

GARANTIE BPIFRANCE : UNE NATURE ORIGINALE À LA PORTÉE MAL COMPRISE ET GÉNÉRATRICE DE CONTENTIEUX



NICOLAS MALHERBE
Juriste de banque
Master 2 Droit
bancaire et
financier

Les banques étant souvent réticentes à consentir des crédits en blanc ou faiblement garantis, la contre-garantie de la BPI (succédant à l'identique à celle d'OSEO) peut constituer un déclencheur. Néanmoins, compte tenu de l'originalité de la garantie apportée, son étendue est mal comprise des prêteurs, des emprunteurs ou encore des cautions. Pourtant, les conditions générales sont claires et ne laissent pas place au doute quant à l'engagement de BPI. En effet, « la garantie ne bénéficie qu'à l'établissement financier. Elle ne peut en aucun cas être invoquée par les tiers, notamment par l'emprunteur et ses garants personnels, pour contester tout ou partie de leur dette. »

La Banque Publique d'Investissement (BPI) a été créée par la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012. L'établissement public BPI-Groupe est détenu à parts égales par l'État et la Caisse des dépôts et consignations (CDC). Elle est issue du rapprochement d'OSEO, de CDC Entreprises, du Fonds stratégique à l'investissement (FSI) et du FSI Régions.

Elle a pour objectif « [d']accompagner la croissance des entreprises, [de] préparer la compétitivité de demain [et de] développer un écosystème favorable à l'entrepreneuriat ». Dans un contexte économique tendu et une atonie de la demande de crédits d'investissement de la part des entreprises, « BPIfrance jouerait un rôle crucial et contractuel aux fins de solvabiliser les demandes de crédits des

entreprises, qu'ils concernent l'investissement ou la trésorerie »¹. Au sein des différents métiers de BPIfrance, c'est plus particulièrement la fourniture de garanties qui nous intéresse ici.

I. PRÉSENTATION DE LA GARANTIE BPIFRANCE

La garantie est suffisamment originale pour être développée. Le terme de garantie peut d'ailleurs paraître trompeur : en réalité, BPI n'intervient pas pour assurer l'entrepreneur contre le risque de défaillance de son entreprise, mais garantit ses prêteurs² pour une partie de leur perte finale éventuelle sur des opérations de crédit précisément identifiées. Il ne s'agit pas d'une garantie supplémentaire en tant que telle, mais d'un partage de la perte finale avec la banque.

La garantie de BPIfrance est délivrée aux établissements de crédit à hauteur de 40 à 70 % pour les inciter à financer les PME dans les phases les plus risquées : création, reprise, innovation, international, développement ou renforcement de la trésorerie. Elle est à la charge de l'emprunteur et représente un coût de 0,70 % annuel du capital restant dû. On pourrait d'ailleurs ici considérer que l'emprunteur doit, d'une certaine façon, payer un droit d'accès au crédit. En opportunité, on mentionnera qu'il existe des solutions moins coûteuses, si ce n'est en temps, telles que la médiation de crédit incombant à la Banque de France dont les résultats parlent d'eux-mêmes³.

BPI conditionne son engagement à « une politique de modération des sûretés » de la part de la banque. Est plus particulièrement visé ici le cautionnement qui doit être limité en pourcentage de l'encours de cré-

1. Site internet BPIfrance.

2. Établissements de crédit ou sociétés de financement.

3. Cf. Médiation du crédit aux entreprises : Rapport d'activité 2014.

dit. En outre, la banque ne doit pas obtenir d'hypothèque conventionnelle ou judiciaire sur la résidence du débiteur.

La banque est tenue de réaliser les sûretés et d'appeler BPI France sur le solde. BPI France partage la perte finale au prorata de sa part de risque et verse à la banque un intérêt de trésorerie sur la part garantie de la créance à recouvrer. Enfin, BPI France n'exerce pas de subrogation après paiement. BPI France ne dispose donc d'aucun recours contre le débiteur ou sa caution après avoir désintéressé le prêteur. Elle joue donc le rôle de facilitatrice de demandes de crédits tout en renonçant à poursuivre le débiteur ou sa caution, tous deux, de facto peu ou non solvables. Au demeurant, compte tenu des personnes détentrices du capital de BPI, une approche contraire serait sans doute considérée comme politiquement incorrecte.

II. NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE

Ne s'agissant pas de biens apportés en garantie par le débiteur, il ne s'agit pas d'une sûreté réelle. Inscrire la garantie BPI France dans le cadre des sûretés personnelles du Code civil n'est pas pour autant aisé.

Selon l'article 2322 du Code civil, « la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». Or la BPI ne s'engage pas ici à tout mettre en œuvre pour que le débiteur rembourse son crédit mais couvre uniquement un pourcentage prédéterminé de la perte finale du prêteur.

Le cautionnement est quant à lui régi par les dispositions des articles 2288 et suivants du Code civil. La garantie BPI France se rapproche d'un cautionnement simple. En effet, BPI n'est appelée qu'après que le débiteur et sa caution l'aient été. Là où le bénéfice de discussion est évident avec le premier, celui de division est plus discutable avec la seconde. BPI France n'est pas cofidélusseur. La caution est nécessairement appelée en premier sans pouvoir invoquer le bénéfice de division et, ce, même si elle n'y a pas renoncé au préalable. La caution est ainsi privée de l'exercice d'un recours en contribution contre BPI France⁴ (OSEO). En outre, l'article 2305 du Code civil permet à la caution de se retourner contre le débiteur y compris lorsque celui-ci n'a pas connaissance de l'existence de la caution. Or, BPI France n'est pas subrogée dans les droits du créancier et ne peut rien réclamer au débiteur.

Enfin, la garantie autonome telle qu'énoncée à l'article 2321 du Code civil, comme son nom l'indique, est indépendante de l'obligation principale. Le garant ne peut opposer aucune exception s'il est appelé en paiement. Il ne jouit ni du bénéfice de discussion ni de celui de division. La garantie de BPI France est doublement conditionnée : d'une part, le débiteur doit avoir fait défaut ; d'autre part, la banque doit avoir

réalisé les sûretés. BPI n'intervient donc pas à première demande. Son engagement dépend nécessairement du sort du contrat principal.

La garantie BPI France ne semble rentrer dans aucune des cases habituelles des sûretés, du fait de son originalité. Pour notre part, nous considérons qu'elle peut s'apparenter à une garantie d'emprunt. Celle-ci implique classiquement un engagement de caution de l'État ou d'une autre personne publique⁵ à une personne pour faciliter les opérations d'emprunt de cette dernière, en garantissant aux prêteurs le service des intérêts et le remboursement du capital en cas de défaillance du débiteur. C'est précisément l'engagement de BPI de prise en charge d'une partie de la perte finale du prêteur.

Cette intervention en risques aux côtés d'un établissement financier peut faire penser à un pool bancaire.

III. L'INTERVENTION DE BPI : UN POOL BANCAIRE PARTICULIER ?

À titre liminaire, rappelons qu'il n'existe pas de régime juridique unitaire applicable aux pools bancaires, faute de réglementation spéciale en la matière. Ni la loi ni la jurisprudence⁶ ne reconnaissent la personnalité juridique au pool bancaire. Les droits et obligations des intervenants dépendent donc des conventions⁷.

Un pool bancaire sous-tend la réunion de plusieurs établissements de crédit décidant de supporter ensemble les risques et les profits d'une opération de crédit. Typiquement, c'est le cas pour des crédits de montant élevé, souvent pour des projets d'envergure internationale, pour lesquels un même établissement ne souhaite pas s'engager seul. En effet, ce type de financement comprend un risque élevé sur une même contrepartie.

Il existe différents types de crédits en pool. On peut notamment distinguer le crédit consorsial du crédit en participation. Dans le premier, l'emprunteur a connaissance de l'identité de tous les établissements en cause. Chacun d'entre eux agit pour son compte et en son nom. Le banquier dit « chef de file », hormis le montage de l'opération, n'a qu'un rôle de coordination des échanges. Dans le second, seul le banquier chef de file apparaît comme accordant le crédit, prenant les garanties et exerçant les poursuites en son seul nom. On distingue aussi ces deux types de crédit via les termes de syndication directe ou de syndication indirecte.

Enfin, l'identité de BPI France est apparente pour l'emprunteur comme pour sa caution⁸. Ceci permet d'exclure le crédit en participation susmentionné. Toutefois, l'engagement de BPI France peut conditionner véritablement la délivrance d'un crédit par

4. CA Paris, pôle 4, ch. 6, 20 nov. 2014, n° 13/13690 : *Juris-Data* n° 2014-029111 ; CA Paris, pôle 5, ch. 6, 12 févr. 2015, n° 13/23184 : *Juris-Data* n° 2015-030030.

5. Au cas présent, via BPI France.

6. « Le pool n'est pas pourvu d'une possibilité d'expression collective. » : Civ. 2^e, 28 janv. 1954 ; D. 54, p. 217.

7. J.-M. Daunizeau, « Banques et partage du risque de crédit », *Banque et Droit* n° 61, sept.-oct. 1998, p. 6.

8. C'est davantage la portée de l'engagement de cette première qui peut s'avérer trompeuse.

un établissement de crédit. Ainsi, tous deux agissent de façon concertée pour financer une personne bien que chacun intervienne selon des modalités qui lui sont propres.

Sans financer directement l'emprunteur, BPIFrance garantit, contre rémunération versée par l'emprunteur, une partie des pertes finales du prêteur. Or une garantie s'analyse en un engagement par signature assimilable à une opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du CMF. L'emprunteur supporte ainsi la charge du remboursement du capital et des intérêts en faveur du prêteur ainsi que du coût de la garantie au profit de BPIFrance.

L'établissement de crédit et la BPI partagent bien ensemble les risques et les profits de l'opération. S'agissant des profits, il est supposé que sans l'engagement de la BPI, la banque n'aurait pas contracté ou l'aurait fait mais à un taux supérieur, proportionnellement au risque encouru. De surcroît, la réalisation de profits n'étant pas l'objectif premier de BPIFrance au cas présent, il nous semble que son intervention se fait véritablement en risques. Cette prise conjointe de risques est le fondement même du *pool*.

Compte tenu de ce qui précède, nous considérons, pour notre part, que l'octroi d'un crédit garanti par BPIFrance s'apparente à un *pool* bancaire particulier. Ainsi, de la même manière que l'obligation de mise en garde est la face négative de l'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit, la garantie BPIFrance adossée à un crédit bancaire classique et bénéficiant au seul prêteur paraît constituer un *pool* bancaire « en risques », face négative d'un *pool* bancaire.

IV. UN CONTENTIEUX ACTUEL RÉDUCTIBLE

Selon la Cour de cassation, BPIFrance est investie d'une mission d'intérêt public⁹, laquelle consiste à prendre en charge une part du risque final qu'un établissement prêteur assume dans une opération dont le financement est réputé difficile. Cette mission ne lui permet toutefois pas d'agir en justice au profit d'une caution pour faire respecter par l'établissement de crédit son engagement de modération des sûretés. La chambre commerciale¹⁰ rappelant que la garantie BPIFrance ne bénéficie qu'au prêteur et s'avère distincte de l'engagement de caution retient que BPIFrance ne peut pas plaider pour la caution. Le fait que l'ombre de l'État puisse être visible derrière la BPI pourrait également contribuer à la méprise quant à la teneur de la garantie.

Les actions en justice sont souvent fondées sur les vices du consentement. L'erreur ou plus couramment le dol sont invoqués. La responsabilité du prêteur peut également être engagée lorsque celui-ci a manqué à son devoir d'information. Ainsi, le prêteur peut lui-

même avoir mal compris l'engagement de BPI France et l'avoir mal expliqué¹¹ à l'emprunteur ou à la caution. La chambre commerciale de la Cour de cassation¹² a pu ainsi considérer que la banque n'ayant pas pu mettre l'emprunteur en condition d'apprécier les conséquences de son engagement, en particulier s'agissant de la garantie OSEO Sofaris (BPIFrance), manquait, par là même, à son devoir d'information. Telle n'a pas été, au cas d'espèce, la solution retenue à l'égard de la caution considérée, dans cette même affaire, comme avertie. La haute juridiction retient en effet que la caution avait parfaitement conscience des termes de son engagement d'autant plus que les dispositions contractuelles des conditions générales d'OSEO étaient claires quant à sa garantie¹³.

Dans cette affaire il y a lieu de bien distinguer les obligations du banquier selon qu'il s'agit d'information ou de mise en garde. La première est neutre, objective et doit être délivrée peu importe la qualité de l'intéressé. A contrario, la mise en garde¹⁴ n'est requise que pour les personnes réputées non averties, c'est-à-dire n'ayant pas d'ores et déjà conscience des risques d'un crédit ou d'un cautionnement. Au cas d'espèce, l'emprunteur n'a pas été informé de la nature de la garantie BPIFrance, ce qui suffit à caractériser la faute du prêteur. A contrario, la caution ayant pu prendre connaissance des conditions générales de la garantie BPIFrance (dont la clarté n'était ici pas discutée), elle ne peut pas prétendre à un défaut d'information à son égard. La Cour n'avait donc pas besoin de se prononcer sur la qualité de la caution s'agissant de l'obligation d'information. Au surplus, la qualité de caution avertie fait échec à l'obligation de mise en garde à la charge du banquier.

En revanche, la rupture de crédit serait davantage fautive en présence d'un engagement de BPIFrance. La banque qui rompt ses concours après l'obtention du concours OSEO commet ainsi un dol¹⁵.

Des solutions simples pour réduire le contentieux existent cependant. BPI devrait se présenter comme « l'assureur du prêteur ». Si nous étions dans le cadre d'une véritable assurance, l'emprunteur serait le souscripteur, BPIFrance l'assureur et le prêteur l'assuré. Les conditions d'intervention BPIFrance devraient être systématiquement jointes de manière apparente au contrat de prêt ainsi qu'au contrat de cautionnement par exemple sous forme d'annexe. Il appartiendrait au prêteur de les faire lire et parapher à l'emprunteur et à la caution le cas échéant.

9. Cass. com. 10 février 2015, pourvoi n° 13-24724.

10. Cass. com. 10 févr. 2015, n° 13-24.724 : *Gaz. Pal.*, mars 2015, p. 17, obs. Ch. Albiges.

11. Tel est par exemple le cas lorsque BPIFrance est présentée comme caution de l'emprunteur.

12. Cass. com. 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-23976.

13. Il est d'ailleurs fréquent que les juridictions opposent aux emprunteurs comme aux cautions les conditions générales de BPIFrance.

14. J. Stoufflet, « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », *RD banc. et fin.* 2007, dossier 26.

15. Cass. com. 23 sept. 2014 ; p. n° 13-20766.

V. LE CONTENTIEUX EN SUSPENS ?

Sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce¹⁶, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, la responsabilité des créanciers ne peut être engagée pour les concours consentis qu'en cas de fraude¹⁷, d'immixtion caractérisée ou de crédit fautif¹⁸. Cet article a fait l'objet d'une interprétation stricte par la Cour de cassation de telle sorte que les chances de succès d'une action en responsabilité demeurent minces. Toutefois, la prise de garanties disproportionnées conjuguée à la garantie BPIFrance pourrait peut-être permettre de condamner le prêteur du fait des concours consentis. Ceci pourrait être justifié par la diminution consécutive du gage général des autres créanciers et la difficulté éventuelle pour l'emprunteur d'apporter ces garanties en contrepartie de concours ultérieurs.

Enfin, à défaut de disposer d'un intérêt à agir au profit de l'emprunteur, il ne nous semblerait pas infondé que BPIFrance puisse remettre en cause sa garantie au profit du prêteur dans l'hypothèse où celui-ci serait allé au-delà de l'engagement conventionnel de garantie en prenant une caution sur l'encours crédit supérieure au taux contractuellement accepté par BPI ou en prenant une sûreté sur la résidence du débiteur.

Bien que délivrée unilatéralement par BPIFrance, son engagement est conditionné par la « *modération des sûretés* ». Le non-respect de ses engagements de la part du prêteur méconnaît donc les conditions essentielles d'octroi de la garantie BPIFrance. Si ce n'est déjà le cas, BPIFrance pourrait insérer une clause résolutoire dans le contrat la liant à la banque. En l'absence d'une telle clause, la gravité des manquements relèverait de l'appréciation souveraine des tribunaux. Le juge pourrait en effet retenir que l'inexécution constatée était une obligation déterminante de la conclusion du contrat¹⁹. ■

16. P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de la responsabilité de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D. 2012, p. 2034.

17. Cass. com. 16 oct. 2012 : JCP E 2012, 1735, note D. Legeais.

18. Cass. com. 27 mars 2012 : JCP E 2012, 1274, note D. Legeais ; JCP E 2013, 1282, note J. Stoufflet.

19. Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995 : Bull. civ. I, n° 14 ; Desfrenois 1995, 1408, obs. D. Mazeaud.