



30 ANS
de Loi bancaire

La Loi bancaire et l'évolution du crédit aux entreprises



**DOMINIQUE
LEGEAIS**

Professeur

Université Paris
Descartes,
Sorbonne Paris
cité

Directeur
du CEDAG

Deux dispositions de la Loi bancaire ont marqué l'activité de crédit : l'encadrement de la rupture de crédit, de plus en plus resserré depuis cette première étape ; la validation de la cession de créances au titre de garantie, qui a préparé les esprits à la consécration de la propriété utilisée à des fins de garantie.

Il n'était pas possible de célébrer 30 ans de Loi bancaire sans envisager l'apport du texte au crédit aux entreprises. Comme sur d'autres points soulignés lors des deux journées, la loi a été visionnaire et a marqué une rupture avec la situation précédente. Le texte emblématique est l'article 60 encadrant la rupture du crédit, mais il faut aussi citer l'article 62 devenu l'article L. 323-23 du CMF consacrant la cession Dailly à titre de garantie¹. À l'époque où elles ont été votées, il était difficile de mesurer l'impact exact que ces dispositions allaient avoir sur la pratique du crédit. On le mesure mieux aujourd'hui et celui-ci est considérable. Depuis cette date, la pratique de la rupture du crédit ne cesse d'être encadrée. La loi a par ailleurs aussi constitué le véritable point de départ de la cession à titre de garantie. Jusqu'alors, la loi datant du 3 janvier 1981 n'avait guère rencontré le succès, faute de précision suffisante quant à la validité de la cession de créance à titre de garantie. Au-delà des apports techniques, le texte a donc été pour le crédit aux entreprises l'amorce de trois évolutions majeures.

Tout d'abord, venant après les lois relatives au crédit mobilier et au crédit immobilier à la consommation de 1978 et 1979, ces textes montraient que le clivage entre crédits aux particuliers et crédits aux entreprises était devenu essentiel. Même s'il existe toujours, le droit commun des opérations de crédit tend ainsi à devenir résiduel. Il est facile de deviner les motifs d'une telle distinction. Ces deux types de crédits n'obéissent pas aux mêmes impératifs. Pour les particuliers, le crédit présente un risque et doit donc être accordé avec prudence ; nécessaire à leur activité, le crédit

aux entreprises doit au contraire être favorisé. Cette distinction présente des avantages, mais aussi, il faut le dire, des inconvénients. Au rang de ceux-ci, il est déjà permis d'évoquer l'éclatement des sources entre le Code civil, le Code de commerce, le Code de la consommation et le Code monétaire et financier.

Ensuite, en encadrant la rupture de crédit le législateur révélait l'importance du crédit pour les entreprises. L'évolution future, et notamment la crise des *subprime*, devait confirmer et même amplifier cette analyse. Il s'en déduisait deux conséquences. D'une part, pour la première fois apparaissait de manière sensible une immixtion du juge dans la relation de crédit. C'est déjà peut-être l'amorce d'une remise en cause du caractère discrétionnaire de la liberté d'un banquier d'accorder, de réduire ou de rompre un crédit. D'autre part, ce peut aussi être l'amorce de la reconnaissance d'un droit au crédit pour les entreprises.

Enfin, la loi allait pouvoir servir de modèle pour des évolutions futures. Encadrée pour le crédit aux entreprises, la rupture de crédit peut-elle devenir libre s'agissant des particuliers ? Validée définitivement, la cession de créance à titre de garantie allait pouvoir favoriser le développement de la cession de créance à titre de garantie mais aussi en préparant le terrain, en acclimatant les esprits, à la consécration de la propriété utilisée à des fins de garantie. L'année 1984 préfigure ainsi 2007.

La Loi bancaire annonce ainsi d'une part une remise en cause de la liberté discrétionnaire du banquier d'accorder, de refuser ou de rompre un crédit (I.) et d'autre part l'essor de la propriété utilisée à des fins de garantie (II.).

I. REMISE EN CAUSE DE LA LIBERTÉ DISCRÉTIONNAIRE DU BANQUIER

Pour le banquier, la loi de 1984 marque assurément une rupture avec des principes bien établis. Elle constitue l'amorce d'une évolution dont on n'a pas fini de mesurer les conséquences. Jusqu'alors, le principe de la liberté du banquier d'accorder et refuser ou de rompre un crédit était quasi absolu, tout juste limité par la théorie de l'abus. Or, la loi de 1984, c'est d'abord l'encadrement de la rupture de crédit avec l'exigence d'un préavis. Depuis cette date, le mouvement n'a cessé de s'amplifier puisque la loi du

1. P. Bloch, « Vers un renforcement de la cession de créances à titre de garantie ? », *Mélanges D. Tricot, Dalloz, Litec 2011*, p. 11.

19 octobre 2009 impose la fourniture de la notation et la motivation de la rupture. Plus fondamentalement, c'est le point de départ de l'immixtion d'un tiers dans la relation de crédit. Le juge va pouvoir contrôler si les conditions de la rupture ont bien été respectées. Quelques années plus tard, la voie était ouverte à un autre tiers le médiateur qui lui aussi pouvait tenter de contribuer au maintien de la relation de crédit. Enfin, comment ne pas citer la loi du 27 juin 2013 qui renforce encore les contraintes pesant sur l'établissement de crédit? La réduction de la liberté de mettre fin au crédit (1.) est ainsi peut-être l'amorce de la reconnaissance d'un droit au crédit des entreprises (2.).

1. Portée de la réduction de la liberté de mettre fin au concours dans la loi de 1984

Par son article 60 devenu l'article L. 313-12 du CMF, la loi énonce que tout concours à durée indéterminée autre qu'occasionnel qu'un établissement de crédit consent à une entreprise ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Le texte devait par la suite être modifié et enrichi. La loi sur l'initiative économique du 1er août 2003 a renforcé la rigueur du texte légal. Le délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à une durée fixée par catégorie de crédits et en fonction des usages bancaires, par un décret pris après avis de la commission bancaire. Une loi n° 2009-1255 devait apporter une nouvelle modification à l'article L. 313-12. Le texte fixe alors lui-même le préavis à un minimum de soixante jours. Le banquier retrouve sa liberté dans deux cas de figure :

- d'une part, en cas de situation irrémédiablement compromise du client;
- d'autre part, en présence d'un comportement gravement répréhensible².

On devine la philosophie qui inspire le principe posé. D'une part, le crédit est essentiel pour les entreprises. La perte brutale d'un crédit peut avoir des conséquences préjudiciables. D'autant plus que si elle est connue, cette initiative bancaire peut avoir un effet de domino pour les autres contrats. Il faut donc permettre à l'entreprise d'envisager des solutions alternatives. D'autre part, le crédit reposant fondamentalement sur la confiance, quand celle-ci est rompue par un événement inattendu, il faut permettre au banquier de mettre fin le plus vite possible à la relation, afin de limiter des pertes plus grandes. Le banquier a alors une mission de service public. Mais on comprend dès lors pourquoi les deux exceptions apportées à la règle doivent être interprétées strictement. Tel a été l'enjeu de la jurisprudence. Mais la mission confiée au juge ne pouvait qu'être délicate tant les deux concepts, ceux de situation irrémédiablement compréhensible et celui de comportement gravement répréhensible peuvent être sujets à interprétations divergentes.

Commençons par celui de situation irrémédiablement compromise bien connu des spécialistes du droit des procédures collectives mais difficile à analyser. Il est en effet plus difficile de dire ce que n'est pas une situation irrémédiablement compromise plutôt que ce qu'elle est. C'est une définition par défaut, en creux qu'il faut donc retenir. La situation n'est pas celle de l'entreprise en cessation de paiement. La situation est plus grave. L'entreprise est en situation désespérée, vouée à une liquidation judiciaire quasi inéluctable.

Une difficulté tient à la connaissance de la banque au jour ou elle prend sa décision. Celle-ci doit être en droit de penser, compte tenu des éléments en sa possession, que son client est dans une telle situation, même si en réalité tel n'est pas le cas. Le juge, quant à lui, lorsqu'il statue, doit le faire en tenant compte des seuls éléments connus ou susceptibles d'être connus par la banque au jour ou elle prend sa décision et non au vu des éléments communiqués postérieurement. La même difficulté apparaît lorsqu'il s'agit d'apprécier un soutien abusif de crédit ou aujourd'hui un crédit fautif consenti à une entreprise en difficultés.

Le comportement gravement répréhensible est tout aussi délicat à appréhender. On touche à un élément susceptible d'influer sur la confiance que le client peut avoir en son client. Il y a donc nécessairement de la subjectivité dans l'appréciation. Le comportement gravement répréhensible n'est pas seulement le comportement pénalement répréhensible ; il est plus que cela. C'est le comportement qui peut influencer sur le consentement sur le choix du banquier. Un fait positif ou une abstention du client doit légitimement inspirer la crainte du banquier sur la situation à venir de son débiteur. La jurisprudence nous en offre un exemple récent. La Cour de cassation a ainsi admis que le caractère volontaire de la rétention par des emprunteurs d'informations qu'ils étaient tenus de communiquer au titre d'obligation contractuelle constitue un comportement gravement répréhensible³.

Ainsi conçu et interprété, le texte énonçait une solution raisonnable qui ne portait qu'une atteinte limitée à la liberté du banquier. Cependant, le droit discrétionnaire du banquier de mettre fin au crédit restait toujours limité par la théorie de l'abus du droit. Pouvait-il l'être encore plus complètement en appliquant à la relation bancaire le droit commun de la rupture des relations commerciales posée par le Code de commerce? Il est permis d'en douter. Comme vient de le rappeler le tribunal de commerce de Paris, l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier est un texte spécial qui constitue une loi nouvelle par rapport à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce⁴. De son côté, la Cour de cassation a sanctionné une cour d'appel ayant considéré que le délai de 60 jours était trop bref⁵.

Déjà affectée, la relation de crédit allait l'être encore plus par l'évolution ultérieure. L'interventionnisme législatif était en route. La pression législative n'allait pas se relâcher et conduire à des mutations plus profondes de la relation de crédit dont la portée reste à ce jour encore incertaine.

2. Ce texte a été finement analysé par J. Lasserre Capdeville : « Le droit de rompre un crédit octroyé à une entreprise-Analyse contemporaine de l'article L. 313-12 du CMF », *Mélanges AEDBF VI*, p. 313.

3. Cass. com. 28 juin 2011 : *RD banc. et fin.* 2011, comm. 192, obs. F. Crédot et T. Samin.

4. T. com. Paris, 6^e ch., 24 janv. 2013 : *Rd banc. et fin.* 2013, comm. 78, obs. F. Crédot et T. Samin.

5. Cass. com. 14 janv. 2014, arrêt n° 12-29682.



2. L'article L. 313-12 annonciateur d'un droit au crédit au profit des entreprises ?

Dans sa rédaction initiale, l'article L. 313-12 atténuait la liberté du banquier de rompre un crédit, mais la contrainte était si peu importante qu'il fallait être devin pour pouvoir en déduire une atteinte au principe consacré du droit discrétionnaire du banquier d'accorder ou de refuser un crédit, encore plus d'y voir les prémices de la reconnaissance d'un véritable droit au crédit. Cependant, le texte allait rendre possible des évolutions postérieures plus significatives :

- d'une part, la rupture de crédit allait s'avérer de plus en plus contrôlée ;
- d'autre part, d'autres limitations de la liberté du banquier allaient pouvoir intervenir.

L'article L. 313-12 allait être enrichi et complété par une autre disposition à la portée encore incertaine. Depuis la loi du 19 octobre 2009, en effet, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption qui ne peuvent pas être demandées par un tiers, ni lui être communiquées.

La portée de cette exigence de motivation est controversée, ce qui ne saurait surprendre car elle touche à la relation bancaire dans ce qu'elle a de plus essentielle : le caractère discrétionnaire de la liberté du banquier réaffirmée solennellement par l'arrêt *Tapie*. Deux lectures sont concevables.

Selon la première, la réforme est dénuée de portée pratique et ne va rien changer. Le banquier peut se contenter de fournir des motifs généraux ou spéciaux insusceptibles de contrôles et d'appréciation par le juge. Ce dernier ne pourrait sanctionner le banquier qu'en l'absence de fourniture de motifs.

Selon une deuxième lecture, le juge pourrait avoir à contrôler le bien-fondé de la motivation. Si celle-ci n'était pas justifiée, il pourrait ordonner le maintien du crédit ou peut-être plus raisonnablement ordonner la répartition du préjudice subi du fait de la rupture. La rupture ayant une motivation non fondée pourrait être qualifiée de rupture abusive. Par ce biais, il ne suffirait donc plus pour un banquier de respecter le délai de préavis pour prévenir toute action en responsabilité. Cette analyse pourrait aller dans le sens de l'histoire contemporaine. Après avoir fustigé le banquier qui accordait trop de crédit, le législateur encourage aujourd'hui la fourniture de crédits, tout au moins aux entreprises.

Le complément de l'article L. 313-12 du CMF allait résulter de l'article L. 313-12-1 qui énonce que les établissements de crédit fournissent aux entreprises qui sollicitent un prêt ou bénéficient d'un prêt une explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notation les concernant lorsqu'elles en font la demande

La loi du 27 juin 2013 allait être encore plus contraignante : les établissements de crédit ou les sociétés de financement fournissent aux entreprises qui sollicitent un prêt ou bénéficient d'un prêt leur notation et une explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notation les concernant lorsqu'elles en font la demande.

L'exigence de transparence, de motivation, de justification est donc renforcée. Il y a possibilité de contestation par l'emprunteur et donc, par voie de conséquence, possi-

bilité de remise en cause du caractère discrétionnaire de la décision du banquier.

Une autre atteinte à la liberté résulte indirectement de la présence du médiateur. Institution de crise par essence temporaire, elle est pérennisée. Voici donc une nouvelle personne devant laquelle le banquier doit désormais se justifier. Certes, le médiateur n'a pas de pouvoir de contrainte, mais le pouvoir moral ne doit pas être sous-estimé. Son existence a une fonction préventive. Un banquier va éviter de rompre un crédit, même en respectant les formes, s'il n'a pas de bonnes raisons.

Depuis 1984, l'idée qui s'est donc imposée est donc de maintenir le plus possible la relation de crédit ; si tel n'est pas le cas, il doit y avoir de bonnes raisons faciles à expliquer à l'emprunteur.

Dans le même temps, pour que l'entreprise ne soit pas privée de crédit, l'article L. 650-1 limite considérablement la responsabilité du fournisseur d'un crédit à une entreprise rencontrant des difficultés. La création de la BPI est aussi un signal fort montrant que le crédit relève de l'intérêt général.

Faut-il déduire de ces éléments disparates une tendance lourde devant aller jusqu'à la consécration d'un véritable droit au crédit pour les entreprises, de la véritable reconnaissance d'un service public du crédit ? Vous aurez un commencement de réponse dans la thèse qui sera prochainement soutenue par Marie Nicole, consacrée « au droit au crédit ».

Ainsi, la Loi bancaire annonçait les turbulences actuelles dans un ciel qui apparaissait à l'époque serein. La loi devait aussi être à l'origine d'un mouvement de grande ampleur affectant cette fois la mobilisation des créances. Elle devait donner le signal de l'essor de la propriété utilisée à des fins de garantie.

II. LA LOI BANCAIRE ET L'ESSOR DE LA PROPRIÉTÉ-GARANTIE

Favoriser le crédit, c'est aussi rendre les sûretés qui le garantissent plus efficaces. S'agissant de crédits aux entreprises, les sûretés les plus recherchées vont être celles favorisant la mobilisation des créances et celles qui pour le créancier sont le moins possible affectées par l'ouverture d'une procédure collective. Or la Loi bancaire réalise cet heureux compromis en confortant la cession de créance à titre de garantie. Cependant, ce texte est annonciateur d'une réforme de plus grande portée qui a mis du temps à s'imposer : celle de la fiducie. La consécration partielle de la cession de créance à titre de garantie a en effet rendu possible la généralisation de la fiducie à titre de sûreté. Pour la pratique du crédit aux entreprises, ces deux techniques sont d'une grande utilité. La Loi bancaire conforte donc et préfigure les évolutions ultérieures.

1. La validation de la cession de créance à titre de garantie par la Loi bancaire.

La Loi bancaire ne donne pas naissance à la cession de créance à titre de garantie. Sa date de naissance officielle est la loi du 2 janvier 1981. Cependant, c'est à partir de 1984 que

la pratique découvre réellement les potentiels de la loi. C'est qu'auparavant la loi avait consacré la cession de créances simplifiée sans autre précision. Il existait alors un doute quant à la validité de la cession de créance à titre de garantie. Doute d'autant plus permis qu'à l'époque, il faut le rappeler, l'environnement était hostile à une telle reconnaissance même si C. Witz venait de consacrer une thèse à la fiducie⁶. La précision apportée par la Loi bancaire devenue l'article L. 313-24 du CMF selon laquelle, la cession de créance pouvait intervenir à titre de garantie sans stipulation de prix était donc la bienvenue. Elle allait débloquent la situation et favoriser la mobilisation des créances professionnelles. La cession de créance à titre de garantie, donc sûreté à part entière, pouvait alors coexister avec la cession de créance à titre de paiement traditionnelle et la cession escompte.

L'évolution n'allait cependant pas nécessairement s'opérer dans le sens imaginé par ses promoteurs. Certes, la loi devait favoriser la mobilisation des créances en raison de son mode de tradition simplifiée. Progressivement, elle allait donc remplacer l'escompte, ce qui était l'un des objectifs de la loi. Certes, la cession de créance à titre de garantie devait se voir conférer une pleine efficacité même en cas d'ouverture d'une procédure collective et même en présence d'un contrat à exécution successive, ce qui était aussi l'un des objectifs de la loi.

Cependant, la loi avait deux autres ambitions et de ce point de vue l'échec est au rendez-vous. En premier lieu, le « Dailly » devait remplacer la subrogation comme technique de transmission des créances dans l'affacturage. Cela n'a pas été le cas, même si, aujourd'hui, la cession de créance semble gagner un peu de terrain.

La loi Dailly devait aussi modifier profondément la pratique du crédit aux entreprises en mettant fin au crédit fournisseur, aux délais de paiement en le remplaçant par le crédit acheteur. Le raisonnement était à l'époque simple et convaincant. Le système juridique allemand, qui pratiquait historiquement cette forme de crédit, avait aussi de longue date consacré la réserve de propriété et la propriété utilisée à des fins de garantie. En consacrant ces deux institutions, ce qui fut opéré en 1980 et 1981, on devait obtenir le même résultat. Force est de constater que tel n'a pas été le cas. La question des délais de paiement est toujours à l'ordre du jour. Belle leçon de droit comparé. Il ne suffit pas de copier des institutions. Il faut tenir compte de l'environnement juridique, de la pratique, des mentalités. Le paiement comptant n'est manifestement pas entré dans les mœurs commerciales françaises.

Mais la Loi bancaire subit ainsi le sort de beaucoup de lois. Elles n'ont pas les effets prévus, mais elles peuvent avoir des conséquences indirectes non envisagées. Tel a été le sort de la loi Dailly. Car à son crédit, c'est le cas de le dire, elle a rendu possible la généralisation de la propriété garantie, sûreté reine du crédit aux entreprises.

2. La Loi bancaire annonciatrice de la généralisation de la propriété à des fins de garantie

Venant après la réserve de propriété, la loi Dailly a familiarisé des esprits français pour lesquels ce n'était pas familier à l'utilisation de la propriété garantie. En 25 ans par étapes, il a ainsi été permis de passer d'un climat d'hostilité quasi générale à un climat de faveur rendant possible la loi du 19 février 2007 consacrant la fiducie et donc la généralisation de l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie.

La loi Dailly devait en effet montrer que le droit de propriété pouvait survivre à une telle utilisation même s'il est toujours possible de discuter à l'infini pour savoir si, lorsque la propriété est utilisée à fin de garantie, c'est le même droit de propriété qui est mis en œuvre ou s'il s'agit d'une autre propriété divisée en propriété économique et propriété juridique.

La loi Dailly devait aussi montrer que la prohibition du pacte commissoire ne constituait pas plus un obstacle dans la mesure où la prohibition devait être abrogée quelques années plus tard. Enfin, la loi allait montrer que le droit des procédures collectives allait pouvoir surmonter cette épreuve. Les évolutions futures allaient en effet montrer les voies d'un compromis acceptable.

Comme je l'étais il y a trente ans, je reste réservé devant cette évolution de notre droit. Je persiste à croire qu'il est permis de rendre une sûreté traditionnelle efficace sans avoir recours au droit de propriété ou au droit de rétention. Il y a hypocrisie du législateur et du juge à conférer plein effet à ces sûretés conférant une exclusivité à leurs bénéficiaires et à limiter dans le même temps l'efficacité des sûretés traditionnelles. Notre droit y perd en clarté, en cohérence, donc en sécurité et en attractivité juridique. Mais l'essentiel, me direz-vous, est que les banques y trouvent leur intérêt et développent leurs crédits aux entreprises. Mais précisément, ce but est-il atteint? Comment ne pas être dubitatif devant le peu d'utilisation de la fiducie sûreté, pourtant réclamée par les praticiens de tous bords!

Peut-être que, comme en matière de Dailly, il faut laisser le temps aux praticiens d'acclimater l'institution et de mesurer toutes ses potentialités. Déjà des travaux montrent les différents usages qui peuvent être faits de la fiducie pour des opérations spécifiques, notamment dans le cadre des procédures collectives⁷. Il faut donc peut-être garder espoir et se donner à nouveau rendez-vous dans 30 ans pour faire le point comme aujourd'hui. C'est en effet le délai raisonnable pour mesurer les effets réels d'une réforme sur la pratique. Concluant cette présentation de la Loi bancaire et de ces deux journées d'analyses, je mesure combien cette loi a été importante. Place maintenant à l'avenir et aux perfectionnements souhaitables. ■

6. C. Witz, *La Fiducie en droit privé français*, préf. de D. Schmidt, Economica, 1981.

7. Y.M. Ravet et M. Andreani, « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse? », *Droit et patrimoine*, dossier « Retour sur des utilisations réussies de la fiducie », sept. 2013; S. Catoire et A. Bertin, « Cas pratiques fiduciaires », *Droit et patrimoine*, dossier « Retour sur des utilisations réussies de la fiducie », sept. 2013.