

FOCUS - Document 7 de 15

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 9 Avril 2009, 1363

## Quelques réflexions sur la responsabilité du **banquier** pour soutien abusif dans un contexte de LBOs en difficulté

Etude rédigée par Delphine Caramalli  
avocat associé  
Sarrau Thomas Couderc

### Banque

#### Sommaire

**Confrontées à une période de crise financière intense, certaines sociétés sous LBO en difficulté peuvent-elles envisager de mettre en cause leur banque pour soutien abusif ?**

1. - À l'heure où certains s'interrogent sur l'avenir du *leveraged buy out*<sup>Note 1</sup> (**LBO**) et, plus spécifiquement, sur le sort des sociétés sous **LBO** en cette période de *credit crunch*<sup>Note 2</sup>, la question du champ d'application des règles relatives au soutien abusif de crédit revêt une acuité toute particulière.

En effet, certains groupes sous **LBO** ne parviennent plus à faire face à leur échéancier de remboursement dans la mesure où le ralentissement au niveau de la filiale ne permet plus une remontée suffisante de dividendes pour le remboursement de la dette d'acquisition par la société mère. Or, dans le cadre des discussions qui se tiennent ces temps-ci entre les dirigeants et leurs **banquiers** pour le rééchelonnement de la dette senior, certaines banques, fortes de leurs sûretés considérables et garanties diverses, considèrent, pas toujours à raison, être en position de force.

Face à ces banques qui n'hésitent parfois pas à brandir la menace du remboursement obligatoire anticipé de l'encours ou l'exercice de leurs sûretés, le praticien est fondé à s'interroger sur les conditions de mise en oeuvre du soutien abusif de crédit.

### 1. Le principe de l'irresponsabilité du **banquier** pour soutien abusif

2. - Aux termes de l'article L. 650-1 du Code de commerce issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>Note 3</sup> : « *Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* ».

Certes, en apparence, cet article consacre le principe d'irresponsabilité des prêteurs de deniers<sup>Note 4</sup>. Avec l'article L. 650-1, le législateur de 2005 a souhaité mettre un terme à une jurisprudence alors constante selon laquelle les banques pouvaient voir leur responsabilité mise en jeu s'il était démontré que leur concours avait contribué à prolonger artificiellement la vie de l'emprunteur dont la situation était irrémédiablement compromise, à accroître son passif entre la date de mise à disposition des concours et la date d'ouverture d'une procédure collective, et à induire les tiers en

erreur quant à la solvabilité apparente du débiteur. Depuis la réforme de 2005, la responsabilité des créanciers peut désormais être engagée seulement en cas de fraude, d'immixtion caractérisée et de garanties disproportionnées.

En d'autres termes, la responsabilité pour soutien abusif n'est pas supprimée, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 juillet 2005<sup>Note 5</sup>, mais limitée à des cas précis démontrant la mauvaise foi du créancier et constitutifs de l'ouverture de l'action en responsabilité.

**3.** - Toutefois, la rédaction de l'article L. 650-1 du Code de commerce est si imprécise qu'elle laisse craindre que, dans l'éventualité où il est établi qu'une des trois exceptions est remplie, non seulement la responsabilité de la banque peut être engagée mais le tribunal pourra de surcroît prononcer la nullité des garanties détenues par le prêteur de deniers. La sanction de la nullité des garanties est particulièrement lourde car, dans un contexte de liquidation, le prêteur se retrouve en position non plus de créancier privilégié mais de créancier chirographaire.

De la sorte, les sanctions prévues en cas de soutien abusif sont lourdes de conséquences pour le **banquier**. Mais elles ont également un impact très significatif pour l'emprunteur qui peut voir les sûretés qu'il a consenties tout simplement annulées par le tribunal.

## **2. La fraude comme cause de responsabilité du **banquier** pour soutien abusif**

**4.** - En premier lieu, les créanciers sont susceptibles d'engager leur responsabilité en cas de fraude. Selon la définition fournie par le lexique des termes juridiques, la fraude est « l'action révélant chez son auteur la volonté de nuire à autrui ou de tourner certaines prescriptions légales ». Le législateur a donc visé l'attitude nuisible du créancier privilégiant uniquement ses intérêts en se livrant à des manoeuvres dans le seul but de maintenir artificiellement l'activité de l'entreprise, afin d'en masquer la situation réelle, le temps de se désengager au détriment des autres créanciers.

La banque commet donc une faute, assimilable le cas échéant à une fraude, si l'activité de l'entreprise qu'elle persiste à soutenir en lui renouvelant ou en augmentant les concours, présente des signes évidents et irréversibles de déclin, c'est-à-dire si la poursuite de l'activité s'inscrit dans un cadre de difficultés insurmontables ne pouvant objectivement aboutir à un redressement économique<sup>Note 6</sup>.

Le soutien abusif source de fraude se caractériserait par l'octroi de crédit à une entreprise vouée à la liquidation judiciaire, c'est-à-dire à une entreprise qui, n'ayant plus de ressources propres et ayant perdu tout crédit, n'a d'autres perspectives que d'envisager la liquidation. Il faut parallèlement que le prêteur n'ait eu d'autre but, en apportant son concours, que de camoufler une situation désespérée pour retarder l'ouverture de la procédure dans le seul dessein de protéger son intérêt propre et non pas de soutenir sincèrement l'activité de l'entreprise. Il convient pour autant que la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise ait été connue du **banquier** au moment de l'octroi du crédit ou du moins qu'il n'ait pu ignorer celle-ci en fonction des éléments qu'il connaissait ou devait connaître.

**5.** - Bien entendu, il est très peu probable pour le liquidateur (ou le représentant des créanciers) d'une société sous **LBO** de voir prospérer une action en soutien abusif à l'encontre des banques en raison d'une fraude éventuelle.

En effet, toute la philosophie de la structure **LBO** réside dans la bonne santé financière et opérationnelle de la société cible au moment où la dette est souscrite. Rappelons que les montages **LBO** sont structurés autour d'une dette d'acquisition forte contractée au niveau de la société holding pour l'achat de sa filiale de telle sorte que le remboursement de la dette d'acquisition se fait par la holding au moyen de la remontée des dividendes de la part de sa filiale opérationnelle. En aucun cas, la situation de la société n'a pu être désespérée ou irrémédiablement compromise à la date de la convention de crédit. Bien au contraire, le financement a été élaboré sur la base d'états financiers solides et de prévisionnels très forts encourageant ainsi les banques à prêter et les fonds à investir pour réaliser l'effet de levier pronostiqué.

## **3. La prise de garanties disproportionnées comme cause de responsabilité du**

## banquier pour soutien abusif

6. - Les mécanismes de garantie dans les montages **LBO** prévoient essentiellement :

o l'inscription d'un nantissement par les banques sur les actions de la cible en garantie du prêt d'acquisition ;

o la prise de nantissements par les banques sur les actifs de la filiale opérationnelle en garantie d'un ou plusieurs crédits opérationnels (ligne CAPEX, revolver, découvert en compte par exemple) consentis par les mêmes banques à la filiale, sans que celle-ci en ait pour autant besoin, mais pour justifier la prise de sûretés réelles sur ses actifs et pour empêcher le groupe d'aliéner les actifs de la cible alors que les banques sont « structurellement subordonnées » en tant que créancières de la holding ;

o la prise de garanties supplémentaires telles que des délégations de créances (délégation de créances d'assurance ou substitution dans l'éventualité où une clause de garantie de passif était actionnée) ; et

o une convention de subordination qui prévoit que le prêt opérationnel sera remboursé qu'à condition que le prêt d'acquisition soit intégralement payé.

7. - Bien que ces mécanismes de garantie paraissent exorbitants pour la société holding et la filiale opérationnelle, dans la pratique, la mise en jeu de la responsabilité du **banquier** pour garanties disproportionnées n'est pas sans poser de difficultés en raison notamment de la rédaction particulièrement imprécise de l'article L. 650-1 du Code de commerce et du silence de la jurisprudence.

En effet, tout d'abord, la rédaction particulièrement large de l'article L. 650-1 laisse supposer que le législateur a entendu généraliser l'exigence de proportionnalité des garanties sans viser une catégorie de garanties en particulier, de sorte que la nullité pourrait menacer tant les sûretés personnelles que les sûretés réelles mais également, selon la doctrine, les crédits-baux, les délégations et les lettres d'intention<sup>Note 7</sup>. Cette lecture extensive du texte conduit à considérer indistinctement le garant dirigeant du garant non dirigeant entérinant ainsi la jurisprudence *Nahoum*<sup>Note 8</sup>.

Le législateur de 2005 n'a pas non plus posé de critère ou seuil permettant d'appréhender la disproportion d'une garantie, ce qui n'a pas manqué d'inquiéter plusieurs députés lors des débats parlementaires : « Encore faudra-t-il déterminer ce qui est disproportionné. À cet égard, je ne suis pas persuadé que le présent texte éclairera le jugement du tribunal »<sup>Note 9</sup>. Cette impression laisse le juriste dans l'expectative puisque rien ne permet de déterminer le caractère disproportionné d'une garantie, pas même la jurisprudence civile et commerciale existante qui n'a apporté aucune précision sur les garanties susceptibles d'être sanctionnées en raison de leur caractère disproportionné.

8. - Si l'on se penche ensuite du côté de la jurisprudence existante, on s'aperçoit que :

o la jurisprudence relative à la disproportion de la sûreté garantie par rapport à la situation du garant n'est pas transposable pour évaluer le caractère proportionné, ou non, d'une garantie bancaire en raison du caractère particulièrement sophistiqué des mécanismes et des montages de financement **LBO** et de la vie des affaires en général<sup>Note 10</sup> ;

o la jurisprudence relative à la disproportion de la sûreté consentie par rapport à la créance garantie est inexistante en dehors de quelques décisions rendues sur le fondement de l'article 2161 du Code civil qui s'inscrivent dans le seul contexte immobilier pour des contestations d'hypothèques<sup>Note 11</sup>.

Ainsi, l'article L. 650-1 qui fait peser la menace de sanction sans fournir d'indication pour l'appréciation du caractère disproportionné crée une insécurité que la jurisprudence, silencieuse sur la question, ne comble pas.

9. - Dans ce contexte, la doctrine prodigue une appréciation au regard des concours octroyés et une comparaison entre l'ensemble des garanties et l'ensemble des engagements du **banquier**, étant entendu, toutefois, que le montant global des

garanties peut excéder celui des crédits sans qu'il soit pour autant disproportionné<sup>Note 12</sup>. Tel est, par exemple, le cas lorsque le prêteur exige un cautionnement solidaire pour une seule créance : « les juges devront donc intégrer différents paramètres tels le montant du crédit, la bonne foi des parties, l'importance du passif, la présence d'autres créanciers, la qualité de la caution ou encore la nature des crédits consentis ».

**10.** - Interrogé sur la question lors des débats parlementaires, le garde des Sceaux a considéré qu'« il s'agit ici de viser les prises de garanties inhabituelles au regard de la pratique. Il va de soi que les crédits immobiliers qui sont consentis en échange d'une hypothèque sur la totalité du bien alors qu'ils n'en financent qu'une partie demeurent possibles puisque telle est la pratique »<sup>Note 13</sup>. La disproportion s'apprécierait alors au regard des pratiques bancaires usuelles particulières à chaque contrat.

Bien que rassurants, les propos du ministre rappellent indirectement que la détermination du caractère disproportionné d'une garantie relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sans même préciser qu'il reviendra à la Cour de cassation de trancher la question de la date prise en considération pour considérer le caractère disproportionné de la garantie : date de prise des garanties ou date du litige.

**11.** - Face au débiteur en difficultés, le **banquier** a intérêt à utiliser les outils juridiques qui rendront les procédures préventives attractives. À ce titre, la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde limitent le risque d'annulation des garanties prises en contrepartie des concours consentis par le **banquier**. En effet, en participant à l'accord homologué conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers, le **banquier** consolide sa position puisque la procédure de conciliation est ouverte au débiteur rencontrant des difficultés ou n'étant pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Ainsi, le risque de sanction (responsabilité du créancier et annulation des sûretés consenties au cours de la période suspecte) est considérablement diminué puisque, dans le jugement d'homologation, le tribunal vérifie que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires (ce qui exclut la signature d'un accord contenant des garanties disproportionnées) et assure que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements (*C. com. art. L. 611-8, II*). Le jugement d'homologation publié supprime donc tout risque de remontée de la date de cessation des paiements antérieurement à ce jugement, quand bien même les conditions d'ouverture de la conciliation seraient ultérieurement contestées.

Ainsi, la conciliation diminue fortement les risques liés à la période suspecte et les risques d'application de l'article L. 650-1 pour les cas de garanties disproportionnées, dès lors que l'accord de conciliation est homologué. Toutefois, l'homologation ne peut empêcher que la nullité des garanties soit prononcée et la responsabilité du **banquier** soit engagée en cas d'immixtion caractérisée du créancier une fois la procédure de conciliation clôturée.

#### **4. L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur comme cause de responsabilité du **banquier** pour soutien abusif**

**12.** - L'article L. 650-1 dispose que les créanciers peuvent voir leur responsabilité engagée et leurs sûretés annulées en cas d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur.

Cette exception au principe d'irresponsabilité des créanciers n'est pas là non plus sans poser de difficultés. La notion « d'immixtion caractérisée » n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence.

Cependant, tout laisse à penser qu'à travers cette notion, le législateur a voulu se référer à la notion déjà existante de « gestion de fait ». Dans ce cas, la loi du 26 juillet 2005 qui a introduit l'article L. 650-1 dans le Code de commerce consacre un arsenal de sanctions particulièrement lourd à l'encontre de tout **banquier** qui pourrait agir en dirigeant de fait. Outre, les sanctions applicables en cas de comblement de passif, faillite personnelle ou banqueroute, le **banquier** dirigeant de fait peut en plus voir sa responsabilité engagée pour soutien abusif et donc voir toutes ses sûretés annulées.

Or, tout comme pour la notion de « garanties disproportionnées », il n'existe dans les textes aucun indice ni référentiel pour estimer « l'immixtion caractérisée ». D'autant qu'il peut arriver que la convention de crédit porte en elle la source

du paradoxe et de la confusion.

**13.** - En effet, les contrats de financement font peser sur l'emprunteur, la caution (souvent société holding) et les filiales opérationnelles des déclarations et garanties ainsi que des engagements de faire et de ne pas faire qui s'appliquent de manière continue pendant toute la durée de la convention, tant que le crédit (en principal et intérêts) n'est pas remboursé dans son intégralité.

Il peut s'agir :

o d'engagements d'information de type financier (relatifs par exemple aux comptes, budget, ratios financiers, transmission d'une attestation de conformité, états financiers) ;

o d'engagements de type *corporate*<sup>Note 14</sup> (réunion d'information à la demande du prêteur, notification obligatoire par l'emprunteur au **banquier** de divers événements tels qu'un changement de contrôle, un événement significatif défavorable, l'existence d'un litige significatif), et

o d'engagements de type opérationnel (tels que par exemple l'interdiction de réaliser des investissements supérieurs à un certain montant généralement très bas, l'interdiction de procéder à des opérations de restructuration, des cessions ou des opérations sur capital).

**14.** - Peut-on considérer de manière *in abstracto* que ces clauses rédigées dans l'intérêt du **banquier** constituent une « immixtion caractérisée » de ce dernier dans la gestion du débiteur ? Selon la doctrine, « ne peut être définie comme une immixtion caractérisée la pratique dite des sûretés négatives, interdisant au client de prendre une initiative particulière sans l'autorisation de la banque créancière, telle que la vente d'un bien ou l'inscription d'une sûreté au profit d'un tiers. Il s'agit là d'une mesure de protection destinée à informer la banque de l'évolution de son risque et non pas d'un acte de gestion »<sup>Note 15</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation<sup>Note 16</sup> quant à elle est constante sur le fait que la gestion de fait se vérifie par des actions positives de direction dans l'entreprise débitrice. En d'autres termes, le prêteur aura dû s'être substitué au dirigeant de droit pour prendre les décisions de gestion importantes.

**15.** - Qu'en est-il maintenant si le contrat de financement prévoit par ailleurs que le manquement à un des engagements d'information, *corporate* ou opérationnel, constitue un cas de défaut susceptible d'entraîner, s'il était vérifié, le remboursement obligatoire anticipé de la dette ?

En sanctionnant de cette sorte un manquement à une des nombreuses obligations visées au contrat par l'obligation de rembourser par anticipation la dette, le contrat biaise les rapports entre l'emprunteur et le **banquier** ; le premier devant rendre compte scrupuleusement au second qui dispose d'un pouvoir de sanction déterminant à son encontre.

**16.** - La déformation des rapports entre l'emprunteur et son **banquier**, telle que reflétée dans la très grande majorité des contrats de crédit, se vérifie tout particulièrement dans certains cas. C'est le cas, par exemple, lorsque le contrat de financement prévoit que l'ouverture par l'emprunteur d'une procédure de mandat *ad hoc* constitue un cas de défaut alors que le même contrat de financement stipule, par ailleurs, que l'emprunteur peut renégocier à tout moment ses ratios sachant que, dans la pratique, les ratios financiers se négocient presque toujours sous l'égide d'un mandataire *ad hoc*. Cette situation paradoxale met clairement en évidence, sinon la subordination du débiteur, au moins l'ascendance du **banquier** puisque, quelque soit la décision cornélienne prise par l'emprunteur, il se retrouvera de toute façon à la merci des banques :

o soit l'emprunteur refuse de renégocier ses ratios : dans ce cas, il est en bris de *covenants*<sup>Note 17</sup>, ce qui constitue un cas de défaut entraînant le remboursement obligatoire ;

o soit l'emprunteur refuse d'être en bris et décide de renégocier les ratios avec ses créanciers dans le cadre d'un mandat *ad hoc* : dans ce cas, la dette devient également remboursable par anticipation par la simple ouverture du mandat *ad hoc* ;

o soit l'emprunteur décide de renégocier ses ratios sans l'assistance d'un mandataire *ad hoc* : dans ce cas, le déséquilibre entre les parties devient absolu et les exigences des banques illimitées puisque celles-ci pourront à tout moment dans les négociations menacer leur interlocuteur d'actionner l'exigibilité et donc de provoquer la faillite de la société débitrice.

**17.** - Mais l'incohérence est poussée à son paroxysme lorsque la documentation financière fait peser sur l'emprunteur des obligations *contra legem*. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le contrat de financement prévoit que l'ouverture par le débiteur d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire constitue un cas de défaut déclenchant l'exigibilité anticipée de la dette. Ces clauses existent dans un grand nombre de conventions de financement **LBO** alors qu'elles contredisent l'interdiction et la suspension des poursuites et des voies d'exécution, d'une part, et le principe de l'absence de déchéance du terme consacré par le Code de commerce, d'autre part : « *Le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite* » (C. com., art. L. 622-29).

**18.** - Comme les quelques exemples précités (de manière non exhaustive) l'illustrent, l'analyse *in abstracto* des stipulations de la documentation financière est déjà, à elle seule, compromettante pour le **banquier** en dépit de quelques imprécisions que ni l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 ni le décret n° 2009-160 du 12 février 2009 n'ont malheureusement éclaircies.

**19.** - En tout état de cause, il est très vraisemblable que les incertitudes actuelles de notre droit positif soient bientôt comblées par une jurisprudence que la conjoncture sollicitera inéluctablement. C'est pourquoi, les tribunaux qui procéderont à une analyse *in concreto*, auront bientôt à apprécier dans quelle mesure certaines pratiques de place sont constitutives d'un soutien abusif de crédit, à savoir : (i) la revendication par les banques de droits, certes conférés en vertu du contrat, mais qui peuvent se révéler *a minima* illégitimes, (ii) une déloyauté à l'égard de l'emprunteur en se fondant sur une convention transposée d'un modèle anglo-saxon de surcroît mal traduit, (iii) un manque d'intégrité découlant d'une interprétation partielle de la lettre du contrat oubliant parfois son esprit et sa finalité, ou encore (iv) le déploiement d'un arsenal menaçant à des fins d'intimidation.

Note 1 Montage à effet de levier.

Note 2 Crise du crédit.

Note 3 *Journal Officiel* 27 Juillet 2005.

Note 4 D. Caramalli, *Les apparences trompeuses du soutien abusif : supplément Les Échos Avis d'expert* n° 31, 2005, p. 3.

Note 5 *Cons. const., déc.*, 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC : *Journal Officiel* 27 Juillet 2005.

Note 6 *Cass. com.*, 6 juin 1990, n° 87-19.115 : *JurisData* n° 1990-001634.

Note 7 D. *Legeais* : *JCP E* 2008, 2245.

Note 8 *Cass. com.*, 8 oct. 2002, n° 99-18.619 : *JurisData* n° 2002-015772 ; *JCP E* 2002, 1730, note D. *Legeais*.

Note 9 Propos de M. Pierre Cardo, déb. AN.

Note 10 Les décisions faisant application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation s'inscrivent dans une logique de protection de la caution personne physique lorsque son engagement est disproportionné au regard de sa capacité financière.

Note 11 Seule une décision non publiée de la Cour de cassation (*Cass. com.*, 10 mai 1994 : *Banque et droit* 2005, n° 103, p. 16) a sanctionné une prise de sûretés réelles disproportionnée (en l'espèce, la valeur expertisée du bien affecté en garantie atteignait près de 200 % ne peut,

pour autant, être retenu comme un critère d'évaluation général dans la mesure où cette décision est isolée et qu'elle ne caractérise pas un mouvement jurisprudentiel à elle toute seule). V. *D. Legeais et A. Cerles, Garanties personnelles et réelles in RD bancaire et fin. 2005, p. 16* ; *R. Dammann, Soutien abusif : la responsabilité des banques in Les Échos 19 sept. 2005, p. 13.*

Note 12 *R. Dammann, art. préc. note (11).*

Note 13 3e séance du mardi 8 mars 2005, 169e séance de la session ordinaire 2004-2005, Déb. AN, p. 1791.

Note 14 Droit commercial.

Note 15 *P. Boutellier : JCl. Banque - Crédit - Bourse, Fasc. 520, n° 17.*

Note 16 *Cass. com., 12 juill. 2005, n° 02-19.860, n° 03-14.045, n° 03-15.855 : JurisData n° 2005-029487 ; JurisData n° 2005-029479.*

Note 17 Ratios financiers.