du gouvernement français comme le rappelle D. Robine (op. cit.). Dans sa décision du 25 juill. 2005, le Conseil constitutionnel semble partager cette interprétation: « Le législateur a expressément prévu que la responsabilité de tout créancier qui consent des concours à une entreprise en difficulté resterait engagée en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de prise de garanties disproportionnées ». (9) R. Dammann, *Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives*, in *Crise du crédit et entreprises: les réponses du droit*, Lamy, coll. Axe droit, 2010, n° 229. (10) D. Robine, *op. cit.*; D. Legeais, *op. cit.*, n° 31. (11) N° 10-20.077, D. 2012. 870, obs. A. Lienhard; JCP E 2012. 1274, note D. Legeais.

En l'espèce, le dirigeant d'une société s'était porté caution solidaire, à concurrence de 120 000 €, envers une banque qui avait consenti à cette société un prêt de 200 000 € dont le remboursement était par ailleurs garanti par un nantissement de bons de caisse d'une valeur de 200 000 €. La société emprunteuse ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a assigné la caution en paiement, laquelle a allégué en retour que le cautionnement était une garantie disproportionnée au sens de l'article L. 650-1 et demandé à ce titre des dommages-intérêts.

Dans son arrêt *BTP Banque*, la Cour de cassation n'a pas analysé la question d'une éventuelle disproportion des garanties consenties en faveur de la banque. Elle rejette le pourvoi en indiquant dans un attendu de principe 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 de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs ».

La Cour a saisi l'occasion d'un deuxième pourvoi dans l'affaire *CIC Iberbanco* pour donner une première indication sur l'interprétation de la notion de l'exception de fraude.

Dans cette affaire, la *CIC Iberbanco*¹² avait accordé un découvert d'un montant de 158 000 € d'une durée d'un mois à une société qui se trouvait déjà dans une situation irrémédiablement compromise. Elle avait exigé, en contrepartie, que ses dirigeants se portent cautions solidaires à hauteur de 189 600 € pour une durée de treize mois.

La cour d'appel avait retenu que la banque avait commis une fraude, retenant que la mise en place du découvert avait eu pour effet de retarder la déclaration de la cessation des paiements de la société. Dans ces circonstances, l'autorisation de ce découvert revêtait, selon la cour d'appel, un caractère frauduleux dans la mesure où le seul but de la banque consistait à obtenir le cautionnement des dirigeants rompant ainsi l'égalité entre les créanciers de la société à son profit.

La Cour de cassation a jugé « qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à caractériser l'intention frauduleuse de la banque, la cour d'appel n'a pas donné de bases légales à sa décision ». Cela étant, aucune conclusion de principe ne peut être tirée de cet arrêt qui ne sera pas publié au *Bulletin*.

Quels enseignements pratiques faut-il retenir ? Pour répondre à cette question, il faut s'interroger sur le fondement de la responsabilité pour soutien abusif (I) et les conditions de sa mise en œuvre (II).

I - Le fondement de la responsabilité pour soutien abusif

A première vue, les arrêts commentés semblent s'inscrire dans le prolongement de la jurisprudence classique de la Cour de cassation sur le soutien abusif.

Prenant en compte la volonté du législateur de vouloir limiter les risques du banquier qui accorde des crédits à une entreprise en difficulté, les trois exceptions prévues à l'article L. 650-1 du code de commerce doivent être considérées comme des obstacles supplémentaires que le demandeur doit franchir pour faire condamner un créancier pour soutien abusif. Ce faisant, la Cour de cassation semble jouer la carte de la continuité et de la sécurité juridique.

Incidentement, on peut constater un certain parallélisme de raisonnement de la Cour de cassation en matière de responsabilité du banquier pour violation de son devoir de mise en garde dans le cadre de la mise en place de crédit en faveur d'emprunteurs profanes. Pour que la responsabilité contractuelle du banquier soit engagée, le client profane doit rapporter la preuve de l'existence d'un crédit excessif¹³.

Cela étant, une analyse approfondie de l'article L. 650-1 du code de commerce et des arrêts commentés laisse apparaître les premières fissures dans l'édifice doctrinal de la responsabilité délictuelle pour soutien abusif.

La doctrine s'accordait en effet à considérer que les trois exceptions listées à l'article L. 650-1 constituaient des fautes n'ayant aucun lien de causalité avec le préjudice subi par la collectivité des créanciers dans le cadre du régime prétorien de responsabilité pour soutien abusif élaboré par la Cour de cassation¹⁴.

Ainsi, force est de constater que la prise de garanties disproportionnées est inopérante pour le tiers qui a consenti un crédit sur la base d'une solvabilité apparente. La prise de garanties disproportionnées en tant que telle n'est pas de nature à retarder le dépôt de bilan du débiteur. Bien au contraire, faute d'actifs disponibles, le débiteur est asphyxié. Il peut ne plus trouver de crédit et se trouve dès lors contraint de solliciter l'ouverture d'une procédure collective. Au lieu de retarder l'ouverture de la procédure, la prise de garanties disproportionnées la précipite.

On voit dès lors que cette norme n'a pas pour objet de protéger les créanciers tiers qui accordent du crédit sur la base d'une apparence de solvabilité factice, mais au contraire le débiteur contre un comportement déloyal et abusif de son banquier. La *ratio legis* de la prohibition des garanties disproportionnées est la lutte contre le gaspillage de crédit¹⁵.

De la même manière, le comportement fautif du créancier qui s'immisce dans la gestion de son débiteur n'a aucun lien de causalité avec le préjudice subi par la communauté des créanciers tiers dans le cadre d'un soutien abusif.

Dans la théorie classique, l'action contre les créanciers pour soutien abusif est intentée par les organes de la procédure en charge de la défense des intérêts collectifs des créanciers. Par exception, un tiers peut agir à titre individuel s'il subit un

(12) Com. 27 mars 2012, n° 11-13.536, JCP E 2012. 1274, note D. Legeais. (13) D. Legeais, note préc. ss. Com. 27 mars 2012. (14) P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2012-2013, pt 834.12; R. Damann, *op. cit.*, pts 223 et 224. (15) R. Damann, *Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 227.

préjudice strictement personnel ¹⁶. Par conséquent, il est douteux que la caution puisse se prévaloir du bénéfice de l'article L. 650-1 du code de commerce ¹⁷. Or, comme le relève Dominique Legeais, les arrêts commentés ne semblent pas rejeter, *a priori*, l'action de la caution ¹⁸. Par conséquent, une caution peut obtenir des dommages et intérêts, et éventuellement l'annulation ou la réduction de son cautionnement si elle apporte la double preuve suivante: 1°) l'existence d'une des trois conditions d'ouverture de l'article L. 650-1 (en pratique l'existence de garanties disproportionnées dont fait partie le cautionnement); et 2°) la mise en place d'un soutien financier fautif.

Enfin, la réforme de 2008 a précisé le domaine d'application de l'article L. 650-1 du code de commerce. Selon ce nouveau texte, la responsabilité des créanciers pour soutien abusif peut être recherchée « *lorsqu'une procédure collective de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte* ». Or il semble difficile d'imaginer une quelconque responsabilité pour soutien abusif classique dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. En effet, le débiteur est censé rembourser ses dettes dans le cadre d'un plan de sauvegarde. Dans ces conditions, il semble difficile de prouver l'existence d'un préjudice pour la collectivité des créanciers qui est pourtant une condition *sine qua non* d'une condamnation d'un fournisseur de crédit pour soutien abusif ¹⁹.

II - Les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité pour soutien abusif

A la suite de l'arrêt *BTP Banque*, le demandeur d'une action en responsabilité pour soutien abusif fondée sur l'article L. 650-1 du code de commerce doit cumulativement prouver l'existence d'une des trois conditions d'ouverture ainsi que l'existence d'un soutien financier fautif.

A - La fraude

La notion de fraude semble se référer à l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Elle comprend la collusion frauduleuse entre le créancier et le débiteur, par exemple en cas de concours tombant sous le coup d'une incrimination pénale, qu'il s'agisse de l'escompte de fausses factures ou de traites de complaisance ²⁰.

Selon la doctrine, la fraude n'engloberait pas uniquement des comportements pénalement répréhensibles. Ainsi, un auteur

avait proposé que la fraude puisse résulter de la méconnaissance de l'objectif législatif: la sauvegarde de l'entreprise. Dans cette conception très large, la mise en place d'un concours ruineux pourrait caractériser une fraude ²¹. Un autre auteur avait considéré que la notion de fraude englobe la volonté d'un créancier de rompre l'égalité entre les créanciers ²². Le tribunal de commerce de Nanterre a également retenu une conception très large de la fraude ²³.

L'arrêt *CIC Iberbanco* condamne cette interprétation large de la fraude. En l'occurrence, la cour d'appel avait relevé comme faisceau d'indices de la fraude trois éléments: 1°) le financement d'une entreprise qui se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise; 2°) la concomitance entre le financement et la prise d'une sûreté personnelle nouvelle; et 3°) la rupture de l'égalité des créanciers. La Cour de cassation a considéré que ces motifs étaient impropres à caractériser l'intention frauduleuse de la banque. Cet arrêt mérite approbation. Les éléments retenus ne pouvaient être considérés, tout au plus, que comme constitutifs d'un soutien financier fautif (pour lequel la banque bénéficiait de la protection de l'art. L. 650-1). La prise d'un cautionnement pour garantir le remboursement d'un nouveau concours ne semble pas constituer une fraude.

Cela étant, le fait pour un créancier de consentir des crédits au débiteur dans un autre but que celui de maintenir ou de démarrer son activité pourrait être constitutif d'une fraude ²⁴. Ainsi, le fait qu'un fournisseur de crédit soutienne artificiellement un débiteur dont la situation est irrémédiablement compromise afin de « passer le cap » de la période suspecte dans le seul but de sécuriser les actes annulables pourrait être constitutif d'une fraude au sens de l'article L. 650-1 du code de commerce ²⁵.

B - L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur

Cette notion comprend incontestablement la gestion de fait qui est difficilement admise par la jurisprudence ²⁶. Comme le démontre l'arrêt *Banque Worms* ²⁷, une gestion de fait peut être opérée par personne interposée.

La doctrine semble s'orienter vers une interprétation plus large de la notion d'« *immixtion dans la gestion* » qui viserait également le cas où le créancier imposerait la mise en place de concours ou de mesures de restructuration. Si l'on retient cette interprétation, il serait possible de sanctionner les hypothèses dans

(16) Sous cette condition, la Cour de cassation a également admis la possibilité pour le débiteur d'agir, Com. 13 mars 2007, n° 06-13.325, Bull. civ. IV, n° 86; D. 2007. 1020, obs. A. Lienhard. Il s'agit alors d'une action en responsabilité contractuelle. (17) V. Aix-en-Provence, 12 janv. 2012, Juris-Data, n° 2012-001944. (18) Préc. JCP E 2012. 1274. (19) La jurisprudence a refusé toute condamnation si le passif a diminué pendant la phase de soutien abusif, Com. 24 mai 2005, n° 04-11.875. V. égal. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 833.14. (20) V. R. Dammann, Banque et banquiers responsables, *op. cit.*, spéc. n° 193. (21) V. V. Forray préc. (22) V. C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Monchrestien, 7^e éd., 2011, n° 771. (23) Le tribunal avait reproché à une banque d'avoir notifié sa décision de supprimer son concours en application de l'art. L. 313-12 c. mon. fin. tout en laissant fonctionner le compte en position débitrice jusqu'au jugement d'ouverture de la procédure collective, T. com. Nanterre, 19 juin 2009, Gaz. Pal. 16-17 avr. 2010, p. 38, obs. R. Routier. (24) V. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 834.15. (25) V. R. Dammann, Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives, *op. cit.*, spéc. n° 225. (26) V. D. Legeais, *op. cit.*, JCP 2005. 1510, n° 14. V. les réf., in *Code des procédures collectives 2012*, Dalloz, art. L. 650-1, n° II. (27) Com. 27 juin 2006, n° 04-15.831, D. 2006. 2534, note R. Dammann et J. Paszkudzki, et 2007. 1688, obs. A. Ballot-Léna; Rev. sociétés 2006. 900, note D. Poracchia; RTD com. 2006. 892, obs. D. Legeais.

lesquelles le créancier a influencé les décisions prises par le dirigeant de droit, sans pour autant se substituer à lui ²⁸.

Cela étant, un banquier ne s'immisce pas nécessairement dans la gestion s'il se borne à conditionner ses concours à des mesures d'organisation ou de restructuration d'entreprise ²⁹. De même, il n'y a pas immixtion dans la gestion du débiteur si le banquier surveille l'utilisation des fonds ³⁰. En revanche, le banquier ne doit pas interférer dans l'utilisation des fonds par le débiteur en autorisant certains paiements et en rejetant les demandes d'autres paiements.

La situation semble plus délicate pour les sociétés mères qui s'immiscent fréquemment dans la gestion de leur filiale.

C - La prise de garanties disproportionnées

Cette dernière exception de l'article L. 650-1 du code de commerce, qui vise la disproportion des garanties par rapport aux concours consentis, a fait couler beaucoup d'encre ³¹.

A la suite de l'arrêt *BTP Banque*, plusieurs observations peuvent être faites.

Dans cette affaire, il s'agissait d'une action en responsabilité intentée par la caution. Cette dernière faisait valoir qu'il existait une disproportion de garanties puisque le prêt de 200 000 € était garanti par un nantissement de titres d'une valeur équivalente et un cautionnement d'un montant de 120 000 €. La disproportion alléguée ne pouvait résulter que du cumul des sûretés réelle et personnelle.

La Cour de cassation, on l'a vu, ne s'est pas placée sur ce terrain de la disproportion de garanties puisqu'elle a relevé en tout état de cause que la caution n'avait ni allégué ni démontré le fait que la mise en place du prêt de 200 000 € aurait constitué un soutien financier fautif.

On ne peut que regretter que la Cour de cassation n'ait pas saisi cette occasion pour se prononcer sur la problématique d'une éventuelle disproportion de sûretés. Dès lors, cette question reste ouverte.

Cela étant, on peut penser que la Cour a implicitement considéré que la problématique d'une disproportion de garanties pouvait résulter d'un cumul entre une sûreté réelle - le nantissement de bons de caisse - et une sûreté personnelle, un cautionnement. La doctrine avait d'ailleurs estimé que la notion de « garantie » était plus large que celle de sûreté réelle et englobe également les sûretés personnelles et l'affectation d'actifs pour garantir la dette d'un tiers ³².

En l'occurrence, il ne semble pas qu'une disproportion de sûretés était avérée. Il paraît en effet normal pour un banquier de demander une sûreté réelle classique avec un taux de couverture de 100 % par rapport au montant en principal du crédit et un cautionnement (partiel) complémentaire de la part des dirigeants de l'entreprise.

Cela étant, dans la mesure où le législateur n'a défini ni le terme de disproportion, ni sa méthode d'évaluation, pas plus encore le moment auquel il faut se placer pour apprécier la disproportion de la garantie, il appartient à la jurisprudence de combler ce vide.

S'appuyant sur les débats parlementaires, l'avocat général a estimé (dans le cadre des arrêts rendus le 27 mars 2012) qu'il convenait de se référer aux usages bancaires pour apprécier le caractère raisonnable du taux de couverture et l'existence d'une disproportion de garantie. Cette appréciation doit être réalisée au jour de la constitution des sûretés. Pour les besoins du calcul du taux de couverture, on devrait se référer soit au montant maximum autorisé dans la convention de crédit, majoré des intérêts prévus (y compris de retard) et des frais de recouvrement, soit à un montant correspondant aux risques réels du banquier ³³. Il semble également raisonnable de se référer non pas à la valeur de réalisation immédiate des sûretés mais plutôt à leur valeur future en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité du débiteur.

Si le demandeur a prouvé l'existence d'un des trois cas d'ouverture, encore faut-il démontrer que le soutien financier était fautif.

D - Le concours fautif

Dans son arrêt *BTP Banque*, la Cour de cassation a utilisé la notion de « concours fautif » au lieu de se référer à la terminologie classique du crédit ruineux ou de la création fautive d'une solvabilité apparente.

Se pose dès lors la question de savoir si en dehors de la responsabilité délictuelle classique pour soutien abusif, la jurisprudence pourrait à l'avenir également sanctionner les fautes contractuelles du prêteur à l'égard du débiteur. Cela d'autant plus que la mise en place de sûretés disproportionnées pourrait signifier que le débiteur n'aurait jamais dû emprunter à de telles conditions. L'excès de sûretés est un indicateur, comme le taux d'intérêts prohibitif, de l'existence d'un crédit ruineux. Au lieu de s'endetter de la sorte, la société aurait dû solliciter l'ouverture d'une procédure amiable ou d'une procédure de sauvegarde

(28) V. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 834.16. (29) V. Com. 7 janv. 2004, n° 01-02.896, JCP E 2004. 736, n° 35, obs. J. Stoufflet; P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 834.16, semble avoir une conception plus large. Selon lui il existe un risque d'immixtion si le banquier fait partie d'un comité de pilotage ou dans une opération de LBO quand il conditionne le concours au respect de ratio. Sur cette problématique en cas de restructuration de LBO, V. D. Caramalli, JCP E 2009. 1363. (30) Com. 30 oct. 2007, n° 06-12.677, Bull. civ. IV, n° 227; D. 2007. 2870, obs. X. Delpech; RDI 2008. 34, obs. H. Heugas-Darraspen; RTD com. 2008. 401, obs. D. Legeais. (31) Pour une explication exhaustive V. R. Dammann, *Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 227 s. V. égal. l'analyse synthétique avec les références doctrinales, in *Code des procédures collectives 2012*, Dalloz, art. L. 650-1, n° II. (32) V. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 834.17. (33) V. R. Dammann, *Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives*, *op. cit.*, spéc. n° 228; M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, n° 641.

pour résoudre ses difficultés et préserver ses actifs, notamment dans la perspective d'un plan de sauvegarde. Une telle évolution s'inscrirait d'ailleurs dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui, au cours des dernières années, a mis l'accent sur l'obligation de loyauté du banquier.

Le droit comparé est à cet égard très instructif. En Allemagne, la problématique des sûretés disproportionnées s'est posée avec acuité à la suite du développement de la fiducie-sûreté qui peut porter sur un ensemble de biens corporels présents et futurs. Surtout, en pratique, le problème de la disproportion ne se pose pas au moment de la mise en place mais plutôt en cours de prêt³⁴. En effet, la disproportion peut résulter soit d'un remboursement partiel soit d'une appréciation des biens transférés à titre de garantie.

Pour éviter l'annulation des sûretés disproportionnées en cas de liquidation judiciaire du débiteur, le *Bundesgerichtshof* (la Cour de cassation allemande), est alors intervenu pour mettre un terme à cette insécurité au profit du banquier, tout en assurant la protection du débiteur contre le gaspillage de crédit.

Dans ce cas, le *Bundesgerichtshof* a jugé que l'emprunteur a le droit de demander mainlevée partielle si la valeur future de réalisation du bien transféré à titre de garantie dans le cadre

d'une procédure collective est supérieure à 110 % du montant de l'encours ou si la valeur actuelle estimée des biens en question dépasse le seuil de 150 % du montant du crédit³⁵. Mais une telle réduction ne peut pas être demandée par le syndic une fois que le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. L'irrecevabilité de la demande du syndic se comprend puisque la disproportion ne peut plus causer aucun préjudice au débiteur et ne permet pas non plus au banquier de s'enrichir.

On voit dès lors que l'interdiction de constituer des garanties disproportionnées pourrait continuer de jouer un rôle prophylactique en incitant les sociétés à solliciter l'ouverture de procédures préventives ou de sauvegarde au lieu de se livrer à une politique de fuite en avant au préjudice de leurs créanciers.

La deuxième zone de risques pour le prêteur de deniers existe en cas d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur. En principe, une banque ou une société mère qui continue de soutenir financièrement un débiteur n'a rien à craindre même s'il s'avère par la suite que le concours consenti a été excessif, a été consenti à des conditions ruineuses en termes de taux d'intérêts ou a artificiellement prolongé la vie de l'entreprise en retardant ainsi le dépôt de bilan. Mais encore faut-il que le créancier n'ait pas imposé au débiteur de contracter cet endettement.

(34) La doctrine considère que la disproportion *ab initio* existe lorsque la valeur de la propriété-sûreté dépasse le double du montant du prêt.
(35) NJW 1998. 671 s.

/ Entreprise en difficulté

L'insaisissable déclaration de l'article L. 526-1 du code de commerce

par Franck Marmoz, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Université Jean Moulin - Lyon 3

Sommaire de la décision > Le liquidateur ne peut 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. Or, en application de l'article L. 526-1 du code de commerce, la déclaration d'insaisissabilité n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à sa publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. En conséquence, le liquidateur n'a pas qualité pour agir, dans l'intérêt de ces seuls créanciers, en inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité.

Cour de cassation, com., 13 mars 2012

LA COUR : - Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X, propriétaire indivis avec M^{me} Y d'un immeuble constituant leur résidence principale, a déclaré insaisissables ses droits indivis sur ce bien par un acte authentique qui a été publié au bureau des hypothèques et au répertoire des métiers, dans lequel M. X était immatriculé pour une activité d'artisan plombier, mais pas au registre du commerce et des sociétés, auquel M. X était également inscrit pour une activité de

négociant en matériaux de construction ; que M. X ayant été mis en liquidation judiciaire le 20 octobre 2004, le liquidateur a demandé que la déclaration d'insaisissabilité lui soit rendue inopposable et qu'il soit procédé à la licitation de l'immeuble indivis ;

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche : - Attendu que M. X et M^{me} Y font grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevables les demandes du liquidateur malgré l'absence de tout litige entre le débiteur et ses créanciers, alors, selon