

Sans titre

**B - ENTREPRISE EN DIFFICULTE (loi du 25 janvier 1985). -
Redressement et liquidation judiciaires. - Créance. - Déclaration. - Qualité. -
Déclaration faite par un tiers. - Pouvoir spécial. - Nécessité.**

La déclaration des créances équivalant à une demande en justice, la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial et écrit soit lors de la déclaration des créances, soit dans le délai légal de cette déclaration.

LA COUR,

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 50, alinéa 1er, de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction antérieure à la loi du 10 juin 1994 applicable en l'espèce, ensemble l'article 175 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 et l'article 853, alinéa 3, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que la déclaration des créances équivaut à une demande en justice ; que la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial donné par écrit ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, 17 décembre 1996, Bull. IV, n° 313), que, par jugement du 30 novembre 1989, le tribunal de commerce a mis la société Houvenaghel en redressement judiciaire ; que le Crédit fécampois, tant en son nom personnel qu'au nom de chacun des autres établissements de crédit constituant le groupement dont il était le "chef de file", a déclaré des créances au titre de crédits qui avaient été consentis, sous diverses formes, à la société débitrice ; que la régularité de cette déclaration a été contestée par le représentant des créanciers et par l'administrateur, en ce qu'elle portait sur les créances des autres établissements de crédit ;

Attendu que pour rejeter cette contestation, l'arrêt retient que pour chacun des établissements de crédit, l'existence d'un mandat aux fins de déclaration de créance donné au Crédit fécampois est établie, en l'absence d'écrit, par un commencement de preuve par écrit que complètent d'autres éléments ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne pouvait suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration des créances ou

Sans titre

dans le délai légal de cette déclaration, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du premier moyen et sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 mars 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

ASS. PLEN. - 26 janvier 2001. CASSATION

N° 99-15.153. - C.A. Amiens, 8 mars 1999. - Mme Pascual-Homont, représentant des créanciers au redressement judiciaire de la société Houvenaghel et a. c/ Société générale et a.

M. Canivet, P. Pt. - M. Bouret, Rap. (dont note ci-après reproduite), assisté de M. Lichy, auditeur. - M. Feuillard, Av. Gén. (dont conclusions ci-après reproduites).- la SCP Ghestin, la SCP Célice, Blancpain et Soltner, la SCP Defrénois et Levis, la SCP Vier et Barthélemy, Av.

*** Haut de page**

CONCLUSIONS

Conclusions de M. FEUILLARD,

Avocat général

Déclaration de créance équivalant à une demande en justice. Articles 175 du décret du 27 décembre 1985 et 853 du nouveau Code de procédure civile.

Déclaration effectuée par un tiers non avocat. Pouvoir spécial devant être donné par écrit et produit avant l'expiration du délai pour déclarer. Mandat du chef de file d'un "pool" bancaire.

La déclaration d'une créance au passif d'un débiteur en procédure collective constitue l'expression de la prétention d'une personne qui invoque une créance -née avant l'ouverture de la procédure, même non échue- dont elle demande que

Sans titre

le principe, la nature et le montant soient reconnus. Cet acte a pour effet de saisir le juge-commissaire de la procédure : même en l'absence de toute contestation de la part du débiteur, même en l'absence de toute opération de vérification des créances dans le cas d'une procédure vouée à une clôture pour insuffisance d'actif, ce juge devra, sur proposition du mandataire judiciaire, statuer sur la demande du créancier.

La déclaration de la créance constitue encore une demande en paiement, acte préalable qui autorise le créancier à participer aux répartitions si un actif est à distribuer, acte obligatoire dont l'inexistence voue la créance elle-même à l'extinction. Elle a un effet interruptif de la prescription, au même titre qu'une assignation.

La déclaration de créance présente donc tous les caractères d'une action en justice, peu important dès lors qu'elle soit adressée au représentant des créanciers ou au mandataire liquidateur selon le cas, peu important encore qu'elle ne revête pas la forme d'un exploit introductif d'instance. Cette demande est par nature contentieuse, donnant lieu, en cas de contestation du débiteur et de maintien formel, par le créancier, de sa demande, à une procédure contradictoire à l'issue de laquelle le juge-commissaire rend une décision, susceptible de recours devant la cour d'appel.

Ainsi, et quoique aucun texte ne l'énonce, le principe est depuis longtemps proclamé par la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de Cassation : la déclaration de créance équivaut à une demande en justice. Ce principe, dégagé, sous le régime de la loi de 1967, à propos de la production au passif du débiteur(1), s'est appliqué tout naturellement, en dépit des interrogations d'une partie de la doctrine(2), à la déclaration de créance régie par la loi du 25 janvier 1985(3).

Une interprétation rigoureuse du principe a même entraîné une application excessive des dispositions de l'article 853 du nouveau Code de procédure civile -dont il sera amplement question ci-après- en ce qu'elles prévoient un mandat spécial, privant l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985 de sa portée et interdisant toute délégation interne de pouvoir lorsque la déclaration est effectuée par une personne morale créancière. La nécessaire clarification est intervenue avec les arrêts de la chambre commerciale du 14 décembre 1993(4) avant d'être ratifiée par le législateur à l'occasion de la réforme de juin 1994(5).

Sans titre

Les textes auxquels il y a lieu de se référer sont les articles 50 de la loi du 25 janvier 1985, 853 du nouveau Code de procédure civile et 175 du décret du 27 décembre 1985(6) . Des dispositions particulières sont prévues pour les départements d'Alsace-Moselle(7).

Deux observations préliminaires, dont la seconde est plus importante que la première en raison des confusions entretenues par l'arrêt attaqué et par les banques défenderesses, permettront de délimiter, précisément et dès l'abord, la problématique soumise à l'appréciation de l'Assemblée plénière.

I - Le principe de l'équivalence de la déclaration de créance à une demande en justice n'est pas remis en cause dans le cadre de ce pourvoi et ne l'a été, sérieusement, à aucun moment des diverses phases de procédure qu'a connu le développement du litige.

La juridiction de renvoi (cour d'appel d'Amiens, arrêt du 8 mars 1999) a d'ailleurs énoncé que "les déclarations de créances litigieuses sont considérées comme des demandes en justice" (arrêt page 12, 6ème §), motif qui va dans le sens des moyens développés par les demandeurs au pourvoi et qui n'est pas réellement discuté par les défendeurs(8).

Antérieurement, la cour d'appel de Rouen, dans son arrêt du 13 juillet 1994, s'était bornée à relever, de manière incidente, que, pour être équivalente à une demande en justice, la déclaration de créance ne correspondait pas moins à une procédure sui generis (page 16). Et si, devant cette juridiction, les banques paraissent avoir précisé qu'une déclaration de créance ne serait nullement une demande en justice (même arrêt, bas de la page 5), il ne s'agit pas, en tout cas, d'une prétention dont elles auraient tiré des conséquences juridiques.

II - Il convient de distinguer, de la manière la plus nette, les deux catégories de déclarations : celle à laquelle le créancier procède lui-même, avec la sous-distinction du créancier personne morale par rapport au créancier personne physique ; celle à laquelle procède un tiers pour le compte du créancier, sans qu'il y ait lieu de sous-distinguer ici selon que ce dernier est une personne physique ou une personne morale.

a) Le créancier peut déclarer lui-même sa créance. Cette faculté résulte des dispositions à la fois de l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985 et du premier alinéa de l'article 853 du nouveau Code de procédure civile.

Lorsque le créancier est une personne morale, la déclaration peut naturellement

Sans titre

être faite par l'un de ses représentants légaux. Elle peut aussi l'être par tout préposé de son choix, dûment habilité : une délégation générale est possible, avec faculté de subdélégation le cas échéant. Il n'est pas nécessaire que la délégation de pouvoir ait date certaine ; il peut en être justifié jusqu'au moment de la décision du juge.

b) Qu'il soit une personne physique ou morale, le créancier peut toujours avoir recours à un mandataire extérieur. Ce tiers, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial conformément au troisième alinéa du même article 853. Il doit s'agir d'un

pouvoir écrit, lequel doit être joint à la déclaration ou produit avant l'expiration du délai de déclaration (en règle générale, ce délai est de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC).

Il sera indiqué ultérieurement, au-delà des confusions de l'arrêt déféré et des arguments des défendeurs au pourvoi, confusions auxquelles il n'y aura pas lieu de s'arrêter plus que de raison, que seule la question du pouvoir spécial écrit est soumise aujourd'hui à l'appréciation de l'Assemblée plénière.

*

* *

I. - FAITS ET PROCÉDURE ANTÉRIEURE

MOTIFS DE L'ARRÊT DÉFÉRÉ

La société Houvenaghel (électronique appliquée ; ci-après : la société) a bénéficié, dans le cadre d'une restructuration, de concours financiers de plusieurs banques, soit le Crédit fécampois seul, soit un "pool" bancaire dont cette banque était chef de file et qui comprenait la Société générale, le Crédit lyonnais et la BNP, outre la Banque Indosuez et la Banque Worms : seuls demeurent dans la cause les quatre premiers établissements cités(9).

La société a été mise en redressement judiciaire par jugement du 30 novembre 1989.

Par lettre du 22 janvier 1990, le Crédit fécampois, sous la signature de deux de ses préposés, indiquant agir en qualité de chef de file du "pool", a adressé au représentant des créanciers une déclaration de créances, le montant des créances

Sans titre

de chacun des membres du "pool" étant précisé.

Devant le juge-commissaire, le représentant des créanciers a fait valoir notamment que le Crédit fécampois ne disposait, pour agir, d'aucun mandat écrit et spécial.

Par ordonnance du 19 mars 1993, le juge-commissaire a déclaré la déclaration du Crédit fécampois recevable en ce qui concernait les créances qui lui étaient propres(10), mais, faisant droit à la demande du représentant des créanciers, a rejeté cette déclaration en ce qu'elle concernait les créances des autres banques.

Sur appel des banques, la cour d'appel de Rouen, par un arrêt du 13 juillet 1994, a infirmé la décision du juge-commissaire sur ce dernier point et prononcé les admissions contestées. La cour d'appel a considéré, en synthèse, que la preuve du mandat de déclarer pouvait être administrée par tous moyens compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, notamment la qualité de chef de "pool" du Crédit fécampois, qui en faisaient présumer l'existence, outre l'intervention des banques dès qu'elles avaient eu connaissance de la contestation de la régularité de la déclaration.

Sur les pourvois du représentant des créanciers et du commissaire à l'exécution du plan de la société, la chambre commerciale de la Cour de Cassation, par un arrêt du 17 décembre 1996(11), a cassé l'arrêt de Rouen du 13 juillet 1994 en ce qu'il avait admis les créances des autres banques.

A cette occasion, la chambre commerciale a rappelé, dans un attendu de principe, que,

" si les créances d'une personne morale sont déclarées, non par l'un des organes habilités par la loi à la représenter ou par un préposé investi d'une délégation de pouvoir à cette fin, mais par un tiers n'ayant pas la qualité d'avocat, une telle déclaration ne peut être effectuée qu'en vertu d'un pouvoir spécial donné par écrit".

Censurant les motifs de l'arrêt de Rouen, elle a relevé qu'un "pool" bancaire n'a pas la personnalité morale et énoncé que, en l'absence d'écrit, la preuve du mandat de déclarer les créances donné au Crédit fécampois par chacune des autres banques ne pouvait s'induire des circonstances de la cause.

La cassation est prononcée au visa de l'article 853, alinéa 3, du nouveau Code de procédure civile et pour violation de ce texte.

Sans titre

Désignée comme juridiction de renvoi, la cour d'appel d'Amiens, par son arrêt déféré du 8 mars 1999, a, pour l'essentiel mais de manière sans doute moins assurée, épousé la manière de voir de la cour d'appel de Rouen.

Il n'est pas sans intérêt de résumer les arguments et moyens développés par les banques pour tenter de contourner les principes réaffirmés par la Cour de Cassation, chambre commerciale, entreprise peu aisée dès lors que, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, le principe de l'équivalence n'était pas discuté.

Il a été notamment question, devant la Cour de renvoi, de "pool" bancaire au bénéfice duquel (au bénéfice des membres duquel ?) il convenait d'admettre les créances déclarées, d'absence d'exigence d'un pouvoir spécial lorsque la représentation de la société créancière résulte d'une délégation interne de pouvoir, de nature gracieuse de la procédure excluant tout formalisme de la déclaration de créance, de société en participation dont le gérant peut agir en justice sans avoir à justifier d'un mandat ad litem, de gestion d'affaires, de caractère conservatoire de la procédure, d'application de l'article 54 de la loi du 25 janvier 1985 d'où il résultait que la contestation du mandataire judiciaire devait être déclarée irrecevable(12).

*

La motivation de l'arrêt du 8 mars 1999 de la cour d'appel d'Amiens, statuant sur renvoi, ne laisse pas de surprendre.

Alors qu'il s'agissait de prononcer sur "la validité de la déclaration des créances autres que les siennes effectuée par le Crédit fécampois" (page 12), l'arrêt rappelle que le préposé titulaire d'une délégation de pouvoir peut normalement procéder à la déclaration d'une personne morale sans qu'il soit exigé que ce pouvoir soit soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être saisi -ce qui est exact mais ne concerne pas la question traitée- pour en tirer, aussitôt et directement, la conséquence que, en l'espèce, M. Budin et Mlle Lepoivre, en leur qualité de préposés du Crédit fécampois, ont régulièrement déclaré les créances dont étaient titulaires les trois banques aujourd'hui défenderesses. Il n'est pas moins surprenant de retrouver cette affirmation plus loin (bas de la page 11), sous une forme différente, ciblée cette fois sur la régularité de la délégation de pouvoir -reconnue d'ailleurs, est-il dit dans l'un des motifs, par l'arrêt de la Cour de Cassation du 17 décembre 1996 !

Ainsi, dès l'abord, l'arrêt crée une confusion entre les deux catégories de

Sans titre

déclarations de créances exposées précédemment. Cette confusion paraît résulter d'une curieuse contraction du raisonnement puisque l'affirmation n'avait une chance d'être vérifiée qu'autant qu'il était acquis qu'un mandat valable avait été donné par les banques au Crédit fécampois lui-même, en tant que commettant(13) : or, telle était bien la question à traiter. Les banques défenderesses, dans leurs mémoires, ne se sont pas dégagées de cette confusion, le Crédit lyonnais estimant même que l'affirmation du bas de la page 11 constitue un motif justifiant à lui seul l'arrêt attaqué (page 8, IX).

Vient ensuite (toujours page 12 de l'arrêt) l'affirmation que "les mandats susvisés" -sont en tout cas visés les mandats pour déclarer- s'analysent en des mandats de nature civile qui, comme tels, "doivent être prouvés, à défaut d'un écrit, conformément aux dispositions de l'article 1347 du Code civil".

On se préoccupe donc de la preuve des mandats pour déclarer alors qu'il venait d'être dit, dans le paragraphe qui précède, que, "comme le soutient à juste titre [l'une des banques], les différents membres composant le "pool" bancaire ont donné, chacun pour ce qui le concerne, au Crédit fécampois un mandat en vue de procéder à la déclaration de leurs créances respectives".

Enfin, il n'est sans doute pas sans intérêt de souligner que la cour d'appel, à aucun moment, ne s'est réellement préoccupée de caractériser la spécialité des mandats dont elle affirmait qu'ils existaient bien.

*

* *

II. - LES MÉRITES DU POURVOI

PROPOSITION DE SOLUTION

Les griefs développés par les mandataires de justice demandeurs au pourvoi s'organisent autour de deux moyens, comportant, le premier, quatre, et le second, deux branches.

Il ne paraît pas d'une réelle utilité de s'arrêter longuement au second moyen, au demeurant présenté comme subsidiaire.

L'arrêt attaqué est critiqué comme étant privé de motifs (violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile) en raison de l'absence d'analyse,

Sans titre

même sommaire, des "pièces" et "conclusions" mentionnées aux motifs d'où résulterait cependant la preuve des mandats donnés par les banques au Crédit fécampois (1ère branche) et comme violant l'article 1347 du Code civil par une appréhension erronée de la notion de commencement de preuve par écrit (2ème branche).

Le premier moyen offre, en revanche, l'embarras du choix des motifs de cassation.

Les quatre branches, en effet, s'articulent essentiellement autour, d'une part, de la nécessaire distinction (autrement dit : de la confusion opérée par l'arrêt) entre la délégation de pouvoir et le mandat spécial donné par écrit (la première branche ciblant le "pool" bancaire dépourvu de personnalité juridique, la deuxième visant les pouvoirs du chef de file du "pool") et, d'autre part, du délai pour justifier de la réalité du mandat (troisième branche : mandat devant être annexé à la déclaration de créance ou produit dans le délai pour déclarer) ou pour régulariser la déclaration, nulle pour défaut de pouvoir (nécessité d'une régularisation avant que la forclusion soit acquise, donc avant l'expiration du délai pour déclarer).

*

1) Le "pool" bancaire et son chef de file.

Reprenant une jurisprudence traditionnelle(14), l'arrêt de la chambre commerciale du 17 décembre 1996 qui a cassé partiellement l'arrêt du 13 juillet 1994 de la cour d'appel de Rouen a rappelé qu'un "pool" bancaire n'a pas la personnalité morale.

Il n'est pas certain que ce rappel était utile pour retenir le grief invoqué.

En effet, il n'a jamais été prétendu que les créances, objet des déclarations litigieuses, étaient des actifs du "pool" bancaire lui-même ; il n'a pas davantage été dit que les mandats prétendus avaient été donnés au "pool" lui-même, le Crédit fécampois intervenant alors ès qualités de chef de file pour procéder aux déclarations. Même l'allusion à un mandat général implicite dans la formulation de la première branche du premier moyen invoqué par le représentant des créanciers n'a pu être utilisée que pour caractériser l'absence de mandat spécial écrit, la cour d'appel n'ayant pas eu recours à cette notion dans ses motifs et le contexte de l'arrêt -pas davantage les explications des parties- ne laissant aucunement place à une hypothèse d'organisation d'un "pool" dont le gérant se

Sans titre

serait vu confier, par le "pool" et/ou par ses membres, une mission de représentation ad agendum(15).

La cour d'appel de Rouen n'avait, en réalité, accordé aucune importance à l'aspect "organisation des banques en "pool"", relevant que la contestation du représentant des créanciers portait, non sur le défaut de justification de son pouvoir par le chef de file, mais sur l'irrégularité de fond qu'aurait constitué son absence de pouvoir (arrêt du 13 juillet 1994, page 15). C'était donc bien, de son point de vue, la question de l'existence ou de la preuve du mandat qui était posée ; et elle n'a envisagé le rôle joué par le Crédit fécampois qu'au titre des circonstances particulières de l'espèce faisant présumer l'existence de ce mandat (toujours page 15).

Dans son arrêt, aujourd'hui déféré, du 8 mars 1999, la cour d'appel d'Amiens s'est, pour sa part, bornée à retenir que chacun des membres du "pool" avait donné mandat au Crédit fécampois (page 12) et a estimé par ailleurs qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur l'existence d'une société en participation (page 14).

Les banques défenderesses sont d'ailleurs unanimes à considérer que la juridiction de renvoi ne s'est pas fondée sur l'existence d'un "pool" bancaire pour constater la régularité des déclarations (BNP, bas de la page 9 : Crédit lyonnais, page 6, VI ; Société générale, page 13).

Les circonstances ci-dessus évoquées n'ont évidemment pas pour conséquence, quoiqu'en paraissent dire les banques défenderesses, de priver le premier moyen du pourvoi, en ses deux premières branches, du fait qui leur servirait de base.

2) L'exigence d'un mandat spécial donné par écrit.

a) Bien que l'arrêt déféré soit demeuré muet au sujet du caractère spécial des mandats dont il dit qu'ils ont été donnés -à moins qu'il soit possible de considérer que la question a été traitée implicitement- le principe de l'exigence d'un mandat spécial et écrit -dénommé généralement mandat ad litem- n'est pas réellement discuté par les banques défenderesses. Celles-ci, en synthèse, se bornent à affirmer (mais sans invoquer l'appréciation souveraine des juges du fond) que, dès lors que l'arrêt relevait que le Crédit fécampois avait reçu mandat de chacun des établissements (...) de déclarer sa créance, les préposés [de cette banque] pouvaient y procéder sans avoir à faire état d'un mandat spécial (Crédit lyonnais, page 7 ; BNP, page 12 ; Société générale, pages 13 et 15)(16) (17).

En réalité, les banques, pour l'essentiel, tentent d'exploiter les motifs de l'arrêt,

Sans titre

dont l'absence de pertinence a été soulignée précédemment, en faisant parfois, en outre, état de circonstances de fait non examinées par les juges du fond et qu'il n'appartient pas à l'Assemblée plénière d'apprécier(18).

b) Alors que le caractère spécial du mandat est imposé par l'article 853, alinéa 3, du nouveau Code de procédure civile, l'obligation d'un écrit n'est prévue par aucun texte.

Rappelée par l'arrêt de la chambre commerciale du 17 décembre 1996, l'exigence d'un écrit trouve son origine dans une jurisprudence traditionnelle et même ancienne, qui considère que le mandataire ad litem doit être à même de justifier de son pouvoir(19) dont il appartient au juge de vérifier la réalité et la portée(20) : le mandat ne peut donc s'induire de simples présomptions(21).

On peut considérer que cette obligation trouve désormais sa justification dans l'article 416, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile(22).

Le défaut de pouvoir spécial constituant une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte qui a été réalisé par le mandataire prétendu et doit par suite être annulé (art. 117 du nouveau Code de procédure civile), il s'ensuit qu'il doit être justifié de l'existence du mandat au moment de la réalisation de l'acte, en tout cas dans un délai excluant toute forclusion(23). En conséquence, le mandat doit être joint à la déclaration de créance ou produit dans le délai généralement applicable pour déclarer de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture(24).

Ainsi, l'écrit ne répond pas seulement à une exigence de preuve ; il constitue une formalité procédurale ayant une fonction probatoire(25).

3) Proposition de solution.

Il est clair, en ce qui concerne les créances dont l'admission a été décidée par l'arrêt déferé et selon les énonciations mêmes de cette décision, qu'aucun mandat spécial écrit n'a été donné par les banques créancières au Crédit fécampois.

La cassation paraît devoir être prononcée sur les griefs développés dans les deux premières branches du premier moyen. Ces deux branches sont très proches l'une de l'autre et peuvent être réunies en vue d'une réponse unique.

La cassation se ferait au visa du seul article 853, alinéa 3, du nouveau Code de procédure civile, en tout cas au principal visa de ce texte.

Sans titre

L'Assemblée plénière pourrait, sans doute, s'inspirer largement des formules de l'arrêt de la chambre commerciale du 17 décembre 1996, sous réserve, cependant, de l'énonciation relative au "pool" bancaire, qui ne paraît pas utile à une réponse complète.

Les mandataires de justice, demandeurs au pourvoi, suggèrent une cassation sans renvoi, l'extinction des créances litigieuses étant dès lors acquise.

Il n'est pas certain que la prudence conduise à retenir cette solution. Il a été fait état, précédemment, des indications de certaines banques au sujet d'une déclaration qui aurait été effectuée personnellement -par hypothèse pour les mêmes créances- ou d'un mandat spécial qui aurait réellement été donné par écrit au Crédit fécampois, toutes circonstances de fait sur lesquelles l'arrêt ne s'explique pas.

Dès lors que les aspects juridiques du litige auront définitivement été fixés par l'arrêt à intervenir, il paraît préférable de laisser à une cour d'appel de renvoi le soin de déterminer s'il reste quelque chose à juger ou s'il n'y a plus lieu que de constater l'extinction des créances en cause.

*

* *

1.Cf. par ex. Com., 28 juin 1988, Bull. Iv, n° 218 ; D. 1989, som. 75

2.cf. B. Soinne, Traité des procédures collectives, 2ème édition, n° 2154.

3. Civ. 1ère, 13 juin 1995, R.J.D.A. 1996, n° 126 : "la déclaration de créance (...) équivaut à une action en justice" ; Com., 15 octobre 1991, Bull. IV, n° 297.

4.Bull. IV, n° 471 ; la chambre commerciale a rappelé, à cette occasion, que "la déclaration de créance (...) équivaut à une demande en justice".

5. Il doit être observé que la rédaction de la fin du nouvel alinéa 2 de l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985, selon laquelle la déclaration de créance peut être faite par le créancier "ou par tout (...) mandataire de son choix", ne modifie en rien la portée qu'il convient de donner à l'article 853 N.C.P.C., le deuxième alinéa de ce texte comportant déjà la règle de la liberté du choix du mandataire, sans contradiction aucune avec l'exigence d'un pouvoir spécial si le représentant

Sans titre

n'est pas avocat. Au demeurant, la réforme de 1994 est, compte tenu de la date d'ouverture de la procédure collective, sans application dans l'espèce qui a motivé le présent pourvoi.

6. Il résulte de la combinaison de ces textes que le régime propre de la déclaration de créance est unique, que la procédure collective soit suivie devant un tribunal de commerce ou devant un tribunal de grande instance.

7. cf. article 176 du décret du 27 décembre 1985. Pour une application récente, voir Com., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-18.298.

8. La Société générale se borne à affirmer (mémoire, bas de la page 14) que "si la déclaration de créance équivaut à une demande en justice, c'est que, précisément, elle n'est pas une demande en justice" et n'en tire aucune conséquence juridique. Aucune discussion du principe n'apparaît dans les mémoires de la BNP ni du Crédit lyonnais.

9. Le Crédit fécampois sollicite aujourd'hui sa mise hors de cause (cf. note 10 ci-après).

10. La régularité de la déclaration de créances faite par le Crédit fécampois, en son nom propre, comme d'ailleurs le bien fondé des créances ainsi déclarées ont vainement été contestés par le représentant des créanciers. Cette question a reçu une solution définitive avec l'arrêt de la chambre commerciale du 17 novembre 1996 qui a rejeté le moyen du représentant des créanciers critiquant la cour d'appel de Rouen sur ces points (arrêt du 13 juillet 1994 ayant confirmé l'ordonnance du juge-commissaire en ce qu'elle avait admis partiellement la déclaration de créances de cette banque).

11. Arrêt publié au Bull., IV, n° 313.

12. Cf. pages 5, 6, 8 et 9 de l'arrêt d'Amiens.

13. Dès lors que le mandat spécial écrit est donné par le créancier à une personne morale, le représentant légal de celle-ci peut, dans le cadre d'une délégation de pouvoir, charger l'un de ses préposés de procéder à la déclaration de créance du mandant comme il pourrait le faire pour une créance qui lui serait propre (Com., 14 janvier 1997, Bull. IV, n° 12).

14. Com. 17 juin 1986, Bull. IV, n° 125 ; jurisprudence confirmée ultérieurement par Com., 30 mars 1999, Bull., IV, n° 75.

Sans titre

15. Cf. Ph. Petel, in Mélanges Ch. Mouly, éd. Litec, p. 153 et suivantes.
16. La BNP affirme (son mémoire, p. 11) avoir donné, dès le 17 janvier 1990, antérieurement à la déclaration de créance, un mandat écrit et spécial.
17. La Société générale se borne à soutenir (son mémoire, p. 14) que les éléments relevés par l'arrêt suffisent à caractériser un mandat spécial et écrit, le recours à la notion de commencement de preuve par écrit étant surabondant. Elle affirme (p. 17) avoir personnellement déclaré sa créance le 19 février 1990.
18. Cf. les notes 16 et 17 ci-dessus.
19. Civ., 15 janvier 1896, Rec. Sirey 1896. 1. 455.
20. Civ., 15 juillet 1924, D. P. 1924. 1. 201.
21. Civ. 9 juin 1896, Sirey 1897. 1. 228.
22. "Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission".
23. Com., 19 mars 1996, arrêt n° 566, D, pourvoi n° 93-16.875.
24. Com. 19 novembre 1996, Bull. IV, n° 277, R.J.D.A. 3/97, n° 413, 1ère espèce. L'arrêt Com., 19 mars 1996, mentionné en note 23 ci-dessus, a introduit une certaine confusion en assimilant la production du mandat spécial (la preuve de l'existence du mandat étant déclarée possible jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance) à la justification de la délégation de pouvoir au préposé.
25. Obs. Ph. Petel sous Com., 19 novembre 1996, ci-dessus, J.C.P. Sem. Jur. 1997, J., 932.

* Haut de page

NOTE

NOTE DE M. BOURET,

Sans titre

Conseiller rapporteur

L'affaire soumise à l'examen de l'Assemblée plénière pose le problème des exigences propres au formalisme procédural appliquées à la procédure de déclaration des créances organisée par la loi du 25 janvier 1985 relative à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Plus précisément le cas d'espèce concerne la déclaration des créances effectuée par un personne morale au nom d'autres personnes morales, ce qui met donc en cause les règles relatives à la représentation en justice.

En effet, en vertu d'une jurisprudence bien établie, approuvée par la doctrine et qui n'est pas remise en cause ici, "la déclaration du créancier équivaut à une demande en justice".

Dans ce cadre juridique, la résistance de la Cour d'appel d'Amiens, Cour de renvoi, se manifeste dans une affaire assez particulière qui concerne les relations entre les banques membres d'un "pool" bancaire, forme d'organisation qui n'a fait l'objet que d'un nombre réduit d'arrêts de la Cour de cassation. Toutefois, cette forme de crédit consortial est souvent utilisée par les banques au point que celles-ci souhaiteraient la faire reconnaître en tant qu'entité juridique et faire admettre par voie de conséquence que la banque "chef de file" d'un "pool" doit être traitée comme le représentant interne de l'entreprise commune. Bien que l'arrêt fonde uniquement sa décision sur les règles du droit civil en s'abstenant soigneusement d'entrer dans le débat proposé par les parties sur la nature juridique du "pool" bancaire, cette notion ne peut être ignorée. En effet, elle introduit un élément original et nouveau dans la relation entre plusieurs personnes morales associées à la même entreprise, au point que certains auteurs inclinent à un aménagement de la jurisprudence actuelle dans ce cas particulier.

C'est pourquoi, dans une première partie, après avoir brièvement précisé la notion de "pool" bancaire, il conviendra de rappeler les principes mis en œuvre par la Chambre commerciale, avant d'examiner, dans une seconde partie, l'arrêt attaqué et les options possibles.

I - La notion de "pool" bancaire et les principes applicables au regard de la jurisprudence

Lorsqu'une entreprise fait l'objet d'un jugement de redressement judiciaire, tous les créanciers dont la créance à son origine antérieurement au jugement d'ouverture doivent, à l'exception des salariés, adresser à partir de la publication

Sans titre

du jugement leurs créances au représentant des créanciers (article 50 de la loi du 25 janvier 1985).

Le deuxième alinéa de l'article 50, tel qu'il résulte de la modification apportée par la loi du 10 juin 1994, ajoute : "la déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix".

Lorsque figurent parmi les créanciers plusieurs banques regroupées en un "pool", la déclaration de créance est effectuée, comme en l'espèce, par la banque "chef de file" qui déclare non seulement ses propres créances mais aussi celles des membres du "pool". Nous sommes donc en présence d'un groupement de fait, sans personnalité morale, représenté par un de ses membres qui se trouve dans la position d'un mandataire conventionnel.

La question, dans la présente affaire, est donc de savoir si on peut traiter le chef de file d'un pool bancaire autrement que comme un tiers par rapport aux autres banques dès lors que, à l'occasion de la déclaration de créance considérée comme une demande en justice, il agit tant dans un intérêt personnel que dans l'intérêt des autres personnes morales se trouvant dans la même situation de telle façon que la déclaration profite à l'ensemble des membres du groupement.

Il faut donc au préalable examiner au moins succinctement la notion de "pool" bancaire. Dans la pratique, la constitution d'un "pool" correspond à une opération de financement de grande ampleur : on parle alors de crédit "consortial", de "pool" ou de syndicat.

Selon le règlement bancaire CRB n° 91-01 le "pool" est constitué "lorsque plusieurs établissements assujettis décident de s'associer pour accorder un concours en partageant la trésorerie, le risque et les intérêts, ou pour accorder à un tiers une caution ou tout autre engagement de garantie".

L'opération peut présenter des aspects relativement divers dont il faut tenter un essai de typologie (cf notamment J. Bertran de Balanda, JCP 94 éd. E, nos 409 et 412).

Dans un premier cas de figure, le "pool" a pour finalité de permettre à ses membres de coordonner leurs politiques de crédit à l'égard du même emprunteur, les créances de chacune des banques restant individuelles et indépendantes les unes des autres.

Il n'y a pas a priori de représentation entre les membres et on parle de "pool" de

Sans titre

concertation.

Dans un deuxième cas de figure, on parle de sous-participation lorsqu'une banque veut, pour des raisons commerciales, apparaître seule vis-à-vis de l'emprunteur, mais en même temps partager les risques du crédit. Elle conclut alors avec d'autres banques une convention en vertu de laquelle ces dernières partageront une partie du risque et de la trésorerie. L'emprunteur n'est donc lié qu'à l'égard d'un seul établissement, le "chef de file", et ne connaît pas les sous-participants.

On parle enfin de "syndication" lorsque chaque établissement prêteur établit des relations directes avec l'emprunteur pour sa quote-part de participation au crédit, l'ensemble des établissements prêteurs étant qualifié de syndicat. Dans cette hypothèse, l'un des membres du syndicat est chargé de la gestion du crédit selon des modalités précisées dans la convention et cet établissement est parfois appelé "agent".

Ces opérations consortiales soulèvent de nombreux problèmes dont la solution dépendra, dans chaque cas, de la convention passée (CA Montpellier, 13 octobre 1983, D. 83, p. 331, obs. Vasseur, JCP 85, éd. G., II, 20.415, obs. Vivant; CA Paris, 7 juillet 1975, G.P 4 novembre 1975, p. 727; CA Paris, 5 mai 1987, D. 89, p. 323, obs. Vasseur).

De même, c'est cette convention qui permettra le plus souvent de déterminer la nature juridique de la mission du chef de file.

La qualification la plus évidente est celle de mandataire car il est clair que le chef de file agit le plus souvent pour le compte d'autrui. Mais la qualification de mandataire peut lui être refusée quand sa mission se résume à des actes de gestion ou de coordination (cf. CA Montpellier, 13 octobre 1983 précité).

Retenons aussi qu'en principe il n'y a pas de solidarité active, et qu'il est exclu que chacun des établissements puisse réclamer au débiteur la totalité de la dette.

Enfin le "pool" bancaire n'a pas la personnalité morale. C'est là le seul élément essentiel sur lequel la Cour de cassation ait jusqu'à présent statué, précisément dans l'arrêt du 17 décembre 1996. La doctrine approuve quasi unanimement cette affirmation, car le "pool" n'est pas pourvu d'une "possibilité d'expression collective" (Civ. 2ème, 28 janvier 1954, D.54, p.217). S'il est vrai qu'il est généralement nanti d'un agent, cet organe n'est ni obligatoire, ni nécessairement mandataire des banques, et le "pool" existe indépendamment de lui. En outre le

Sans titre

"pool" n'a pas pour mission de gérer les intérêts collectifs des banques, mais de répartir entre elles la charge d'un crédit. Par voie de conséquence le "pool" n'a pas de patrimoine, et il ne peut donc contracter en son nom, ni agir en justice faute d'intérêt direct et personnel. Ce serait donc un abus de langage de parler d'action au nom du "pool", ou de compte ouvert à ce nom. (Sur tous ces points, voir la thèse de Mme Yousmina Zein, *Economica* 1998, Les pools bancaires, Aspects juridiques).

Dans la présente affaire, les banques ne produisent pas la convention et l'arrêt ne dit rien sur les rapports entre les membres du groupement. C'est donc dans l'ignorance des contours juridiques exacts de l'opération consortiale en cause qu'il faut rappeler les principes de procédure et la jurisprudence applicable.

Il est acquis, aux yeux de la jurisprudence et de la doctrine que la déclaration de créance équivaut à une demande en justice. La loi de 1985 substituant la déclaration à la production n'a pas modifié cette analyse. Il s'agit d'une prétention juridique présentée dans le cadre d'une procédure judiciaire et qui tend au paiement d'une somme d'argent (Cass. Com., 15 octobre 1991, B. n° 297; 14 décembre 1993, B. n° 471; 28 juin 1994, B. n° 240; 25 octobre 1994, B. n° 313; Ghosi, *Nature juridique de la production des créances*, RTD Com.1978, p.1 et s.; Jeantin, note sous Cass.Com., 14 décembre 1993, *Joly* 1994, p. 198 et s.).

Les arrêts du 14 décembre 1993 ont été rendus au visa de l'article 853 du nouveau Code de procédure civile et de l'article 175 du décret 85-1388 du 27 décembre 1985.

Selon ce texte, "les formes de procédure applicables devant le Tribunal de grande instance dans les matières prévues par la loi du 25 janvier 1985 sont déterminées par les articles 853 et suivants du nouveau Code de procédure civile pour tout ce qui n'est pas réglé par cette loi et par le décret" et selon l'article 853 du nouveau Code de procédure civile, "les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix. Le représentant, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial".

La jurisprudence actuellement en vigueur peut être résumée de la manière suivante (cf. *Étude Remery*, JCP 1999 éd.G., I, p. 365) :

- s'agissant de la déclaration des créances par le créancier, elle peut être l'œuvre du créancier lui-même ou de l'un de ses préposés.

Dans le premier cas, s'il s'agit d'une personne morale, la déclaration sera

Sans titre

régulière si elle émane de l'un des organes habilités à la représenter.

Dans le second cas, le préposé déclarant doit être habilité à déclarer en vertu d'une délégation de pouvoirs qui ne peut résulter des seules fonctions exercées. Ce cas n'étant pas directement en cause dans la présente affaire, il n'y a pas lieu de s'étendre sur l'objet de la délégation et son auteur.

Il faut souligner toutefois qu'il n'est pas nécessaire que le préposé soit expressément habilité à déclarer (Com., 14 février 1995, pourvoi n° 93-12.063; Com. 9 juin 1998, B. n° 183) et qu'une délégation générale suffit.

Sur le plan doctrinal, la Cour de cassation se rallie ainsi à la théorie dite de "l'incarnation", en ce sens que l'action exercée par le préposé délégué est équivalente à celle exercée par l'organe représentatif de la personne morale, lequel est l'incarnation de la société (note Alix sous Cass. Com., 14 février 1995, Revue des sociétés, avril-juin 1995, p. 331).

Ainsi le préposé délégataire "représente organiquement" la société (rapport Remery sous Cass. Com., 14 décembre 1993, JCP 94 éd. G. II, 22200) et l'on est en présence d'une déclaration faite à titre personnel.

Le système est jugé par tous particulièrement souple et libéral, notamment quant au régime de la preuve (Cass. Com., 14 février 1995, B. n° 43; 17 juin 1997, B. n° 190; 9 juin 1998 précité).

- s'agissant maintenant de la déclaration de créances faite par un tiers, le régime est plus strict.

Certes, le choix du mandataire est libre, mais lorsque le créancier choisit de donner mandat à une autre personne morale celle-ci doit, en application du troisième alinéa de l'article 853 du nouveau Code de procédure civile, avoir reçu un pouvoir spécial, c'est-à-dire, aux termes d'un arrêt tout récent du 1er février 2000, le pouvoir de déclarer les créances dans la procédure collective de la société en cause.

En outre, le mandat doit être écrit, et son existence ne peut se déduire des circonstances de la cause ou de la confirmation qu'il a été donné.

Enfin, le mandat doit exister au moment de la déclaration, c'est-à-dire qu'il doit l'accompagner ou être produit au plus tard dans le délai de la déclaration (Cass. Com., 19 novembre 1996, B. n° 277).

Sans titre

En résumé, la déclaration lorsqu'elle n'est pas faite à titre personnel mais par un mandataire, est soumise au régime rigoureux du mandat ad litem.

Sur le plan probatoire, la preuve de la réalité de la délégation de pouvoir habilitant le préposé est une question de fait et d'organisation de l'entreprise.

Dans le second cas, en revanche, il s'agit d'apporter la preuve d'un mandat.

La terminologie est donc trompeuse, puisque la délégation de pouvoir n'implique pas un mandat, alors que le pouvoir spécial au sens de l'article 853 du nouveau Code de procédure civile nécessite un mandat.

L'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale du 17 décembre 1996 qui a saisi la Cour d'appel d'Amiens, Cour de renvoi, a fait application de ces principes à la déclaration de créances effectuée par le Crédit Fécampoïis pour le compte des autres banques du "pool". Il a ainsi cassé partiellement l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen sur la base du moyen qui est aujourd'hui repris devant l'Assemblée plénière par le représentant des créanciers.

Au regard des principes qui viennent d'être développés, l'arrêt attaqué encourt la cassation aussi bien sur le fondement des deux premières branches du premier moyen que sur la base des deux dernières branches.

En effet, l'arrêt, tout en constatant l'absence d'écrit et de pouvoir spécial aux fins de déclaration des créances, a estimé que la recherche des preuves de l'existence d'un mandat aux mêmes fins pouvait suppléer à l'absence de pouvoir spécial.

Ensuite, l'arrêt méconnaît les règles applicables à la sanction de l'irrégularité découlant de l'absence de production du pouvoir spécial dans le délai pour déclarer la créance puisque conformément à l'article 121 du nouveau Code de procédure civile, la régularisation de l'acte irrégulier n'est possible que dans le délai légal lorsque l'action est enfermée dans un tel délai : dans la présente affaire, l'arrêt attaqué a admis la régularisation sur la base de documents produits aux débats largement après l'expiration du délai pour déclarer.

II - Commentaires et critiques de la jurisprudence actuelle :

La jurisprudence qui vient d'être rappelée a fait l'objet dans l'ensemble de l'approbation de la doctrine, mais aussi de quelques commentaires plus ou moins critiques.

Sans titre

Tous ne seront pas exposés ici, mais seulement ceux qui intéressent directement l'aspect procédural lié à l'exigence d'un pouvoir spécial. Deux opinions méritent ici d'être rapportées, l'une qui plaide en faveur d'un assouplissement des règles dans le cas des mandataires qui sont par fonction amenés à gérer pour autrui, et plus particulièrement l'établissement chef de file d'un "pool" bancaire ; l'autre qui insiste sur le caractère complexe de la déclaration de créance.

1° - Dans un article paru dans les Mélanges Mouly (Litec, p. 153, Déclaration des créances et représentation en justice), M. Petel préconise un assouplissement des règles en faveur des mandataires qui ne sont pas des préposés, lorsque ces mandataires sont investis, par ailleurs, d'une mission d'administration pour le compte d'autrui au sens de l'article 1988 du Code civil, ce qui serait le cas, par exemple, du gérant d'immeuble, de l'indivisaire gérant un bien indivis, enfin du chef de file d'un "pool" bancaire.

En effet, la représentation en justice revêt selon M. Petel deux aspects différents :

Lorsqu'elle a pour objet l'exercice de l'action elle-même, il s'agit de représentation ad agendum : une personne, le représentant, tire de la loi, d'une décision judiciaire ou d'un contrat de mandat le pouvoir d'agir au nom d'une autre personne, titulaire de l'action qu'elle n'exerce pas elle-même.

La représentation ad agendum a lieu lorsqu'une personne empêchée ou incapable d'exercer elle-même ses droits, agit en justice par l'intermédiaire d'un représentant : par exemple, le tuteur lequel le plus souvent devra faire appel à un mandataire ad litem.

La représentation ad litem a un objet plus limité : une personne confiée à une autre le soin d'accomplir en son nom les actes nécessaires au déroulement de la procédure.

Selon cette opinion, le préposé d'une personne morale, lorsqu'il procède à la déclaration, est un représentant ad agendum et non un mandataire ad litem.

L'auteur s'interroge alors sur la possibilité d'étendre le régime appliqué au préposé d'une personne morale, à d'autres mandataires appelés à déclarer une créance et se demande si dans ce dernier cas un pouvoir spécial est requis.

La loi ne répond pas puisque le nouveau Code de procédure civile ne traite que du mandat ad litem.

Sans titre

Mais si les processualistes enseignent unanimement qu'on ne saurait agir en justice sans pouvoir spécial, les civilistes approchent la question du mandat en justice sous l'angle de la distinction contenue dans l'article 1988 du Code civil : un mandat exprès n'est obligatoire que lorsque l'action en justice constitue un acte de disposition, mais ne l'est pas pour une action à caractère conservatoire.

Or, pour l'auteur, la déclaration de créance est l'archétype de l'action à caractère conservatoire.

En outre, la plupart des représentants légaux et judiciaires se voient reconnaître le pouvoir d'agir en justice pour certaines actions sans habilitation spéciale.

Au terme de son analyse, ici résumée, l'auteur conclut que dans le cas du chef de file d'un "pool" bancaire, investi d'une mission de gestion, il suffirait qu'il justifie, jusqu'à ce que le juge statue sur la créance, de la réalité de son pouvoir.

Celui-ci n'aurait pas à être exprès, ni même spécial puisque la demande en justice présente un caractère conservatoire.

L'analyse qui vient d'être présentée suscite immédiatement deux réflexions :

- tout d'abord, on constate une divergence quant à la nature du mandat, que l'auteur rattache à la catégorie des mandats ad agendum, alors que la jurisprudence invoque explicitement le mandat ad litem (cf. notamment Cass. Com., 19 novembre 1996, B. n° 277).

- ensuite, la thèse de M. Petel présuppose que le chef de file soit investi initialement d'une mission d'administration des intérêts du "pool", au sens de l'article 1988 du Code civil.

Or, à moins de présumer l'existence d'un tel mandat inhérent à la seule qualité de chef de file, on a vu que la notion de "pool" bancaire répond à des réalités très différentes, tout dépendant des engagements pris par les participants.

Ainsi, dans un "pool" de concertation, il n'existe a priori aucune représentation entre les membres du groupement, dont les actes à l'égard de l'emprunteur restent individuels.

Les travaux les plus récents (thèse précitée Yousmina Zein, Economica 1998, Les pools bancaires, Aspects juridiques) confirment cette analyse et insistent sur la

Sans titre

nécessité de distinguer selon qu'un mandat est confié ou non à l'agent (chef de file) avec cette conséquence que, selon les cas, il y aura société créée de fait ou simplement convention de coopération sui generis.

En outre, la notion de mandat implique l'accomplissement d'actes juridiques et non de simples actes de gestion, ce pourquoi certaines cours d'appel ont refusé la qualification de mandataire au chef de file (CA Montpellier, 13 octobre 1983).

Pour la même raison, d'ailleurs, la nature protéiforme et juridiquement complexe de la convention de "pool" fait obstacle à la qualification a priori de société en participation, à laquelle plusieurs cours d'appel se sont ralliées (cf. notamment CA Paris, 5 mai 1987, D. 89, sommaire obs. Vasseur; CA Versailles, 6 juin 1996, D. 98, Jurisprudence, p. 83, obs. Bergoin; CA Paris, 26 novembre 1999, rev. Banque et Droit, n° 71). Qualification qui conférerait au chef de file le rôle de gérant pouvant accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (Code Civil, art. 1871-1; loi du 24 juillet 1966, art. 13).

Cette qualification n'aurait toutefois qu'une portée limitée quant aux pouvoirs du gérant puisque cette société n'a pas la personnalité morale.

Mais, surtout la notion de société en participation ne peut être retenue que si les éléments constitutifs sont réunis, notamment l'affectio societatis. Or, celle-ci n'existe pas lorsqu'il n'y a pas partage des risques et des bénéfices, quand les engagements pris par les établissements à l'égard de l'emprunteur restent individuels. Prêter de l'argent en commun n'implique pas la formation d'une société.

2° - Une opinion, plus fondamentalement critique de la jurisprudence actuelle, prend pour point de départ le caractère complexe de la déclaration de créance (B. Soinne, La double nature de la déclaration de créance, Banque n° 536, p. 94).

Pour cet auteur, la déclaration de créance même si elle introduit la phase juridictionnelle, présente, par ailleurs, un caractère administratif non contentieux au stade de la vérification par le représentant des créanciers.

De plus, elle est presque totalement dépourvue de formalisme : il suffit que le créancier manifeste la volonté claire et expresse de se faire rembourser dans le cadre de la procédure (cf. note Soinne et toute la jurisprudence citée sur le formalisme de la déclaration dans Petites Affiches n° 130 du 30 octobre 1998).

À ce stade, le représentant des créanciers n'a aucune fonction juridictionnelle et

Sans titre

il peut à tout moment demander la production des documents.

Sa fonction est uniquement administrative et il ne bénéficie d'aucune délégation de pouvoir du juge commissaire. La saisine du juge ne s'opère qu'au moment de la transmission par le représentant des créanciers de la liste des créanciers accompagnée de ses propositions d'admission, au vu desquelles il sera statué. La décision du juge commissaire couvre les irrégularités, et en cas de recours, c'est devant le juge qu'il faudra justifier de l'existence d'un mandat.

Ainsi, selon l'auteur, la déclaration de créance n'est pas en soi un acte de représentation en justice, et ce n'est qu'en cas de contestation qu'il sera exigé du créancier la preuve de l'existence d'un pouvoir lors de sa comparution devant le juge commissaire.

3° - Les critiques exposées ci-dessus ont finalement en commun d'écarter l'application de l'article 853 du nouveau Code de procédure civile, soit par voie d'exception dans certains cas particuliers, soit par principe.

On ne peut savoir si l'arrêt attaqué s'en est inspiré, car il élude explicitement toute discussion sur les diverses qualifications juridiques du "pool" bancaire pourtant proposées par les parties, sans justifier expressément le refus d'appliquer l'article 853 du nouveau Code de procédure civile.

Un rejet du pourvoi n'est effectivement concevable qu'en écartant cette disposition, c'est-à-dire, comme le suggère M. Petel, en justifiant les pouvoirs du représentant, en l'occurrence la banque chef de file, par l'existence d'un contrat de mandat accessoire à la convention principale constitutive du "pool" bancaire.

Si cet établissement dispose effectivement d'un pourvoi d'administration et de gestion des intérêts communs du "pool" dans ses relations avec l'emprunteur, on peut alors le dispenser du pouvoir spécial dès l'instant qu'on analyse la déclaration de créance comme un acte conservatoire ("acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine ou de l'un de ses éléments, et de façon plus générale d'un droit" Aubry et Rau).

En effet, la jurisprudence et la doctrine admettent que la personne investie d'un mandat d'administration au sens de l'article 1988 du Code civil peut ester en justice sans mandat spécial dès lors que l'action à titre conservatoire rentre dans l'objet du mandat (Cass. Civ. I, 25 octobre 1972, B. n° 217; Cass. Com., 10 janvier 1966, B. n° 15).

Sans titre

Appliquée à la présente espèce, cette jurisprudence permettrait éventuellement de justifier un rejet du pourvoi, dans la mesure où l'existence d'un mandat général conféré au Crédit Fécampoïis par les autres banques n'est pas contestée par les parties.

D'ailleurs, le pourvoi du représentant des créanciers - deuxième branche du premier moyen - postule lui-même l'existence d'un pouvoir d'agir pour le compte des banques du "pool".

Étant régulièrement habilité à agir, le Crédit Fécampoïis avait alors la qualité pour déclarer les créances des autres personnes morales, par l'intermédiaire de ses préposés dont la délégation de pouvoir n'était pas contestée.

L'Assemblée Plénière pourrait ainsi, en rejetant le pourvoi, faire le choix d'un assouplissement du régime procédural de la déclaration des créances faite par un tiers dans certains cas particuliers ; elle reconnaîtrait ainsi la réalité économique du "pool" bancaire, sans rompre avec l'analyse classique de la déclaration des créances mais seulement en tirant les conséquences du caractère conservatoire de celle-ci.

Cependant la loi et le décret du 27 décembre 1985, article 175, inchangés sur ce point, en renvoyant expressément à l'article 853 du nouveau Code de procédure civile, manifestent le souci de sécurité juridique que seul le formalisme de cette disposition garantit.

La loi du 10 juin 1994, modifiant l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985, n'a fait que confirmer la jurisprudence actuelle en reprenant la distinction établie par celle-ci, suivant que la déclaration est effectuée par un préposé ou par un mandataire.

Le choix du mandataire dont fait état l'article 50 du décret précité implique que celui-ci soit spécialement désigné aux yeux des tiers et du juge comme ayant le pouvoir de représenter à l'occasion d'une déclaration de créance précise et individualisée.

L'application de l'article 853 du nouveau Code de procédure civile rend alors nécessaire un pouvoir spécial conféré au représentant choisi, dès lors que la déclaration équivaut à une demande en justice.

Sur ce point, il n'est pas contesté, même par ceux qui insistent sur la double nature de la déclaration (cf. B. Soinne, article précité) que celle-ci constitue un

Sans titre

acte introductif d'instance puisque le juge commissaire va prendre une décision juridictionnelle suite à cette déclaration.

À partir de cet instant, toutes les règles de la procédure civile s'appliqueront.

Le défaut de pouvoir de la personne assurant la représentation d'une personne en justice entraînera la nullité de l'acte (article 117 du nouveau Code de procédure civile).

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante et ancienne, quel que soit le montant du litige, seul un mandat écrit est régulier (Cass. Civ. I, 9 juin 1896, D.P. 1897, I, p.512).

En définitive, la jurisprudence actuelle est totalement conforme à ces principes, et l'arrêt attaqué, en croyant pouvoir se fonder uniquement sur l'article 1341 du Code civil a méconnu une règle fondamentale, rappelée par un arrêt de la Chambre commerciale du 19 mars 1996 (R.D. Baucouri, juin 1996, 125, obs. Campana et Calendière) selon laquelle "le défaut de pouvoir spécial est une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte" (voir également Cass. Com., 25 mars 1992, B. n° 104).

L'exigence d'une procuration écrite, donnant mandat spécial d'agir, établie antérieurement à la demande et produite au moment de celle-ci n'est pas seulement une règle de preuve mais aussi une condition de fond.

La finalité des articles 416 et 853 du nouveau Code de procédure civile n'est pas de réitérer la règle de preuve de l'article 1341 du Code civil, mais d'obliger le représentant à prévenir toute contestation en produisant le pouvoir spécial. A défaut, la nullité de fond est encourue et elle ne peut être régularisée que dans le délai de l'action conformément à l'article 121 du nouveau Code de procédure civile (cf. dans le cas particulier de la déclaration de créance, Cass. Com., 19 novembre 1996, B. n° 277).

En définitive, la jurisprudence actuelle peut paraître formaliste, mais comme souvent, la procédure civile garantit par un acte qui coûte fort peu un gain de sécurité juridique considérable.

La mission de vérification du représentant des créanciers est complexe ; il est clair qu'introduire une source de contestation supplémentaire à ce stade est directement contraire à l'objectif du législateur qui est de mener cette vérification dans les plus brefs délais pour statuer sur le sort de l'entreprise au

Sans titre

plus vite.

Il n'est pas sans intérêt enfin de noter que les banques ne souhaitent pas une réglementation du "pool" (Rép. ministérielle 45520, 27 février 1985, J.O., 15 avril 1985).

Dans ces conditions, l'exigence d'un pouvoir spécial ne laissant aucun doute sur le pouvoir du chef de file paraît une contrepartie normale de la souplesse qui caractérise cette forme d'organisation.

Enfin il faut noter que si la cassation de l'arrêt attaqué était décidée, celle-ci ne saurait être sans renvoi. En effet la Société Générale soutient qu'elle a personnellement déclaré ses créances par lettre du 19 février, dans le délai, au représentant des créanciers. Ce document qui exige l'examen des juges du fond, a été passé sous silence par l'arrêt, bien que le moyen ait été soutenu devant la Cour d'appel.