

Du risque encouru par les banques dans le cadre des rediscussions relatives aux conventions de crédit syndiqué

Les conventions de crédit syndiqué comportent certes des risques pour les emprunteurs, mais en comportent également pour les prêteurs.



Par Caroline Porcher Marquis, avocat associé, Sarrau Thomas Couderc

La crise aidant et des mesures de plus en plus draconiennes étant imposées aux emprunteurs dans le cadre de renégociations bancaires, les prêteurs courent de plus en plus le risque de se voir considérés comme gestionnaires de fait (1), de voir leur responsabilité engagée pour immixtion (2) ou de s'éloigner de leur propre objet social (3).

1. La qualification de gestionnaire de fait

Dans le cadre de restructurations bancaires, on constate actuellement que la prise de décisions opérationnelles et stratégiques par la société emprunteuse est de plus en plus soumise à l'accord préalable de ses prêteurs. Insensiblement, la responsabilité de ce type de décisions glisse de la société emprunteuse vers ses banques, au risque de voir ces dernières qualifiées de «gestionnaires de fait» des sociétés auxquelles elles ont accordé des crédits.

Reconnus «gestionnaires de fait», les prêteurs courent le risque d'être appelés dans le cadre d'une action en comblement de passif si l'emprunteur connaît des difficultés financières avérées.

Pour qu'une action en comblement de passif à l'encontre de prêteurs soit possible, quatre conditions doivent être réunies. En premier lieu, une procédure collective doit avoir été ouverte à l'encontre de la société emprunteuse. En second lieu, l'insuffisance d'actif de cette société doit être établie. En troisième lieu, les prêteurs poursuivis en action en comblement de passif doivent avoir la qualité de dirigeants de fait. Enfin, une faute de gestion de la part des gestionnaires de fait doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif susvisée. En l'occurrence, il sera assez simple de déterminer si une procédure collective a été ouverte à l'encontre d'une société emprunteuse concernée, et si l'insuffisance d'actif est avérée. En revanche, toute la difficulté résidera dans la qualification de gestionnaires de fait des prêteurs (A) et dans la preuve que la faute de gestion qui leur est imputable a contribué à l'insuffisance d'actif (B).

On sait qu'en l'état actuel de la jurisprudence et de la

doctrine, la gestion de fait suppose des actes positifs de gestion. Est donc considérée comme dirigeant de fait toute personne physique ou morale qui, assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait toute souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion ou de direction (Cour de cassation commerciale - 2 novembre 2005).

Cette qualité est rarement retenue à l'égard des banques prêteuses. Bon nombre de décisions imputables aux prêteurs peuvent en effet être rattachées à l'exercice de leur devoir de vigilance et d'information. Ainsi, les prêteurs ne s'immiscent pas dans la gestion de la société emprunteuse s'ils conditionnent l'octroi de concours bancaires à des mesures d'organisation ou de restructuration de l'entreprise (Cour de cassation commerciale - 7 janvier 2004). Gardons néanmoins à l'esprit que ce cas d'espèce est très différent de circonstances dans lesquelles l'emprunteur doit rediscuter sa dette bancaire avec ses prêteurs sans pour autant être en défaut de remboursement et solliciter de nouveaux crédits, au seul motif qu'il ne respecte plus certains ratios financiers inscrits initialement à la convention de crédit syndiqué.

Les prêteurs ne pourront être considérés comme gestionnaires de fait que s'ils se substituent aux dirigeants en place, prenant des décisions de gestion ou décidant d'orientations économiques, commerciales ou stratégiques de l'entreprise. Lorsque la société emprunteuse doit, non pas informer ses prêteurs, mais bien requérir au préalable leur autorisation écrite concernant des décisions purement opérationnelles, stratégiques ou économiques, la question se pose de savoir si l'émission de telles autorisations préalables et écrites ne serait pas constitutive d'un acte positif de gestion.

Rappelons que le manquement, par l'emprunteur, à l'obligation de requérir un tel accord préalable de ses prêteurs sera sanctionné, aux termes de la majorité des conventions de crédit syndiqué, par l'exigibilité anticipée des crédits. Autant dire la sanction la plus grave et la plus pénalisante pour l'emprunteur.

Rappelons également qu'à défaut d'un tel accord préalable, la société sera pieds et poings liés et ne pourra pas prendre de décision opérationnelle, stratégique ou économique significative.

Au vu d'une part de la multiplication du nombre d'autorisations préalables à requérir par l'emprunteur auprès de ses prêteurs selon les termes d'une seule et même convention de crédit syndiqué ; au vu d'autre part de la sanction qui est apportée en cas de manquement à cette obligation de requérir lesdites autorisations préalables, il apparaît de manière évidente que le centre de décision agissant en toute indépendance et de manière souveraine est de plus en plus déplacé de la société emprunteuse vers ses prêteurs.

De par l'émission d'autorisations ou de refus explicites relatifs à des décisions significatives en matière opérationnelle, stratégique ou commerciale, il nous semble que la majorité des prêteurs de crédit syndiqué n'est pas loin de la qualité de gestionnaires de fait.

Une question demeure néanmoins : par acte «positif», faut-il entendre un acte avéré et explicite, qu'il soit constitué d'un accord ou d'un refus (acceptation anglais), ou bien un acte purement affirmatif et approbatif, c'est-à-dire un accord uniquement ? Autant dire que ce point n'est tranché ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. A notre sens, il n'y a aucune raison valable d'exclure de la qualité d'acte «positif» des actes de refus, s'ils sont explicites et avérés. Ainsi, un accord demandé par l'emprunteur qui ferait l'objet d'un refus écrit et exprimé de la part des prêteurs, serait à notre sens constitutif d'un acte positif.

2. Une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif doit en outre être imputable aux gestionnaires de fait

Dans la mesure où la prise de décision, matérialisée par l'émission par les prêteurs d'un accord ou d'un refus, ne serait pas conforme à l'intérêt social de la société emprunteuse, mais tout à fait conforme à l'intérêt purement financier des banques, en tant que prêteurs, il nous semble que la faute de gestion pourrait être établie.

Il faudra ensuite démontrer que cette faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif. Ce peut être le cas lorsque les prêteurs imposent à l'emprunteur la cession rapide d'actifs générant des revenus. Cession qui peut se faire à moindre prix, n'avoir aucun sens stratégique et entraîner la société emprunteuse vers l'appauvrissement à moyen ou long terme.

Notons que l'action en comblement de passif est réservée au liquidateur ou au procureur de la République. Néanmoins, dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur n'a pas engagé l'action après une mise en demeure restée sans suite dans un délai de deux mois. Tout dépendra donc des actions engagées dans les mois à venir.

3. Le non-respect du principe de non-immixtion

Même si le législateur ne précise pas outre mesure la notion d'immixtion, on sait que le principe de non-immixtion

désigne en droit bancaire l'interdiction faite aux établissements bancaires de s'ingérer dans les affaires de leurs clients. Le principe de non-immixtion comporte en réalité deux facettes : d'une part l'interdiction faite aux banques de se renseigner au-delà de certaines limites, d'autre part l'interdiction qui leur est faite d'agir au nom du client ou d'orienter ses choix dans la conduite de ses affaires.

Au regard de ce dernier aspect, on voit mal la différence avec la qualification de la gestion de fait, sauf à considérer que l'immixtion suppose peut-être des actes moins forts que la gestion de fait.

L'immixtion ne sera reconnue que dans la mesure où elle est caractérisée. Alors même que la gestion de fait n'est pas établie, il semble cependant y avoir place pour une immixtion caractérisée, c'est-à-dire ponctuelle et appuyée.

Ainsi qu'exposé précédemment, il n'y a pas d'immixtion lorsque l'octroi de concours bancaires est soumis à des mesures d'organisation ou de restructuration de l'entreprise.

En revanche, il a été jugé que le banquier n'avait pas à inciter son client à choisir la restructuration d'ensemble de son domaine agricole plutôt que sa modernisation progressive, une telle intervention excédant les limites habituelles et normales de la mission de l'établissement bancaire (Cour d'appel de Limoges cour 1^{re} chambre - 20 mars 1995). Que penser, dès lors, de prêteurs qui conditionnent la poursuite des crédits à un plan de cession d'actifs, alors même que l'emprunteur n'est pas en défaut de remboursement des crédits et qui se voit contraint de rediscuter avec ses partenaires bancaires au seul motif qu'il ne respecte plus certains ratios financiers inscrits à la convention de crédit syndiqué ? Nous le comprenons, un pouvoir d'appréciation considérable est confié au juge en la matière.

4. Le non-respect de l'objet social de l'établissement bancaire

Notons une nouvelle tendance de marché : l'entrée, par les prêteurs, au capital social de sociétés emprunteuses en difficulté.

Forts de certains précédents en Europe, les prêteurs n'hésitent plus à convertir la créance qu'ils détiennent sur leurs emprunteurs, en capital.

On peut évidemment se demander dans quelle mesure l'entrée de banques au capital de sociétés dont l'objet social n'est pas l'activité bancaire, est conforme à l'objet social desdites banques.

D'un point de vue purement juridique, nous voyons mal comment une telle prise de participation est possible, sauf à modifier les statuts de l'établissement bancaire considéré.

En outre, on peut se demander comment seront conciliés l'intérêt social de la banque actionnaire et l'intérêt social de la société emprunteuse, lorsque les décisions opérationnelles de ladite société devront être agréées par la banque actionnaire. A la fois actionnaire et créancière, à quelle aune la banque prendra-t-elle ses décisions ?

Gageons d'ores et déjà que cette situation sera source de nombreux conflits d'intérêts. ■