

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 11 avril 2018

N° de pourvoi: 15-27133 15-27798 15-27840 15-29442

ECLI:FR:CCASS:2018:CO00405

Publié au bulletin

Rejet

Mme Mouillard (président), président

SCP Alain Bénabent , SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Gadiou et Chevallier, SCP Nicolaý, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Piwnica et Molinié, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant tant sur les pourvois principaux n° C 15-27.133, formé par Mme X... et Mme Z..., n° A 15-27.798, formé par M. C..., agissant en qualité d'héritier de Franciane A..., Mme B... et M. Loïc A..., agissant en qualité d'héritier de Luc A... et n° N 15-29.442, formé par la société Port Fréjus investissement, et MM. E... et D..., ce dernier membre de la EE... , agissant respectivement en leur qualité d'administrateur judiciaire au redressement judiciaire et de mandataire ad hoc de la société Port Fréjus investissement, que sur les trois pourvois incidents relevés par M. et Mme M... et le pourvoi incident n° N 15-29.442 relevé par M. V..., Mme O... et Mme T... et joignant ces pourvois au pourvoi principal n° W 15-27.840, formé par M. H... et la société Investimmo plus, qui attaque le même arrêt ;

Donne acte à M. AA... puis à la SCP BTSG2 de leur reprise des instances de cassation n° C 15-27.133, A 15-27.798, W 15-27.840 et N 15-29.442 en qualité de liquidateur judiciaire de la société Port Fréjus investissement, ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en Provence, 17 septembre 2015), rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 22 mai 2013, pourvoi n° 11-20.398), et les productions, que par acte authentique du 28 juin 1991, la société Comptoir des entrepreneurs (le CDE), aux droits de laquelle sont successivement venues

la société Entenial puis la société Crédit foncier de France (le CFF), a consenti à la société en nom collectif Port Fréjus investissement, (la SNC) un prêt destiné à financer l'acquisition, sous la forme d'une vente en l'état futur d'achèvement, d'un complexe immobilier d'hôtellerie-thalassothérapie, garanti par une inscription d'hypothèque, des promesses de nantissement ainsi que par des engagements de caution solidaire souscrits par les associés, par des personnes participant à des conventions de croupiers sans être associées et par les conjoints des associés ; que la SNC étant défailante, la société Expertises immobilières associés (la société EIA), cessionnaire de la créance du CDE, après lui avoir notifié, le 29 mars 1995, la déchéance du terme, l'a assignée, ainsi que les associés cautions, en exécution de leurs engagements ; que parallèlement, la société EIA ayant poursuivi la vente forcée de l'immeuble, ont été attirés à la procédure la Nouvelle société de réalisation de défaisance (la NSRD), venant successivement aux droits de la société Volney participations et de la société Hôtelière Volney, ainsi que la société Volney Fréjus, déclarée adjudicataire de l'immeuble ; que la SNC a été mise en redressement judiciaire le 12 janvier 2016 puis en liquidation judiciaire le 25 juillet 2017 ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° C 15-27.133, pris en sa première branche, sur le premier moyen du pourvoi n° A 15-27.798, pris en ses deuxième et quatrième branches, sur le moyen unique du pourvoi n° N 15-29.442, pris en sa troisième branche, sur le moyen unique des pourvois incidents n° C 15-27.133, A 15-27.798 et N 15-29.442 relevés par M. et Mme M..., pris en leur troisième branche, et sur le moyen unique du pourvoi incident n° N 15-29.442 relevé par M. V..., Mme O... et Mme T..., pris en sa deuxième branche, réunis :

Attendu que Mme X..., Mme Z..., M. C..., Mme B..., M. Loïc A..., la SNC, l'administrateur et le liquidateur de cette société, M. et Mme M..., M. V..., Mme O... et Mme T... font grief à l'arrêt d'infirmier le jugement prononcé le 27 mars 2007 par le tribunal de commerce de Cannes en ce qu'il a condamné le CFF à relever et garantir la SNC et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt et en ce qu'il a dit que le CFF serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC, de rejeter la demande de dommages-intérêts de cette société formée contre le CFF, venant aux droits du CDE, et sa demande de compensation avec les sommes auxquelles elle a été condamnée solidairement avec ses associés au bénéfice de la société EIA, cessionnaire de la créance, alors, selon le moyen :

1°/ que l'établissement de crédit prêteur de deniers est tenu d'un devoir de mise en garde envers l'emprunteur profane ; que, lorsque l'emprunteur est une société en nom collectif, au sein de laquelle chaque associé est solidairement tenu des dettes sociales, l'étendue du devoir de mise en garde s'apprécie en considération de la personne de chaque associé, assimilé à un coemprunteur ; qu'en l'espèce, Mme X... et Mme Z... rappelaient que la forme sociale retenue reposait sur une solidarité entre associés et faisaient valoir qu'en conséquence, la qualité d'emprunteur averti ou profane devait s'apprécier in concreto pour chaque associé, afin de s'assurer qu'ils avaient conscience des risques de l'opération ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, pour retenir que la SNC Port Fréjus Investissement avait la qualité d'emprunteur averti, a jugé que son dirigeant, M. H..., était averti « en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale » et « avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fût-elle complexe » ; qu'elle a également jugé qu'il n'était pas possible de soutenir que

dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne pouvait s'apprécier que dans la personne des associés, dès lors que « cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs » ; qu'en se prononçant ainsi, portant une atteinte disproportionnée et illégitime au patrimoine des associés en nom collectif profanes, lesquels étaient créanciers envers la banque d'un devoir de mise en garde sur leurs capacités de remboursement et le risque d'endettement lié à l'opération projetée, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil et l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que lorsque l'emprunteur est une société en nom collectif, chaque associé est solidairement tenu des dettes sociales, de sorte que l'étendue du devoir de mise en garde de l'établissement de crédit prêteur de deniers doit nécessairement s'apprécier en la personne de chaque associé, assimilé à un co-emprunteur ; qu'en l'espèce, Mme X... et Mme Z... faisaient valoir qu'à travers la SNC dont elles étaient associées, elles étaient personnellement, solidairement et indéfiniment tenues des dettes sociales, de sorte que la qualité d'emprunteur averti ou profane devait nécessairement s'apprécier in concreto pour chaque associé, afin de s'assurer qu'il avait conscience des risques de l'opération ; qu'en jugeant le contraire et en appréciant la qualité d'emprunteur averti au regard de son dirigeant, M. H..., quand elle constatait par ailleurs que, concepteur et initiateur du projet, il avait été apporteur d'affaires du CDE et même rémunéré à ce titre, ce que les associés ignoraient et ce qui était de nature à révéler un conflit d'intérêts avec eux, la cour d'appel, qui a débouté Mme X... et Mme Z... de leurs demandes, a porté une atteinte disproportionnée et illégitime au patrimoine des associés en nom collectif profanes et a violé l'article 1147 du code civil et l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que le caractère averti de l'emprunteur personne morale s'apprécie in concreto au regard d'un faisceau d'indices tenant compte non seulement des compétences de son représentant légal mais aussi des circonstances de la négociation du prêt, de la complexité de l'opération, des compétences des associés de la personne morale, a fortiori lorsque ceux-ci sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales comme c'est le cas dans une société en nom collectif, et des informations dont ils disposent réellement pour apprécier les risques présentés par l'opération financée, ce que le juge doit vérifier; qu'ainsi, en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait juger que la SNC, même nouvellement créée, était un emprunteur averti au motif insuffisant que M. H... était un dirigeant averti du fait de son expérience et de ses compétences quand bien même l'opération était complexe, au motif erroné que l'appréciation de la qualité d'emprunteur averti de la SNC en la personne de ses associés était incompatible avec la notion de personnalité morale, et au motif inopérant que mettre en pratique cette appréciation en la personne des associés reviendrait à considérer que la banque, qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait vingt et un interlocuteurs ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil et L. 221-1 du code de commerce ;

4°/ que le caractère non averti de l'emprunteur, société en nom collectif, doit s'apprécier dans la personne des associés, lesquels sont tenus solidairement au passif et sont de véritables co-emprunteurs ; qu'en décidant du contraire, la cour d'appel a violé l'article

1147 du code civil, l'article L. 221-1 du code de commerce et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ que le caractère non averti de l'emprunteur, quand celui-ci est une société en nom collectif dont tous les associés sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales et que le prêt a été consenti en considération de leur surface financière personnelle et de leur engagement d'apporter des fonds propres à la société, doit s'apprécier in concreto dans la personne de chacun d'entre eux ; qu'en jugeant le contraire, après avoir cependant constaté que les prêts du CDE, source exclusive de financement de l'opération litigieuse, avaient été accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre des statuts de la SNC de couvrir tous ses besoins de trésorerie, de sorte que si la banque n'avait qu'un cocontractant, elle avait en réalité 21 obligés, la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil et L. 221-1 du code de commerce, ensemble l'article premier du premier protocole additionnel de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que le caractère averti de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal et non en celle de ses associés, même si ces derniers sont tenus solidairement des dettes sociales ; que le moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondé ;

Sur le second moyen du pourvoi n° W 15-27.840, pris en sa deuxième branche, sur le moyen unique du pourvoi n° N 15-29.442, pris en sa quatrième branche et sur le moyen unique des pourvois incidents n° C 15-27.133, A 15-27.798 et N 15-29.442 relevés par M. et Mme M..., pris en leur cinquième branche, réunis :

Attendu que M. H..., la SNC, l'administrateur et le liquidateur de cette société et M. et Mme M... font le même grief à l'arrêt, M. H... lui reprochant, en outre, de le condamner à payer à la société EIA la somme de 18 585 212,14 euros, outre intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que le caractère averti ou non de l'emprunteur s'apprécie en tenant compte de sa capacité à apprécier, compte tenu de ses compétences et de son expérience, les risques générés par l'emprunt souscrit ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que M. H... disposait de compétences en matière financière mais qu'il ne les avait jamais exercées dans le domaine de l'hôtellerie ; qu'en s'abstenant de rechercher si, dès lors que l'emprunt sollicité avait pour objet l'acquisition et l'exploitation, par la SNC, d'un complexe hôtelier, et que la capacité de celle-ci à le rembourser dépendait des revenus générés par cette activité, la circonstance que M. H... ne disposait d'aucune compétence particulière en matière d'hôtellerie n'impliquait pas qu'il ne pouvait apprécier, seul, les risques liés à cet emprunt et que la société n'avait donc pas la qualité d'emprunteur averti, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article 1147 du code civil ;

2°/ que la cour d'appel a constaté que le projet initié par M. H... consistait à acquérir en l'état futur d'achèvement un complexe hôtelier avec un centre de thalassothérapie ; que le caractère averti de l'emprunteur supposait donc que celui-ci ait des compétences dans le

domaine de l'hôtellerie, les besoins en trésorerie de la SNC et, par suite, sa capacité de remboursement de l'emprunt, dépendant des résultats d'exploitation du complexe hôtelier ; qu'en décidant que le caractère averti de l'emprunteur, apprécié en la personne de son gérant, M. H..., était avéré dès lors que ce dernier avait des compétences financières et qu'il importait peu qu'il ait des compétences dans le domaine de l'hôtellerie, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il ressortait des pièces versées aux débats que le projet de Port Fréjus avait été entièrement conçu par M. H..., qui avait consulté des professionnels de l'hôtellerie, fait réaliser une consultation fiscale, établi un bilan prévisionnel et pris des contacts à la chambre de commerce et d'industrie du Var et à la mairie de Fréjus, l'arrêt retient qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, M. H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques d'endettement attachés à l'opération, fût-elle complexe ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que M. H... était un dirigeant averti, peu important à cet égard que ce dernier n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° C 15-27.133, pris en ses troisième, quatrième et cinquième branches, sur le second moyen du pourvoi n° A 15-27.798, pris en ses première, deuxième et troisième branches, sur le moyen unique du pourvoi n° N 15-29.442, pris en ses cinquième, sixième et huitième branches, et sur le moyen unique des pourvois incidents n° C 15-27.133, A 15-27.798 et N 15-29.442 relevés par M. et Mme M..., pris en leur neuvième, dixième et onzième branches, réunis :

Attendu que Mme X..., Mme Z..., M. C..., Mme B..., M. Loïc A..., la SNC, l'administrateur et le liquidateur de cette société, M. et Mme M..., M. V..., Mme O... et Mme T... font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que le banquier est tenu d'un devoir de mise en garde envers l'emprunteur, même averti, lorsqu'il dispose d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; qu'en l'espèce, Mme X... et Mme Z... faisaient valoir que la banque savait que certains des associés de la SNC ne présentaient pas le degré de solvabilité requis car ils ne disposaient pas du revenu minimum fixé par la banque pour chaque associé ; qu'elles faisaient également valoir que cette information n'avait pas été divulguée par la banque, ce que soutenait d'ailleurs M. H..., gérant statutaire de la SNC, dans ses propres écritures ; qu'en se bornant à énoncer que la SNC, pas plus que ses associés, ne précisait pas quelles informations fondamentales la banque aurait omis de communiquer, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la banque avait dissimulé à la SNC ses réserves sur la solvabilité de certains des associés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que Mme X... et Mme Z... faisaient valoir qu'à l'exception de M. H..., toutes les cautions de l'opération financée par le CDE avaient été déchargées de leur engagement qui avait été annulé pour réticence dolosive de la banque par un arrêt du 2 février 2006 pour les cautions non associées, et par l'arrêt du 17 février 2011 pour les cautions associées, et que ces cautionnements participaient du montage exigé par le CDE et sécurisaient l'opération financée ; qu'en se bornant à affirmer qu'il n'était pas « établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs » après avoir retenu que les associés « avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aiguë en raison de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune », sans rechercher si la banque, nécessairement consciente du dol qu'elle avait commis vis-à-vis des cautions, avait dès lors dissimulé cette cause de nullité à la SNC, tandis que ces garanties participaient de l'équilibre du financement octroyé à cette société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que Mme X... et Mme Z... faisaient valoir, s'appuyant sur les conclusions de l'expert judiciaire, que le CDE disposait d'éléments sur les risques de l'opération financée dont la SNC n'avait pas connaissance, ce qui s'évinçait de la multiplication des sûretés demandées par cet établissement de crédit, qui représentaient plus de cinq fois le montant de la part de chaque associé dans le capital emprunté, de la situation financière dégradée du CDE, et du changement inexpliqué de position de la banque quant au financement, qu'elle avait refusé pour l'accepter quelques jours plus tard ; qu'en se bornant à énoncer que la SNC, et avec elle ses associés, ne précisait pas quelles informations fondamentales la banque aurait omis de communiquer et ne justifiait pas par une pièce que le CDE avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le CDE avait dissimulé à la SNC et ses associés qu'il disposait d'éléments révélant la fragilité du projet financé, ce qui s'évinçait du nombre de garanties sollicitées, des propres difficultés financières de la banque et de sa volte-face dans la décision d'octroyer un crédit, circonstances relevées par l'expert judiciaire dans son rapport, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que la banque est tenue d'un devoir de mise en garde vis-à-vis de l'emprunteur averti si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; qu'en l'espèce, la cour d'appel avait elle-même constaté, par motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011, non cassé sur ce point, que la banque avait une conscience aiguë de la grande fragilité économique de l'opération, qu'elle s'était abstenue de faire part aux cautions, également associées de la SNC, de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants et que, ce faisant, elle avait dissimulé délibérément le risque élevé de l'opération et retenu des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions associées, quand ces informations étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui, excédant par son niveau celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, ce dont il résultait que la banque avait manqué à son devoir de mise en garde vis-à-vis de la SNC en ne portant pas à la connaissance des associés de celle-ci les informations qu'elle détenait sur les

capacités de remboursement de la société et sur les risques de l'opération financée et qui ne pouvaient être connues des associés de la SNC ; qu'en jugeant néanmoins que la banque n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC aux motifs qu'il n'était pas établi que des risques anormaux exorbitants auraient été cachés aux investisseurs, ni que la banque aurait disposé d'informations fondamentales ou identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

5°/ que la banque est tenue d'un devoir de mise en garde, même vis-à-vis de l'emprunteur averti, si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; qu'en l'espèce, après avoir elle-même retenu, par motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011, non cassé sur ce point, qu'il ne pouvait être considéré que les cautions, également associées de la SNC, auraient été informées, lors de l'assemblée générale constitutive de la société le 5 juin 1991, des risques élevés encourus alors qu'il résultait du procès-verbal de cette assemblée que les associés n'avaient reçu à cette occasion qu'un avertissement général sur « les aléas de la conjoncture et de l'exploitation » susceptibles de « réduire ou augmenter » les déficits d'exploitation générateurs de besoins en trésorerie « pouvant aller jusqu'à un montant de vingt millions l'an », cette somme ne tenant pas compte, au demeurant, des amortissements devant réduire l'effort financier de chaque associé, et qu'aucune référence n'avait été faite aux aléas particuliers que la banque avait identifiés avant d'octroyer son concours et qui rendaient incertain le succès de l'opération, la cour d'appel ne pouvait ensuite affirmer que ces mêmes associés avaient dès la constitution de la société, le 5 juin 1991, une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, aux motifs généraux et inopérants que cette connaissance résultait de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

6°/ qu'en l'espèce, ayant elle-même relevé par les motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011, non cassé sur ce point, que, d'abord, la banque avait agréé des associés qui ne remplissaient pas la condition de seuil de revenu qu'elle avait elle-même fixée alors même que ne pouvait être méconnu le risque, qui s'était réalisé, que la défaillance de certains des participants ne conduise les autres, par un effet de contamination, à cesser également leur concours, qu'en outre il apparaissait que M. GG..., préposé de la banque en charge du dossier, avait, dans une note de présentation au comité de crédit, établie conjointement avec un autre cadre de la banque, M. HH..., considéré que la surface financière de cinq des associés était « difficilement compatible avec l'opération », et qu'enfin la banque s'était abstenue de faire part aux cautions, également associées de la SNC, de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants, la cour d'appel ne pouvait ensuite affirmer par des motifs inexacts et inopérants qu'il n'était pas établi que le projet aurait été irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ou que les associés qui avaient refusé d'honorer les appels de fonds figuraient parmi les plus fortunés ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

7°/ que l'établissement de crédit est tenu envers l'emprunteur averti d'une obligation de

mise en garde lorsqu'il dispose d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; que la SNC et son mandataire ad hoc faisaient valoir que le CDE avait disposé d'informations sur la viabilité du projet qu'il avait dissimulées, deux cadres de la banque, MM. GG... et HH... ayant établi une note au Comité de crédit, annexée au rapport d'expertise versé aux débats, révélant « l'insolvabilité ou l'insuffisance de surface financière de certains des associés en contradiction avec la condition de revenu minimal appréciée et exigée par la Banque alors que la capacité contributive des associés était un élément fondamental du dossier au regard de la nécessité d'apports en fonds propres, la non satisfaction de cette condition étant incompatible avec les besoins de l'opération rendant inéluctable le défaut de paiement » et que « le gérant et d'autres associés, représentant pas moins de 57 % des parts de la SNC PFI, étaient dès l'origine insolvable » ; qu'en affirmant que la SNC se serait abstenue de préciser de quelles informations fondamentales aurait disposé le CDE et que celui-ci aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, la cour d'appel a dénaturé ces conclusions, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

8°/ que la note au Comité de crédit établie par Mm. GG... et HH..., annexe 6 au rapport d'expertise expressément invoquée par la SNC et son mandataire ad hoc, mentionne expressément que des associés présentent « une situation de revenus de patrimoine difficilement compatible avec l'opération » ; qu'en énonçant qu'il n'est justifié par aucune pièce que le CDE avait identifié des risques non portés à la connaissance de la société emprunteuse, la cour d'appel a dénaturé la note susvisée, en violation de l'article 1134 du code civil ;

9°/ que la SNC et son mandataire ad hoc faisaient valoir que la cour d'appel par des dispositions devenues irrévocables, avait annulé les engagements de caution des associés au motif qu' « en retenant des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions, alors que celles-ci étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui excédant par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, la banque qui les a conduits par-là à s'obliger en se méprenant sur un élément déterminant de leur consentement, a commis un dol par réticence qui justifie l'annulation des cautionnements » et en déduisait que le CDE avait nécessairement dissimulé des éléments qui, s'ils avaient été connus, aurait conduit à ne pas souscrire le contrat de prêt ; qu'en s'abstenant dès lors de rechercher si, compte tenu de la décision irrévocable du 17 février 2011 relative au dol commis par la banque envers les cautions associés, à l'exception de M. H..., l'établissement de crédit, conscient de sa réticence dolosive vis-à-vis des cautions associées, n'avait pas dissimulé les mêmes informations à la société emprunteuse et à ses associés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

10°/ que les époux M... faisaient valoir que, dans son arrêt du 17 février 2011, par des dispositions devenues irrévocables, la cour d'appel avait annulé les engagements de caution des associés au motif qu'« en retenant des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions, alors que celles-ci étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui excédant par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, la banque qui les a conduits par là à s'obliger en se méprenant sur un élément déterminant de leur consentement, a

commis un dol par réticence qui justifie l'annulation des cautionnements » ; qu'il s'en déduisait que le Comptoir des entrepreneurs avait nécessairement dissimulé des éléments qui, s'ils avaient été connus, auraient conduit à ne pas souscrire le contrat de prêt ; qu'en s'abstenant dès lors de rechercher si, compte tenu de la décision irrévocable du 17 février 2011 relative au dol commis par la banque envers les cautions associés, à l'exception de M. H..., l'établissement de crédit, conscient de sa réticence dolosive vis-à-vis des cautions associées, n'avait pas dissimulé les mêmes informations à la société emprunteuse et à ses associés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

11°/ que la banque est tenue d'un devoir de mise en garde, même vis-à-vis de l'emprunteur averti, si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; que la cour d'appel a retenu, par motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011, non cassé sur ce point, qu'il ne pouvait être considéré que les cautions, également associées de la SNC, auraient été informées, lors de l'assemblée générale constitutive de la société le 5 juin 1991, des risques élevés encourus alors qu'il résultait du procès-verbal de cette assemblée que les associés n'avaient reçu à cette occasion qu'un avertissement général sur « les aléas de la conjoncture et de l'exploitation » susceptibles de « réduire ou augmenter » les déficits d'exploitation générateurs de besoins en trésorerie « pouvant aller jusqu'à un montant de vingt millions l'an », cette somme ne tenant pas compte, au demeurant, des amortissements devant réduire l'effort financier de chaque associé, et qu'aucune référence n'avait été faite aux aléas particuliers que la banque avait identifiés avant d'octroyer son concours et qui rendaient incertain le succès de l'opération ; qu'en affirmant que ces mêmes associés avaient dès la constitution de la société, le 5 juin 1991, une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, aux motifs généraux et inopérants que cette connaissance résultait de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

12°/ que la cour d'appel a constaté, par les motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011, non cassé sur ce point, que, tout d'abord, la banque avait agréé des associés qui ne remplissaient pas la condition de seuil de revenu qu'elle avait elle-même fixée alors même que ne pouvait être méconnu le risque, qui s'était réalisé, que la défaillance de certains des participants ne conduise les autres, par un effet de contamination, à cesser également leur concours, ensuite, qu'il apparaissait que M. GG..., préposé de la banque en charge du dossier, avait, dans une note de présentation au comité de crédit, établie conjointement avec un autre cadre de la banque, M. HH..., considéré que la surface financière de cinq des associés était « difficilement compatible avec l'opération » et, enfin, que la banque s'était abstenue de faire part aux cautions, également associées de la SNC, de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants ; qu'en affirmant néanmoins, par des motifs inexacts et inopérants, qu'il n'était pas établi que le projet aurait été irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ou que les associés qui avaient refusé d'honorer les appels de fonds figuraient parmi les plus fortunés, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et elle a violé l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que si un établissement de crédit est tenu d'une obligation de mise en garde envers un emprunteur averti si, au moment de l'octroi du prêt, il a, sur les revenus et le patrimoine de celui-ci, ou ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles, des informations que lui-même ignorait, il n'en demeure pas moins que, lorsque l'emprunteur est une société, seule celle-ci, et non ses associés, est créancière de cette obligation ;

Et attendu, en second lieu, que l'obligation de mise en garde à laquelle peut être tenu un établissement de crédit à l'égard d'un emprunteur averti avant de lui consentir un prêt ne porte que sur l'inadaptation de celui-ci aux capacités financières de l'emprunteur et sur le risque de l'endettement qui résulte de son octroi et non sur l'opportunité ou les risques de l'opération financée ; que les griefs fondés sur la dissimulation par le CDE à la SNC d'informations relatives à la viabilité du projet manquent en droit au regard de cette obligation de mise en garde ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° W 15-27.840 :

Attendu que M. H... fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à l'annulation de son engagement de caution et à en être déchargé et de le condamner à payer à la société EIA la somme de 18 585 212,14 euros, outre intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que la dissimulation d'informations relatives à la situation personnelle des cofidésseurs est susceptible de constituer une manoeuvre dolosive, si, sans cette manoeuvre, la caution n'aurait pas contracté ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si le CDE n'avait pas omis d'informer M. H... du fait qu'un tiers des associés de la SNC, cofidésseurs, faisait partie de sa clientèle et avait déjà souscrit, auprès de lui, des emprunts importants pour la réalisation d'autres opérations immobilières, de telle sorte que leur capacité à assumer de nouveaux engagements financiers était réduite, et s'il n'en résultait pas que la banque lui avait dissimulé une information essentielle, qu'il ignorait, afin d'obtenir son engagement de caution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du code civil ;

2°/ que, dans ses conclusions devant la cour d'appel de renvoi, M. H... faisait valoir qu'il ne se serait pas engagé s'il avait eu connaissance de la fragilité des autres cautions, et que le CDE lui avait dissimulé des informations essentielles sur la solvabilité des associés cofidésseurs qui étaient ses clients ; qu'en affirmant que M. H... ne précisait pas quelles informations le CDE aurait omis de lui transmettre, la cour d'appel a dénaturé ses conclusions et violé les articles 4 et 455 du code de procédure civile ;

3°/ que la caution, qui a fait de l'existence et du maintien d'autres cautionnements une condition déterminante de son engagement, peut, lorsque tout ou partie de ces

cautionnements vient à disparaître, invoquer la nullité de son engagement pour erreur sur l'étendue des garanties fournies au créancier ; qu'en affirmant que l'annulation des engagements des autres cautions était sans incidence sur la validité de l'engagement de M. H..., sans rechercher, comme elle y était invitée, si celui-ci n'avait pas fait de l'existence et du maintien de ces cautions une condition déterminante de son propre engagement et si, de ce fait, il n'était pas fondé à se prévaloir d'une erreur sur l'étendue de son engagement, la cour d'appel a violé les articles 1108 et 1110 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'en retenant que le CDE n'avait pas commis de dol à l'égard de M. H... en recueillant son cautionnement, la cour de renvoi a statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir rappelé que M. H... soutenait que l'opération avait toujours reposé sur une implication des croupiers, véritables bailleurs de fonds, que l'annulation de leurs cautionnements avait totalement remis en cause l'équilibre du projet et que, s'il avait su qu'il serait in fine la seule caution de l'opération, il ne s'y serait pas engagé, l'arrêt retient que l'économie de l'opération reposait sur des choix volontairement faits par tous les intervenants et que c'est en toute connaissance de cause que M. H... a démarché des investisseurs dont les règles professionnelles leur interdisaient d'être associés dans une société en nom collectif et en déduit que l'annulation des engagements des autres cautions est sans incidence sur la validité de son propre engagement, faisant ainsi ressortir que M. H... n'avait pas fait de l'existence et du maintien de ces cautionnements une condition déterminante de son propre engagement ; qu'il ajoute qu'en tant qu'associé de la SNC, il restait tenu des dettes sociales, au même titre que les autres associés ; que, de ces constatations et appréciations, procédant de l'exercice de son pouvoir souverain, la cour d'appel a pu déduire que M. H... ne pouvait être déchargé de son engagement ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en ses première et deuxième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen unique du pourvoi n° C 15-27.133, pris en ses deuxième, sixième et septième branches, sur le premier moyen du pourvoi n° A 15-27.798, pris en ses première, troisième et cinquième branches, sur le second moyen de ce pourvoi, pris en ses quatrième et cinquième branches, sur le second moyen du pourvoi n° W 15-27.840, pris en ses première et troisième branches, sur le moyen unique du pourvoi n° N 15-29.442, pris en ses première, deuxième et septième branches, sur le moyen unique des pourvois incidents n° C 15-27.133, A 15-27.798 et N 15-29.442 relevés par M. et Mme M..., pris en leur première, deuxième, quatrième, sixième, septième et huitième branches, ni sur le moyen unique du pourvoi incident n° N 15-29.442 relevé par M. V..., Mme O... et Mme T..., pris en ses première et troisième branches, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois tant principaux qu'incidents ;

Condamne Mme X..., Mme Z..., M. C..., Mme B..., M. Loïc A..., M. H..., la SCP BTSG2, en qualité de liquidateur judiciaire de la société Port Fréjus investissement, , M. et Mme M..., M. V..., Mme O... et Mme T... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du onze avril deux mille dix-huit. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit, au pourvoi principal n° C 15-27.133, par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour Mme X... et Mme Z...

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement rendu le 27 mars 2007 par le tribunal de commerce de Cannes en ce qu'il avait condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt et en ce qu'il avait dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement, d'avoir débouté la SNC Port Fréjus Investissement de sa demande de dommages-intérêts à l'encontre du Crédit Foncier de France venant aux droits du Comptoir des entrepreneurs et de sa demande de compensation avec les sommes auxquelles elle a été condamnée solidairement avec ses associés au bénéfice de la société EIA, cessionnaire de la créance ;

AUX MOTIFS QUE la cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; que Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et Jean-Marie C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le Comptoir des entrepreneurs, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; qu'ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; qu'ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; qu'il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; que titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la Sarl Investimmo d'une promesse de vente de la SNC Phare de Fréjus, il a pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet ; que dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le

projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés - ou des tiers par le biais des conventions de croupier - pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le Comptoir des entrepreneurs écrit : 'L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers de sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...)' ; que le 10 mai 1991, le Comptoir des entrepreneurs a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; que pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volte-face incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; qu'il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de Cannes qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au Comptoir des entrepreneurs les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; que celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; que préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet ('M. Marc H... se propose de monter une opération d'investissement suivant l'articulation suivante : acquisition par une société en nom collectif ...), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; que le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; que le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; qu'enfin il est stipulé à l'article 26 : 'Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à Monsieur Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (...)' suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; que les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; que le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles :

- la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc 'de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir' et que les prêts du Comptoir des

entrepreneurs sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC.

- la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agréée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... 'qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait'

- la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des résolutions ; que ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aiguë en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; que c'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; que s'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; qu'il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; que l'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EIA et du Crédit Foncier de France qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; que cette affirmation est corroborée :

- par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le Crédit Foncier de France aux débats.

Dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : 'l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire.'

- par le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de 'plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC'

- par le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996 : 'Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défaillants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires.'

- par les courriers de Christian G... (3 février 1996), Gérard XX... (1er février 1996), des époux V... (3 février 1996) ; qu'aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; que l'ensemble des éléments ci-dessus

analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement , Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; que cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui nonobstant les dispositions de l'article L 221-3 du code de commerce ont fait le choix de désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action.

1 - Sur la demande de la SNC Port Fréjus Investissement à l'encontre du Crédit Foncier de France

Que, pour solliciter le paiement par le Crédit Foncier de France qui vient aux droits du Comptoir des entrepreneurs de dommages intérêts d'un montant égal au montant de sa dette envers la société EIA et se compensant avec elle, la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés font valoir que le Comptoir des entrepreneurs a manqué à son obligation de conseil et de mise en garde.

Le Crédit Foncier de France et la société EIA répliquent que les obligations du Comptoir des entrepreneurs ne s'analysent qu'au travers de l'obligation de mise en garde, le Crédit Foncier de France ajoutant qu'il ne pouvait être tenu d'une obligation de conseil [

]

- Sur l'obligation de mise en garde

- Seul l'emprunteur non averti est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier.

Que lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant ; qu'à cet égard, il n'est pas discutable qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, Marc H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fut-elle complexe. Il était en ce sens un dirigeant averti ; qu'il importe peu à cet égard qu'il ait été un apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs ou qu'il n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie.

Au travers de son dirigeant, la SNC Port Fréjus Investissement , même nouvellement créée, était un emprunteur averti à l'égard duquel le Comptoir des entrepreneurs n'était tenu à aucune obligation de mise en garde ; que c'est en vain que Maître D... et les associés de la SNC Port Fréjus Investissement soutiennent que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne peut s'apprécier que dans la personne des associés ; qu'outre que cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; qu'il est de jurisprudence qu'un emprunteur averti peut rechercher la responsabilité d'un établissement pour le concours qu'il lui accorde, s'il démontre que celui-ci disposait d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; que c'est à la SNC Port Fréjus Investissement qui invoque longuement dans ses écritures l'asymétrie des informations, d'en rapporter la preuve ; qu'elle s'abstient - et avec elle les associés - de préciser de quelles informations fondamentales qu'il aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, disposait le Comptoir des entrepreneurs ; qu'il n'est justifié par aucune pièce que le Comptoir des entrepreneurs avait identifié des risques non portés à la

connaissance de la SNC Port Fréjus Investissement , risques qui auraient justifié le refus de financement du 10 mai 1991 ; que c'est à bon droit que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement ; qu'aucun manquement ne pouvant être recherché de ce chef, le jugement du 27 mars 2007 sera infirmé en ce qu'il a condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt, en ce qu'il a dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement et en ce qu'il l'a condamné sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la SNC Port Fréjus Investissement sera déboutée de sa demande de dommages intérêts (arrêt, p. 12 à 15) ;

1°) ALORS QUE l'établissement de crédit prêteur de deniers est tenu d'un devoir de mise en garde envers l'emprunteur profane ; que, lorsque l'emprunteur est une société en nom collectif, au sein de laquelle chaque associé est solidairement tenu des dettes sociales, l'étendue du devoir de mise en garde s'apprécie en considération de la personne de chaque associé, assimilé à un coemprunteur ; qu'en l'espèce, Mme X... et Mme Z... rappelaient (concl., p. 18) que la forme sociale retenue reposait sur une solidarité entre associés et faisaient valoir qu'en conséquence, la qualité d'emprunteur averti ou profane devait s'apprécier in concreto pour chaque associé, afin de s'assurer qu'ils avaient conscience des risques de l'opération ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, pour retenir que la SNC Port Fréjus Investissement avait la qualité d'emprunteur averti, a jugé que son dirigeant, M. H..., était averti « en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale » et « avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fût-elle complexe » (arrêt, p. 16 § 2) ; qu'elle a également jugé qu'il n'était pas possible de soutenir que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne pouvait s'apprécier que dans la personne des associés, dès lors que « cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs » (arrêt, p. 16 § 6) ; qu'en se prononçant ainsi, portant une atteinte disproportionnée et illégitime au patrimoine des associés en nom collectif profanes, lesquels étaient créanciers envers la banque d'un devoir de mise en garde sur leurs capacités de remboursement et le risque d'endettement lié à l'opération projetée, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil et l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°) ALORS QUE l'emprunteur averti est celui qui, par son expérience, est à même d'apprécier les risques présentés par l'opération financée ; qu'à supposer qu'il soit considéré qu'en jugeant que « les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aiguë en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune » (arrêt, p. 14 § 7), la cour d'appel aurait fait ressortir que chacun des associés était un emprunteur averti, elle aurait statué par un motif impropre à établir la qualité d'emprunteur averti des associés de la SNC, dès lors qu'elle n'a pas recherché, comme elle y était invitée (concl., p. 20 et 21), si les associés démarchés par M. H..., dont Mmes Z... et X..., avaient été exclus des négociations intervenues entre M. H... et le Comptoir des Entrepreneurs et si cette banque leur avait

dissimulé des informations sur les risques réels de l'opération, ce qui avait conduit à l'annulation pour réticence dolosive des cautionnements consentis par ces associés, afin de vérifier si ces derniers avaient eu une réelle conscience de leur engagement, d'autant plus compte tenu du court délai qui s'était écoulé entre la fin de la négociation du prêt et la constitution de la SNC, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°) ALORS QUE, SUBSIDIAIREMENT, le banquier est tenu d'un devoir de mise en garde envers l'emprunteur, même averti, lorsqu'il dispose d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; qu'en l'espèce, Mme X... et Mme Z... faisaient valoir (concl., p. 22 et 23) que la banque savait que certains des associés de la SNC ne présentaient pas le degré de solvabilité requis car ils ne disposaient pas du revenu minimum fixé par la banque pour chaque associé ; qu'elles faisaient également valoir que cette information n'avait pas été divulguée par la banque, ce que soutenait d'ailleurs M. H..., gérant statutaire de la SNC, dans ses propres écritures (concl. H..., p. 25 § 5) ; qu'en se bornant à énoncer que la SNC Port Fréjus Investissement , pas plus que ses associés, ne précisait pas quelles informations fondamentales la banque aurait omis de communiquer, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la banque avait dissimulé à la SNC ses réserves sur la solvabilité de certains des associés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°) ALORS QU'À TITRE ÉGALEMENT SUBSIDIAIRE, Mme X... et Mme Z... faisaient valoir qu'à l'exception de M. H..., toutes les cautions de l'opération financée par le CDE avaient été déchargées de leur engagement qui avait été annulé pour réticence dolosive de la banque par un arrêt du 2 février 2006 pour les cautions non associées, et par l'arrêt du 17 février 2011 pour les cautions associées, et que ces cautionnements participaient du montage exigé par le CDE et sécurisaient l'opération financée (concl., p. 21 § 4 et 5) ; qu'en se bornant à affirmer qu'il n'était pas « établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs » après avoir retenu que les associés « avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aiguë en raison de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune » (arrêt, p. 14 § 7 et 10), sans rechercher si la banque, nécessairement consciente du dol qu'elle avait commis vis-à-vis des cautions, avait dès lors dissimulé cette cause de nullité à la SNC, tandis que ces garanties participaient de l'équilibre du financement octroyé à cette société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°) ALORS QU'À TITRE ÉGALEMENT SUBSIDIAIRE Mme X... et Mme Z... faisaient valoir, s'appuyant sur les conclusions de l'expert judiciaire (concl., p. 17), que le CDE disposait d'éléments sur les risques de l'opération financée dont la SNC n'avait pas connaissance, ce qui s'évinçait de la multiplication des sûretés demandées par cet établissement de crédit, qui représentaient plus de 5 fois le montant de la part de chaque associé dans le capital emprunté (concl., p. 24 § 1), de la situation financière dégradée du

CDE, et du changement inexpliqué de position de la banque quant au financement, qu'elle avait refusé pour l'accepter quelques jours plus tard (concl., p. 25) ; qu'en se bornant à énoncer que la SNC Port Fréjus Investissement , et avec elle ses associés, ne précisait pas quelles informations fondamentales la banque aurait omis de communiquer et ne justifiait pas par une pièce que le CDE avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC (arrêt, p. 16 § 9), sans rechercher, comme elle y était invitée, si le CDE avait dissimulé à la SNC et ses associés qu'il disposait d'éléments révélant la fragilité du projet financé, ce qui s'évinçait du nombre de garanties sollicitées, des propres difficultés financières de la banque et de sa volte-face dans la décision d'octroyer un crédit, circonstances relevées par l'expert judiciaire dans son rapport, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

6°) ALORS QU'À TITRE ÉGALEMENT SUBSIDIARE, l'objet du litige est fixé par les parties ; qu'en l'espèce, Mme Z... et Mme X... critiquaient l'argumentation du Crédit Foncier de France selon laquelle la défaillance de la SNC PFI n'aurait résulté que d'associés mauvais payeurs, en faisant valoir que la composition du patrimoine de certains associés était essentiellement immobilière, en sorte qu'ils ne disposaient pas des liquidités nécessaires à la pérennité de l'opération, ce que n'ignorait pas le CDE (concl., p. 23 § 3 et 4) ; que M. H... faisait valoir dans ses écritures que certains des associés n'étaient pas en mesure de réaliser des apports en compte courant pour payer les échéances du prêt en dehors des résultats d'exploitation, ce que le CDE savait pertinemment (concl. H..., p. 13), la cour d'appel ayant d'ailleurs relevé dans son arrêt du 17 février 2011, devenu définitif sur ce point, que la banque « savait que la fortune de plusieurs participants était pour l'essentiel non liquide alors que d'importants apports en numéraires destinés à compenser les pertes élevées prévues les premières années conditionnaient le succès du projet » (arrêt 17 février 2011, p. 13 § 8) ; qu'en énonçant que les sociétés EIA et CCF n'étaient pas démenties en ce qu'elles affirmaient « que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés » (arrêt, p. 14 § 11), tandis que cette affirmation était au contraire contestée, la cour d'appel a méconnu l'objet du litige et violé l'article 4 du code civil ;

7°) ALORS QU'À TITRE ÉGALEMENT SUBSIDIARE le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, Mme X... et Mme Z... faisaient valoir que la banque CDE s'était refusée à permettre d'entendre ses préposés, MM. GG... et HH..., en cours d'expertise, afin d'apprécier les éléments dont le CDE disposait avant d'octroyer l'emprunt litigieux, en méconnaissance du droit à la preuve (concl., p. 24) ; qu'en ne répondant à ce moyen de nature à établir la connaissance par la banque d'informations dissimulées à la SNC Port Fréjus Investissement , la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. Moyens produits, au pourvoi principal n° A 15-27.798, par la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat aux Conseils, pour M. C..., Mme B... et M. Loïc A...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué D'AVOIR infirmé le jugement rendu le 27 mars 2007 par le tribunal de commerce de Cannes en ce qu'il avait condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de

toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt et en ce qu'il avait dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement , D'AVOIR débouté la SNC Port Fréjus de sa demande de dommages et intérêts à l'encontre du CREDIT FONCIER DE FRANCE, venant aux droits du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, et de ses autres demandes, notamment en compensation avec les sommes auxquelles elle a été condamnée solidairement avec ses associés, au bénéfice de la société EIA, cessionnaire de la créance ;

AUX MOTIFS QUE « La cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et Jean-Marine C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le Comptoir des entrepreneurs, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; Ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; Ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; Il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; Titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la Sari Investimmo d'une promesse de vente de la SNC Phare de Fréjus, il a pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet ; Dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés - ou des tiers par le biais des conventions de croupier - pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; Bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le Comptoir des entrepreneurs écrit : "L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers des sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...)" ; Le 10 mai 1991, le Comptoir des entrepreneurs a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; Pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volte face incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; Il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de Cannes qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au Comptoir des entrepreneurs les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; Celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; Préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet ("Monsieur Marc H...se propose de monter une opération

d'investissement suivant l'articulation suivante : acquisition par une société en nom collectif ...), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; Le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; Le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; Enfin il est stipulé à l'article 26: "Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à Monsieur Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (...)" ; suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; Les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; Le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles : - la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc "de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir" et que les prêts du Comptoir des entrepreneurs sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC ; - la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agréée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... "qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait" ; - la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des résolutions ; Ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aigüe en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; C'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; S'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; Il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; L'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EIA et du Crédit Foncier de France qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; Cette affirmation est corroborée : - par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le Crédit Foncier de France aux débats ; Dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la

société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : "l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire." ; - par le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de "plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC" ; - par le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996: "Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défaillants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires." ; - par les courriers de Christian K... (3 février 1996), Gérard XX... (1^{er} février 1996), des époux G... (3 février 1996) ; Aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; L'ensemble des éléments ci-dessus analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement , Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; Cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui nonobstant les dispositions de l'article L 221-3 du code de commerce ont fait le choix de désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action ; 1 - Sur la demande de la SNC Port Fréjus Investissement à l'encontre du Crédit Foncier de France : Pour solliciter le paiement par le Crédit Foncier de France qui vient aux droits du Comptoir des entrepreneurs de dommages intérêts d'un montant égal au montant de sa dette envers la société EIA et se compensant avec elle, la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés font valoir que le Comptoir des entrepreneurs a manqué à son obligation de conseil et de mise en garde ; Le Crédit Foncier de France et la société EIA répliquent que les obligations du Comptoir des entrepreneurs ne s'analysent qu'au travers de l'obligation de mise en garde, le Crédit Foncier de France ajoutant qu'il ne pouvait être tenu d'une obligation de conseil ; - Sur l'obligation de conseil : En vertu du principe de non immixtion, le banquier dispensateur de crédit n'a pas de devoir de conseil envers son client ; Sa responsabilité de ce chef ne peut être engagée que dans les cas où il a joué un rôle actif dans l'élaboration du projet et fourni un conseil inadapté à la situation de son client ; Il ressort des pièces versées aux débats, que le projet de Port Fréjus a été entièrement conçu par Marc H... qui a consulté des professionnels de l'hôtellerie, fait réaliser une consultation fiscale, établi un bilan prévisionnel et pris des contacts à la chambre de commerce et d'industrie du Var et à la mairie de Fréjus ; Le Comptoir des entrepreneurs qui n'est intervenu que sur le financement et sur les garanties qu'il exigeait, n'a donné aucune orientation sur les décisions à prendre ; C'est à juste titre que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucune obligation de conseil et que sa responsabilité ne peut être recherchée de ce chef ; - Sur l'obligation de mise en garde : Seul l'emprunteur non averti est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier ; Lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant ; A cet égard, il n'est pas discutable qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, Marc H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fut-elle complexe ; Il était en ce sens un dirigeant averti ; Il importe peu à cet égard qu'il ait été un apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs ou qu'il n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie ; Au travers de son dirigeant, la SNC Port Fréjus Investissement , même nouvellement créée, était un

emprunteur averti à l'égard duquel le Comptoir des entrepreneurs n'était tenu à aucune obligation de mise en garde ; C'est en vain que Maître D... et les associés de la SNC Port Fréjus Investissement soutiennent que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne peut s'apprécier que dans la personne des associés ; Outre que cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; Il est de jurisprudence qu'un emprunteur averti peut rechercher la responsabilité d'un établissement pour le concours qu'il lui accorde, s'il démontre que celui-ci disposait d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; C'est à la SNC Port Fréjus Investissement qui invoque longuement dans ses écritures l'asymétrie des informations, d'en rapporter la preuve ; Or, elle s'abstient - et avec elle les associés - de préciser de quelles informations fondamentales qu'il aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, disposait le Comptoir des entrepreneurs ; Il n'est justifié par aucune pièce que le Comptoir des entrepreneurs avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus Investissement, risques qui auraient justifié le refus de financement du 10 mai 1991 ; C'est à bon droit que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement ; Aucun manquement ne pouvant être recherché de ce chef, le jugement du 27 mars 2007 sera infirmé en ce qu'il a condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt, en ce qu'il a dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement et en ce qu'il l'a condamné sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; La SNC Port Fréjus Investissement sera déboutée de sa demande de dommages intérêts » ;

ET AUX MOTIFS DEFINITIFS DE SON ARRET DU 17 FEVRIER 2011, NON CASSÉ SUR CE POINT, QUE « [

] après avoir, au travers d'une SARL INVESTIMMO PLUS qu'il contrôlait et dirigeait, à laquelle il devait ultérieurement se substituer, conclu avec la société PHARE DE Fréjus, moyennant le prix de 70.000.000 de francs, une promesse de vente en l'état futur d'achèvement portant sur un hôtel associé à un centre de thalassothérapie, Monsieur Marc H... qui avait pour le montant du dédit de 2.000.000 francs, stipulé dans la promesse, obtenu la caution du CDE, s'est enquis d'une part de trouver des investisseurs intéressés à participer à l'opération en qualité soit d'associés d'une Société en nom collectif dénommée Port Fréjus investissement, à constituer soit sous couvert d'une convention de croupier conclue avec l'un des associés, laquelle pouvait permettre à des membres de professions libérales réglementées d'échapper à l'interdiction d'être associé d'une SNC, d'autre part d'obtenir l'accord du CDE pour le financement de l'opération [

] ; [les associés de PFI qui sont poursuivis également en leur qualité de cautions] sont recevables à se prévaloir, à l'égard de EIA, cessionnaire de la créance du CDE, de la nullité de leurs propres obligations de cautions pour dol imputable à ce dernier ; [

] il doit être souligné que la banque s'est refusée, malgré l'injonction qui lui avait été faite, à communiquer les renseignements utiles à permettre l'audition de Monsieur GG..., son ancien préposé en charge de la présentation du dossier au comité de crédit, une telle attitude qui n'est justifiée par aucun motif légitime, ne pouvant que procéder de la crainte de voir dévoiler par celui-ci qui s'était montré hostile d'emblée à l'octroi du concours

sollicité compte tenu du montage financier proposé par Monsieur H..., des informations contredisant sa position actuelle ; [

]

elle a dissimulé délibérément le risque élevé de l'opération garantie alors que le niveau d'endettement postulé par le recours exclusif à l'emprunt, de même que le nombre, la diversité d'origine et de situation des participants accroissaient encore sa fragilité économique ; en retenant des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions, alors que celles-ci étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui excédant par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, la banque qui les a conduits par-là à s'obliger en se méprenant sur un élément déterminant de leur consentement, a commis un dol par réticence qui justifie l'annulation des cautionnements » ;

1°/ ALORS, DE PREMIERE PART, QUE le juge est tenu de respecter et de faire respecter les principes de la contradiction, de la loyauté des débats et de l'égalité des armes, ainsi que le droit de toute partie à la preuve et à un procès équitable, ce qui induit qu'il tire toutes les conséquences légales du refus opposé par une partie, sans motif légitime, d'exécuter une injonction de communiquer une pièce essentielle aux débats, quand elle empêche par là même une autre partie d'établir un élément de fait nécessaire au succès de ses prétentions ; qu'en l'espèce, les exposants faisaient valoir, sans être contredits, que la banque avait refusé, sans motif légitime, de communiquer les procèsverbaux du pré-comité et du comité qui avaient statué sur la demande de prêt de la SNC Port Fréjus , les renseignements nécessaires à l'audition de son notaire conseil qui avait validé l'ensemble du montage juridique et signé le courrier du 11 juin 1991 par lequel elle avait demandé à M. H... de faire valider un projet de résolution à l'assemblée générale des associés de la SNC Port Fréjus , ainsi que les renseignements nécessaires à l'audition de ses deux anciens préposés qui avaient instruit la demande de prêt, MM. GG... et HH..., ce malgré plusieurs demandes de communication de l'expert judiciaire et une injonction du Président du Tribunal de Commerce de CANNES du 18 décembre 2000, ce qu'elle avait elle-même constaté, par motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011 (p. 13 § 2), non cassé sur ce point, quand ces documents et informations essentiels étaient de nature à établir la dissimulation par la banque d'informations sur les risques réels de l'opération projetée et à dévoiler des informations qui contredisaient sa position actuelle et, par voie de conséquence, à faire la preuve d'éléments de fait essentiels pour le succès de leurs prétentions ; qu'en déboutant la SNC Port Fréjus de sa demande de dommages et intérêts à l'encontre de la banque, au prétexte que ni elle, ni les exposants, ne rapportaient la preuve d'un manquement par celle-ci à son devoir de mise en garde ou à son devoir de conseil lors de l'octroi du prêt, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de l'attitude procédurale d'obstruction de la banque privant les exposants du moyen de se défendre utilement dans le cadre d'un débat loyal et à armes égales et qui ne s'est pas expliquée sur ce point, a violé l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 10 du code civil et les articles 3, 4, 9, 11 et 16 du code de procédure civile ;

2°/ ALORS, DE DEUXIEME PART ET SUBSIDIAIREMENT, QUE lorsque l'emprunteur est une société en nom collectif, chaque associé est solidairement tenu des dettes sociales, de sorte que l'étendue du devoir de mise en garde de l'établissement de crédit prêteur de deniers doit nécessairement s'apprécier en la personne de chaque associé, assimilé à un

co-emprunteur ; qu'en l'espèce, les exposants faisaient valoir qu'à travers la SNC dont ils étaient associés, ils étaient personnellement, solidairement et indéfiniment tenus des dettes sociales, de sorte que la qualité d'emprunteur averti ou profane devait nécessairement s'apprécier in concreto pour chaque associé, afin de s'assurer qu'il avait conscience des risques de l'opération ; qu'en jugeant le contraire et en appréciant la qualité d'emprunteur averti au regard de son dirigeant, M. H..., quand elle constatait par ailleurs que, concepteur et initiateur du projet, il avait été apporteur d'affaires du CDE et même rémunéré à ce titre, ce que les associés ignoraient et ce qui était de nature à révéler un conflit d'intérêts avec eux, la cour d'appel, qui a débouté les exposants de leurs demandes, a porté une atteinte disproportionnée et illégitime au patrimoine des associés en nom collectif profanes et a violé l'article 1147 du code civil et l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ;

3°/ ALORS, DE TROISIEME PART, QUE lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, la banque est informée que la conclusion du prêt par le représentant légal de la personne morale emprunteuse le place dans une situation de conflit d'intérêts non révélée aux associés de la personne morale, le caractère averti de l'emprunteur personne morale doit nécessairement s'apprécier en la personne de ses associés et non de ce représentant légal ; qu'en l'espèce, ayant elle-même constaté que M. H... était un apporteur d'affaires rémunéré de la banque et que grâce au prêt qu'il avait conclu avec la banque pour le compte de la SNC Port Fréjus , il s'était substitué celle-ci dans les liens de la promesse de vente en l'état futur d'achèvement de l'ensemble immobilier de Port Fréjus qui l'engageait personnellement, évitant ainsi le risque de payer le dédit de deux millions de francs qui y était stipulé (arrêt attaqué p. 13 § 1 et 2 et p. 14 § 9 et arrêt du 17 février 2011 p. 6 § 3), ce dont il résultait que la banque savait que la conclusion du prêt par M. H... pour le compte de la SNC Port Fréjus le plaçait dans une situation de conflit d'intérêts non révélée aux autres associés de la société emprunteuse, la cour d'appel ne pouvait débouter la SNC Port Fréjus de ses demandes, aux motifs erronés qu'aucune des pièces versées aux débats ne permettait de retenir l'existence d'un manque de loyauté de M. H... ou d'une situation de conflit d'intérêts l'ayant conduit à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque et que l'intérêt personnel qui avait animé celui-ci en qualité d'associé le plus engagé n'était pas différent de l'intérêt personnel qui avait animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil et l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ;

4°/ ALORS, DE QUATRIEME PART ET INFINIMENT SUBSIDIAIREMENT, QUE le caractère averti de l'emprunteur personne morale s'apprécie in concreto au regard d'un faisceau d'indices tenant compte non seulement des compétences de son représentant légal mais aussi des circonstances de la négociation du prêt, de la complexité de l'opération, des compétences des associés de la personne morale, a fortiori lorsque ceux-ci sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales comme c'est le cas dans une société en nom collectif, et des informations dont ils disposent réellement pour apprécier les risques présentés par l'opération financée, ce que le juge doit vérifier; qu'ainsi, en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait juger que la SNC Port Fréjus , même nouvellement créée, était un emprunteur averti au motif insuffisant que M. H... était un dirigeant averti du fait de son expérience et de ses compétences quand bien même

l'opération était complexe, au motif erroné que l'appréciation de la qualité d'emprunteur averti de la SNC Port Fréjus en la personne de ses associés était incompatible avec la notion de personnalité morale, et au motif inopérant que mettre en pratique cette appréciation en la personne des associés reviendrait à considérer que la banque, qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil et L. 221-1 du code de commerce ;

5°/ ALORS, DE CINQUIEME PART, QUE la motivation par voie d'affirmation équivaut à une absence de motivation ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait affirmer, par des motifs généraux, qu'en raison de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune, les associés de la SNC Port Fréjus avaient une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, sans viser ni analyser, même sommairement, les éléments de preuve sur lesquels elle a fondé cette affirmation, qui était contestée par les exposants qui faisaient valoir, d'une part, qu'ils étaient des non-professionnels ne disposant d'aucune compétence en matière financière, juridique et fiscale et que ni eux, ni les autres associés de la SNC Port Fréjus, n'avaient d'expérience dans le domaine de l'hôtellerie ou en matière de défiscalisation et, d'autre part, qu'ils avaient été exclus des négociations menées entre M. H... et le CDE qui leur avait dissimulé les informations sur les risques réels de l'opération, ce qui avait conduit à l'annulation pour réticence dolosive des cautions qu'ils avaient consenties en leur qualité d'associés (conclusions p. 19 et 30) ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement rendu le 27 mars 2007 par le tribunal de commerce de Cannes en ce qu'il avait condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt et en ce qu'il avait dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement, D'AVOIR débouté la SNC Port Fréjus de sa demande de dommages et intérêts à l'encontre du CREDIT FONCIER DE FRANCE, venant aux droits du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, et de ses autres demandes, notamment la demande de compensation avec les sommes auxquelles elle a été condamnée solidairement avec ses associés, au bénéfice de la société EIA, cessionnaire de la créance ;

AUX MOTIFS QUE « La cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et Jean-Marine C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le Comptoir des entrepreneurs, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; Ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et

les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; Ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; Il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; Titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la Sari Investimmo d'une promesse de vente de la SNC Phare de Fréjus, il a pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet ; Dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés - ou des tiers par le biais des conventions de croupier - pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; Bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le Comptoir des entrepreneurs écrit : "L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers des sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...)" ; Le 10 mai 1991, le Comptoir des entrepreneurs a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; Pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volte face incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; Il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de Cannes qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au Comptoir des entrepreneurs les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; Celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; Préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet ("Monsieur Marc H... se propose de monter une opération d'investissement suivant l'articulation suivante : acquisition par une société en nom collectif ...), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; Le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; Le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; Enfin il est stipulé à l'article 26: "Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à Monsieur Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (...)" ; suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; Les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; Le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles : - la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont

prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc "de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir" et que les prêts du Comptoir des entrepreneurs sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC ; - la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agréée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... "qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait" ; - la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des résolutions ; Ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aigüe en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; C'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; S'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; Il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; L'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EIA et du Crédit Foncier de France qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; Cette affirmation est corroborée : - par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le Crédit Foncier de France aux débats ; Dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : "l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire." ; - par le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de "plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC" ; - par le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996: "Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défaillants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires." ; - par les courriers de Christian K... (3 février 1996), Gérard XX... (1^{er} février 1996), des époux G... (3 février 1996) ; Aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; L'ensemble des éléments ci-dessus analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement , Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; Cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui nonobstant les dispositions de l'article L 221-3 du code de commerce ont fait le choix de

désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action ; 1 - Sur la demande de la SNC Port Fréjus Investissement à l'encontre du Crédit Foncier de France : Pour solliciter le paiement par le Crédit Foncier de France qui vient aux droits du Comptoir des entrepreneurs de dommages intérêts d'un montant égal au montant de sa dette envers la société EIA et se compensant avec elle, la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés font valoir que le Comptoir des entrepreneurs a manqué à son obligation de conseil et de mise en garde ; Le Crédit Foncier de France et la société EIA répliquent que les obligations du Comptoir des entrepreneurs ne s'analysent qu'au travers de l'obligation de mise en garde, le Crédit Foncier de France ajoutant qu'il ne pouvait être tenu d'une obligation de conseil ; - Sur l'obligation de conseil : En vertu du principe de non immixtion, le banquier dispensateur de crédit n'a pas de devoir de conseil envers son client ; Sa responsabilité de ce chef ne peut être engagée que dans les cas où il a joué un rôle actif dans l'élaboration du projet et fourni un conseil inadapté à la situation de son client ; Il ressort des pièces versées aux débats, que le projet de Port Fréjus a été entièrement conçu par Marc H... qui a consulté des professionnels de l'hôtellerie, fait réaliser une consultation fiscale, établi un bilan prévisionnel et pris des contacts à la chambre de commerce et d'industrie du Var et à la mairie de Fréjus ; Le Comptoir des entrepreneurs qui n'est intervenu que sur le financement et sur les garanties qu'il exigeait, n'a donné aucune orientation sur les décisions à prendre ; C'est à juste titre que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucune obligation de conseil et que sa responsabilité ne peut être recherchée de ce chef ; - Sur l'obligation de mise en garde : Seul l'emprunteur non averti est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier ; Lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant ; A cet égard, il n'est pas discutable qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, Marc H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fut-elle complexe ; Il était en ce sens un dirigeant averti ; Il importe peu à cet égard qu'il ait été un apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs ou qu'il n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie ; Au travers de son dirigeant, la SNC Port Fréjus Investissement, même nouvellement créée, était un emprunteur averti à l'égard duquel le Comptoir des entrepreneurs n'était tenu à aucune obligation de mise en garde ; C'est en vain que Maître D... et les associés de la SNC Port Fréjus Investissement soutiennent que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne peut s'apprécier que dans la personne des associés ; Outre que cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; Il est de jurisprudence qu'un emprunteur averti peut rechercher la responsabilité d'un établissement pour le concours qu'il lui accorde, s'il démontre que celui-ci disposait d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; C'est à la SNC Port Fréjus Investissement qui invoque longuement dans ses écritures l'asymétrie des informations, d'en rapporter la preuve ; Or, elle s'abstient - et avec elle les associés - de préciser de quelles informations fondamentales qu'il aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, disposait le Comptoir des entrepreneurs ; Il n'est justifié par aucune pièce que le Comptoir des entrepreneurs avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus Investissement, risques qui auraient justifié le refus de financement du 10 mai 1991 ; C'est à bon droit que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement ; Aucun manquement ne pouvant être recherché de ce chef, le jugement du 27 mars 2007 sera infirmé en ce qu'il a condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les

condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt, en ce qu'il a dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement et en ce qu'il l'a condamné sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; La SNC Port Fréjus Investissement sera déboutée de sa demande de dommages intérêts » ;

ET AUX MOTIFS DEFINITIFS DE SON ARRET DU 17 FEVRIER 2011, NON CASSÉ SUR CE POINT, QUE « en revanche, ils sont recevables à se prévaloir, à l'égard de EIA, cessionnaire de la créance du CDE, de la nullité de leurs propres obligations de cautions pour dol imputable à ce dernier ; il est constant que Monsieur H..., ancien banquier, conseil financier, qui reconnaît lui-même, dans ses écritures, qu'il avait acquis une compétence en matière d'ingénierie financière et "une réelle expertise en matière de produits de défiscalisation" a présenté au CDE dont il avait antérieurement sollicité le concours pour des opérations à visée identique dans le cadre de locations de meublés à titre professionnel, une nouvelle opération de défiscalisation portant sur la construction et l'exploitation d'un complexe comprenant un hôtel et un centre de thalasso-thérapie ; le montage juridique élaboré prévoyait l'intervention d'une société en nom collectif, choisie pour sa transparence fiscale afin de permettre à des investisseurs lourdement imposés dont ils devaient devenir les associés ou à laquelle ils étaient intéressés au travers de sociétés en participation créées avec l'un des associés, de profiter des avantages fiscaux procurés par la déduction de leur revenu, des déficits d'exploitation des premières années ; l'économie du projet reposait sur un recours massif à l'endettement puisque celui-ci était financé exclusivement par un emprunt bancaire de 120.000.000 de francs dont le montant devait couvrir, outre le prix d'acquisition de l'immeuble à construire, le coût des agencements et équipements intérieurs ainsi que le paiement d'intérêts, d'honoraires et frais d'acte, le remboursement du prêt-relais finançant la dette de TVA et le règlement de la commission bancaire d'engagement ; c'est dans ces conditions, que Monsieur H... après avoir fait établir une étude de "faisabilité" par un professionnel de l'hôtellerie et un état prévisionnel des résultats d'exploitation, a réuni, autour de lui un certain nombre d'investisseurs, séduits par une opération qualifiée d' "exceptionnelle compte tenu de la qualité du site et d'un risque d'exploitation "totalement maîtrisé" ; pour autant, cette opération, pour être présentée par son promoteur, de manière extrêmement flatteuse, devait être nécessairement regardée par un établissement de crédit spécialisé, tenu au surplus à une particulière vigilance compte tenu de sa situation propre gravement obérée par des encours douteux consentis à des professionnels de l'immobilier qui devaient totaliser de son propre aveu, un an après le financement considéré, 119% de ses fonds propres, comme présentant un risque excessif ; en effet, cette opération pour n'être pas intrinsèquement dépourvue de toute viabilité, présentait, toutefois, d'emblée, un aléa majeur découlant du montage financier mis en place à l'effet de la rendre particulièrement attractive ; ainsi, indépendamment des réserves que devait nécessairement susciter l'étude de faisabilité qui était établie par Monsieur H..., dont le CDE ne pouvait ignorer qu'il était intéressé lui-même à l'opération en qualité d'associé de la SNC et de gestionnaire pressenti de l'établissement hôtelier, ne contenait aucune donnée comparative tirée des normes d'exploitation d'un établissement du même type, la banque dont l'un des préposés avait d'ailleurs noté le 5 avril 1991 que le "CA thalasso [était]

optimiste" (annexe 2 du rapport d'expertise) était nécessairement consciente que le succès du projet dépendait essentiellement de l'aptitude des associés à répondre par leurs apports de fonds eux importants besoins de trésorerie de la SNC lesquels pouvaient se trouver alourdis en cas de surestimation des résultats d'exploitation ou de survenance d'un aléa, toujours présent, dans une opération de construction, venant différer la livraison

de l'ouvrage et partant son exploitation commerciale ; il doit être relevé qu'ensuite de sa présentation à son comité de crédit, le CDE a notifié à Monsieur H... le 10 mai 1991 un refus catégorique de financement puis est finalement revenu sur sa position le 23 mai 1991 ; il résulte en effet des termes mêmes du courrier adressé par Monsieur H... à la banque ensuite de la notification de la décision de refus du que Monsieur GG..., préposé de la banque en charge du dossier, avait émis d'importantes réserves en suggérant au comité de crédit de subordonner le concours sollicité à un apport de fonds propres de 10 millions de francs et à l'exploitation du centre de thalassothérapie par une chaîne spécialisée ; il apparaît, par ailleurs, que Monsieur GG... avait également, dans une note de présentation au comité de crédit, établie conjointement avec un autre cadre de la banque JJ... , considéré que la surface financière de cinq des associés était 'difficilement compatible avec l'opération' ; dans ces conditions, il ne peut être retenu, comme il est soutenu, que c'est par suite des garanties insuffisantes apportées par les cautions que le concours de la banque aurait été initialement refusé et que c'est sur la communication d'informations supplémentaires sur les associés potentiels et sur la justification d'engagements complémentaires de ces derniers, qu'elle aurait révisé sa position première ; d'ailleurs, il doit être souligné que la banque s'est refusée, malgré l'injonction qui lui avait été faite, à communiquer les renseignements utiles à permettre l'audition de Monsieur GG..., son ancien préposé en charge de la présentation du dossier au comité de crédit, une telle attitude qui n'est justifiée par aucun motif légitime, ne pouvant que procéder de la crainte de voir dévoiler par celui-ci qui s'était montré hostile d'emblée à l'octroi du concours sollicité compte tenu du montage financier proposé par Monsieur H..., des informations contredisant sa position actuelle ; enfin, les exigences relatives au niveau minimal de revenus annuels (750.000 francs ramené à 700.000 francs) des participants à l'opération et aux garanties réelles et personnelles à fournir qui ont accompagné le revirement de la banque, lequel est intervenu dans un délai d'une brièveté remarquable, et qui ne sont d'ailleurs pas significatives au regard de celles prévues dans le projet initial, témoignent précisément de la conscience aiguë de la banque de la grande fragilité économique de l'opération et de son souci majeur de se prémunir, en cas d'échec, en multipliant les garanties lesquelles représentaient plus de cinq fois le montant de la part de chaque associé dans le montant des sommes empruntées (rapport d'expertise page 79) ; la banque s'est abstenue de faire part aux cautions de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants alors qu'elle ne pouvait ignorer, au regard du montage financier mis en oeuvre, que le consentement de celles-ci était nécessairement déterminé par l'aptitude tant des autres cautions-associés que des cofidélus non-associés à faire face à leurs engagements ; elle a agréé des associés qui ne remplissaient pas la condition de seuil de revenu qu'elle avait elle-même fixée (rapport d'expertise §5.2) alors que ne pouvait être méconnu le risque qui s'est réalisé que la défaillance de certains des participants ne conduise les autres, par un effet de contamination, à cesser également leur concours ; elle a apprécié la solvabilité des participants dont elle connaissait plusieurs d'entre eux pour avoir été ses clients lors d'autres opérations de défiscalisation, sans tenir compte de l'endettement en résultant (rapport d'expertise page 81) ; elle savait que la fortune de plusieurs des participants était pour l'essentiel non liquide alors que d'importants apports en numéraires destinés à compenser les pertes élevées prévues les premières années conditionnaient le succès du projet ; ce faisant, elle a dissimulé délibérément le risque élevé de l'opération garantie alors que le niveau d'endettement postulé par le recours exclusif à l'emprunt, de même que le nombre, la diversité d'origine et de situation des participants accroissaient encore sa fragilité économique ; en retenant des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions, alors que celles-ci étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui excédait par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, la banque qui les a conduits par-là à s'obliger en se méprenant sur un élément

déterminant de leur consentement, a commis un dol par réticence qui justifie l'annulation des cautionnements ; il ne peut, en effet, être considéré que les cautions concernées par la présente instance étant également associés, celles-ci auraient été informées lors de l'assemblée générale constitutive de la SNC PFI le 5 juin 1991,, des risques élevés encourus alors qu'il résulte du procès-verbal de cette assemblée que les associés n'ont reçu à cette occasion qu'un avertissement général sur "les aléas de la conjoncture et de l'exploitation" susceptibles de "réduire ou augmenter" les déficits d'exploitation, générateurs de besoins en trésorerie 'pouvant aller jusqu'à un montant de vingt millions l'an" , cette somme ne tenant pas compte, au demeurant, des amortissements devant réduire l'effort financier de chaque associé et qu'aucune référence n'a été faite aux aléas particuliers que la banque avait identifiés avant d'octroyer son concours et qui rendaient incertain le succès de l'opération » ;

1°/ ALORS, DE PREMIERE PART, QUE la banque est tenue d'un devoir de mise en garde vis-à-vis de l'emprunteur averti si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; qu'en l'espèce, la cour d'appel avait elle-même constaté, par motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011 (p. 13), non cassé sur ce point, que la banque avait une conscience aigüe de la grande fragilité économique de l'opération, qu'elle s'était abstenue de faire part aux cautions, également associées de la SNC Port Fréjus , de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants et que, ce faisant, elle avait dissimulé délibérément le risque élevé de l'opération et retenu des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions associées, quand ces informations étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui, excédant par son niveau celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, ce dont il résultait que la banque avait manqué à son devoir de mise en garde vis-à-vis de la SNC Port Fréjus en ne portant pas à la connaissance des associés de celle-ci les informations qu'elle détenait sur les capacités de remboursement de la société et sur les risques de l'opération financée et qui ne pouvaient être connues des associés de la SNC Port Fréjus ; qu'en jugeant néanmoins que la banque n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus aux motifs qu'il n'était pas établi que des risques anormaux exorbitants auraient été cachés aux investisseurs, ni que la banque aurait disposé d'informations fondamentales ou identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus (arrêt p. 14 § 10 et p. 16 § 9 et 10), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

2°/ ALORS, DE DEUXIEME PART, QUE la banque est tenue d'un devoir de mise en garde, même vis-à-vis de l'emprunteur averti, si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; qu'en l'espèce, après avoir elle-même retenu, par motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011 (p. 14 § 1), non cassé sur ce point, qu'il ne pouvait être considéré que les cautions, également associées de la SNC Port Fréjus , auraient été informées, lors de l'assemblée générale constitutive de la société le 5 juin 1991, des risques élevés encourus alors qu'il résultait du procès-verbal de cette assemblée que les associés n'avaient reçu à cette occasion qu'un avertissement général sur « les aléas de la conjoncture et de l'exploitation » susceptibles de « réduire ou augmenter » les déficits d'exploitation générateurs de besoins en trésorerie « pouvant aller jusqu'à un montant de vingt millions l'an », cette somme ne tenant pas compte, au demeurant, des amortissements devant réduire l'effort

financier de chaque associé, et qu'aucune référence n'avait été faite aux aléas particuliers que la banque avait identifiés avant d'octroyer son concours et qui rendaient incertain le succès de l'opération, la cour d'appel ne pouvait ensuite affirmer que ces mêmes associés avaient dès la constitution de la société, le 5 juin 1991, une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, aux motifs généraux et inopérants que cette connaissance résultait de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune (arrêt p. 13 et 14) ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

3°/ ALORS, AUSSI, DE TROISIEME PART, QU' en l'espèce, ayant elle-même relevé par les motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011 (p. 14 § 1), non cassé sur ce point, que, d'abord, la banque avait agréé des associés qui ne remplissaient pas la condition de seuil de revenu qu'elle avait elle-même fixée alors même que ne pouvait être méconnu le risque, qui s'était réalisé, que la défaillance de certains des participants ne conduise les autres, par un effet de contamination, à cesser également leur concours, qu'en outre il apparaissait que M. GG..., préposé de la banque en charge du dossier, avait, dans une note de présentation au comité de crédit, établie conjointement avec un autre cadre de la banque, M. HH..., considéré que la surface financière de cinq des associés était « difficilement compatible avec l'opération », et qu'enfin la banque s'était abstenue de faire part aux cautions, également associées de la SNC Port Fréjus , de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants, la cour d'appel ne pouvait ensuite affirmer par des motifs inexacts et inopérants qu'il n'était pas établi que le projet aurait été irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ou que les associés qui avaient refusé d'honorer les appels de fonds figuraient parmi les plus fortunés (arrêt p. 14 § 10 et 11) ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

4°/ ALORS, ENCORE, DE QUATRIEME PART, QUE la banque est tenue d'un devoir de mise en garde vis-à-vis de l'emprunteur averti si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; qu'en l'espèce, la cour d'appel avait elle-même constaté que M. H... était un apporteur d'affaires rémunéré de la banque et que grâce au prêt qu'il avait conclu avec la banque pour le compte de la SNC Port Fréjus , il s'était substitué celle-ci dans les liens de la promesse de vente en l'état futur d'achèvement de l'ensemble immobilier de Port Fréjus qui l'engageait personnellement, évitant ainsi le risque de payer le dédit de deux millions de francs qui y était stipulé (arrêt attaqué p. 13 § 1 et 2 et p. 14 § 9 et arrêt du 17 février 2011 p. 6 § 3), ce dont il résultait que la banque savait que la conclusion du prêt par M. H... pour le compte de la SNC Port Fréjus le plaçait dans une situation de conflit d'intérêts non révélée aux autres associés de la société emprunteuse ; qu'en jugeant néanmoins qu'il n'était pas établi que des risques anormaux exorbitants auraient été cachés aux investisseurs, ni que la banque aurait disposé d'informations fondamentales ou identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus , la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil et l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ;

5°/ ALORS, DE CINQUIEME PART, QU' en l'espèce, les exposants faisaient valoir, sans être contredits, qu'en tant qu'établissement de crédit spécialisé dans ce type d'opérations de défiscalisation, la banque ne pouvait ignorer - contrairement aux associés de la SNC Port Fréjus qui, n'ayant pas d'expérience dans ce type d'opérations, ignoraient le caractère inhabituel du risque de responsabilité indéfinie et solidaire pesant sur eux du fait de l'absence d'interposition d'une EURL - que l'interposition d'une EURL était usuelle dans ce type d'opérations de défiscalisation et aurait permis aux associés de la SNC Port Fréjus de limiter leur responsabilité vis-à-vis de la banque à leurs apports tout en conservant le bénéfice de la transparence fiscale nécessaire à l'économie d'impôt recherchée (conclusions p. 33, 37, 39 et 45) ; qu'en omettant de répondre à ce moyen pertinent, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. Moyens produits, au pourvoi n° W 15-27.840, par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour M. H... et la société Investimmo plus

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement entrepris, débouté M. Marc H... de sa demande d'annulation de son engagement de caution et de sa demande tendant à en être déchargé, et condamné M. Marc H... à payer à la société EIA la somme de 18.585.212,14 €, outre les intérêts aux taux contractuel de 11,50 % à compter du 29 mars 1995,

AUX MOTIFS QUE saisie dans les limites de l'arrêt de cassation du 22 mai 2013, la cour doit rechercher si le Comptoir des entrepreneurs a manqué lors de l'octroi du prêt à son obligation de conseil et de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement et s'il a commis un dol à l'égard de Marc H... ; que la cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; que Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et Jean-Marin C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le Comptoir des entrepreneurs, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; qu'ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; qu'ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; qu'il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; que titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la Sarl Investimmo d'une promesse de vente de la SNC Phare de Fréjus, il a pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet ; que dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés - ou des tiers par le biais des conventions de croupier - pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; que bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs

étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le Comptoir des entrepreneurs écrit « L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers de sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...) » ; que le 10 mai 1991, le Comptoir des entrepreneurs a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; que pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volteface incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; qu'il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de Cannes qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au Comptoir des entrepreneurs les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; que celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; que préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet (« M. Marc H... se propose de monter une opération d'investissement suivant l'articulation suivante acquisition par une société en nom collectif... »), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; que le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; que le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; qu'enfin il est stipulé à l'article 26 « Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à Monsieur Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (...) » ; que suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; que les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; que le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles : - la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc "de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir" et que les prêts du Comptoir des entrepreneurs sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC ; - la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agréée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... "qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait" ; - la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des

résolutions ; que ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aigüe en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; que c'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; que s'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; qu'il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; que l'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EJA et du Crédit Foncier de France qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; que cette affirmation est corroborée par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le Crédit Foncier de France aux débats ; que dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : « l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire » ; que le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de « plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC » ; que le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996 : « Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défaillants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires » ; que les courriers de Christian K... (3 février 1996), Gérard XX... (1CT février 1996), des époux G... (3 février 1996) le corroborent également ; qu'aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; que l'ensemble des éléments ci-dessus analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement , Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; que cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui nonobstant les dispositions de l'article L.221-3 du code de commerce ont fait le choix de désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action ; que sur le cautionnement de Marc H..., à l'instar des autres associés dont le cautionnement a été annulé, Marc H... se prétend victime d'un dol directement commis par le Comptoir des entrepreneurs et demande à la cour de prononcer la nullité de l'engagement de caution qu'il a souscrit le 26 juin 1991 à hauteur de 121.911.000 francs ; qu'il soutient pour ce faire qu'il est exactement dans la même situation que les autres associés ; qu'ainsi qu'il a été vu plus haut, Marc H... est le concepteur du projet et celui qui a travaillé à sa mise en oeuvre ; qu'il échoue à démontrer en quoi le Comptoir des entrepreneurs l'a trompé lors de la souscription de son engagement et ne tente d'ailleurs pas de le caractériser dans ses conclusions ; que pas plus que les autres associés, il n'indique quelles sont les informations que le Comptoir des entrepreneurs a omis de lui transmettre et son affirmation sur la réalisation d'une étude spécifique soigneusement

dissimulée, n'est corroborée par aucune pièce ; que la banque ait cherché à se prémunir contre l'aléa de l'opération comme il l'écrit en page 10 de ses dernières conclusions, n'est pas en soi constitutif d'un dol ; que Marc H... est particulièrement mal venu de dénoncer un financement inapproprié et inadéquat, alors qu'après le refus exprimé par le Comptoir des entrepreneurs le 10 mai 1991, il lui a adressé dès le 14 mai un courrier recommandé de protestation dans lequel il se déclarait "stupéfait" de la décision prise et vantait les mérites de son projet ; qu'il sera débouté de sa demande d'annulation de son cautionnement pour dol ; qu'il demande subsidiairement à en être déchargé, faisant valoir que la cour doit tirer les conséquences de l'annulation des engagements des autres cautions ; qu'il soutient sur ce point que l'économie de l'opération a toujours reposé sur une implication des croupiers, véritables bailleurs de fonds, que l'annulation de leurs cautionnements remet totalement en cause l'équilibre du projet et que s'il avait su qu'il serait in fine la seule caution de l'opération, il ne s'y serait pas engagé ; mais que l'économie de l'opération repose sur des choix volontairement faits par tous les intervenants et c'est en toute connaissance de cause que Marc H... a démarché des investisseurs dont les règles professionnelles leur interdisaient d'être associés dans une SNC ; qu'outre que l'annulation des engagements des autres cautions est sans incidence sur la validité de son propre engagement, il reste en tant qu'associé de la SNC, tenu au même titre que les autres associés ; que c'est à tort qu'il demande à être déchargé de son engagement de caution ; que le jugement sera infirmé en ce qu'il a débouté la société EIA de sa demande dirigée contre Marc H... pris en sa qualité de caution de la SNC Port Fréjus Investissement ; qu'il sera condamné à payer à la société EIA la somme de 18.585.212,14 euros outre intérêts au taux contractuel de 11,50 à compter du 29 mars 1995 ;

1° ALORS QUE la dissimulation d'informations relatives à la situation personnelle des cofidésusseurs est susceptible de constituer une manoeuvre dolosive, si, sans cette manoeuvre, la caution n'aurait pas contracté ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée (pages 8 à 18), si le Comptoir des entrepreneurs n'avait pas omis d'informer M. H... du fait qu'un tiers des associés de la société PFI, cofidésusseurs, faisait partie de sa clientèle et avait déjà souscrit, auprès de lui, des emprunts importants pour la réalisation d'autres opérations immobilières, de telle sorte que leur capacité à assumer de nouveaux engagements financiers était réduite, et s'il n'en résultait pas que la banque lui avait dissimulé une information essentielle, qu'il ignorait, afin d'obtenir son engagement de caution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du code civil ;

2° ALORS, au surplus, QUE dans ses conclusions devant la cour d'appel de renvoi, M. H... faisait valoir qu'il ne se serait pas engagé s'il avait eu connaissance de la fragilité des autres cautions (page 9, § 1er), et que le CDE lui avait dissimulé des informations essentielles sur la solvabilité des associés cofidésusseurs qui étaient ses clients (page 11, § 4 et 8 ; page 13, § 6) ; qu'en affirmant que M. H... ne précisait pas quelles informations le CDE aurait omis de lui transmettre, la cour d'appel a dénaturé ses conclusions et violé les articles 4 et 455 du code de procédure civile ;

3° ALORS QUE la caution, qui a fait de l'existence et du maintien d'autres cautionnements une condition déterminante de son engagement, peut, lorsque tout ou partie de ces cautionnements vient à disparaître, invoquer la nullité de son engagement pour erreur sur l'étendue des garanties fournies au créancier ; qu'en affirmant que l'annulation des

engagements des autres cautions était sans incidence sur la validité de l'engagement de M. H..., sans rechercher, comme elle y était invitée, si celui-ci n'avait pas fait de l'existence et du maintien de ces cautions une condition déterminante de son propre engagement et si, de ce fait, il n'était pas fondé à se prévaloir d'une erreur sur l'étendue de son engagement, la cour d'appel a violé les articles 1108 et 1110 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait condamné la société Crédit Foncier de France à relever et garantir la société Port Fréjus investissement, et ses associés des condamnations prononcées contre eux au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt, débouté la société Port Fréjus investissement, et ses associés de leurs demandes à ce titre, et condamné M. Marc H... à payer à la société EIA la somme de 18.585.212,14 € outre intérêts aux taux contractuel de 11,50 % à compter du 29 mars 1995,

AUX MOTIFS QUE saisie dans les limites de l'arrêt de cassation du 22 mai 2013, la cour doit rechercher si le Comptoir des entrepreneurs a manqué lors de l'octroi du prêt à son obligation de conseil et de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement et s'il a commis un dol à l'égard de Marc H... ; que la cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; que Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et Jean-Marie C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le Comptoir des entrepreneurs, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; qu'ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; qu'ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; qu'il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; que titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la Sarl Investimmo d'une promesse de vente de la SNC Phare de Fréjus, il a pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet ; que dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés - ou des tiers par le biais des conventions de croupier - pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; que bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le Comptoir des entrepreneurs écrit « L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers de sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...) » ; que le 10 mai 1991, le Comptoir des

entrepreneurs a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; que pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volte-face incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; qu'il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de Cannes qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au Comptoir des entrepreneurs les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; que celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; que préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet (« M. Marc H... se propose de monter une opération d'investissement suivant l'articulation suivante acquisition par une société en nom collectif... »), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; que le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; que le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; qu'enfin il est stipulé à l'article 26 « Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à Monsieur Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (...) » ; que suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; que les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; que le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles : - la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc "de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir" et que les prêts du Comptoir des entrepreneurs sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC ; - la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agréée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... "qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait" ; - la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des résolutions ; que ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aigüe en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; que c'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en

condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; que s'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; qu'il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; que l'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EJA et du Crédit Foncier de France qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; que cette affirmation est corroborée par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le Crédit Foncier de France aux débats ; que dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : « l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire » ; que le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de « plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC » ; que le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996 : « Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défaillants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires » ; que les courriers de Christian K... (3 février 1996), Gérard XX... (1CT février 1996), des époux G... (3 février 1996) le corroborent également ; qu'aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; que l'ensemble des éléments ci-dessus analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement , Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; que cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui nonobstant les dispositions de l'article L.221-3 du code de commerce ont fait le choix de désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action ; que sur la demande de la SNC Port Fréjus Investissement à l'encontre du Crédit Foncier de France, pour solliciter le paiement par le Crédit Foncier de France qui vient aux droits du Comptoir des entrepreneurs de dommages intérêts d'un montant égal au montant de sa dette envers la société EJA et se compensant avec elle, la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés font valoir que le Comptoir des entrepreneurs a manqué à son obligation de conseil et de mise en garde ; que le Crédit Foncier de France et la société EJA répliquent que les obligations du Comptoir des entrepreneurs ne s'analysent qu'au travers de l'obligation de mise en garde, le Crédit Foncier de France ajoutant qu'il ne pouvait être tenu d'une obligation de conseil ; que sur l'obligation de conseil, en vertu du principe de non immixtion, le banquier dispensateur de crédit n'a pas de devoir de conseil envers son client ; que sa responsabilité de ce chef ne peut être engagée que dans les cas où il a joué un rôle actif dans l'élaboration du projet et fourni un conseil inadapté à la situation de son client ; qu'il ressort des pièces versées aux débats, que le projet de Port Fréjus a été entièrement conçu par Marc H... qui a consulté des professionnels de l'hôtellerie, fait réaliser une consultation fiscale, établi un bilan prévisionnel et pris des contacts à la chambre de commerce et d'industrie du Var et à la mairie de Fréjus ; que le Comptoir des entrepreneurs qui n'est intervenu que sur le

financement et sur les garanties qu'il exigeait, n'a donné aucune orientation sur les décisions à prendre ; que c'est à juste titre que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucune obligation de conseil et que sa responsabilité ne peut être recherchée de ce chef ; que sur l'obligation de mise en garde, seul l'emprunteur non averti est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier ; que lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant ; qu'à cet égard, il n'est pas discutable qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, Marc H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fut-elle complexe ; qu'il était en ce sens un dirigeant averti ; qu'il importe peu à cet égard qu'il ait été un apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs ou qu'il n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie ; qu'au travers de son dirigeant, la SNC Port Fréjus Investissement, même nouvellement créée, était un emprunteur averti à l'égard duquel le Comptoir des entrepreneurs n'était tenu à aucune obligation de mise en garde ; que c'est en vain que Maître D... et les associés de la SNC Port Fréjus Investissement soutiennent que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne peut s'apprécier que dans la personne des associés ; qu'outre que cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; qu'il est de jurisprudence qu'un emprunteur averti peut rechercher la responsabilité d'un établissement pour le concours qu'il lui accorde, s'il démontre que celui-ci disposait d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; que c'est à la SNC Port Fréjus Investissement qui invoque longuement dans ses écritures l'asymétrie des informations, d'en rapporter la preuve ; qu'elle s'abstient - et avec elle les associés - de préciser de quelles informations fondamentales qu'il aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, disposait le Comptoir des entrepreneurs ; qu'il n'est justifié par aucune pièce que le Comptoir des entrepreneurs avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus Investissement, risques qui auraient justifié le refus de financement du 10 mai 1991 ; que c'est à bon droit que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement ; qu'aucun manquement ne pouvant être recherché de ce chef, le jugement du 27 mars 2007 sera infirmé en ce qu'il a condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EJA au titre du remboursement du prêt, en ce qu'il a dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement et en ce qu'il l'a condamné sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la SNC Port Fréjus Investissement sera déboutée de sa demande de dommages intérêts ;

1° ALORS QUE le caractère non averti de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal ; que, dans une société à nom collectif, sauf disposition statutaire contraire, tous les associés sont gérants et ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers ; qu'en affirmant que le caractère averti de la société en nom collectif Port Fréjus investissement, devait être apprécié en la seule personne de M. H..., sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, pages 20 et 21), si la société n'était pas représentée par l'ensemble de ses 21 associés, qui avaient tous la qualité de gérant et avaient d'ailleurs pris ensemble et à l'unanimité la décision de souscrire le prêt lors de l'assemblée du 5 juin 1991, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article 1147 du code civil, ensemble les articles L. 221-4 et L. 221-5 du code de

commerce ;

2° ALORS, au surplus, QUE le caractère averti ou non de l'emprunteur s'apprécie en tenant compte de sa capacité à apprécier, compte tenu de ses compétences et de son expérience, les risques générés par l'emprunt souscrit ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que M. H... disposait de compétences en matière financière mais qu'il ne les avait jamais exercées dans le domaine de l'hôtellerie ; qu'en s'abstenant de rechercher si, dès lors que l'emprunt sollicité avait pour objet l'acquisition et l'exploitation, par la société PFI, d'un complexe hôtelier, et que la capacité de celle-ci à le rembourser dépendait des revenus générés par cette activité, la circonstance que M. H... ne disposait d'aucune compétence particulière en matière d'hôtellerie n'impliquait pas qu'il ne pouvait apprécier, seul, les risques liés à cet emprunt et que la société n'avait donc pas la qualité d'emprunteur averti, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article 1147 du code civil ;

3° ALORS, en toute hypothèse, QUE l'établissement de crédit est tenu, même à l'égard de l'emprunteur averti, d'une obligation d'information lorsqu'il dispose de renseignements sur la situation de l'emprunteur que celui-ci ignore ; qu'en s'abstenant de rechercher si le Comptoir des entrepreneurs n'avait pas omis d'informer la société PFI et ses associés du fait qu'un grand nombre d'entre eux était déjà fortement endetté et n'avait donc pas une capacité financière suffisante pour réaliser l'opération, information qu'il était seul à détenir, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil ; Moyen produit, au pourvoi principal n° N 15-29.442, par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils, pour la société Port Fréjus investissement, , MM. D... et E..., ès qualités, et la SCP BTSG2, ès qualités, en remplacement de M. AA...

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait condamné le CREDIT FONCIER DE France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la Société EIA au titre du remboursement du prêt, ainsi qu'en ce qu'il a dit que le CREDIT FONCIER DE France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement , et d'AVOIR débouté la SNC Port Fréjus Investissement de ses demandes, notamment de dommages-intérêts à l'encontre du CREDIT FONCIER DE France venant aux droits du COMPTOIR DES ENREPRENEURS ;

AUX MOTIFS QUE la cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; que Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et Jean-Marin C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le Comptoir des entrepreneurs, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; qu'ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; qu'ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la

dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; qu'il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; que titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la Sarl Investimmo d'une promesse de vente de la SNC Phare de Fréjus, il a pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet ; que dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés - ou des tiers par le biais des conventions de croupier - pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; que bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le Comptoir des entrepreneurs écrit : « L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers de sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...) » ; que le 10 mai 1991, le Comptoir des entrepreneurs a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; que pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volte-face incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; qu'il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de Cannes qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au Comptoir des entrepreneurs les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; que celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; que préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet (« M. Marc H... se propose de monter une opération d'investissement suivant l'articulation suivante : acquisition par une société en nom collectif ...), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; que le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; que le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; qu'enfin il est stipulé à l'article 26 : « Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à Monsieur Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (...) » suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; que les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; que le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles :

- la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc « de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir » et que les prêts du Comptoir des entrepreneurs sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC.

- la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agréée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... « qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait »

- la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des résolutions ;

que ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aiguë en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; que c'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; que s'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; qu'il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; que l'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EIA et du Crédit Foncier de France qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; que cette affirmation est corroborée :

- par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le Crédit Foncier de France aux débats.

Dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : « l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire. »

- par le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de « plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC »

- par le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996 : « Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défailtants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et

d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires. »

- par les courriers de Christian G... (3 février 1996), Gérard XX... (1er février 1996), des époux V... (3 février 1996) ;

qu'aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; que l'ensemble des éléments ci-dessus analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement, Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; que cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui nonobstant les dispositions de l'article L 221-3 du code de commerce ont fait le choix de désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action.

1 - Sur la demande de la SNC Port Fréjus Investissement à l'encontre du Crédit Foncier de France que, pour solliciter le paiement par le Crédit Foncier de France qui vient aux droits du Comptoir des entrepreneurs de dommages intérêts d'un montant égal au montant de sa dette envers la société EIA et se compensant avec elle, la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés font valoir que le Comptoir des entrepreneurs a manqué à son obligation de conseil et de mise en garde ; que le Crédit Foncier de France et la société EIA répliquent que les obligations du Comptoir des entrepreneurs ne s'analysent qu'au travers de l'obligation de mise en garde, le Crédit Foncier de France ajoutant qu'il ne pouvait être tenu d'une obligation de conseil (

)

- Sur l'obligation de mise en garde

- Seul l'emprunteur non averti est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier ; que lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant ; qu'à cet égard, il n'est pas discutable qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, Marc H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fut-elle complexe. Il était en ce sens un dirigeant averti ; qu'il importe peu à cet égard qu'il ait été un apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs ou qu'il n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie ; qu'au travers de son dirigeant, la SNC Port Fréjus Investissement, même nouvellement créée, était un emprunteur averti à l'égard duquel le Comptoir des entrepreneurs n'était tenu à aucune obligation de mise en garde ; que c'est en vain que Maître D... et les associés de la SNC Port Fréjus Investissement soutiennent que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne peut s'apprécier que dans la personne des associés ; qu'outre que cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; qu'il est de jurisprudence qu'un emprunteur averti peut rechercher la responsabilité d'un établissement pour le concours qu'il lui accorde, s'il démontre que celui-ci disposait d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; que c'est à la SNC Port Fréjus Investissement qui invoque longuement dans ses écritures l'asymétrie des informations, d'en rapporter la

preuve ; qu'elle s'abstient - et avec elle les associés - de préciser de quelles informations fondamentales qu'il aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, disposait le Comptoir des entrepreneurs ; qu'il n'est justifié par aucune pièce que le Comptoir des entrepreneurs avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus Investissement , risques qui auraient justifié le refus de financement du 10 mai 1991 ; que c'est à bon droit que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement ; qu'aucun manquement ne pouvant être recherché de ce chef, le jugement du 27 mars 2007 sera infirmé en ce qu'il a condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt, en ce qu'il a dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement et en ce qu'il l'a condamné sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la SNC Port Fréjus Investissement sera déboutée de sa demande de dommages intérêts (arrêt, p. 12 à 15) ;

1/ ALORS QUE la Société Port Fréjus investissement, et son mandataire ad hoc faisaient valoir que l'établissement bancaire s'était « systématiquement abstenu de satisfaire aux demandes réitérées de l'expert KK... pour obtenir communication des motifs avancés à l'appui de sa décision de refus », que celui-ci avait demandé en vain à la banque, d'une part, la communication d'éléments quant aux personnes du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS ayant eu à traiter du dossier PFI, ayant fait partie des comités d'engagement et quant à la personne signataire d'une note établie sur le dossier PFI, d'autre part, l'audition de Monsieur GG... qui avait estimé le projet irréalisable et que ce comportement s'analysait en une méconnaissance de l'obligation pesant sur les parties d'apporter leur concours aux mesures d'instruction (article 11 du Code de procédure civile), ainsi que de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (conclusions, p. 9) ; qu'en s'abstenant de répondre à ce chef des conclusions, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

2/ ALORS QUE la Société Port Fréjus investissement, et son mandataire ad hoc faisaient valoir que le caractère non averti de l'emprunteur, personne morale, ne pouvait être apprécié en la personne de Monsieur H..., gérant de la Société Port Fréjus investissement, , dès lors que celui-ci était un apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS rémunéré par cet établissement et avait un intérêt personnel à l'octroi du prêt, de sorte qu'il se trouvait en situation de conflit d'intérêt, ce que savait le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS (conclusions, p. 15 et 18) ; que la Cour d'appel a constaté que Monsieur H... était conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, rémunéré à ce titre, qu'il était le concepteur et l'initiateur du projet et qu'il avait « pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet » (arrêt, p. 13) ; qu'en affirmant néanmoins que rien ne permettait de retenir une situation de conflit entre les intérêts de la société et des autres associés, d'une part, les siens propres et ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires, d'autre part, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1147 du Code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3/ ALORS QUE le caractère non averti de l'emprunteur, société en nom collectif, doit s'apprécier dans la personne des associés, lesquels sont tenus solidairement au passif et sont de véritables co-emprunteurs ; qu'en décidant du contraire, la Cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil, l'article L. 221-1 du Code de commerce et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4/ ALORS QUE la Cour d'appel a constaté que le projet initié par Monsieur H... consistait à acquérir en l'état futur d'achèvement un complexe hôtelier avec un centre de thalasso-thérapie (arrêt, p. 6) ; que le caractère averti de l'emprunteur supposait donc que celui-ci ait des compétences dans le domaine de l'hôtellerie, les besoins en trésorerie de la SNC et, par suite, sa capacité de remboursement de l'emprunt, dépendant des résultats d'exploitation du complexe hôtelier ; qu'en décidant que le caractère averti de l'emprunteur, apprécié en la personne de son gérant, Monsieur H..., était avéré dès lors que ce dernier avait des compétences financières et qu'il importait peu qu'il ait des compétences dans le domaine de l'hôtellerie, la Cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5/ ALORS QUE l'établissement de crédit est tenu envers l'emprunteur averti d'une obligation de mise en garde lorsqu'il dispose d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; que la Société Port Fréjus investissement, et son mandataire ad hoc faisaient valoir que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait disposé d'informations sur la viabilité du projet qu'il avait dissimulées, deux cadres de la banque, Messieurs GG... et HH... ayant établi une note au Comité de crédit (annexée au rapport d'expertise versé aux débats) révélant « l'insolvabilité ou l'insuffisance de surface financière de certains des associés en contradiction avec la condition de revenu minimal appréciée et exigée par la Banque alors que la capacité contributive des associés était un élément fondamental du dossier au regard de la nécessité d'apports en fonds propres, la non satisfaction de cette condition étant incompatible avec les besoins de l'opération rendant inéluctable le défaut de paiement » et que « le gérant et d'autres associés, représentant pas moins de 57 % des parts de la SNC PFI, étaient dès l'origine insolvable » (conclusions, p. 18 et 20) ; qu'en affirmant que la Société Port Fréjus investissement, se serait abstenue de préciser de quelles informations fondamentales aurait disposé le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS et que celui-ci aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, la Cour d'appel a dénaturé ces conclusions, en violation de l'article 4 du Code de procédure civile ;

6/ ALORS QUE la note au Comité de crédit établie par Messieurs GG... et HH..., annexe 6 au rapport d'expertise expressément invoquée par la Société Port Fréjus investissement, et son mandataire ad hoc, mentionne expressément que des associés présentent « une situation de revenus de patrimoine difficilement compatible avec l'opération » ; qu'en énonçant qu'il n'est justifié par aucune pièce que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait identifié des risques non portés à la connaissance de la société emprunteuse, la Cour d'appel a dénaturé la note susvisée, en violation de l'article 1134 du Code civil ;

7/ ALORS QUE la Cour d'appel a constaté que Monsieur H... était conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, rémunéré à ce titre, qu'il était le concepteur et l'initiateur du projet et qu'il avait qu'il avait « pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet » (arrêt, p. 13) ; qu'il en résultait l'existence d'une situation de conflit d'intérêt entre Monsieur H... et la société emprunteuse, dont le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, qui ne l'avait pas révélée, avait nécessairement connaissance ; qu'en affirmant néanmoins qu'il n'était pas établi que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait omis de communiquer des informations fondamentales, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1147 du Code civil ;

8/ ALORS QUE la Société Port Fréjus investissement, et son mandataire ad hoc faisaient valoir que la Cour d'appel par des dispositions devenues irrévocables, avait annulé les engagements de caution des associés au motif qu' « en retenant des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions, alors que celles-ci étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui excédant par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, la Banque qui les a conduits par-là à s'obliger en se méprenant sur un élément déterminant de leur consentement, a commis un dol par réticence qui justifie l'annulation des cautionnements » (conclusions, p. 17, 19 et 20) et en déduisait que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait nécessairement dissimulé des éléments qui, s'ils avaient été connus, aurait conduit à ne pas souscrire le contrat de prêt (conclusions, p. 20); qu'en s'abstenant dès lors de rechercher si, compte tenu de la décision irrévocable du 17 février 2011 relative au dol commis par la banque envers les cautions associés, à l'exception de Monsieur H..., l'établissement de crédit, conscient de sa réticence dolosive vis-à-vis des cautions associées, n'avait pas dissimulé les mêmes informations à la société emprunteuse et à ses associés, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Moyen commun produit, aux pourvois incidents n° C 15-27.133, A 15-27.798 et N 15-29.442, par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils, pour M. et Mme M...

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement rendu le 27 mars 2007 par le tribunal de commerce de CANNES en ce qu'il avait condamné le CREDIT FONCIER DE FRANCE à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt et en ce qu'il avait dit que le CREDIT FONCIER DE FRANCE serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement , et D'AVOIR débouté la SNC Port Fréjus de ses demandes, et notamment la demande de compensation avec les sommes auxquelles elle a été condamnée solidairement avec ses associés, au bénéfice de la société EIA, cessionnaire de la créance ;

AUX MOTIFS QUE « la cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; que Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et

Jean-Marin C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; qu'ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; qu'ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; qu'il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; que titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la Sarl INVESTIMMO d'une promesse de vente de la SNC PHARE DE Fréjus, il a pris l'attache du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS début 1991 en vue du financement du projet ; que dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés - ou des tiers par le biais des conventions de croupier - pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; que bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS écrit : « L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers de sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...) » ; que le 10 mai 1991, le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; que pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volte-face incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; qu'il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de CANNES qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au COMPTOIR DES ENTREPRENEURS les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; que celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; que préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet (« M. Marc H... se propose de monter une opération d'investissement suivant l'articulation suivante : acquisition par une société en nom collectif ...), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; que le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; que le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; qu'enfin il est stipulé à l'article 26 : « Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à Monsieur Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (...) » suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; que les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de

Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; que le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles : - la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc « de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir » et que les prêts du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC ; - la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agrée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... « qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait » ; - la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des résolutions ; que ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aiguë en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; que c'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; que s'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; qu'il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; que l'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EIA et du CREDIT FONCIER DE FRANCE qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; que cette affirmation est corroborée : - par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le CREDIT FONCIER DE FRANCE aux débats, dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : « l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire. », - par le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de « plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC », - par le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996 : « Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défaillants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires. », - par les courriers de Christian G... (3 février 1996), Gérard XX... (1er février 1996), des époux V... (3 14 février 1996) ; qu'aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres

associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; que l'ensemble des éléments ci-dessus analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement , Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; que cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui nonobstant les dispositions de l'article L 221-3 du code de commerce ont fait le choix de désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action ; 1 - Sur la demande de la SNC Port Fréjus Investissement à l'encontre du CREDIT FONCIER DE FRANCE: pour solliciter le paiement par le CREDIT FONCIER DE FRANCE qui vient aux droits du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS de dommages intérêts d'un montant égal au montant de sa dette envers la société EIA et se compensant avec elle, la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés font valoir que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS a manqué à son obligation de conseil et de mise en garde ; que le CREDIT FONCIER DE FRANCE et la société EIA répliquent que les obligations du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS ne s'analysent qu'au travers de l'obligation de mise en garde, le CREDIT FONCIER DE FRANCE ajoutant qu'il ne pouvait être tenu d'une obligation de conseil ; sur l'obligation de conseil : en vertu du principe de non-immixtion, le banquier dispensateur de crédit n'a pas de devoir de conseil envers son client ; sa responsabilité de ce chef ne peut être engagée que dans les cas où il a joué un rôle actif dans l'élaboration du projet et fourni un conseil inadapté à la situation de son client ; il ressort des pièces versées aux débats, que le projet de Port Fréjus a été entièrement conçu par Marc H... qui a consulté des professionnels de l'hôtellerie, fait réaliser une consultation fiscale, établi un bilan prévisionnel et pris des contacts à la chambre de commerce et d'industrie du VAR et à la mairie de Fréjus ; le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS qui n'est intervenu que sur le financement et sur les garanties qu'il exigeait, n'a donné aucune orientation sur les décisions à prendre ; c'est à juste titre que le CREDIT FONCIER DE FRANCE soutient que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS n'avait aucune obligation de conseil et que sa responsabilité ne peut être recherchée de ce chef ; 2 - Sur l'obligation de mise en garde : - seul l'emprunteur non averti est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier ; que lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant ; qu'à cet égard, il n'est pas discutable qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, Marc H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fut-elle complexe. Il était en ce sens un dirigeant averti ; qu'il importe peu à cet égard qu'il ait été un apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS ou qu'il n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie ; qu'au travers de son dirigeant, la SNC Port Fréjus Investissement , même nouvellement créée, était un emprunteur averti à l'égard duquel le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS n'était tenu à aucune obligation de mise en garde ; que c'est en vain que Maître D... et les associés de la SNC Port Fréjus Investissement soutiennent que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne peut s'apprécier que dans la personne des associés ; qu'outre que cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; qu'il est de jurisprudence qu'un emprunteur averti peut rechercher la responsabilité d'un établissement pour le concours qu'il lui accorde, s'il démontre que celui-ci disposait d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; que c'est à la SNC Port Fréjus Investissement qui invoque longuement dans ses écritures l'asymétrie des informations, d'en rapporter la preuve ; qu'elle s'abstient - et avec elle les associés - de préciser de quelles informations fondamentales qu'il aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, disposait le

COMPTOIR DES ENTREPRENEURS ; qu'il n'est justifié par aucune pièce que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus Investissement , risques qui auraient justifié le refus de financement du 10 mai 1991 ; que c'est à bon droit que le CREDIT FONCIER DE FRANCE soutient que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement ; qu'aucun manquement ne pouvant être recherché de ce chef, le jugement du 27 mars 2007 sera infirmé en ce qu'il a condamné le CREDIT FONCIER DE FRANCE à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt, en ce qu'il a dit que le CREDIT FONCIER DE FRANCE serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement et en ce qu'il l'a condamné sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la SNC Port Fréjus Investissement sera déboutée de sa demande de dommages intérêts » (arrêt, p. 12 à 16) ;

ET AUX MOTIFS DEFINITIFS DE SON ARRET DU 17 FEVRIER 2011, NON CASSÉ SUR CE POINT, QUE « en revanche, ils sont recevables à se prévaloir, à l'égard de EIA, cessionnaire de la créance du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, de la nullité de leurs propres obligations de cautions pour dol imputable à ce dernier ; il est constant que Monsieur H..., ancien banquier, conseil financier, qui reconnaît lui-même, dans ses écritures, qu'il avait acquis une compétence en matière d'ingénierie financière et « une réelle expertise en matière de produits de défiscalisation » a présenté au COMPTOIR DES ENTREPRENEURS dont il avait antérieurement sollicité le concours pour des opérations à visée identique dans le cadre de locations de meublés à titre professionnel, une nouvelle opération de défiscalisation portant sur la construction et l'exploitation d'un complexe comprenant un hôtel et un centre de thalassothérapie ; le montage juridique élaboré prévoyait l'intervention d'une société en nom collectif, choisie pour sa transparence fiscale afin de permettre à des investisseurs lourdement imposés dont ils devaient devenir les associés ou à laquelle ils étaient intéressés au travers de sociétés en participation créées avec l'un des associés, de profiter des avantages fiscaux procurés par la déduction de leur revenu, des déficits d'exploitation des premières années ; l'économie du projet reposait sur un recours massif à l'endettement puisque celui-ci était financé exclusivement par un emprunt bancaire de 120.000.000 de francs dont le montant devait couvrir, outre le prix d'acquisition de l'immeuble à construire, le coût des agencements et équipements intérieurs ainsi que le paiement d'intérêts, d'honoraires et frais d'acte, le remboursement du prêt-relais finançant la dette de TVA et le règlement de la commission bancaire d'engagement ; c'est dans ces conditions, que Monsieur H... après avoir fait établir une étude de « faisabilité » par un professionnel de l'hôtellerie et un état prévisionnel des résultats d'exploitation, a réuni, autour de lui un certain nombre d'investisseurs, séduits par une opération qualifiée d'« exceptionnelle compte tenu de la qualité du site et d'un risque d'exploitation "totalement maîtrisé" » ; pour autant, cette opération, pour être présentée par son promoteur, de manière extrêmement flatteuse, devait être nécessairement regardée par un établissement de crédit spécialisé, tenu au surplus à une particulière vigilance compte tenu de sa situation propre gravement obérée par des encours douteux consentis à des professionnels de l'immobilier qui devaient totaliser de son propre aveu, un an après le financement considéré, 119% de ses fonds propres, comme présentant un risque excessif ; en effet, cette opération pour n'être pas intrinsèquement dépourvue de toute viabilité, présentait, toutefois, d'emblée, un aléa majeur découlant du montage financier mis en place à l'effet de la rendre particulièrement attractive ; ainsi, indépendamment des réserves que devait nécessairement susciter l'étude de faisabilité qui, établie par Monsieur H..., dont le COMPTOIR DES

ENTREPRENEURS ne pouvait ignorer qu'il était intéressé lui-même à l'opération en qualité d'associé de la SNC et de gestionnaire pressenti de l'établissement hôtelier, ne contenait aucune donnée comparative tirée des normes d'exploitation d'un établissement du même type, la banque dont l'un des préposés avait d'ailleurs noté le 5 avril 1991 que le « CA thalasso [était] optimiste » (annexe 2 du rapport d'expertise) était nécessairement consciente que le succès du projet dépendait essentiellement de l'aptitude des associés à répondre par leurs apports de fonds aux importants besoins de trésorerie de la SNC lesquels pouvaient se trouver alourdis en cas de surestimation des résultats d'exploitation ou de survenance d'un aléa, toujours présent, dans une opération de construction, venant différer la livraison de l'ouvrage et partant son exploitation commerciale ; il doit être relevé qu'ensuite de sa présentation à son comité de crédit, le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS a notifié à Monsieur H... le 10 mai 1991 un refus catégorique de financement puis est finalement revenu sur sa position le 23 mai 1991 ; il résulte en effet des termes mêmes du courrier adressé par Monsieur H... à la banque ensuite de la notification de la décision de refus du 10 mai 1991 que Monsieur GG..., préposé de la banque en charge du dossier, avait émis d'importantes réserves en suggérant au comité de crédit de subordonner le concours sollicité à un apport de fonds propres de 10 millions de francs et à l'exploitation du centre de thalassothérapie par une chaîne spécialisée ; il apparaît, par ailleurs, que Monsieur GG... avait également, dans une note de présentation au comité de crédit, établie conjointement avec un autre cadre de la banque JJ... , considéré que la surface financière de cinq des associés était « difficilement compatible avec l'opération » ; dans ces conditions, il ne peut être retenu, comme il est soutenu, que c'est par suite des garanties insuffisantes apportées par les cautions que le concours de la banque aurait été initialement refusé et que c'est sur la communication d'informations supplémentaires sur les associés potentiels et sur la justification d'engagements complémentaires de ces derniers, qu'elle aurait révisé sa position première ; d'ailleurs, il doit être souligné que la banque s'est refusée, malgré l'injonction qui lui avait été faite, à communiquer les renseignements utiles à permettre l'audition de Monsieur GG..., son ancien préposé en charge de la présentation du dossier au comité de crédit, une telle attitude qui n'est justifiée par aucun motif légitime, ne pouvant que procéder de la crainte de voir dévoiler par celui-ci qui s'était montré hostile d'emblée à l'octroi du concours sollicité compte tenu du montage financier proposé par Monsieur H..., des informations contredisant sa position actuelle ; enfin, les exigences relatives au niveau minimal de revenus annuels (750.000 francs ramené à 700.000 francs) des participants à l'opération et aux garanties réelles et personnelles à fournir qui ont accompagné le revirement de la banque, lequel est intervenu dans un délai d'une brièveté remarquable, et qui ne sont d'ailleurs pas significatives au regard de celles prévues dans le projet initial, témoignent précisément de la conscience aiguë de la banque de la grande fragilité économique de l'opération et de son souci majeur de se prémunir, en cas d'échec, en multipliant les garanties lesquelles représentaient plus de cinq fois le montant de la part de chaque associé dans le montant des sommes empruntées (rapport d'expertise page 79) ; la banque s'est abstenue de faire part aux cautions de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants alors qu'elle ne pouvait ignorer, au regard du montage financier mis en oeuvre, que le consentement de celles-ci était nécessairement déterminé par l'aptitude tant des autres cautions-associés que des cofidés non-associés à faire face à leurs engagements ; elle a agréé des associés qui ne remplissaient pas la condition de seuil de revenu qu'elle avait elle-même fixée (rapport d'expertise §5.2) alors que ne pouvait être méconnu le risque qui s'est réalisé que la défaillance de certains des participants ne conduise les autres, par un effet de contamination, à cesser également leur concours ; elle a apprécié la solvabilité des participants dont elle connaissait plusieurs d'entre eux pour avoir été ses clients lors d'autres opérations de défiscalisation, sans tenir compte de l'endettement en résultant (rapport d'expertise page 81); elle savait que la

fortune de plusieurs des participants était pour l'essentiel non liquide alors que d'importants apports en numéraires destinés à compenser les pertes élevées prévues les premières années conditionnaient le succès du projet ; ce faisant, elle a dissimulé délibérément le risque élevé de l'opération garantie alors que le niveau d'endettement postulé par le recours exclusif à l'emprunt, de même que le nombre, la diversité d'origine et de situation des participants accroissaient encore sa fragilité économique; en retenant des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions, alors que celles-ci étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui excédait par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, la banque qui les a conduits par-là à s'obliger en se méprenant sur un élément déterminant de leur consentement, a commis un dol par réticence qui justifie l'annulation des cautionnements ; il ne peut, en effet, être considéré que les cautions concernées par la présente instance étant également associés, celles-ci auraient été informées lors de l'assemblée générale constitutive de la SNC PFI le 5 juin 1991, des risques élevés encourus alors qu'il résulte du procès-verbal de cette assemblée que les associés n'ont reçu à cette occasion qu'un avertissement général sur « les aléas de la conjoncture et de l'exploitation » susceptibles de « réduire ou augmenter » les déficits d'exploitation, générateurs de besoins en trésorerie « pouvant aller jusqu'à un montant de vingt millions l'an », cette somme ne tenant pas compte, au demeurant, des amortissements devant réduire l'effort financier de chaque associé et qu'aucune référence n'a été faite aux aléas particuliers que la banque avait identifiés avant d'octroyer son concours et qui rendaient incertain le succès de l'opération » (arrêt du 17 février 2011, pp. 11 à 13) ;

1/ ALORS QUE les époux M... faisaient valoir que le caractère non averti de l'emprunteur, personne morale, ne pouvait être apprécié en la personne de Monsieur H..., gérant de la société Port Fréjus investissement, , notamment car celui-ci était un apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS rémunéré par cet établissement et avait un intérêt personnel à l'octroi du prêt, de sorte qu'il se trouvait en situation de conflit d'intérêt, ce que savait le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS (conclusions, p. 14) ; que la cour d'appel constate que Monsieur H... était conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, rémunéré à ce titre, qu'il était le concepteur et l'initiateur du projet et qu'il avait « pris l'attache du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS début 1991 en vue du financement du projet » (arrêt, p. 13) ; qu'en affirmant néanmoins que rien ne permettait de retenir une situation de conflit entre les intérêts de la société et des autres associés, d'une part, les siens propres et ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires, d'autre part, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

2/ ALORS QUE, lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, la banque est informée que la conclusion du prêt par le représentant légal de la personne morale emprunteuse le place dans une situation de conflit d'intérêts non révélée aux associés de la personne morale, le caractère averti de l'emprunteur personne morale doit nécessairement s'apprécier en la personne de ses associés et non de ce représentant légal ; que la cour d'appel constate que Monsieur H... était un apporteur d'affaires rémunéré de la banque et que grâce au prêt qu'il avait conclu avec la banque pour le compte de la SNC Port Fréjus , il s'était substitué celle-ci dans les liens de la promesse de vente en l'état futur d'achèvement de l'ensemble immobilier de Port Fréjus qui l'engageait personnellement, évitant ainsi le risque de payer le dédit de deux millions de francs qui y

était stipulé (arrêt attaqué, p. 13 et arrêt du 17 février 2011, p. 6), ce dont il résulte que la banque savait que la conclusion du prêt par Monsieur H... pour le compte de la SNC Port Fréjus le plaçait dans une situation de conflit d'intérêts non révélée aux autres associés de la société emprunteuse ; qu'en déboutant la SNC Port Fréjus de ses demandes, aux motifs erronés qu'aucune des pièces versées aux débats ne permettait de retenir l'existence d'un manque de loyauté de Monsieur H... ou d'une situation de conflit d'intérêts l'ayant conduit à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque, et que l'intérêt personnel qui avait animé celui-ci en qualité d'associé le plus engagé n'était pas différent de l'intérêt personnel qui avait animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et elle a violé l'article 1147 du code civil et l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

3/ ALORS QUE le caractère non averti de l'emprunteur, société en nom collectif, doit s'apprécier dans la personne des associés, lesquels sont tenus solidairement au passif et sont de véritables co-emprunteurs ; qu'en décidant du contraire, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, l'article L. 221-1 du code de commerce et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

4/ ALORS QUE, dans leurs conclusions (p. 14), les époux M... faisaient valoir que la société Port Fréjus investissement, était en cours de formation, lorsqu'elle a souscrit l'emprunt ; qu'ils indiquaient que, lors de son assemblée générale constitutive, le 5 juin 1991, soit quelques jours avant la signature de l'acte de prêt du 28 juin 1991, la société avait reçu un avertissement d'ordre général sur les aléas de la conjoncture et de l'exploitation, et qu'elle n'était composée, pour l'essentiel, que d'investisseurs non avertis ; qu'ils en déduisaient que, pour une société en nom collectif en cours de formation, et non immatriculée au registre du commerce, ce qui devait permettre de déterminer s'il s'agissait d'un professionnel averti, ce n'était pas la personnalité de son gérant, mais bien la situation personnelle de l'ensemble des associés ; qu'en se bornant à affirmer que, lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la circonstance que la société ait été une société en nom collectif, en cours de formation, n'était pas de nature à justifier l'appréciation du caractère averti de la société emprunteuse au regard de ses associés, et non de son gérant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, l'article L. 221-1 du code de commerce et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

5/ ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE la cour d'appel a constaté que le projet initié par Monsieur H... consistait à acquérir en l'état futur d'achèvement un complexe hôtelier avec un centre de thalassothérapie (arrêt, p. 6) ; que le caractère averti de l'emprunteur supposait donc que celui-ci ait des compétences dans le domaine de l'hôtellerie, les besoins en trésorerie de la SNC et, par suite, sa capacité de remboursement de l'emprunt, dépendant des résultats d'exploitation du complexe hôtelier ; qu'en décidant que le caractère averti de l'emprunteur, apprécié en la personne de son gérant, Monsieur H..., était avéré dès lors que ce dernier avait des compétences financières et qu'il importait peu qu'il ait des compétences dans le domaine de l'hôtellerie, la cour d'appel a violé l'article

1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

6/ ALORS QUE la motivation par voie d'affirmation équivaut à une absence de motivation ; qu'en affirmant, par des motifs généraux, qu'en raison de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune, les associés de la SNC Port Fréjus avaient une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, sans viser ni analyser, même sommairement, les éléments de preuve sur lesquels elle a fondé cette affirmation, qui était contestée par les exposants qui faisaient valoir que les associés de la SNC Port Fréjus n'étaient pas des professionnels avertis (conclusions p. 14), la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

7/ ALORS SUBSIDIAREMENT QUE la banque est tenue d'un devoir de mise en garde, même vis-à-vis de l'emprunteur averti, si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; que la note au Comité de crédit établie par Messieurs GG... et HH..., annexe 6 au rapport d'expertise régulièrement versé aux débats, mentionne expressément que des associés présentent « une situation de revenus de patrimoine difficilement compatible avec l'opération » ; qu'en énonçant qu'il n'est justifié par aucune pièce que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait identifié des risques non portés à la connaissance de la société emprunteuse, la cour d'appel a dénaturé la note susvisée, en violation de l'article 1134 du code civil ;

8/ ALORS SUBSIDIAREMENT QUE la cour d'appel a constaté que Monsieur H... était conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, rémunéré à ce titre, qu'il était le concepteur et l'initiateur du projet et qu'il avait « pris l'attache du COMPTOIR DES ENTREPRENEURS début 1991 en vue du financement du projet » (arrêt, p. 13) ; qu'il en résultait l'existence d'une situation de conflit d'intérêt entre Monsieur H... et la société emprunteuse, dont le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS, qui ne l'avait pas révélée, avait nécessairement connaissance ; qu'en affirmant néanmoins qu'il n'était pas établi que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait omis de communiquer des informations fondamentales, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

9/ ALORS SUBSIDIAREMENT QUE les époux M... faisaient valoir que, dans son arrêt du 17 février 2011, par des dispositions devenues irrévocables, la cour d'appel avait annulé les engagements de caution des associés au motif qu'« en retenant des informations essentielles qui ne pouvaient être connues des cautions, alors que celles-ci étaient de nature à leur permettre d'apprécier un aléa qui excédant par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager, la Banque qui les a conduits par-là à s'obliger en se méprenant sur un élément déterminant de leur consentement, a commis un dol par réticence qui justifie l'annulation des cautionnements » (conclusions, pp. 9 à 12) ; qu'il s'en déduisait que le COMPTOIR DES ENTREPRENEURS avait nécessairement dissimulé des éléments qui, s'ils avaient été connus, auraient conduit à ne pas souscrire le contrat de prêt ; qu'en s'abstenant dès lors de rechercher si, compte tenu de la décision irrévocable du 17 février 2011 relative au dol

commis par la banque envers les cautions associés, à l'exception de Monsieur H..., l'établissement de crédit, conscient de sa réticence dolosive vis-à-vis des cautions associées, n'avait pas dissimulé les mêmes informations à la société emprunteuse et à ses associés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

10/ ALORS SUBSIDIAREMENT QUE la banque est tenue d'un devoir de mise en garde, même vis-à-vis de l'emprunteur averti, si elle dispose d'informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur ignore légitimement par suite de circonstances exceptionnelles ; que la cour d'appel a retenu, par motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011 (p. 14), non cassé sur ce point, qu'il ne pouvait être considéré que les cautions, également associées de la SNC Port Fréjus , auraient été informées, lors de l'assemblée générale constitutive de la société le 5 24 juin 1991, des risques élevés encourus alors qu'il résultait du procès-verbal de cette assemblée que les associés n'avaient reçu à cette occasion qu'un avertissement général sur « les aléas de la conjoncture et de l'exploitation » susceptibles de « réduire ou augmenter » les déficits d'exploitation générateurs de besoins en trésorerie « pouvant aller jusqu'à un montant de vingt millions l'an », cette somme ne tenant pas compte, au demeurant, des amortissements devant réduire l'effort financier de chaque associé, et qu'aucune référence n'avait été faite aux aléas particuliers que la banque avait identifiés avant d'octroyer son concours et qui rendaient incertain le succès de l'opération ; qu'en affirmant que ces mêmes associés avaient dès la constitution de la société, le 5 juin 1991, une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, aux motifs généraux et inopérants que cette connaissance résultait de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune (arrêt pp. 13 et 14), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

11/ ALORS SUBSIDIAREMENT QUE la cour d'appel a constaté, par les motifs définitifs de son arrêt du 17 février 2011 (p. 14), non cassé sur ce point, que, tout d'abord, la banque avait agréé des associés qui ne remplissaient pas la condition de seuil de revenu qu'elle avait elle-même fixée alors même que ne pouvait être méconnu le risque, qui s'était réalisé, que la défaillance de certains des participants ne conduise les autres, par un effet de contamination, à cesser également leur concours, ensuite, qu'il apparaissait que Monsieur GG..., préposé de la banque en charge du dossier, avait, dans une note de présentation au comité de crédit, établie conjointement avec un autre cadre de la banque, JJ... , considéré que la surface financière de cinq des associés était « difficilement compatible avec l'opération » et, enfin, que la banque s'était abstenue de faire part aux cautions, également associées de la SNC Port Fréjus , de ses réserves sur la solvabilité de certains des participants ; qu'en affirmant néanmoins, par des motifs inexacts et inopérants, qu'il n'était pas établi que le projet aurait été irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ou que les associés qui avaient refusé d'honorer les appels de fonds figuraient parmi les plus fortunés (arrêt p. 14), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et elle a violé l'article 1147 du code civil. Moyen produit, au pourvoi incident n° N 15-29.442, par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils, pour M. V... et Mmes O... et T...

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement entrepris en ce qu'il a condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt ainsi qu'en ce qu'il a dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement , ET D'AVOIR débouté la SNC Port Fréjus Investissement de sa demande de dommages-intérêts à l'encontre du Crédit Foncier de France venant aux droits du Comptoir des entrepreneurs,

AUX MOTIFS QUE la cour ne peut trancher les deux questions qui lui sont soumises, sans avoir au préalable analysé les différentes étapes et les modalités du montage de l'opération et sans s'être prononcée sur le rôle de Marc H..., dont la SNC Port Fréjus Investissement soutient par la voix de son mandataire ad hoc, lui-même appuyé par les conclusions des associés, qu'il était le seul à avoir une parfaite connaissance de l'ensemble des éléments du dossier et qu'il a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres associés ; que Béatrice A... épouse B... et Loïc A... et Jean-Marie C... invoquent même dans leurs conclusions une collusion frauduleuse entre Marc H... et le Comptoir des entrepreneurs, en concluant que cette collusion neutralise la représentation de la société par celui-ci ; qu'ils soutiennent que Marc H... était le seul interlocuteur de la banque, laquelle disposait d'informations particulières sur lui-même et les associés, non communiquées à la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés ; qu'ils invoquent un conflit d'intérêt non révélé entre la banque et Marc H... et la dissimulation de risques anormaux et exorbitants ; qu'il n'est pas contesté que Marc H..., ancien banquier, conseil en gestion de patrimoine et apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs, rémunéré à ce titre, est le concepteur et l'initiateur du projet ; que titulaire depuis le 14 novembre 1990 au travers de la SARL Investimmo d'une promesse de vente de la SNC Phare de Fréjus, il a pris l'attache du Comptoir des entrepreneurs début 1991 en vue du financement du projet ; que dès l'origine, le choix a été fait de faire reposer le projet sur une SNC fiscalement transparente dont les associés – ou des tiers par le biais des conventions de croupier – pourraient déduire de leurs revenus le déficit fiscal généré par l'exploitation et le remboursement de l'emprunt ; que bien qu'il n'y ait aucune trace écrite des premiers contacts entre Marc H... et les futurs associés ou croupiers, les démarches dans la recherche des investisseurs étaient déjà bien engagées au mois de mars 1991, ainsi qu'il résulte de la note interne du 12 mars 1991 dans laquelle le Comptoir des entrepreneurs écrit : « L'emprunteur : il s'agit d'une SNC dont les associés seront des personnes physiques fortement fiscalisées. Nous connaissons déjà certains de ces associés que nous avons financés à travers de sociétés de loueurs en meublés. Les autres associés seront des notaires de la région, des commerçants, des pharmaciens (...) » ; que le 10 mai 1991, le Comptoir des entrepreneurs a sous la signature de F. GG..., fait part à Marc H... de son refus d'intervenir dans le financement du projet ; que pour autant, l'accord de principe que la même personne a donné le 23 mai 1991 ne saurait être considéré comme une volte-face incompréhensible et intervenue hors de tout élément objectif, comme le soutiennent le mandataire ad hoc et les associés, alors que la banque indique clairement que son accord définitif reste soumis à l'agrément du comité des engagements après réception de pièces complémentaires ; qu'il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal de commerce de Cannes qu'à compter du 24 mai 1991, Marc H... a transmis au Comptoir des entrepreneurs les documents demandés par la banque dont les éléments relatifs aux patrimoines de certains associés et la liste définitive des associés ; que celle-ci a été communiquée le 4 juin 1991 ; que préalablement à la constitution de la SNC, les futurs associés avaient, à des dates diverses, tous conclu avec Marc H... des protocoles d'accord reprenant l'économie du projet (« M. Marc H... se

propose de monter une opération d'investissement suivant l'articulation suivante :
acquisition par une société en nom collectif

»), son financement et concrétisant l'engagement de chaque associé à répondre à toute demande de la gérance afin de faire face au besoin de trésorerie de l'investissement ; que le 5 juin 1991, les 21 associés de la SNC Port Fréjus Investissement ont établi les statuts de la société ; que le document mentionne notamment l'objet de la société (article 2), les apports en numéraire de chacun et sa part dans le capital social, la nomination de Marc H... en qualité de gérant (article 15), les pouvoirs que les associés donnent au gérant d'accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (article 17), l'acceptation des associés des actes accomplis pour le compte de la société en formation (article 26) ; qu'enfin il est stipulé à l'article 26 : « Mandat exprès : Tous pouvoirs sont donnés à M. Marc H..., gérant, afin de mener à bien l'entier programme connu de tous les associés et notamment la construction, l'aménagement, la mise en activités ou l'acquisition des programmes et éléments immobiliers suivants situés à Port Fréjus (

) » suivent les précisions relatives au montant du prêt, sa durée, le taux nominal maximum et la répartition des fonds ; que les statuts de la SNC Port Fréjus Investissement comportent les paraphes et signatures des 21 associés, outre ceux de Xavier U... rédacteur de l'acte (lequel a par ailleurs conclu des conventions de croupier avec Anne-Marie U... et Marc H...) ; que le même jour, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement se sont réunis en assemblée générale ordinaire sur convocation de la gérance et ont adopté à l'unanimité neuf résolutions parmi lesquelles :

- la sixième résolution dans laquelle les associés sont informés que des pertes d'exploitation sont prévues sur les deux premiers exercices, que les besoins en trésorerie de la société peuvent aller jusqu'à un montant de 20 millions de francs par an, que les aléas de conjoncture ou d'exploitation peuvent réduire ou augmenter les déficits indiqués, qu'en vertu des statuts, chacun des associés est responsable solidairement et sans limitation de tous les engagements de la SNC et donc « de la couverture de tous ses besoins de trésorerie qu'ils s'engagent à couvrir » et que les prêts du Comptoir des entrepreneurs sont accordés à la SNC en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre du statut de la SNC ;

- la septième résolution par laquelle l'assemblée générale agrée par avance les parts qui seraient cédées par Marc H... « qui a participé à la création de parts du capital social de la société pour un montant supérieur à celui qu'il souhaitait » ;

- la neuvième résolution par laquelle l'assemblée générale donne tous pouvoirs au gérant pour intervenir dans tous les actes de cession ou autres nécessaires à l'exécution des résolutions ;

que ces documents établissent que les associés avaient dès la constitution de la société une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, connaissance rendue encore plus aiguë en raison de leur expérience, de leur qualification, ou de leur situation de fortune ; que c'est à tort que le mandataire ad hoc de la SNC Port Fréjus Investissement et les associés présents à la procédure soutiennent qu'ils ont été exclus des discussions et qu'ils n'ont pas été mis en

condition de prendre une décision collective concernant la conclusion du prêt ; que s'il ne peut être occulté que Marc H..., initiateur du projet, bénéficiaire de la promesse de vente a agi dans un intérêt personnel, l'intérêt personnel qui l'a animé en qualité d'associé le plus engagé (27 %), n'est pas différent de l'intérêt personnel qui a animé les autres associés soucieux de diminuer la charge de leurs impôts ; qu'il n'est nullement établi que des risques anormaux exorbitants ont été cachés aux investisseurs qui invoquent dans leurs conclusions un projet irréaliste faute de solvabilité de certains associés qui se seraient trouvés dans l'incapacité d'assurer les besoins de trésorerie de l'opération ; que l'on se reportera à cet égard aux conclusions de la société EIA et du Crédit Foncier de France qui indiquent sans être démentis que ceux des associés qui ont refusé d'honorer les appels de fonds figurent parmi les plus fortunés ; que cette affirmation est corroborée :

- par le courrier de la société Sodexho en date du 6 mars 1997 versé par le Crédit Foncier de France aux débats. Dans ce document adressé à Marc H..., le directeur des ventes de la société Sodexho qui a recherché un investisseur pour l'hôtel de Port Fréjus , écrit : « l'attitude anormalement incompréhensible de certains de vos associés bénéficiant d'une défiscalisation maximum et refusant de reverser une partie de leurs économies d'impôt en compte courant, a littéralement saboté vos efforts de gestionnaire » ;

- par le courrier du 6 février 1996 par lequel Gérard YY..., associé de la SNC Port Fréjus Investissement dénonce le comportement de « plusieurs investisseurs qui en toute impunité, et ce pour certains depuis le début de notre projet, défiscalisent pleinement sans pour autant répondre aux appels de fonds de la SNC » ;

- par le courrier d'Agnès XX... en date du 2 février 1996 : « Je pense qu'à ce jour, il est urgent de ne plus laisser les défaillants de mauvaise foi manoeuvrer à leur guise, et d'utiliser tous les moyens à notre convenance pour les faire se plier à la volonté de la majorité des actionnaires » ;

- par les courriers de Christian G... (3 février 1996), Gérard XX... (1er fév. 1996), des époux V... (3 février 1996) ;

qu'aucune des pièces versées aux débats ne permet de retenir l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et Marc H..., le manque de loyauté de celui-ci ou une situation de conflit d'intérêt ayant conduit le gérant à trahir les intérêts de la société et des autres associés au profit des siens propres et de ceux de la banque dont il était l'apporteur d'affaires ; que l'ensemble des éléments cidessus analysés conduit la cour à retenir qu'à compter de la création de la SNC Port Fréjus Investissement , Marc H... a exclusivement agi en qualité de gérant de la société et a représenté la personne morale ainsi constituée ; que cela correspond d'ailleurs à la volonté expresse des associés qui, nonobstant les dispositions de l'article L 221-3 du code de commerce, ont fait le choix de désigner un gérant en sa personne et de s'en remettre à son action ; que sur la demande de la SNC Port Fréjus Investissement à l'encontre du Crédit Foncier de France, pour solliciter le paiement par le Crédit Foncier de France qui vient aux droits du Comptoir des entrepreneurs de dommages intérêts d'un montant égal au montant de sa dette envers la société EIA et se compensant avec elle, la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés font valoir que le Comptoir des entrepreneurs a manqué à son obligation de

conseil et de mise en garde ; que le Crédit Foncier de France et la société EIA répliquent que les obligations du Comptoir des entrepreneurs ne s'analysent qu'au travers de l'obligation de mise en garde, le Crédit Foncier de France ajoutant qu'il ne pouvait être tenu d'une obligation de conseil (

) ; que sur l'obligation de mise en garde, seul l'emprunteur non averti est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier ; que lorsque le prêt est contracté par une société, le caractère averti de la personne morale doit être apprécié à travers la personne de son dirigeant ; qu'à cet égard, il n'est pas discutable qu'en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, Marc H... avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques attachés à l'opération, fut-elle complexe. Il était en ce sens un dirigeant averti ; qu'il importe peu à cet égard qu'il ait été un apporteur d'affaires du Comptoir des entrepreneurs ou qu'il n'ait pas exercé ses compétences dans le domaine de l'hôtellerie ; qu'au travers de son dirigeant, la SNC Port Fréjus Investissement , même nouvellement créée, était un emprunteur averti à l'égard duquel le Comptoir des entrepreneurs n'était tenu à aucune obligation de mise en garde ; que c'est en vain que Me D... et les associés de la SNC Port Fréjus Investissement soutiennent que dans une SNC, la qualité d'emprunteur averti ne peut s'apprécier que dans la personne des associés ; qu'outre que cette appréciation est incompatible avec la notion de personnalité morale, la mettre en pratique reviendrait à considérer que le Comptoir des entrepreneurs qui n'avait qu'un seul cocontractant, avait 21 interlocuteurs ; qu'il est de jurisprudence qu'un emprunteur averti peut rechercher la responsabilité d'un établissement pour le concours qu'il lui accorde, s'il démontre que celui-ci disposait d'éléments sur sa situation financière ou sur les perspectives et risques de l'opération que l'emprunteur ignorait ; que c'est à la SNC Port Fréjus Investissement qui invoque longuement dans ses écritures l'asymétrie des informations, d'en rapporter la preuve ; qu'elle s'abstient – et avec elle les associés – de préciser de quelles informations fondamentales qu'il aurait omis de communiquer à la société emprunteuse, disposait le Comptoir des entrepreneurs ; qu'il n'est justifié par aucune pièce que le Comptoir des entrepreneurs avait identifié des risques non portés à la connaissance de la SNC Port Fréjus Investissement , risques qui auraient justifié le refus de financement du 10 mai 1991 ; que c'est à bon droit que le Crédit Foncier de France soutient que le Comptoir des entrepreneurs n'avait aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SNC Port Fréjus Investissement ; qu'aucun manquement ne pouvant être recherché de ce chef, le jugement du 27 mars 2007 sera infirmé en ce qu'il a condamné le Crédit Foncier de France à relever et garantir la SNC Port Fréjus Investissement et ses associés de toutes les condamnations prononcées au profit de la société EIA au titre du remboursement du prêt, en ce qu'il a dit que le Crédit Foncier de France serait le débiteur final des condamnations prononcées contre la SNC Port Fréjus Investissement et en ce qu'il l'a condamné sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la SNC Port Fréjus Investissement sera déboutée de sa demande de dommages intérêts (arrêt, p. 12 à 15) ;

ALORS D'UNE PART QUE le banquier dispensateur de crédit est tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur non averti ; que le caractère averti d'un emprunteur, personne morale, ne s'apprécie pas au regard des compétences de son représentant légal quand les intérêts que celui-ci poursuit en sollicitant le prêt sont différents de l'intérêt social ; qu'une telle circonstance, quand elle est connue du banquier, doit dans tous les cas le conduire à mettre en garde la société et ses associés sur les risques liés à l'octroi du prêt ; qu'en l'espèce, où elle a constaté que Marc H..., concepteur

et initiateur du projet était apporteur d'affaires du Comptoir des Entrepreneurs qui le rémunérait à ce titre et qu'il avait agi dans un intérêt personnel, ce dont il résulte qu'il existait une situation de conflit entre les intérêts de M. H... et ceux de la SNC Port Fréjus Investissement, connue du Comptoir des Entrepreneurs et justifiant que celui-ci mette en garde la société et ses associés sur les risques liés à l'octroi du prêt litigieux, la cour d'appel, qui a cependant retenu qu'aucune des pièces versées aux débats ne permettrait de retenir une situation de conflit d'intérêt, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

ALORS D'AUTRE PART QUE le caractère non averti de l'emprunteur, quand celui-ci est une société en nom collectif dont tous les associés sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales et que le prêt a été consenti en considération de leur surface financière personnelle et de leur engagement d'apporter des fonds propres à la société, doit s'apprécier in concreto dans la personne de chacun d'entre eux ; qu'en jugeant le contraire, après avoir cependant constaté que les prêts du Comptoir des Entrepreneurs, source exclusive de financement de l'opération litigieuse, avaient été accordés à la SNC Port Fréjus Investissement en fonction de l'engagement pris par les associés dans le cadre des statuts de la SNC de couvrir tous ses besoins de trésorerie, de sorte que si la banque n'avait qu'un cocontractant, elle avait en réalité 21 obligés, la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil et L 221-1 du code de commerce, ensemble l'article premier du premier protocole additionnel de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

ALORS ENFIN QUE le caractère averti de l'emprunteur s'apprécie in concreto, en considération de ses compétences propres, de son expérience dans le domaine considéré mais également de la complexité de l'opération pour laquelle le prêt est sollicité et des informations dont il dispose réellement ; qu'en l'espèce, en affirmant qu'en raison de leur expérience, de leur qualification ou de leur situation de fortune, les associés de la SNC Port Fréjus Investissement avaient une connaissance précise des risques qu'ils prenaient et des profits qu'ils étaient susceptibles de retirer, sans expliquer, pour chacun d'entre eux, dont aucun n'avait participé à l'élaboration du projet, à son montage juridique et financier, et dont elle a jugé, dans son précédent arrêt du 17 février 2011 définitif de ce chef, que le Comptoir des Entrepreneurs leur avait dissimulé des informations essentielles et le risque élevé d'une opération financée exclusivement par l'emprunt, justifiant l'annulation pour dol de leurs engagements de caution, dans quelle mesure son expérience, ses compétences propres ou sa situation de fortune lui avaient permis d'apprécier pleinement les risques réels liés à l'octroi du prêt litigieux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence, du 17 septembre 2015