

LA SOLIDARITÉ ACTIVE, PARALLEL DEBT* À LA FRANÇAISE, OU LES VERTUS DE LA SIMPLICITÉ



MICHEL BAUER
Senior of Counsel
Stephenson
Harwood, Paris

Comment assurer, en France, une fluidité raisonnable aux actifs bancaires sécurisés dans des formes de documentation simples, substituant le droit commun aux formalisations contractuelles complexes ?

Les opérations bancaires syndiquées par lesquelles un certain nombre d'établissements de crédit participent à un financement s'articulent autour d'un agent qui les représente et souvent, si elles sont assorties de sûretés, d'un agent des sûretés. Ce dernier a vocation à constituer, gérer, exercer et réaliser les sûretés consenties en faveur des créanciers originels et de leurs successeurs ou cessionnaires ultérieurs. L'articulation du droit français des sûretés et de leur réalisation s'articule mal à une approche purement contractuelle du mandat donné à l'agent des sûretés, surtout après que les créances ont été cédées ou transférées.

Le Code civil ne contiendrait-il pas une disposition qui permette, sans soumission à des lois étrangères et sans documentation pléthorique, d'envisager la question dite de « l'agent des sûretés » sur un fondement directement tiré de la loi ?

Une proposition fondée sur le rappel d'un droit positif éclaté et méconnu, en première partie pour tenter, dans une perspective théorique, d'y trouver, en seconde partie, un palliatif *ex lege* d'une question toujours incertaine.

■ I. UNE INSTITUTION ÉCLATÉE ET MÉCONNUE : LA SOLIDARITÉ ACTIVE

Le Code civil traite, par ses articles 1197 et suivants, de la solidarité comme d'une institution à deux faces, l'une active, l'autre passive :

– l'une prévoit une pluralité de créanciers et règle leurs relations tant entre eux que vis-à-vis de leur débiteur commun : la solidarité active (articles 1197 à 1199) ;

– l'autre prévoit une pluralité de débiteurs et règle leurs relations tant entre eux que vis-à-vis de leur créancier

commun : la solidarité passive (articles 1200 à 1216).

La solidarité passive et ses principes se retrouvent et sous-tendent un grand nombre de dispositions légales, et ont donné lieu à un vaste corpus de commentaires et de jurisprudences ; la solidarité active nettement moins¹. Les dispositions des articles 1197 à 1199, ne pourraient pas contribuer à une réponse « de droit » à des préoccupations de pratique bancaire que l'on tend à pallier par des documentations volumineuses et complexes donc fragiles ?

1. LES TEXTES

1.1. Texte général : le Code civil

Les articles 1197 à 1199 du Code civil² énoncent qu'en cas de solidarité active, le ou les débiteurs peuvent se décharger de leurs obligations envers tous en réglant l'un des créanciers solidaires. Symétriquement, un quelconque des créanciers solidaires peut agir contre le ou les débiteurs et les règlements opérés en sa faveur déchargeront le ou les débiteurs de leurs obligations envers les autres créanciers solidaires. L'interruption de prescription acquise en faveur de l'un profite à tous les créanciers. (Comp. article 529, alinéa 2, du Code de procédure civile : « profite solidairement »).

a. La distinction d'avec la solidarité passive

La jurisprudence rappelle avec une certaine répétitivité que l'on ne saurait induire d'une stipulation de solidarité passive un lien de solidarité active³ et réciproquement⁴.

1. M. Mignot JCL civ Art. 1197 à 1216 fasc. 10, Hontebeyre, *Le Fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, Economica, Paris, 2004, préface Laurent Aynes ; Jean Francois Adelle, AGEFI, 24 février 2011, RDBF 2010 n° 5 ; J.-L. Michaud, « Cotitularité des sûretés », D&P 2008, 1732.
2. Articles 1311 et 1312 dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats.
3. Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1983 Bull. Civ. 1. 163 publié, 23 décembre 1964 D 1965 153 note Esmein, JCP 1965 II 14259 note Patarin Sociale 24 juin 1998, non publié, « leur qualité de débiteurs solidaires ne leur conférerait pas celle de créanciers solidaires », Civ 1^{re} 27 avril 2004 JCP N 2004 N 1491 note Leveneur, JCP E 2005 446, obs. Mousseron, Defrenois 2004 1731 obs. Aubert.
4. Cass. com. 6 juillet 1999 non publié, sur une question découlant d'un compte joint débiteur approuve un arrêt qui avait refusé de condamner solidairement des débiteurs d'un crédit « la solidarité active entre créanciers contractuellement prévue et qui se traduisait notamment par la gestion du crédit à travers un compte courant unique, modalité choisie unilatéralement avec le CEPME n'impliquait pas une solidarité passive ». Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1994, publié : « la solidarité active stipulée entre les prêteurs permet d'agir contre un quelconque des prêteurs en restitution

* Pratique anglo-saxonne de création sous droit étranger d'une « dette parallèle » portée par un créancier « parallèle » pour le compte des créanciers originels et de leurs successeurs et seul titulaire des sûretés, la créance parallèle et les créances originelles étant, vis-à-vis du débiteur, dans un rapport de substitution en termes de montant. Voir, dans l'article, la note 14 sur l'arrêt *Belvédère*.

Une stipulation de solidarité active ne peut, au-delà du texte de l'article 1198, emporter de solidarité passive.

b. Les exigences formelles

La solidarité, active comme passive, ne se présume pas. La jurisprudence est exigeante quant à l'expression de la stipulation de solidarité active et demande une mention qui énonce la faculté de percevoir au nom et pour le compte des cocréanciers⁵.

1.2. Les comptes joints

Dans le domaine des comptes joints où la question de la solidarité active est abordée, avec un important contentieux dans celui des comptes bancaires ouverts au nom des époux, on trouve des perméabilités et des chevauchements avec des notions de propriété telles que « copropriété indivise du compte », « société créée de fait », qui rappellent les tentatives de qualification des opérations bancaires syndiquées.

1.3. Un texte spécifique : la loi 52-332 du 24 mars 1952

Cette loi instaure des établissements agréés en tant que tels, susceptibles de consentir des prêts immobiliers hypothécaires à des particuliers « adhérents ». Le législateur a tenté de pallier le défaut de financement de l'habitat en instaurant des institutions qui collectent des dépôts de leurs adhérents « sociétaires » pour financer ultérieurement les prêts destinés à financer l'acquisition de leur résidence principale⁶.

Les emprunteurs sont accoutumés à « préfinancer » ces financements par le recours à des établissements de crédit « de droit commun ». Les « financements d'anticipation » des établissements de crédit de droit commun s'ajoutent au

« financement de consolidation » des institutions de la loi de 1952 qui a vocation à les substituer ou à les fédérer. La loi énonce en son article 5 (dans sa rédaction de la loi 84-46 du 24 janvier 1984 et de l'Ordonnance 2013-544 du 27 juin 2013) un principe général de solidarité active entre les coprêteurs, avec un rappel spécifique du bénéfice de cette solidarité quant aux sûretés hypothécaires accordées postérieurement aux financements d'anticipation⁷. Les effets de la solidarité active sont circonscrits au seul contrat qui la stipule et la Cour de cassation a exclu du régime de cette solidarité les actions en responsabilité contre un tiers quand bien même auraient-elles eu pour origine une faute rendant irrécouvrable la créance commune⁸.

Cette disposition a sans doute pour but d'éviter les coûts des sûretés réelles que les établissements consentant les crédits d'anticipation auraient autrement été amenés à exiger.

Il ne semble pas que l'on puisse considérer que cette disposition, interprétée *a contrario*, vient exclure la constitution, en faveur de l'un d'entre eux, de sûretés au bénéfice de l'ensemble et de chacun des créanciers solidaires.

2. LES EFFETS DE LA STIPULATION DE SOLIDARITÉ ACTIVE

2.1. La représentation et le mandat de chaque créancier

N'importe lequel des créanciers peut agir pour tous et le paiement fait à l'un décharge le débiteur à l'égard de tous. La solidarité active implique un mandat « légal » de perception pour compte commun, partagé entre les créanciers solidaires, chacun ayant vocation à en être le(s) mandant(s) ou le mandataire⁹.

2.2. La révocation

L'article 1198 dispose que l'un des aspects de la solidarité active, le choix du débiteur de payer l'un des créanciers, cesse dès lors qu'il est « prévenu par les poursuites de l'un d'entre eux ». La question s'est posée en termes de comptes joints dans des hypothèses de divorce ou de succession, la jurisprudence a admis que l'un des conjoints pouvait librement mettre fin à cette solidarité en mettant fin au contrat : ce à qui il peut être mis fin unilatéralement ce n'est la solidarité du compte-joint c'est la relation de compte elle-même¹⁰.

d'intérêts trop perçus ».

5. Cass. civ. 1^{re}, 23 décembre 1964, publié, casse un arrêt qui avait accueilli l'action en rescision d'un seul des deux vendeurs « fondant la solidarité active sur la stipulation par laquelle les vendeurs s'étaient engagés solidairement "à toutes les garanties de fait et de droit les plus étendues en pareille matière" la cour d'appel n'a pas donné base légale à sa décision ». Cass. civ. 1^{re}, 27 avril 2004, publié, cassant un arrêt qui avait retenu l'effet solidaire d'une clause de « solidarité entre tous les vendeurs... » au motif suivant « en statuant ainsi sans retenir que le titre donnait expressément à chacun des créanciers le droit de demander le paiement total de la créance, la cour d'appel a violé le texte précité (1197) ». Cass. civ. 3^e, 21 octobre 2009, non publié, la stipulation selon laquelle des entreprises agissent « solidairement » dans le cadre d'un marché ne confère pas à elle seule la qualité de créancier solidaire permettant à l'un d'entre eux de demander le règlement de la créance fut elle commune. Civ. 2^e, 30 mars 2000, non publié, sur une saisie immobilière d'une banque pour un crédit consenti par deux établissements « solidaires » cassation pour manque de base légale d'un jugement « statuant sur cette affirmation sans l'assortir d'aucun motif propre à justifier [...] ». Cass. com. 14 mars 2000, non publié, « caution donnée en faveur de trois bénéficiaires, bloc indivisible formé de trois sociétés », cassation pour manque de base légale : « statuant par de tels motifs impropres à caractériser la solidarité active ». Comp., dans un autre sens, cour d'appel de Paris 15^e B, 25 avril 1997. Cass. com. 9 mai 1990, non publié, avec une exégèse d'où l'arrêt attaqué a pu justifier d'une solidarité active sans qu'il ne semble avoir eu mention de l'article 1197 dans les contrats analysés. Implicite, Cass. com. 17 juin 1997, publié. Si la stipulation de solidarité active doit être claire, la jurisprudence admet qu'elle soit révoquée sans formalité du moins dans le cadre d'un compte joint (Com 30 janvier 1990 publié) par une extension de la notion de « poursuite ». Paris, 8^e section B, 5 octobre 2006, reconnaissance en faveur de chacun des associés d'une société du fait de la qualité de créancier solidaire ou réclamer le paiement du tout (« groupe Garrigues ») ; *idem*, 25 avril 1997, 15^e B, qui, par une exégèse souveraine, reconnaît une stipulation de solidarité active dans la dénomination unique de trois entités « ci-après ensemble VAG » dans un engagement pris en leur faveur par un établissement de crédit. Attention au libellé des contrats et aux conséquences d'habitudes rédactionnelles type : « ci-après ensemble X », dont les effets juridiques peuvent ne pas avoir été envisagés ou voulus !
6. Voir, pour un résumé du pourquoi, Conseil de la République, « proposition de loi... », Louis Gros, annexe au P.V. de la séance du 2 juin 1958, et Assemblée Nationale, intervention Bernard Marie, Rapporteur, 14 juin 1971 (JO 1971 AN Débats 2887).

7. Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1994 précité, pour une exégèse d'un contrat de prêt hypothécaire qui, soumis au régime de la loi de 1952, avait stipulé une solidarité active entre les prêteurs : « la loi 52-332 du 24 mars 1952 modifiée par le décret 55-627 du 20 mai 1955 n'interdit pas à ces établissements prêteurs de stipuler dans l'acte constitutif de la sureté qu'ils agiront solidairement entre eux [...] ».
8. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 2007, publié : « la solidarité active stipulée à l'acte de prêt ne permettait pas à la BIE d'exercer une action en responsabilité au nom des créanciers solidaires à l'encontre d'un tiers à ce contrat » (action contre un avocat qui avait commis une faute professionnelle dans la réalisation d'une sûreté), RTD Civ 2007, 121, Observations Mestre et Fages.
9. Le « prochain » article 1311 permet d'induire, de la reddition de compte, le principe d'un mandat.
10. Cass. com. 30 janvier 1990 : « étant toujours révocable un compte joint perd ce caractère par la seule manifestation de volonté de l'un de ses titulaires » ; Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 2014, non publié, pour un compte joint dans le cadre d'une indivision successorale : « Mme Y [...] propriétaire indivise des fonds était autorisée [...] à procéder à leur retrait ».

La jurisprudence paraît admettre une « reprise de liberté » dans des crédits stipulés solidairement consentis¹¹.

■ II. L'AGENT DES SÛRETÉS, UNE PROPOSITION

L'objet de la présente contribution est de soumettre une proposition de réponse, en l'état nécessairement théorique et hypothétique, par recours à des dispositions du Code civil, à un point encore incertain du droit des opérations bancaires syndiquées et de la gestion de leur actif par les banques.

1. LA SYNDICATION BANCAIRE

1.1. Aspect financier

a. Un financement partagé

Est une opération syndiquée, une opération de crédit par laquelle divers établissements de crédit, ou des établissements autorisés à consentir des crédits, se réunissent pour mettre à la disposition d'un ou de plusieurs emprunteurs un financement dans les conditions du ou des contrats qui les lient.

b. Des exigences de liquidité

Les créances nées de ces contrats constituent pour les banques des actifs qui participent à la gestion active de leurs bilans (*Asset and liabilities management* – ALM) et sont sujets à des cessions ou affectations qui aboutissent à des distributions très variées de leurs titulaires au cours de la vie d'une opération.

1.2. La standardisation contractuelle des pratiques de marché

La forme de ce type de contrat se standardise sous l'impulsion des places de Londres ou de New York, où se concentre le marché de la syndication secondaire, qui publient des documents standard (le LMA – Loan Market Association – du marché européen de la dette, centré sur Londres, ou le LSTA – Loan Syndication and Trading Association – du marché nord-américain). Quand des sûretés sont consenties, elles le sont classiquement à un des prêteurs : l'agent des sûretés.

La stipulation expresse de non-solidarité passive est un des standards de cette typologie¹².

1.3. La représentation et l'agent des sûretés

La question de l'articulation des opérations syndiquées au régime français des sûretés reste ouverte, surtout dans leur composante dynamique de gestion de ces actifs et de cessions, transmissions ou autres affectations ; malgré les lois des 19 février 2007 et 4 août 2008 instaurant l'article 2328-1 du Code civil. (« toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation »).

Les problématiques de déclaration de créances sur un débiteur français, du suivi des procédures collectives et de réalisation des sûretés « pour compte commun » pourraient-elles se trouver utilement éclairées dans leur mécanisme et renforcées dans leur légitimité par une stipulation de solidarité active ?

2. L'HYPOTHÈSE DE LA SOLIDARITÉ ACTIVE

2.1. La condition d'une obligation unique mais partageable

La soumission au régime de la solidarité active suppose que la créance, « l'obligation » du débiteur soit unique, quitte à bénéficier à la collectivité des créanciers, « encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers » précise l'article 1197 in fine.

Peut-on considérer qu'une opération syndiquée classique emporte souscription par le débiteur dans sa relation avec la collectivité de ses prêteurs d'une « obligation », singulier originel, nécessaire à la stipulation de solidarité active ?

Cette interrogation n'a de pertinence que dans les opérations initialement syndiquées.

Les opérations de syndication postérieure d'une créance bilatéralement consentie nous paraissent relever à l'évidence d'une unicité originelle que sa distribution ultérieure ne devrait pas affecter.

Pour relever des dispositions de ces articles, l'obligation « au singulier » a vocation à se diviser et se fractionner dans des hypothèses qui paraissent correspondre, par anticipation des rédacteurs du code, aux soucis et aux pratiques des opérations syndiquées.

La liberté d'action de chaque créancier est implicitement reconnue par le premier alinéa de l'article 1198. L'unicité de la créance, condition de la solidarité active, n'interdit pas dès lors aux créanciers de disposer de leur part avec une liberté suffisante pour répondre aux nécessités de la syndication et de la gestion de leur bilan.

La « partageabilité » et la divisibilité entre créanciers dont le texte précise qu'il n'affecte pas leur solidarité active apparaissent ainsi pouvoir contribuer à une réponse aux soucis de liquidité des actifs des banques.

La solidarité active « initiale » devrait s'étendre aux cessionnaires comme accessoire de la créance sans qu'ait à se poser la question de la transmission des obligations attachées à la créance dont on peut s'interroger pour savoir ce que peut être leur mode de circulation dans le processus de cession des créances.

11. Dans un cas où il ne semble pas qu'il y ait eu de stipulation de solidarité active expresse la jurisprudence semble avoir admis l'autonomie des droits des créanciers. Cass. com. 24 octobre 2000, non publié : crédit à deux banques avec un « chef de file », à la suite de difficultés le chef de file accepte un report d'échéances que le participant refuse. Le participant poursuit le débiteur. Le débiteur conteste la recevabilité de son action au motif que le contrat de crédit ne permettait pas d'action autonome ; l'action du participant est admise par la cour d'appel. Le pourvoi est rejeté au motif que la cour d'appel avait pu considérer à bon droit que le libellé du prêt ne manifestait aucune « intention des banques de convenir entre elles, ou avec l'emprunteur d'une indivisibilité » de « l'exercice de leurs droits aux fins de remboursement » constatant la recevabilité de l'action autonome du participant. Les dispositions du second alinéa de l'article 1198 non évoqué auraient au demeurant tendu sur le fond à la même solution « la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour part de ce créancier ».

12. Exception pour la pratique française des crédits acheteurs.

2.2. Les effets

a. La représentation

Rien ne paraît s'opposer à ce que la jurisprudence fondée sur la loi de 1952 dont une lecture *a contrario* ne s'impose pas ne puisse s'étendre aux effets d'une solidarité active contractuelle¹³.

b. Les sûretés

Ne pourrait-on pas pour assurer la constitution, la gestion et la réalisation des sûretés consenties en faveur « des prêteurs » stipuler une solidarité active asymétrique au seul bénéfice de l'un des créanciers, mandataire de droit de ses cocréanciers solidaires ?

Les textes n'imposent pas de quantum aux créances solidaires et les dispositions législatives qui se réfèrent à la solidarité active, la loi de 1952, paraissent, implicitement, envisager que le créancier solidaire « consolidateur » ait une créance symbolique.

Ce créancier « pivot » pourrait exercer sur les sûretés l'ensemble des droits que leur constitution lui reconnaît, en fonction de leur nature, de leur objet comme des conventions qui les constituent. La constitution au bénéfice d'un créancier bancaire initial « pivot », éligible à leur régime, des sûretés des articles L. 213 et ss. ou L. 211-36 et ss. du Code monétaire et financier devrait en étendre le bénéfice à des cocréanciers solidaires postérieurs ou concomitants, quelque soient leurs statuts ou leurs agréments. Les conséquences de leur réalisation comme les distributions qui peuvent en provenir relèveraient des conventions conclues entre les prêteurs solidaires, la loi française donnant, en outre, une assise « légale » au mandat donné au créancier « pivot ».

La solidarité active asymétrique pourrait, sur un fondement légal, permettre d'instaurer des rôles et de définir des attributions claires en termes de poursuite et de distribution.

L'attraction du droit des sûretés et de celui d'une éventuelle procédure collective du débiteur ne pourrait-elle pas à envisager l'introduction, dans une hypothèse d'emprunteur français et de sûretés « en France » des stipulations de solidarité même dans des documentations soumises à d'autres droits ? La souplesse voulue par le Règlement CE 593/2008 Rome I ne permet-elle pas de « dépecer » le contrat et de soumettre certaines de ses dispositions à un droit distinct de celui qui régit les autres ?

Le droit européen, partant du droit international privé français, pourrait ainsi reconnaître l'effet d'une stipulation de solidarité active soumise aux dispositions du droit français dans le cadre d'une convention ou d'un ensemble de conventions soumises à un autre droit.

Peut-on envisager, à titre de précaution, fût-elle surabondante, de « fall back », pourrait-on dire selon un jargon emprunté à d'autres techniques, une stipulation de solidarité active à usage purement « local » dans une documentation multiple qui lierait un ou des emprunteurs français à une collectivité mouvante de créanciers béné-

ficiaries de sûretés de droit français consenties au seul profit d'un « pivot » permanent et immuable créancier ?

Ce mécanisme ne saurait toutefois s'entendre que de créanciers solidaires sur une créance unique, fût-elle divisible, et ne saurait traiter les questions de pluralité de créanciers bénéficiant à des titres divers de sûretés sur un même actif, d'« intercréanciers », de conventions de rang, du sort des banques dites « de couverture », voire des tranches avec des participations non homogènes et de conflits latents, type Euro PP¹⁴.

Conclusion

Une stipulation de solidarité active spécifiant la possibilité pour l'un des créanciers d'agir pour tous peut augmenter l'efficacité des stipulations d'agence et d'agent des sûretés dans des opérations à débiteur français ou comportant des sûretés françaises.

Certes, traiter des relations multiples par la soumission à des dispositions du Code civil, succinctes qui plus est, trois articles de quelques lignes, remontant au début du XIX^e siècle ne paraîtra pas correspondre à la tendance descriptive, exhaustive et surabondante des rédactions des modèles anglo-saxons. La recherche de la « LMA ou LSTA compliance » pousse à une standardisation compréhensible pour un marché international dont la liquidité et la profondeur ne se trouvent pas en France.

Une stipulation de solidarité des articles 1197 et suivants est-elle pour autant exclue ?

Elle ne devrait pas, par la discrétion formelle de son inclusion – quelques lignes –, affecter la « LMA/LSTA compliance » de la documentation tout en assurant dans notre ordre juridique des solutions comparables, voire additionnelles, à l'effet escompté des constructions coûteuses compliquées et peut-être plus fragiles qu'il n'y paraît, fondées sur des concepts importés sans autre nécessité que d'assurer une conformité devenue commercialement nécessaire. Elle pourrait de plus, par son recours à des textes bien ancrés dans la tradition juridique française, rassurer les banques dans leurs fonctions risque et les conseils dans leurs opinions, sur l'efficacité de son mécanisme en cas de contentieux devant les tribunaux français. ■

13. Cass. com. 20 mars 2001, publié : « mais attendu que l'arrêt énonce exactement que l'obligation solidaire entre plusieurs créanciers donne à chacun d'eux, en application de l'article 1197 du Code Civil, le droit de demander le paiement du total de la créance et en conséquence de la déclarer en totalité au passif de la procédure collective du débiteur ».

14. Comm. 13 septembre 2011, arrêt *Belvédère*, largement commentée, où la reconnaissance en France de l'effet d'une soumission à un droit étranger a rendu « surabondante » l'argumentation relative à la solidarité active. Cette décision reconnaît en France l'effet d'une stipulation de *parallel debt* et la constitution d'un trust sous un droit étranger pour accepter la déclaration de créance de cette institution avec celle des créanciers originaux. Les créanciers « agents des sûretés » avaient, pour justifier la non contrariété de la *parallel debt* avec l'ordre public français, évoqué les dispositions de l'article 1197 du Code civil. La cour d'appel de Dijon, confirmée par la cour de cassation, a préféré raisonner en droit international privé et reconnaître en France les effets de la loi étrangère choisie par les parties. Les trois arrêts d'appel et l'arrêt de rejet rappellent toutefois la pertinence du recours à l'institution de la solidarité active, voire, pour l'arrêt de rejet, une appréciation implicite de son efficacité, fût-elle en l'espèce, « surabondante » : justifiant de la recevabilité de sa (le Trustee) déclaration de créance, indépendamment de tout lien de solidarité active, c'est à titre surabondant que la cour d'appel a relevé sur le fondement du droit français, l'existence d'un tel lien.