



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE SOUTIEN ABUSIF

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : Revue Lamy droit des affaires, N° 24, 1er février 2008

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE SOUTIEN ABUSIF

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « SOUTIEN ABUSIF » A. – Le rempart du principe d'irresponsabilité 1o La justification du principe de non-responsabilité

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « SOUTIEN ABUSIF » A. – Le rempart du principe d'irresponsabilité 2o Le champ d'application du principe d'irresponsabilité a) Le contexte : la situation de l'article L. 650-1 du Code de commerce

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « SOUTIEN ABUSIF » A. – Le rempart du principe d'irresponsabilité 2o Le champ d'application du principe d'irresponsabilité b) Le texte

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « SOUTIEN ABUSIF » B. – Les brèches : des exceptions aux contours et au rôle incertains 1o Le contour incertain des exceptions posées a) La fraude

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « SOUTIEN ABUSIF » B. – Les brèches : des exceptions aux contours et au rôle incertains 1o Le contour incertain des exceptions posées b) L'immixtion caractérisée dans la gestion

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « SOUTIEN ABUSIF » B. – Les brèches : des exceptions aux contours et au rôle incertains 1o Le contour incertain des exceptions posées c) La disproportion des garanties prises par rapport aux concours consentis

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « SOUTIEN ABUSIF » B. – Les brèches : des exceptions aux contours et au rôle incertains 2o La portée discutée des exceptions posées

II. – LA SANCTION RENFORCÉE DU « SOUTIEN ABUSIF » A. – La dualité des sanctions 1o La nullité des garanties

II. – LA SANCTION RENFORCÉE DU « SOUTIEN ABUSIF » A. – La dualité des sanctions 2o La réparation du préjudice subi

II. – LA SANCTION RENFORCÉE DU « SOUTIEN ABUSIF » B. – La mise en œuvre facilitée des sanctions 1o L'élargissement des titulaires de l'action

II. – LA SANCTION RENFORCÉE DU « SOUTIEN ABUSIF » B. – La mise en œuvre facilitée des sanctions 2o Les zones d'ombre

LE SOUTIEN ABUSIF

Quand les temps sont durs, le plus simple est de se tourner vers la personne la plus solvable. Or, qui de plus solvable qu'une banque ? C'est pourquoi, quand une entreprise emprunteuse connaît des difficultés, il est tentant pour elle de rechercher la responsabilité de son banquier. Et quand ce dernier ne peut se voir reprocher d'avoir rompu ses concours trop tôt, on tente la tactique inverse : la banque, en maintenant les crédits alors que l'entreprise était vouée à l'échec, aurait précipité l'emprunteur vers la procédure collective. Mais depuis la loi de sauvegarde des entreprises, le recours ne semble plus être ce qu'il était.

Après ce vaste tour d'horizon des risques auxquels est exposé le banquier, il s'agit désormais d'envisager le risque lorsque surviennent les difficultés de l'entreprise et, dans leur cortège, la procédure collective. « *Le soutien abusif* », est en effet le thème de cette intervention. Ces quelques mots, sans que les organisatrices du colloque aient eu besoin d'apporter davantage de précision, suffisent à évoquer ce contexte particulier où le banquier se trouve en première ligne face à la menace de défaillance, voire à la défaillance avérée de son client, qui est tôt ou tard concerné par une des procédures relevant du Livre VI du Code de commerce, procédures dont l'éventail s'est élargi à la faveur de la réforme du 26 juillet 2005.

La loi de sauvegarde des entreprises a apparemment bouleversé la donne (*cf.* Legeais D., Les concours consentis à une entreprise en difficulté [C. com., art. L. 650-1], JCP E 2005, n° 1510), spécialement au regard des risques encourus par le banquier, risques que le législateur a entendu éloigner pour mieux rapprocher le banquier du chevet de l'entreprise souffrante. Les banquiers aspiraient, en effet, à être rassurés, tant il est vrai, l'exercice d'équilibriste auquel se livrent ces funambules du risque, leur paraissait être devenu trop périlleux. Leur aide est immanquablement sollicitée pour permettre à l'entreprise de traverser cette période de turbulences. Mais elle pouvait leur être reprochée : planait l'ombre de la responsabilité pour soutien abusif développée depuis une trentaine d'années par la jurisprudence et retenue en cas de crédit ruineux octroyé à l'entreprise ou de maintien artificiel d'un crédit dans une situation irrémédiablement compromise. Inversement, le désengagement du banquier à ce stade était également source potentielle de responsabilité, au titre d'une rupture abusive de crédit. Les banquiers, sollicités et traqués à la fois, se sentaient dans une position inconfortable, de nature à paralyser l'octroi de crédit.

Or, le rôle du banquier est crucial. Nul ne saurait le nier. Le législateur, lors de l'importante réforme du droit des entreprises en difficulté opérée par la loi de sauvegarde des entreprises en date du 26 juillet 2005, a pris la mesure de ce rôle (*cf.* Dammann R., La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de

sauvegarde des entreprises, Banque et Droit 2005, n° 103, p. 16 ; Stoufflet J. et Mathey N., Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Commentaire des dispositions applicables aux concours financiers, RD bancaire et fin. 2006, n° 1, p. 54), qu'il est venu même renforcer, appuyer (déjà en 1994, lors de la précédente réforme avait-on pu observer une volonté diffuse mais certaine de rééquilibrage en faveur des banquiers. Volonté diffuse car les modifications opérées n'étaient pas limitées aux seuls banquiers et susceptibles de profiter plus généralement aux créanciers titulaires de sûretés. Volonté certaine toutefois, car les banquiers étaient bien dans l'ombre de ces modifications. Ainsi en était-il du « *reclassement* » dans la liquidation judiciaire des créanciers antérieurs titulaires de sûretés immobilières et sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou du nantissement de l'outillage, primant les créanciers de la procédure. Ainsi en était-il encore du transfert de la charge de certaines sûretés en cas de plan de cession). Il a souhaité encourager les banquiers à l'effort de sauvetage de l'entreprise, et plus particulièrement à son sauvetage précoce et ce, de deux manières.

En l'incitant à apporter de l'argent « *frais* » à l'entreprise, d'une part. Cet apport d'argent frais, lorsqu'il est effectué dans le cadre d'un accord amiable homologué à l'issue d'une procédure de conciliation, s'accompagne de l'octroi d'un nouveau privilège, le privilège dit de la « *new money* » ou « *fresh money* » fondé sur l'article L. 611-11 du Code de commerce.

D'autre part, en diminuant le risque représenté par une telle intervention, par le soutien financier apporté à l'entreprise en difficulté en posant un principe d'irresponsabilité, assorti cependant de limites, dont le siège est l'article L. 650-1 du Code de commerce.

Avant d'envisager plus avant la voie choisie pour diminuer ce risque, il convient de rappeler qu'outre la voie classique de la responsabilité pour soutien abusif (ou rupture abusive), le banquier encourait et encourt un autre risque : celui d'être considéré comme un dirigeant de fait et de subir les différentes sanctions applicables à ce dernier, sanctions qui ont au demeurant connu d'importantes modifications dans la loi de sauvegarde : action en responsabilité pour insuffisance d'actif pour faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, obligation aux dettes sociales en cas de manquements visés par la loi. Toutefois, il n'est guère aisé d'établir la direction de fait, ce qui suppose, selon la jurisprudence, des actes positifs de gestion effectués en toute indépendance. Or, théoriquement, le banquier ne peut s'immiscer dans la gestion de son client. Pour autant, il arrive qu'une telle direction de fait soit établie, comme en témoigne un arrêt récent où a même été reconnue une direction de fait d'une banque par l'intermédiaire d'un salarié (Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15.831, Bull. civ. IV, n° 161, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1372, obs. Lucas F.-X., RTD com. 2006, p. 892, Legeais D. Sur l'arrêt d'appel : CA Versailles, 13^e ch., 29 avr. 2004, Chouraqui et a. c/ M. Segard, RTD com. 2005, p. 403, Legeais D., JCP E 2005, p. 32, note Campana M.-J., Bull. Joly Sociétés 2004, n° 21, p. 1201, note Constantin A. et Lévy Y., Dr. sociétés 2004, n° 11, p. 20, note Legros J.-P. ; Delebecque Ph., L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir, JCP E 2005, p. 234 ; Lucas F.-X.,

Responsabilité bancaire : le banquier administrateur de fait par personne interposée, RD bancaire et fin. 2004, n° 4, p. 271).

On comprend ainsi que c'est moins la menace de cette action que celle de l'action sur le fondement du soutien abusif qui ait pu « *effrayer* » les banquiers, action formée à leur encontre tant par les organes de la procédure que par les cautions (*cf.*, pour des exemples récents, Cass. com., 22 mars 2005, n°s 02-20.678 et 03-12.922, Bull. civ. IV, n°s 67 et s., Bull. Joly Sociétés, n° 11, p. 1213, obs. Lucas F.-X., RTD com. 2005, p. 405, obs. Legeais D.).

Alors que la Cour de cassation venait de dégager des critères fermes, précis « *balisant* » l'action et propres à rassurer les banquiers, le législateur, lors de la réforme opérée par la loi de sauvegarde, a souhaité envoyer un signe fort à ces derniers et à tous ceux qui apporteraient des concours : il a posé un principe d'irresponsabilité. Un tel principe n'a pas manqué de susciter de vives réactions, au demeurant toujours d'actualité (Brunet A., La loi de sauvegarde des entreprises ou l'illustration des défauts « *elluliens* » du droit, LPA 2007, n° 134, p. 43, dénonçant le traitement de faveur dont fait l'objet le banquier et plus spécialement « *le caractère scandaleux* » de l'article L. 650-1 : n° 4 et n°s 23 à 27). La vindicte n'est pas complètement retombée malgré l'écoulement du temps et le brevet de constitutionnalité décerné par le Conseil constitutionnel saisi de cette disposition, au motif que celle-ci ne supprimait pas toute responsabilité compte tenu des exceptions posées au principe d'irresponsabilité. On agite cependant le spectre de la non-conventionnalité de l'article L. 650-1 du Code de commerce (Routier R., Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, Gaz. Pal. 2005, n° 253, p. 33 ; L'article L. 650-1 du Code de commerce ; un article « *détonnant* » pour le débiteur et « *détonant* » pour le contribuable ?, D. 2006, n° 2916).

Pour l'heure, à une seule exception relative à l'application de ce texte aux instances en cours, aucune trace n'a pu être trouvée de décisions ayant mis en œuvre cette nouvelle disposition. C'est peut-être un signe que, comme l'a souhaité le législateur pour encourager les banquiers à s'impliquer dans le sauvetage de l'entreprise, le soutien abusif a bien aujourd'hui un caractère exceptionnel. Toutefois, il est probablement trop tôt pour pouvoir se prononcer. De même, il est encore difficile de savoir si les banquiers « *jouent le jeu* » et octroient des crédits, ainsi qu'ils s'y étaient engagés. Le recul manque pour tirer des conclusions définitives. Cependant, une stabilité des pratiques semble plutôt de mise : telles sont en tout cas les conclusions que livre, avec une grande prudence cependant, le CIRI dans son rapport pour l'année 2006 mis en ligne sur le site du ministère de l'Économie. Cette relative frilosité atteste peut-être que les incertitudes liées à l'application du nouveau texte, largement dénoncées par la doctrine, ont éveillé des craintes chez les banquiers, craintes renforcées sans doute par la lourdeur des sanctions désormais applicables lorsque est écartée l'immunité de principe posée par le nouvel article L. 650-1 du Code de commerce.

Le caractère exceptionnel du soutien abusif – en apparence – aujourd'hui, tel qu'il résulte de l'alinéa premier de l'article L. 650-1 du Code de commerce, tranche, en effet, avec la lourdeur des sanctions encourues,

sanctions énoncées par l’alinéa second de cette disposition. Ce sont ces deux points que nous nous proposons d’examiner.

I. – LE CARACTÈRE APPAREMMENT EXCEPTIONNEL DU « *SOUTIEN ABUSIF* »

Le caractère exceptionnel du « *soutien abusif* », c’est-à-dire de la mise en jeu de la responsabilité du banquier pour octroi d’un crédit à une entreprise en difficulté, découle clairement de l’article L. 650-1, alinéa 1^{er}, selon lequel « *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* ».

Ainsi, le principe posé est-il celui de l’irresponsabilité du dispensateur de crédit. Ce rempart n’en comporte pas moins certaines brèches qui permettront de retenir la responsabilité du banquier. Brèches dans lesquelles pourraient s’engouffrer les plaideurs et qui pourraient fortement fragiliser le rempart bâti, peut-être un peu trop hâtivement, par le législateur.

A. – Le rempart du principe d’irresponsabilité

La loi de sauvegarde des entreprises a innové assurément, tant sont peu fréquentes les hypothèses légales de non-responsabilité posées au profit de professionnels. La justification de ce principe a ainsi suscité des discussions. Or, de surcroît, la loi a conféré un large champ d’application au principe de non-responsabilité en raison de la généralité des termes employés.

1° La justification du principe de non-responsabilité

Très critiqué, le principe a néanmoins été validé par le Conseil constitutionnel qui laisse accréditer l’idée qu’il reposerait sur un motif d’intérêt général. Les juges suprêmes ont en effet affirmé que « *cette exigence* (exigence constitutionnelle de la responsabilité que le législateur aurait bafouée selon les auteurs de la saisine) *ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d’intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée* » (Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC, JO 27 juill.).

Cela n'a, semble-t-il, pas pleinement convaincu la Cour d'appel de Versailles qui a exclu l'existence, il est vrai, d'un impérieux motif d'intérêt général, notion à laquelle, au demeurant elle n'aurait pas dû faire appel, (CA Versailles, 13^e ch., 15 déc. 2005, D. 2006, p. 1601, obs. Lienhard A. L'argument n'aurait été pertinent que s'il s'était agi de se pencher sur une disposition rétroactive, ici absente) pour écarter l'application de la nouvelle disposition à une instance en cours.

On a pu regretter que cet intérêt général illégué, conduisant à remettre en question des solutions établies, n'ait pas été plus précisément quantifié (Stoufflet J. et Mathey N., précités, n° 29 rapportant qu'au cours des travaux préparatoires il avait été indiqué, mais sans précision quant à la catégorie des bénéficiaires, que seulement 15 millions d'euros par an de dommages-intérêts étaient accordés).

Quel était effectivement le poids des condamnations pour soutien abusif et dans quelle mesure était-il pris en considération par les banques pour refuser l'octroi de crédits ?

Quoiqu'il en soit, force est de reconnaître avec le professeur D. Vidal que « *la responsabilité du banquier admet désormais le droit à l'erreur économique dans la gestion du crédit* » (Vidal D., La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client, RD bancaire et fin. 2006, n° 6, p. 87, spéc. n° 24), tout comme, observe-t-il, le dirigeant social a lui aussi droit à l'erreur de gestion si l'on s'en tient à la jurisprudence applicable à la mise en cause de sa responsabilité pour faute de gestion, l'erreur étant distincte de la faute.

Ainsi justifié, le principe d'irresponsabilité doit voir son champ d'application précisé.

2° Le champ d'application du principe d'irresponsabilité

Il découle tant du contexte que du texte.

a) Le contexte : la situation de l'article L. 650-1 du Code de commerce

L'article L. 650-1 du Code de commerce est placé en tête du titre V sur les responsabilités et sanctions, qui constitue un titre autonome, détaché des différentes procédures régies par le livre VI, séparément désormais chacune par un titre (la conciliation, comme le mandat *ad hoc* sont intégrées dans le titre 1er sur la prévention, le titre 2 est consacré à la sauvegarde, le titre 3 au redressement judiciaire et le titre 4 à la liquidation judiciaire). Le principe s'applique donc quelle que soit la procédure : de la conciliation sans doute, en passant par la sauvegarde et jusqu'à la liquidation, laquelle, il est vrai aujourd'hui, constitue le domaine d'élection de la cession de l'entreprise.

En revanche, l'application du texte dans l'hypothèse d'un mandat *ad hoc* pourrait être écartée au motif qu'il ne s'agirait pas là à proprement parler d'une procédure. Une telle question risque néanmoins fort de ne jamais être posée, le mandat *ad hoc* demeurant l'antichambre de la procédure de conciliation.

L'article L. 650-1 ne peut au demeurant s'appliquer qu'aux procédures ouvertes depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 et non aux procédures en cours, en l'absence de dispositions transitoires spéciales le concernant. C'est précisément cette solution, qui ne faisait aucun doute (Lienhard A., D. 2006, p. 1601), qui a été appliquée par l'arrêt précité de la Cour de Versailles.

Lié à l'ouverture d'une procédure du livre VI, le principe d'irresponsabilité ne peut jouer en son absence. En revanche, dès lors qu'une procédure a été ouverte, son amplitude est grande en raison de la rédaction même de l'article L. 650-1.

Venons-en au texte.

b) Le texte

Il semble avoir été rédigé, en ce qui concerne les personnes visées, en contemplation de la jurisprudence rendue en matière de responsabilité pour soutien abusif, ce qui pourrait être de nature à éclairer l'interprète s'agissant d'un autre aspect, celui des concours consentis.

Les bénéficiaires :

Sont visés les créanciers et non les seuls établissements de crédit. La jurisprudence avait admis que la responsabilité pour soutien abusif pouvait être retenue à l'encontre d'autres partenaires de l'entreprise débitrice que des établissements de crédit, tels des concédants, une Caisse de MSA en dépit du statut particulier qui est le sien (Cass. com., 10 déc. 2003, n° 01-03.746, Bull. civ. IV, n° 199, JCP E 2004, II, 252, obs. Legeais D. La Cour de cassation admet le principe d'une telle action mais censure les juges du fond pour avoir prononcé une condamnation sans avoir relevé qu'au moment où la caisse accordait des délais de paiement, la société débitrice était en situation irrémédiablement compromise et que la caisse le savait ou aurait dû le savoir), une coopérative dernièrement (Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-13.649, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 695, obs. Scholer P.).

Il n'est donc pas surprenant que la formulation de la loi vise indifféremment les « *créanciers* ». Tous pourront trouver avantage à cette nouvelle irresponsabilité.

En dépit de la référence aux créanciers, peu importe que la qualité de créancier n'existe plus, parce que le créancier ayant apporté son concours aurait été payé, au moment où l'on envisage l'engagement de la responsabilité à son encontre. Ce qui compte, en effet, c'est qu'il ait consenti un concours. Mais qu'entend-on par là ?

Les concours consentis :

Le terme est assurément large et s'applique à **toute forme de crédit**(en ce sens Legeais D., Les concours consentis à une entreprise en difficulté, précité, n° 6, évoquant « *les prêts, l'escompte, les découverts, les crédits garantis par une cession de créance professionnelle* »), crédit nouvellement octroyé ou crédit maintenu.

En l'absence de précision légale, la principale question posée concerne **les délais** de paiement. Sont-ils concernés ? La doctrine n'est pas totalement unanime à ce sujet. Certains les englobent sans distinction dans les concours (Legeais D., précité ; Robine D., précité, n° 9 ; Hoang P., La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, précité, n° 19). D'autres prônent l'exclusion des délais de paiement usuels (Stoufflet J. et Mathey N., n° 27 ; Moury J., La responsabilité du fournisseur de « *concours* » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce, D. 2006, p. 1713, n° 12 ; Saint-Alary Houin C., Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^e éd., n° 770) tandis qu'ils admettent que des conditions particulières de paiement octroyées au débiteur telles que l'intéressé « *se comporte en fait comme un prestataire de services financiers* » peuvent être considérées comme des concours. Telle était effectivement la position de la jurisprudence à propos du soutien abusif (*cf.* très nettement en ce sens à propos des délais consentis par une caisse de MSA : Cass. com., 10 déc. 2003, n° 01-03.746, précité, JCP E 2004, II, p. 252, obs. Legeais D.). Signalons enfin que d'autres encore considèrent que, de prime abord, il est permis de penser que les délais ne sont pas concernés par le principe d'irresponsabilité (Lienhard A., Sauvegarde des entreprises en difficulté, Nouvelles pratiques issues de la réforme, Delmas, 2^e éd., 2007, n° 2301). L'enjeu est important, particulièrement pour les créanciers publics ou assimilés qui n'octroient pas de crédit mais consentent de tels délais.

« *Apparemment étendu, le rempart protégeant ceux qui auront consenti un concours à l'entreprise n'en comporte pas moins certaines brèches propres à le fragiliser et qu'il convient d'examiner* ».

Une autre question se pose encore à propos du moment de l'octroi de ces concours. En l'absence de distinction, il convient d'admettre que ce sont tant les concours consentis avant qu'après l'ouverture de la procédure qui doivent être pris en considération. Le nouvel article L. 650-1 devrait même s'appliquer aux concours consentis avant l'entrée en vigueur de la loi dès lors que les procédures ont été ouvertes depuis (*cf.* Legeais D., précité, n° 6).

Mais faut-il admettre que toutes les hypothèses de responsabilité sont alors concernées, ce que la lettre large du texte autorise, la loi visant les préjudices, de même que la *ratio legis*, ou bien considérer que seuls les cas de responsabilité en relation avec la défaillance du débiteur (soutien artificiel et crédits ruineux) sont couverts par le principe, ainsi que certains auteurs l'ont suggéré (Hoang P., La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, précité, n° 20 ; Robine D., précité, n° 20, soulevant la question mais semblant écarter ensuite cette « *option* ») ?

S'il y a là matière à discussion, cette irresponsabilité peut être, en revanche, invoquée par le banquier, quelle que soit la qualité de la personne qui chercherait à mettre en cause sa responsabilité, le texte ne distinguant pas. Peu importe qu'il s'agisse du débiteur ou des créanciers, généralement *via* les organes de la procédure collective, ou encore de la caution.

Apparemment étendu, le rempart protégeant ceux qui auront consenti un concours à l'entreprise n'en comporte pas moins certaines brèches propres à le fragiliser et qu'il convient d'examiner.

B. – Les brèches : des exceptions aux contours et au rôle incertains

Ainsi que cela a été précisé, le législateur écarte l'irresponsabilité de principe dans trois séries d'hypothèses dont les contours sont quelque peu incertains à y regarder de plus près et sur le rôle desquelles l'incertitude règne également.

1° Le contour incertain des exceptions posées

Sont successivement envisagées par le législateur, la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion, enfin la disproportion des garanties prises en contrepartie des concours consentis par rapport à ceux-ci. Aucune de ces trois notions ne nous est totalement étrangère. Cependant, elles ne se laissent pas aussi aisément cerner qu'il n'y paraît. L'observation est plus particulièrement vraie pour la disproportion à laquelle se réfère l'article L. 650-1 du Code de commerce qui retiendra pour cette raison davantage notre attention.

Une telle incertitude est assurément fâcheuse car toute l'économie du dispositif mis en place en dépend. Comment appréhender alors les dispositions légales en cause ? En retenant une interprétation restrictive des exceptions, ainsi que beaucoup le proposent en invoquant tant l'esprit de la loi que la maxime selon laquelle les exceptions sont de droit étroit ? Il n'est pas sûr cependant que ce dernier argument soit opportunément invoqué : à y regarder de plus près en effet, l'exception est constituée par l'irresponsabilité elle-même et l'on pourrait dès lors soutenir que c'est précisément l'exception qui doit être comprise de manière étroite, de telle sorte que les exceptions à l'exception qui ramènent au principe devraient recevoir une interprétation souple...

a) La fraude

La référence à la fraude, dont chacun sait qu'elle corrompt tout, a pu paraître inutile. Elle crée un trouble tant le concept est malléable. Si bien que l'on pourrait sous couvert de la fraude réintroduire la jurisprudence sur le soutien abusif.

Faut-il la limiter au seul comportement intentionnel du dispensateur de crédit (ce qui suppose le recours à des moyens de crédit frauduleux, ou encore la volonté d'échapper aux conséquences de la procédure ; cf. Stoufflet J. et Mathey N., précités, n° 33, évoquant l'hypothèse où « *la banque a continué à financer une entreprise qu'elle sait condamnée pour lui permettre d'exécuter un marché dont le produit viendra lui rembourser ses concours* ») ou bien, comme en matière de fraude paulienne, la comprendre extensivement et l'admettre dès lors que le créancier a simplement conscience de causer un préjudice aux autres créanciers ? Conscience qui pourrait être déduite de la connaissance de la situation – irrémédiablement compromise – de l'entreprise à laquelle le crédit a été consenti...

Admettre une telle interprétation (pourtant suggérée lors des travaux préparatoires) ruinerait la modification opérée (ou presque car la sauvegarde est exclusive d'une situation irrémédiablement compromise ; cependant, la jurisprudence révèle une acception très large de la notion de situation irrémédiablement puisqu'elle en a admis l'existence avant l'adoption d'un plan de redressement : Cass. com., 19 oct. 1999, n° 96-16.377, Bull. civ. IV, n° 167, JCP E 1999, p. 1984).

b) L'immixtion caractérisée dans la gestion

Cette deuxième hypothèse permettant de déroger au principe d'irresponsabilité n'est pas totalement inconnue en droit des procédures collectives. L'immixtion dans la gestion évoque la direction de fait. C'est à elle qu'a songé le législateur en tout cas, comme en attestent les travaux préparatoires. La reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait permet, rappelons-le, d'appliquer diverses sanctions au dirigeant de fait dès lors qu'il a commis des fautes de gestion ou divers agissements répréhensibles, tels que notamment la condamnation à combler l'insuffisance d'actif résultant de la faute de gestion (sur le fondement aujourd'hui de l'article L. 651-2 du Code de commerce).

L'immixtion caractérisée visée par l'article L. 650-1 se confond-elle avec la direction de fait ? Il est permis d'en douter.

Sans doute a-t-on fait valoir que l'exigence d'une immixtion caractérisée est sans grande portée (Routier R., De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de sauvegarde des entreprises, D. 2005, Chr., p.

1478, n° 14), l'immixtion n'étant admise qu'en présence de faits caractérisés (des faits positifs accomplis en toute indépendance sont exigés par la jurisprudence pour admettre la direction de fait).

« (...) l'on pourrait sous couvert de la fraude réintroduire la jurisprudence sur le soutien abusif »

Mais peut-être ici n'est-il pas nécessaire que soit établie une véritable direction de fait, impliquant une certaine continuité dans la gestion de fait, une activité de gestion. Une immixtion ponctuelle, dès lors qu'elle est suffisamment forte, appuyée, caractérisée donc, suffirait (Bonneau Th., Droit bancaire, Domat Montchrestien, 7^e éd., 2007, n° 737).

Il a été suggéré de l'admettre (Legeais D., précité, n° 13) pour le banquier en cas de manquement à son devoir de non-ingérence, de non-immixtion (sur le devoir de non-immixtion, cf. Bonneau Th., précité, n°s 405 à 407. Ce devoir commande au banquier de « *ne pas intervenir dans les affaires du client* », « *de ne pas apprécier l'opportunité des crédits consentis* », ce qui permet de protéger le banquier en cas de mauvais usage du crédit ; c'est-à-dire en cas de dépassement par celui-ci du « *rôle passif* » qui doit être le sien). Toutefois, ce devoir incombe au seul banquier alors que le principe d'irresponsabilité est général à l'ensemble des dispensateurs de crédit (sur la question, cf. Hoang P., La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, précité, n° 36).

Quoiqu'il en soit, admettre un cas de responsabilité sur ce fondement, en plus de la responsabilité pour faute de gestion, ne fait pas double emploi car les domaines des dispositions ne se recoupent pas totalement, et ce tant au regard des procédures concernées (la responsabilité pour faute de gestion n'est applicable qu'en cas de liquidation ou de résolution d'un plan de sauvegarde ou de continuation) que des personnes visées (la responsabilité pour faute de gestion concerne les dirigeants de personnes morales ; l'immixtion caractérisée dans la gestion concerne tant les personnes physiques que morales).

Il restera ensuite à déterminer si la responsabilité pour immixtion caractérisée suppose, par ailleurs, l'établissement d'une faute, à l'instar de la responsabilité pour insuffisance d'actif nécessitant l'établissement d'une faute de gestion, ou bien s'il est suffisant de constater une immixtion caractérisée pour que la responsabilité du dispensateur de crédit puisse *ipso facto* être engagée.

On constate que, pour une notion *a priori* connue, les interrogations ne manquent pas. Elles sont plus grandes encore s'agissant de la dernière exception posée au principe d'irresponsabilité.

c) La disproportion des garanties prises par rapport aux concours consentis

La loi fait exception au principe d'irresponsabilité « *si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées par rapport à ceux-ci* ».

Le législateur reprend le chant de la disproportion des garanties, mais dans une nouvelle tonalité, une nouvelle partition. Il ne s'agit plus, en effet, comme en matière de cautionnement où, après la jurisprudence, la loi a consacré le principe de proportionnalité, d'apprécier la disproportion en comparant le montant de l'engagement et le montant des ressources globales du débiteur. Il faut ici comparer le crédit consenti et les garanties prises.

Les termes, les éléments de la comparaison qu'il convient de tenter de préciser diffèrent, mais ce n'est pas là la seule différence.

Quelles sont les **garanties** concernées ? Comment apprécie-t-on la disproportion ?

S'agissant des garanties, doivent *a priori* être prises en compte tant les sûretés *stricto sensu* que les sûretés *lato sensu*, qu'elles soient personnelles ou réelles.

Néanmoins, seules les garanties « *prises* » sont visées, ce qui pourrait conduire à ignorer celles résultant de la loi (*contra* Le Cannu P. et Jeantin M., Droit commercial, Entreprises en difficulté, Dalloz, 7^e éd., 2007, n° 640), tels les privilèges, du moins les privilèges généraux, mais peut-être également sera-t-il plaidé, les privilèges immobiliers spéciaux, les hypothèques légales, qui sont bien des sûretés reconnues par la loi, quand bien même elles sont soumises à inscription (le privilège du prêteur de deniers sera peut-être ainsi « *conforté* », alors que l'hypothèque rechargeable paraissait constituer une menace pour celui-ci en l'absence de possibilité de rechargement). Ainsi, en cas de conciliation donnant lieu à un accord homologué, le privilège de l'article L. 611-11 ne pourrait être pris en considération. Les créanciers publics, les créanciers de créances sociales titulaires de privilèges ou hypothèques légales seraient ainsi largement à l'abri de ce cas de responsabilité.

Par ailleurs, les garanties à prendre en compte sont celles prises « *en contrepartie* » du crédit consenti. Dès lors, pour un auteur (Piette G., Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce, RLDC 2006/28, n° 2092), seules seraient concernées les garanties prises concomitamment au crédit et non les garanties octroyées ultérieurement. La solution n'est toutefois pas certaine si l'on prend en compte la jurisprudence rendue à propos de l'obligation d'information prescrite par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, obligation qui ne concerne que les cautions ayant consenti un cautionnement garantissant « *tout concours financier* » accordé à une entreprise « *sous la condition du cautionnement* ». Peu importe, selon la jurisprudence, que le cautionnement ait été consenti avant ou après l'octroi du crédit (Cass. com., 11 avr. 1995, n° 93-10.575, Bull. civ. IV, n° 119, D. 1995, I.R., p. 126).

Cela dit, il conviendra que la garantie ait été octroyée très rapidement après l'octroi du crédit, et ce en raison de la date d'appréciation de la disproportion (que l'on ne saurait trop éloigner de la date à laquelle le crédit est consenti).

Comment ensuite apprécier cette disproportion ? Il convient préalablement d'observer qu'elle n'a pas à être manifeste, ce qui devrait permettre d'admettre plus facilement son existence. L'appréciation demeure cependant délicate en l'absence de critère précisé par la loi.

A priori, on peut être tenté d'apprécier la disproportion au regard des montants respectifs des crédits et des garanties. D'autres éléments doivent cependant pouvoir être pris en compte (Le Cannu P., précité, n° 641, défend même l'idée qu'il « *paraît inexact de raisonner en taux* »), ainsi la solidarité des engagements des cautions, leur solvabilité respective...

Pour s'en tenir au montant des garanties, il est logiquement considéré qu'il n'a pas à avoir une correspondance exacte avec le montant des crédits pour éviter le grief de disproportion, un surdimensionnement de la garantie étant naturel pour englober ne serait-ce que les frais.

Quant aux garanties, elles sont mentionnées au pluriel.

Sans doute le cumul de garanties permettra-t-il plus facilement de caractériser l'excès, la disproportion, mais il ne peut être en soi synonyme de disproportion.

Inversement, en dépit de l'emploi du pluriel, il convient de reconnaître qu'il n'est pas nécessaire qu'existent plusieurs garanties pour caractériser la disproportion. Une seule garantie pourrait être disproportionnée. La disproportion sera toutefois, en cette hypothèse, plus difficile à établir. Il a justement été fait observer que le caractère accessoire du cautionnement en limitait nécessairement le montant à celui de l'engagement principal de sorte que la disproportion ne pourrait être retenue (Piette G., précité). Du côté des sûretés réelles, depuis la réforme du 23 mars 2006, qui a écorné le principe de spécialité des sûretés réelles et, à certains égards, leur caractère accessoire, il en va différemment (Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006). Ainsi, une hypothèque rechargeable peut-elle être constituée pour une somme supérieure à la créance initialement garantie, un gage ou nantissement peuvent-ils porter sur des biens futurs.

Il reste que l'évaluation des garanties peut être difficile lorsqu'elle grève des biens dont la valeur est fluctuante.

Enfin, la **date d'appréciation de la disproportion**, non précisée par la loi, est quelque peu discutée. Elle paraît devoir être la date à laquelle le crédit est consenti ou, du moins, celle à laquelle la garantie est consentie (Pérochon F., *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 7^e éd., n° 82) et non, comme sur le terrain des dispositions spécifiques au cautionnement, la date où les sûretés sont mises en œuvre, ce qui serait de nature à écarter le jeu de l'exception chaque fois que le créancier ne parvient pas à être désintéressé en dépit des garanties obtenues. Cependant, certains auteurs considèrent que cette appréciation ne doit pas avoir nécessairement lieu au début des relations liées au concours (Le Cannu P., précité, n° 641).

Ces innombrables questions laissent place à l'interprétation et laissent un pouvoir considérable aux juges, peu compatible avec le cadre légal « *sécurisé* » que le législateur a pourtant souhaité instituer.

Mais il y a sans doute plus grave que la seule incertitude planant sur les frontières des exceptions. Leur portée est en effet elle-même sujette à discussion.

2° La portée discutée des exceptions posées

Deux approches sont proposées au moins (trois lectures de la règle sont envisageables selon Le Cannu M., lequel n'exclut pas, au demeurant qu'il y en ait d'autres, précité, n° 634) quant à la portée des hypothèses prévues (*cf.* Lienhard A., Sauvegarde des entreprises en difficulté, Nouvelles pratiques issues de la réforme, Delmas, 2^e éd., 2007).

Dans une première approche, ces différentes exceptions constituent des « *cas d'ouverture* » nécessitant, en outre, la preuve d'une faute, d'une faute quelconque, telle que la création fautive d'une solvabilité apparente (Pétel Ph., La réforme collatérale : les incidences de la modification du droit des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005, *in* Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, sous la direction de Picod Y. et Crocq P., Collection Droit et procédures, Éditions juridiques et techniques, 2006, p. 31 et s., n° 45 ; Crocq P., Sûretés et proportionnalité, Études Simler, D. 2006, p. 291, n° 26 ; Moury J., précité, n° 27).

Selon une deuxième approche, ces trois hypothèses constituent elles-même la faute. Ces cas d'exception sont aussi alors des cas de responsabilité, ce qui reviendrait pour certains auteurs à y voir des cas de déchéance de l'immunité de principe posée par la loi (c'est l'interprétation qui a la faveur de Monsieur Le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Dalloz, 7^e éd., n° 634).

Il est vrai que la fraude dans l'octroi du crédit est constitutive de faute. Mais la simple immixtion dans la gestion n'était pas en soi considérée comme fautive sur le terrain de la gestion de fait. Quant à la disproportion des garanties par rapport au crédit, elle traduit peut-être un comportement fautif du banquier, soit qu'elle révèle un manquement à son devoir de vigilance, l'excès de garanties manifestant l'absence de confiance du banquier quant au remboursement du crédit qu'il consent, soit parce qu'elle aboutit à un gaspillage du crédit de l'entreprise.

Ces multiples incertitudes fragilisent le principe posé, menacent le rempart édifié. Or, la menace est d'autant plus grave que la sanction du « *soutien* » abusif s'avère renforcée.

II. – LA SANCTION RENFORCÉE DU « *SOUTIEN ABUSIF* »

Le législateur ajoute à la sanction classique de la réparation du préjudice subi, la nullité des garanties souscrites, ce qui alourdit fortement la sanction du soutien abusif. À l'unicité de la sanction, succède une dualité de sanctions.

Indirectement, par ailleurs, la sanction sort renforcée en raison de l'élargissement des titulaires de l'action fondée sur l'intérêt collectif des créanciers dans le cadre des procédures collectives. La mise en œuvre de la sanction apparaît ainsi quelque peu facilitée. Elle n'est toutefois pas dépourvue d'une certaine obscurité en raison précisément de la dualité des sanctions posées.

A. – *La dualité des sanctions*

La loi innove en édictant une nullité des garanties consenties, nullité qui se superpose à la sanction de la responsabilité.

1^o La nullité des garanties

Cette nouvelle sanction s'avère particulièrement sévère tant en raison de son domaine que par son régime.

Le domaine général de la sanction :

La nullité s'applique quelle que soit l'exception alléguée et non pas seulement en cas de disproportion des garanties prises.

Le contraire a été soutenu. Il est vrai qu'une certaine logique aurait justifié que la nullité des garanties ne sanctionne que la disproportion de celles-ci par rapport aux concours consentis. En outre, une « *symétrie parfaite* » des expressions employées s'observe.

Il ne fait pourtant pas de doute, au regard de l'architecture de l'article L. 650-1 du Code de commerce, que la nullité édictée viendra frapper les garanties obtenues par le créancier dans les trois hypothèses prévues. La nullité est édictée par l'alinéa second de cette disposition qui, après que l'alinéa 1^{er} a précisé les conditions restrictives de la reconnaissance de la responsabilité, en indique les conséquences en ces termes : « *pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises contrepartie des concours sont nulles* ».

La sévérité de la nouvelle sanction encourue se traduit ainsi par l'étendue de son champ d'application.

Le régime de la sanction :

La sévérité de la sanction est liée ensuite à son régime.

La nullité encourue est une nullité de droit, privant le juge de tout pouvoir d'appréciation. Aucune modulation n'est possible. La sanction frappe toutes les garanties consenties et non pas seulement, pour le cas où les garanties seraient disproportionnées, les seules garanties excessives. Le présent employé par le législateur a assurément valeur d'impératif. Ici aucune dissension ne s'observe quant à l'interprétation du texte.

Il n'en va pas tout à fait de même quant au caractère de la nullité.

Il est généralement considéré que la nullité encourue est une nullité absolue. Seul un auteur se prononce en faveur du caractère relatif de la nullité au motif qu'il s'agirait de protéger les autres créanciers (Robine D., précité, n° 40). Pourtant, parce que la mesure adoptée repose sur l'intérêt général, ce qu'a affirmé le Conseil constitutionnel, parce que les dispositions légales sont d'ordre public, le caractère absolu de la nullité doit être admis (Legeais D., précité, n° 24), ce qui ouvre, *a priori*, largement son exercice, ce dont il sera ensuite question.

On observera que cette sanction, la nullité, a pu surprendre, spécialement lorsqu'elle est rapprochée des sanctions applicables en cas de disproportion du cautionnement : inopposabilité, semble-t-il, sur le terrain du droit de la consommation (la nature de la sanction de la règle donne lieu à des discussions en l'absence de précision légale. Certains auteurs y voient une déchéance : Fenouillet D., Cautionnement, RDC 2004, p. 304. La Cour de cassation a, quant à elle, censuré une décision ayant prononcé la nullité de l'engagement sur le fondement de l'article L. 313-10 du Code de la consommation dont l'article L. 341-4 constitue un « copier-coller » : Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, n° 94-15.615, Bull. civ. I, n° 362, JCP G 1997, I, n° 3991, spéc. n° 5, Simler Ph., RTD civ. 1997, p. 189, obs. Crocq P.) ou obligation d'indemnisation en application de la jurisprudence. Mais précisément, il ne s'agit pas ici de sanctionner seulement la disproportion.

Ajoutons, enfin, que les conséquences de la sanction sont rigoureuses : il y aura lieu à des restitutions éventuelles si, par le jeu de la sûreté, le créancier a obtenu un paiement.

Tout à fait « *exorbitante* », la nullité n'a pas pour autant un caractère mécanique absolu. Elle est nécessairement liée à la reconnaissance de la responsabilité. Ce lien avec la responsabilité résulte de la rédaction du texte qui dispose « *Pour le cas où la responsabilité est reconnue...* ». Il faut comprendre que la responsabilité du créancier doit nécessairement pouvoir être engagée pour que la nullité frappe les garanties consenties. Cela suppose la réunion de l'ensemble des conditions de la responsabilité, c'est-à-dire que soient démontrés, outre la faute (ou seulement l'une des trois exceptions au principe d'irresponsabilité) un préjudice et un lien de causalité. On aurait pu concevoir que l'établissement d'un des trois cas soit suffisant pour l'application de la sanction de la nullité édictée, tandis que la responsabilité et l'obligation corrélative à

réparation ne pourraient naturellement être admises qu'en présence d'un préjudice découlant d'une faute commise. Tel n'est pas le parti pris. La nullité paraît indissociable de la responsabilité.

Venons-en ainsi à la responsabilité.

2° La réparation du préjudice subi

L'article L. 650-1 du Code de commerce, de manière certaine quoique discrète, plus exactement maladroite, dans la formulation, prévoit que la responsabilité du créancier dispensateur de crédit peut être reconnue, ce qui lui vaudra alors une condamnation à réparer le (ou les) préjudice(s) subi(s) par les victimes.

Il faut naturellement être dans un des trois cas permettant d'écarter le principe d'irresponsabilité.

Il faut ensuite, selon certaines opinions défendues (*cf.* Le Cannu P., précité, n° 634), établir une faute (que le concours consenti était ruineux ou a été fourni dans une situation irrémédiablement compromise, ce qui fait resurgir la jurisprudence sur le soutien abusif ou bien même une faute quelconque dans l'octroi du crédit, mais nécessairement extérieure aux deux circonstances, ingérence ou disproportion, ayant permis de retenir la responsabilité ; Moury J., précité, n° 27).

Un préjudice doit être établi de même qu'un lien de causalité entre, ou bien la faute distincte ou bien le cas d'ouverture, d'une part, et, d'autre part, le préjudice subi par la victime.

Quel peut être le préjudice et, quelle peut être par voie de conséquence la réparation ?

Le préjudice devrait continuer à consister dans l'aggravation de l'insuffisance d'actif résultant des agissements reprochés ou, plus largement, dans la détérioration de la situation de l'entreprise (en cas de sauvegarde) du fait du concours consenti. Mais cette approche peut-elle être conservée ? Des doutes ont été exprimés à cet égard par ceux qui considèrent que « *le contenu de l'article L. 650-1 laisse penser qu'il est totalement nouveau* » et que « *la question de la causalité se pose sous un angle différent* », spécialement à propos du « *dommage produit par la disproportion des garanties* » (Le Cannu P., précité, n° 644). Ainsi, si l'on considère que la faute réside dans l'un des trois cas visés par la loi, le préjudice qui résulte du troisième cas, la disproportion des garanties par rapport aux concours consentis, pourrait résider dans le gaspillage du crédit du débiteur ou dans l'obtention, par les autres créanciers, de garanties moins performantes (Le Cannu P., précité, n° 644 ; Moury J., précité, n° 29).

Quant à l'étendue de la réparation, comme l'a fermement précisé la Cour de cassation (Cass. com., 22 mars 2005, n°s 02-20.678 et 03-12.922, précités ; Cass. com., 3 juill. 2007, n° 06-14.944, Gaz. Pal. 2007, n° 300, p. 54, Routier R. ; Cass. com., 30 oct. 2007, n°s 06-16.129 et 06-16.178, cassant l'arrêt de juges du fond qui avaient condamné les banques à supporter la moitié de l'insuffisance d'actif en présence de fautes commises par les dirigeants sans limiter leur condamnation à la seule partie de l'insuffisance d'actif qu'elles

auraient contribué à créer), elle devra être limitée à l'aggravation de l'insuffisance d'actif générée par ces comportements et non atteindre la totalité de l'insuffisance d'actif.

La sanction plus sévère du soutien abusif en raison du cumul de la nullité et de la responsabilité devrait être mise en œuvre plus facilement, encore que quelques zones d'ombre ne soient pas absentes à cet égard.

B. – La mise en œuvre facilitée des sanctions

La mise en œuvre des sanctions se trouve indirectement facilitée dans la procédure collective par les nouvelles règles relatives aux actions exercées dans l'intérêt collectif des créanciers. Elle n'en suscite pas moins aussi de délicates questions.

1° L'élargissement des titulaires de l'action

Concernant la mise en œuvre des sanctions, il s'agit plus largement de rappeler les personnes susceptibles d'invoquer la responsabilité du créancier.

Ce sont tous ceux qui souffrent d'un préjudice, débiteur, créancier, caution. Dans la mesure où une procédure judiciaire est ouverte (dans le cadre de la conciliation, en l'absence d'organes, ce sont le débiteur et les créanciers sans restriction qui peuvent agir), ont vocation à agir les organes de la procédure, administrateur judiciaire et mandataire judiciaire ou liquidateur agissant pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Le débiteur (Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, D. 2007, p. 1020, Lienhard A., Rev. proc. coll. 2007, p. 238, Martin-Serf A.) et les créanciers, subissant un préjudice distinct de celui de l'ensemble des créanciers, peuvent également agir.

En outre, en cas de carence du mandataire judiciaire, peuvent agir, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, conformément à l'article L. 622-20 du Code de commerce, les contrôleurs qui sont des créanciers désignés en tant que tel à leur initiative par le juge-commissaire (à noter cependant que lorsque la procédure concerne un professionnel exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité dont relève le professionnel est d'office contrôleur [C. com., art. L. 621-10, al. 3]). Le monopole qu'avait le mandataire judiciaire (anciennement représentant des créanciers) pour agir dans l'intérêt collectif des créanciers connaît en effet une importante exception. L'exercice de l'action par les contrôleurs nécessite cependant (C. com., art. R. 622-18) qu'une mise en demeure ait été adressée au mandataire judiciaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et qu'elle soit restée infructueuse pendant deux mois.

La caution semble *a priori* pouvoir exercer l'action. Certains auteurs écartent pourtant cette éventualité au motif qu'elle n'aurait pas d'intérêt à agir en raison de la nullité de la garantie (Legeais D., précité, n° 26). Mais, précisément, pour que cette nullité soit prononcée par le juge, encore faut-il qu'une action ait été exercée tendant à l'établissement de la responsabilité du créancier. La caution a donc un intérêt à agir pour que soit prononcée la nullité.

Il y a lieu cependant de prendre en compte une décision récente de la Cour de cassation propre à restreindre l'action de la caution et à la subordonner au fait que la caution n'ait pas été effectivement impliquée dans l'activité de l'entreprise. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 22 mai 2007 (Cass. com., 22 mai 2007, n° 05-21.703, RD bancaire et fin. 2007, n° 5, p. 50, spéc. n° 187, Legeais D.), a refusé que le dirigeant caution, en raison de son implication, puisse se prévaloir de la reconnaissance de la responsabilité de la banque à l'égard de la société pour soutien abusif.

« *La mise en œuvre des sanctions se trouve indirectement facilitée dans la procédure collective par les nouvelles règles relatives aux actions exercées dans l'intérêt collectif des créanciers* ».

Cela dit, si l'action exercée aboutit à la reconnaissance de la responsabilité, la caution ne pourra prétendre à réparation dans la mesure où le prononcé de la nullité la décharge (à moins qu'elle ait été préalablement amenée à effectuer des paiements et que cela lui ait causé un préjudice).

La question soulevée pour la caution en appelle une autre plus vaste d'ordre procédural sur les liens entre nullité et responsabilité.

2° Les zones d'ombre

Elles concernent les liens entre les deux sanctions envisageables, responsabilité civile et nullité.

L'action en responsabilité « *absorbe* »-t-elle ou pas l'action en nullité ? La nullité dépend-elle nécessairement de la reconnaissance de la responsabilité, dont elle constituerait une sorte de sanction « *complémentaire* » ? Aucune action en nullité ne pourrait-elle être formée de manière autonome ?

Ces interrogations sont propres à rejaillir sur la prescription. L'action en responsabilité, s'il s'agit d'une action en responsabilité délictuelle (ce qui est le cas lorsque l'action est exercée dans l'intérêt collectif des créanciers), se prescrit encore actuellement par dix ans. Or, l'action en nullité absolue se prescrit par trente ans. Considérer que la nullité est enchâssée dans l'action en responsabilité n'aboutirait-il pas à calquer le délai de l'action en nullité sur celui de l'action en responsabilité ?

La détermination de la compétence pourrait également dépendre de la réponse à cette question. Pour l'action en responsabilité contre le banquier, la compétence du tribunal de la procédure collective est en effet discutée par certains auteurs car l'action en responsabilité n'aurait pas de lien suffisant avec la procédure (Le

Cannu P., Droit commercial, Entreprises en difficulté, précité, n° 643 se fondant sur Cass. com., 12 oct. 1999, n° 96-18.471, Defrénois 2000, p. 993, obs. Gibirila D. Cet arrêt, inédit, censure les juges du fond pour avoir admis la compétence du tribunal de la procédure pour connaître de l'action en responsabilité formée par le liquidateur à l'encontre d'une société de crédit-bail, en soulignant que « *la contestation dont le tribunal de commerce (...) était saisi n'était pas née des procédures collectives et n'était pas soumise à l'influence juridique de ces procédures* ». Elle est néanmoins affirmée par d'autres (Saint-Alary Houin C., précité, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^e éd., n^{os} 409 et 770 ; D. 1997, jur., p. 517, Derrida F. ; Staes O., Procédures collectives et droit judiciaire privé, Thèse Toulouse 1995, n° 62). Il conviendrait semble-t-il aujourd'hui de soumettre cette action à la compétence du tribunal de la procédure car le régime de l'action en responsabilité est profondément modifié par les règles de la procédure collective. En revanche, pour l'action en nullité des garanties, proche des nullités de la période suspecte (Le Cannu P., Droit commercial, Entreprises en difficulté, précité, n° 643), la compétence du tribunal de la procédure doit être admise. Dès lors que la nullité, appelée à jouer dans le seul contexte de la procédure, est une conséquence inéluctable de la responsabilité, l'action en responsabilité ne paraît pouvoir relever que du tribunal de la procédure.

À l'évidence, les difficultés ne manquent pas. Pour ceux qui pensaient que l'inscription des règles dans le marbre de la loi offrirait une sécurité sans faille, la déception sera peut-être grande. De même que le marbre n'échappe pas complètement à l'érosion du temps, de même la loi échappe rarement à la patine de l'interprète...