

# FINANCEMENT BANCAIRE ET RISQUE DE CRÉDIT : L'EXEMPLE DU DIFFÉREND AU SEIN DE L'INDUSTRIE SPATIALE



**FRANCK JULIEN\***  
Docteur en droit  
Senior Legal Counsel  
& Executive Director  
Crédit Agricole  
CIB

La mise en place d'un financement complexe n'est pas chose aisée : l'emprunteur attend les fonds, alors que la banque se soucie de la protection de ses intérêts. Ceci s'observe tant durant les négociations qu'après la signature de la documentation, en particulier lorsqu'un litige impliquant l'emprunteur menace la relation contractuelle. La banque doit alors pouvoir réagir.

**S**'il est un secteur de l'économie qui demeure pleinement actif, dynamique, porteur de projets et d'ambitions, c'est bien le secteur spatial. En veut-on pour preuve la seule lecture de la presse économique et financière.

Ainsi peut-on apprendre<sup>1</sup> que le 15 juin 2015, le constructeur européen Airbus a été choisi par OneWeb pour fabriquer les 900 satellites destinés à fournir au monde entier un accès à Internet à prix abordable. Le 25 juin 2015, sa filiale Arianespace, commune avec le motoriste Safran, s'est vue confier le déploiement de 672 satellites, soit l'essentiel de cette constellation.

Arianespace procéda à 21 lancements de Soyouz à partir du Centre national guyanais (CNG) et de Baikonour (Kazakhstan), ainsi que d'autres sites de lancement russes. Depuis, l'Agence spatiale européenne a signé avec Airbus Safran Launchers (ASL) et le Centre national d'études spatiales (CNES) les premiers contrats de développement du successeur d'Ariane 5 et de construction de son nouveau pas de tir<sup>2</sup>.

La question de l'existence ou de la survivance de différends dans l'industrie spatiale peut se poser, lorsque l'on songe aux enjeux de tels programmes, mais surtout à la complexité des structures contractuelles et juridiques, rele-

vant de droits différents, qui encadrent et permettent la vie technique mais aussi juridique de ces investissements.

Le différend est défini comme étant le désaccord, la contestation résultant d'une différence d'opinion, d'intérêt<sup>3</sup>. Une des questions est alors de savoir si l'on est en présence d'un différend propre aux acteurs de l'industrie spatiale (« différend interne ») ou si ce différend se situe dans le cadre d'une relation juridique ou non entre un acteur de l'industrie spatiale et la banque (« différend relationnel bancaire<sup>4</sup> »), auquel cas ce démêlé peut donner lieu à une approche ou à une tentative de règlement sur la base de pratique ou de contraintes propres à l'industrie spatiale. Le différend peut aussi opposer un acteur de l'industrie spatiale et une autorité administrative, fiscale ou judiciaire (« différend relationnel non bancaire »).

Le différend se situe en deçà du litige, du contentieux, mais une évolution d'un différend en ce sens ne peut être exclue. Nous retiendrons l'hypothèse où le différend, loin de se dissiper, devient ou menace de se cristalliser en litige. Or, pour un banquier, un contentieux au sein du groupe du client, ou impliquant un client, doit être considéré avec attention. Il peut développer un impact négatif significatif sur la trésorerie d'une société<sup>5</sup> et sur son résultat (suppression de licences ou d'autorisations administratives permettant l'exercice d'une activité) sans même évoquer l'onde de choc sur l'image, la réputation, voire la notation de l'entité concernée, ou de son groupe. Enfin, la valeur des sûretés (nantissement de brevets, de marques, de compte titres) consenties par l'emprunteur peut être affectée par une condamnation pénale de nature financière, par un retrait de licence ou permis d'activité, par une dégradation de sa notation.

\* Le présent article est issu d'une intervention de l'auteur effectuée le 10 octobre 2015, dans le cadre du colloque du CREDIMI, Faculté de droit de Dijon, organisé par le Professeur Laurence Ravillon. Les propos développés correspondent à l'approche personnelle de l'auteur et ne sauraient représenter nécessairement l'opinion de l'entité ou du groupe au sein duquel il exerce.

1. *Le Monde*, 25 juin 2015.

2. *Le Figaro Économie*, 13 août 2015, p. 22

3. *Dictionnaire Larousse*.

4. Il peut s'agir du non-respect d'une clause de défaut croisé, de ratios financiers, prévoyant des informations souhaitées par la banque mais non communiquées, transmises avec retard ou de façon incomplète, du non-respect d'une obligation de faire en relation avec une clause LTV (Loan to Value)...

5. Frais de conseils et autres intermédiaires externes, frais d'expertise, de traduction, frais de justice et de procédures, montant des amendes, coût d'un arbitrage : « Volkswagen paie au prix fort le scandale des moteurs truqués », *Les Échos*, 29 oct. 2015, pp. 14-15.

Lorsque le différend dégénère en contentieux ou paraît menacer les intérêts de l'établissement de crédit, l'éventualité d'une interruption des négociations ou du prononcé d'un cas de défaut peut rapidement se dessiner, et il convient alors de faire preuve de discernement.

Où l'on voit que la mise en place d'un financement n'est pas chose aisée. La banque s'interroge sur le risque de crédit, mais perçoit aussi une opportunité commerciale. Le client attend les fonds. D'un point de vue juridique, ces problématiques doivent être traitées de façon appropriée. Cette démarche se constate pendant la période précontractuelle, celle des négociations (I.), ainsi que durant la période contractuelle, celle de la vie du financement (II.), l'objectif étant notamment de permettre à la banque de se désengager à tout moment si la protection de ses intérêts le requiert.

## I. CONSIDÉRATIONS TENANT À LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

Deux cas de figure peuvent ici se présenter : soit le banquier en connaissance de cause<sup>6</sup>, accepte de mettre en place un financement complexe au profit d'un acteur spatial alors que le différend est déjà né et avéré, ou constitue une menace planante ; soit le différend surgit pendant la négociation des principaux termes et conditions du crédit sollicité et certaines questions se posent. Est-il tenu de poursuivre ? Peut-il cesser tout échange sans engager sa responsabilité, sur le terrain notamment de la rupture abusive de pourparlers ? Il convient alors de considérer le contexte et les modalités pratiques dans lesquels l'opération de financement sophistiquée est négociée (1.) pour ensuite identifier et retenir le cadre juridique idoine à cette phase précontractuelle (2.).

### 1. Le contexte des discussions préliminaires

L'hypothèse retenue ici est celle de la négociation des principaux termes et conditions d'un financement bancaire syndiqué structuré, sur demande d'un acteur de l'industrie spatiale (financement sur actif ou de projet). « En raison de l'importance et de la complexité des enjeux, le contrat sera précédé d'une longue négociation, elle-même ponctuée d'accords préparatoires. La conclusion du contrat s'échelonnant dans le temps, on est alors en présence d'un contrat par étapes<sup>7</sup>. » L'observation vaut tout particulièrement pour la négociation de l'ensemble des contrats qui constitueront le groupe des documents nécessaires au financement (les « documents de financement ») et qui incluent le contrat de prêt, les contrats de sûreté y afférents (les « documents de sûreté »), complétés le cas échéant d'une convention de subordination, d'un accord intercréanciers, et de la documentation relative à l'intervention d'une ou plusieurs banques de couverture des risques de variation de taux d'intérêt.

Ce travail préparatoire, fait de recherches, de réflexions, d'analyses, de concertations puis d'échanges, implique non seulement le client et l'arrangeur, mais également tous leurs conseils internes et externes respectifs, en droit français ou autres, en charge du traitement des problématiques périphériques<sup>8</sup>.

Ce processus, nourri de l'écoulement du temps<sup>9</sup>, conduit à la préparation par l'arrangeur et le client d'une synthèse des modalités du financement formalisées dans un document de travail appelé « *term sheet* », qui est annexée à la lettre de mandat signée par le client et l'arrangeur. La lettre de mandat, intitulée parfois « lettre d'engagement<sup>10</sup> », décrit la mission attendue de l'arrangeur ainsi que les conditions de son intervention, telles que la signature de la lettre de mandat par le client, le caractère exact, sincère et complet des informations transmises par celui-ci, la réalisation de toute vérification préalable (« *due diligences* » ou audit) usuelle pour le financement considéré<sup>11</sup>, le respect des procédures internes permettant une parfaite et complète connaissance du client (« *know your customer* »), la signature dans un délai convenu, d'une documentation contractuelle afférente aux crédits rédigée sur la base des discussions engagées, et dont la forme et la substance sont satisfaisantes pour l'arrangeur, l'absence d'événement significatif défavorable<sup>12</sup>, le respect par l'emprunteur des obligations prévues dans la lettre de mandat, l'accord final du comité de crédit. L'ensemble constitué de la lettre de mandat et du *term sheet* constitue les « documents d'engagement ».

En cas d'interruption des négociations en raison de la survenance du différend ou de sa mutation en contentieux, s'interroger sur la responsabilité éventuelle de l'arrangeur conduit à déterminer la nature juridique des documents d'engagement. L'état déjà avancé des discussions, alimentées des pratiques de marché largement acceptées sur certains aspects de l'opération<sup>13</sup>, disqualifie le concept de pourparlers<sup>14</sup>, étape d'amont des documents d'engagement.

6. Voir F. Julien, « L'appréhension du risque spatial par les banques », *Banque et Droit* n° 116, nov.-déc. 2007, p. 18 et s.

7. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, n° 104, p. 130 et s.

8. La jurisprudence considère en effet que la banque est experte dans le domaine financier, et que toute problématique d'une autre nature née ou à naître pour les besoins de la levée de fonds doit être confiée à des tiers tenus pour experts dans les domaines concernés : juridique, comptable, fiscal, environnemental. Un ou plusieurs cabinets d'avocats seront ainsi en charge à titre principal de la préparation de la documentation contractuelle, de la vérification des conditions suspensives, et de l'inscription des sûretés sur les registres appropriés, en vue de leur opposabilité aux tiers.

9. « [...] dès lors que l'objet du contrat est d'une certaine importance, ce dernier donne lieu à des négociations et sa formation connaît des étapes successives » : L. Boyer, « Contrats et Conventions », *Rép. Droit Civil*, Dalloz, n° 171, p. 32.

10. En anglais, *commitment letter*.

11. Aspects juridiques, techniques du projet destiné à être financé, aspects afférents aux assurances propres au projet.

12. La clause d'événement significatif contraire, appelée encore clause MAC (acronyme de *Material Adverse Change*), est conçue pour permettre dans certains cas à l'arrangeur de mettre un terme aux négociations en cas de survenance d'un événement extérieur, totalement imprévisible, et qui porte un coup décisif au cœur même de l'opération envisagée : Voir F. Julien et J.-M. Lamontagne, « *Material Adverse Change* et financements bancaires syndiqués », *Banque et Droit* n° 91, sept.-oct. 2003, p. 27 et s.

13. Le *term sheet* contient en effet un renvoi aux pratiques usuelles du marché pour le type de financement concerné : déclarations et garanties du client, événements constitutifs d'un cas de défaut, clauses fiscales (clause de *gross up* notamment), de coût additionnel (*increased cost*), clauses afférentes aux droits et devoirs de l'agent, de l'agent des sûretés...

14. Pour une hypothèse de responsabilité liée à la rupture abusive de pourparlers : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 janv. 2009, arrêt n° 07-20783, *SCI Norimmo c/ Sté Regal Lezennes*.

On ne peut voir par ailleurs dans les documents d'engagement une promesse unilatérale<sup>15</sup> de financement, en raison notamment des conditions figurant dans la lettre de mandat ci-dessus énumérées, et de l'absence à ce stade de toute documentation contractuelle élaborée, agréée et figée. Les documents d'engagement ne peuvent être assimilés à un pacte de préférence, c'est-à-dire à un « contrat par lequel une personne s'engage envers une autre, qui accepte, à ne pas conclure avec des tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions<sup>16</sup> ». Enfin, l'établissement de crédit ne formule pas non plus de proposition ferme de financement à des conditions déterminées, caractéristique de l'offre de contrat. Il suffit pour s'en convaincre de prendre connaissance des conditions, mentionnées précédemment, affectant la réalisation de la mission de l'arrangeur. Or, « L'offre, encore dénommée sollicitation, est la proposition ferme de conclure, à des conditions déterminées, un contrat de telle sorte que son acceptation suffit à la formation de celui-ci. Pour qu'une proposition de contracter soit qualifiée d'offre, il faut que sa seule acceptation suffise à former le contrat. [...] Par conséquent, une proposition ne saurait constituer une offre, alors même qu'elle referme les éléments essentiels du contrat projeté, si son auteur a marqué sa volonté de ne pas être lié en cas d'acceptation<sup>17</sup>. »

Dans l'exercice de qualification juridique des documents d'engagement, la conduite des négociations est ici éclairante. Il peut arriver en effet que l'évolution des discussions tendant à la mise en place de la documentation contractuelle impose aux chargés d'affaires de la banque de reconsidérer des points de structure tenus initialement pour acquis, et formalisés dans les documents d'engagement. Un nouvel accord du comité de crédit peut alors s'avérer nécessaire si l'écart pris avec le schéma de financement initial ne correspond plus aux autorisations internes reçues en début de processus. Les négociations sont alors suspendues. Certes, la banque est toujours disposée à discuter, mais ne peut en aucun cas garantir la bonne fin des échanges avec son interlocuteur. Où l'on voit clairement que le processus précontractuel sous examen relève, fondamentalement, d'un attachement des protagonistes à poursuivre l'exploration des possibilités de conclure, mais sans autre engagement, ce qui désigne la figure juridique de l'accord de principe.

## 2. L'accord de principe

L'accord de principe, appelé également « accord de négociation », fournit le cadre juridique approprié aux démarches de l'arrangeur bancaire et du client. Cette étape de la période précontractuelle a été décrite et ana-

lysée de façon minutieuse en doctrine<sup>18</sup>. Selon le professeur Ibrahim Najjar, en effet, « l'accord de principe évoque les modes de formation du contrat soit par "couches successives", soit de manière non définitive. [...]. La référence au "principe" laisse subsister une possibilité de revirement lorsque la mise en œuvre de l'accord sera plus clairement définie ou évaluée, et cela sans aucune référence à l'idée de condition (rétroactive) [...]. L'accord de principe n'est donc pas un contrat définitif, mais c'est déjà un engagement qui peut éventuellement y aboutir. [...] il est "lesté" d'une réserve, et la fermeté de l'engagement y demeure dans une zone imprécise [...] on ne sait pas si on va conclure le contrat définitif. »

« L'accord de principe se situe à la fois au-delà des simples négociations et des pourparlers, puisque l'exploration a déjà engendré un accord sur le principe, et en deçà du contrat définitif. [...] ». L'accord de principe repose par essence sur une dose de précarité qui se « distingue de la révocabilité, de l'obligation potestative, de la réserve de non-vouloir »<sup>19</sup>. De cette précarité, il résulte qu'aucun consentement n'est donné à titre définitif. « Le domaine de l'accord de principe est celui du projet, de l'intention exprimée, échangée même, mais restant, malgré tout, en vue d'un contrat, un "précontrat". Le fait de ne pas apporter la confirmation n'engage point la responsabilité de celui qui a donné son accord, à moins de comportement intempestif anormal<sup>20</sup>. »

L'accord de principe, exclusif de tout engagement de conclure un quelconque contrat<sup>21</sup>, n'ouvre donc droit à aucune réparation en cas d'abandon, non fautif, des discussions<sup>22</sup>.

La jurisprudence, ancienne mais aussi récente, consacre clairement cette approche. La Cour de cassation, dans sa formation commerciale, a confirmé en 2012, qu'« un accord de principe donné par une banque "sous les réserves d'usage"<sup>23</sup> implique nécessairement que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre, de bonne foi, les négociations en cours »<sup>24</sup>. Ensuite, la cour d'appel d'Aix en Provence jugea qu'« un établissement de crédit demeurant libre d'accorder ou non un financement, la seule remise d'un document énumérant les pièces à fournir pour la mise en place d'un dossier de prêt professionnel ne peut préjuger de la décision de celui-ci ; [...] qu'on ne peut en déduire que la SARL ait été entretenue dans l'illusion que la banque octroierait le crédit sollicité ; que la demande de documents par la banque pour monter le dossier révèle seulement l'accord de la banque pour instruire la demande de prêt sans qu'il puisse en être déduit un accord de prin-

15. « La promesse unilatérale de contracter est la convention par laquelle un individu, le promettant, s'engage envers un autre qui l'accepte, le bénéficiaire, à conclure un contrat dont les conditions sont dès à présent déterminées si celui-ci le lui demande dans un certain délai. En d'autres termes, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci. » : F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 191, p. 208.

16. *Ibid.*, n° 195, p. 216.

17. *Ibid.*, n° 108 et 110, p. 131 et s. - Cass. com. 6 mars 1990, pourvoi n° 88-12477 : « attendu qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation » : JCP 1990, II, 21583 - Dalloz 1991, somm. Com. 317 - RTD Civ 1990, 462, obs. J. Mestre.

18. Sur tous ces aspects, il convient de lire l'article du professeur Ibrahim Najjar, « L'accord de principe », chronique, *Dalloz* 1991, p. 57 et s.

19. *Ibid.*, p. 65.

20. *Ibid.*, p. 59.

21. L'accord de principe ne produit des effets de droit que si l'engagement est confirmé par un prolongement, « une suite ferme et définitive » : *ibid.* À défaut, il n'y a pas contrat, et donc aucune obligation, par exemple, de stipuler une clause de TEG.

22. CA Paris, 3<sup>e</sup> ch A, 21 juin 1988, inédit, *Edi-Data*, n° 88-23147 - CA Nancy, 2<sup>e</sup> ch, 28 avr. 1988, inédit, *Edi-Data*, n° 88-43182 : « ces pourparlers ne peuvent s'analyser comme la conclusion verbale d'une convention d'assurance dès lors qu'ils n'ont "été suivis d'aucune confirmation écrite définissant avec exactitude la nature et les conditions de la garantie sollicitée par l'assuré par l'intermédiaire de son mandataire". »

23. Celles-ci sont constituées notamment des conditions introduites par l'arrangeur dans la lettre d'engagement, complétées d'un avertissement (*disclaimer*) et d'une mention apparente en première page du terme sheet telle que : « projet en date du [ ] - document de travail, sous réserve de modifications ».

24. Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-26149, F-D, *Sté Lyonnaise de banque c/ M. José Gonzalès et al.* - Banque et Droit 2012, n° 142, obs Th. Bonneau - F.-J. Crédot, T. Samin, *Rev. Dr. Banc. et Fin.*, juill.-août 2012, p. 31 et s.

cipe pour formuler une offre conforme à ces éléments<sup>25</sup>. ». En juin dernier, cette approche fut de nouveau réaffirmée sans ambiguïté par la Cour de cassation<sup>26</sup>. Se pose ensuite la question du sort des documents de financement dans l'hypothèse où le différend, mué en contentieux, survient pendant la période contractuelle.

## II. CONSIDÉRATIONS TENANT À LA PÉRIODE CONTRACTUELLE

S'agissant de la période débutant après la signature des contrats (les documents de financement), l'apparition d'un différend ouvre le débat de son impact sur la vie du financement, à savoir celui de l'anéantissement du contrat de prêt (1.) ou la déchéance du droit pour le débiteur au bénéfice du terme (2.).

### 1. Survenance d'un différend et anéantissement du rapport contractuel ?

La survenance du contentieux peut déclencher un réflexe d'autodéfense au sein de la banque, parfois exposée de façon significative dans une convention. On constate alors que la question de la préservation de ses intérêts peut dépasser la seule problématique du paiement des montants dus. De nombreuses clauses du rapport contractuel servent les intérêts de la banque, et l'éventualité d'une résiliation du contrat (1.1.) doit être envisagée au regard de ses inconvénients (1.2.).

#### 1.1. Les hypothèses de résiliation du contrat

##### a. Résiliation « sanction »

Dans le cas présent, il ne fait pas de doute que la survenance d'un différend, préalable ou non à un contentieux, ne peut donner prise au prononcé d'une résolution ou résiliation<sup>27</sup> du rapport contractuel concerné. La résiliation requiert en effet un manquement grave<sup>28</sup> de la part du débiteur au titre de son (ou ses) obligations contractuelles<sup>29</sup>. Il est clair que le différend en tant que tel ne satisfait pas à ce critère, tant il paraît difficile d'établir par voie d'automatisme, une corrélation entre un différend et la capacité ou non de la contrepartie à satisfaire à ses obligations contractuelles significatives et en particulier de nature financière.

Toutefois, cette approche paraît devoir être nuancée lorsqu'il s'agit de discuter de l'application ou non de

l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. Ces dispositions textuelles permettent à l'établissement de crédit de réduire ou d'interrompre tout concours, à durée déterminée ou non, sans avoir à respecter de délai de préavis, « en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ». Ce texte doit être mis en perspective des nombreuses déclarations et garanties qu'un emprunteur est conduit à faire dans un contrat.

Très souvent, la documentation contractuelle prévoit que tout ou partie de ces déclarations sont réputées réitérées à intervalles réguliers, au sein de chaque avis de tirage, puis au début de chaque période d'intérêts par exemple. L'emprunteur est souvent conduit à reconnaître (i) que les parties financières<sup>30</sup> ont conclu les documents de financement en se fondant intégralement sur les déclarations et garanties faites par l'emprunteur, en ce qui le concerne et en ce qui concerne le cas échéant ses filiales, et (ii) que chaque nouvelle partie financière acquérant une participation dans le financement s'en remet auxdites déclarations et garanties. Dans ce cas de figure, si le banquier vient à être informé indirectement de la survenance d'un ou de plusieurs différends alors que l'emprunteur n'a aucunement modifié ses déclarations et garanties, régulièrement réitérées, il est permis de penser que cette attitude, ajoutée ou non à d'autres manquements, pourrait être perçue comme constitutive d'un comportement gravement répréhensible au sens de l'article précité. La jurisprudence paraît d'ailleurs fixée en ce sens<sup>31</sup>.

##### b. Résiliation « démission »

Il s'agit en droit français du « nom donné à la dissolution du contrat par acte volontaire – comme la révocation, mais sans rétroactivité – [...] sur l'accord des deux parties (résiliation conventionnelle)<sup>32</sup> ». Les parties peuvent en effet s'attribuer le droit de détruire elles-mêmes leur contrat par l'effet de leurs volontés respectives ; il s'agit alors de « résiliation bilatérale<sup>33</sup> », permise par l'article 1134 al. 2 du Code civil. Compte tenu de l'empire des dispositions du Code civil sur ce point, cette faculté de rupture pourrait être exploitée par les parties en l'absence même de clause expresse sur ce point ; la jurisprudence a admis que la révocation du contrat par consentement mutuel peut être simplement tacite<sup>34</sup>. L'accord des parties à cet égard peut aller jusqu'à retenir ou exclure le caractère rétroactif, totalement ou partiellement, de l'anéantissement prévu.

Ce dispositif contractuel pourrait être opposé par le prêteur soucieux de ne pas subir, de près ou de loin, les suites, notamment en termes d'image, liées à la survenance d'un différend interne. Quel que soit le sort ainsi réservé au contrat, ce dernier se trouverait anéanti, situation porteuse d'inconvénients.

25. CA Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch., sect C, 5 avr. 2012, n° 10/00104, SARL Boulangerie de Cessole c/ Société Générale, cité par F.J. Crédot et T. Samin, *op. cit.*

26. Cass. com. 2 juin 2015, pourvoi n° 14-15632 : « attendu en second lieu, qu'après avoir énoncé qu'un accord de principe donné par une banque "sous les réserves d'usage" implique que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre, de bonne foi, les négociations en cours ».

27. S'agissant d'un contrat à exécution successive, il est question de résiliation, c'est-à-dire d'anéantissement du rapport contractuel produisant effet pour le futur, sans remise des choses dans leur état d'origine.

28. L'article 1224 du projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations prévoit : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

29. L. Boyer, « Contrats et conventions », *Répertoire de Droit Civil*, n° 367, étant précisé que le cocontractant lésé peut « demander à la justice de détruire le contrat ; c'est la résolution pour inexécution prévue par l'article 1184 du Code civil » ; voir également V. Lepeltier, *La Résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, thèse Caen, 1934, cité par L. Boyer.

30. Dans un financement bancaire structuré, cette expression désigne principalement les prêteurs seniors, les prêteurs subordonnés, les banques de couverture, l'agent, l'agent de sûretés.

31. Cass. com. 28 juin 2011, pourvoi n° 10-27.086, Sté Fin'active c/ BNP Paribas.

32. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF.

33. J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, éd. F. Lefebvre, n° 1343, p. 525 et s.

34. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1994, BRDA 1994/11, p. 11, cité par J.-M. Mousseron, *op. cit.*

## 1.2. Les inconvénients liés à l'anéantissement du contrat

En l'état actuel du droit positif, la résolution ainsi que la résiliation dans toutes ses formes emportent dissolution, disparition, anéantissement du lien contractuel. Les suites de telles sanctions peuvent être d'une amplitude non mesurée : outre l'anéantissement du contrat de prêt, et donc la neutralisation de toutes les clauses<sup>35</sup> destinées à protéger les parties financières, ce sont tous les autres éléments du groupe de contrats qui subiront l'onde de choc : « La résiliation d'un contrat entraîne la caducité de celui qui se trouve dans sa dépendance. On pourrait dire que la résiliation du contrat dominant emporte la caducité du contrat dépendant<sup>36</sup>. » Il convient de noter toutefois que les nouvelles dispositions du Code civil issues de sa réforme attendue, prévoient, à l'article 1230, un changement sur ces points, mais limité à la sphère du contrat concerné<sup>37</sup> : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. ». Le souci de la préservation du contrat conduit donc à préférer la piste de la déchéance du terme<sup>38</sup> consenti au débiteur pour les besoins de l'exécution de ses obligations.

## 2. Survenance d'un différend et déchéance du terme ?

La distinction entre résolution<sup>39</sup> et déchéance du terme mérite d'être revisitée. Car les justifications et conséquences de ces pratiques juridiques diffèrent. En particulier, la déchéance du terme ne peut être présentée comme constitutive uniquement de la suite nécessaire de la résiliation, ne serait-ce qu'en raison du cloisonnement de leur fondement textuel respectif<sup>40</sup>. La résiliation-sanction en effet trouve son siège à l'article 1184 du Code civil dédié à la condition résolutoire, lui-même contenu à la section I, « Des obligations conditionnelles » du chapitre IV « des diverses espèces d'obligations ». Le terme, et la question de sa déchéance, relèvent de la sec-

tion II « Des obligations à terme » de ce même chapitre<sup>41</sup>.

La déchéance du terme, qui s'oppose au devancement du terme<sup>42</sup>, est « la perte, par le bénéficiaire d'un terme suspensif, du bienfait de la prorogation du délai d'exécution attaché à ce terme, pour des causes qui privent le débiteur de tout crédit et rendent opportune une égalité de tous les créanciers (ex. : déconfiture, diminution volontaire des sûretés, art 1188 du Code civil) »<sup>43</sup>. S'agissant d'un financement bancaire, la tendance est à considérer que le terme est stipulé dans l'intérêt du débiteur<sup>44</sup> mais aussi du créancier, qui peut profiter ainsi de la vertu frugifère de l'écoulement du temps. Cet état de choses, complété d'un paramètre commercial, laisse présager une décision mûrie de la banque, précédée d'une offre de régularisation faite au débiteur. En matière bancaire, la déchéance du terme peut avoir un fondement légal comme sanction de l'atteinte portée par le débiteur aux sûretés offertes, à la confiance accordée (2.1.), et également conventionnel (2.2.), et présente bien des avantages, par opposition à la résolution (2.3.).

### 2.1. Déchéance du terme d'origine légale

L'article 1188 du Code civil dispose que « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier »<sup>45</sup>. La Cour de cassation a précisé que les sûretés en cause sont celles constituées par le contrat de prêt lui-même, et non la garantie offerte par le droit de gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur<sup>46</sup>. La doctrine relève que seule une sûreté constituée au moment de l'octroi du terme permet l'application de l'article 1188, à laquelle il convient d'ajouter les sûretés consenties au cours de la vie du contrat, en vue d'obtenir une prorogation du terme<sup>47</sup>. Lorsque l'article 1188 requiert une diminution des sûretés, il faut comprendre, semble-t-il, que la sûreté en cause doit subir « un amoindrissement en valeur matérielle<sup>48</sup> », le bénéfice de cet article pouvant être réclamé par le créancier dans le cas d'un débiteur qui ferait obstacle à l'exercice des droits sur la sûreté mise en place<sup>49</sup>. Il a été jugé également que la diminution de la sûreté est retenue lorsque l'emprunteur refuse de fournir des sûretés convenues : il y a alors suppression totale de la garantie<sup>50</sup>. Mais l'article 1188 n'est pas en principe

35. La jurisprudence admet toutefois que certaines clauses puissent survivre à l'anéantissement du contrat qui les contient. Tel est le cas tout d'abord de la clause compromissoire : Cass. civ. 4 avril 2002, et Cass. com. 9 avril 2002, et les observations de L. Degos, *Dalloz* 2003, p. 1117. La Cour de cassation a également considéré que clause pénale n'est pas affectée par la caducité de l'acte juridique qui la porte : Cass. com. 22 mars 2011, *Dalloz* 2011, p. 1012 et 2179. C. Hugon, « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », *JCP* 1994, I, 3790, spéc. n° 20, de même que la clause attributive de juridiction : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, pourvoi n° 07-17-788. Voir également Catherine Barreau, « La transmission des clauses de non concurrence – une autre "illustration du concept de droit civil des affaires" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015.

36. Voir X. Lagarde, « Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *JCP* éd. G, n° 48, 25 nov 2013, p. 2181 – J.-J. Barbieri, « Ensemble contractuel : les conditions de la caducité par voie de conséquence », *JCP* éd. G, n° 3, 19 janv. 2015, n° 54.

37. Article 1229 : « La résolution met fin au contrat. [...] »

38. Voir par exemple Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2015, pourvoi n° 14-23267.

39. Ou résiliation, s'agissant d'un contrat à exécution successive. Voir toutefois les livres proposés de T. Genicon, « Résolution et résiliation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP* éd. G, n° 38, 4 sept 2015, n° 960. : « Le projet de réforme envisage de supprimer la notion de "résiliation" pour inexécution afin de privilégier l'usage du seul terme "résolution" pour inexécution. Il faut se réjouir de cette initiative car la dualité de vocabulaire, fruit d'un mésusage terminologique, était source de confusions et a longtemps empêché une juste compréhension de la résolution pour inexécution comme de son effet rétroactif. A concept unique, mot unique : le progrès est certain [...] ». Ou résiliation s'agissant d'un contrat à exécution successive.

40. Dans la réforme attendue du Code civil, les articles traitant de la résolution et de la déchéance du terme sont également leur siège à des sections et chapitres différents.

41. Voir TI Dreux 10 mars 2015, n° 11-14-000364, *Rec. Dalloz* 2015, p. 861 et les obs. de G. Poissonnier, magistrat. Dans l'article L. 312-22 du Code de la consommation, la sanction de la déchéance du terme est prévue en matière de crédit immobilier comme une conséquence de la résolution du contrat.

42. Ici, le débiteur souhaite se libérer sans attendre l'échéance de l'événement ou de la date pris en référence : voir F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, éd. Dalloz, n° 103.06.

43. G. Cornu, Ass. H. Capitain, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd. mise à jour.

44. Art. 1187 du Code civil : « Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier. »

45. Dans le projet de réforme du Code civil, l'art. 1305-4 prévoit : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »

46. F.-X. Testu, *op. cit.*, n° 103-07, citant Cass. civ. 1<sup>re</sup> 9 mai 1994, pourvoi n° 92-15.063, *Bull. Civ. I*, n° 171.

47. C. Hannoun et Y. Guenzoui, « Terme », *Rép. Dt. civil*, *Dalloz*, n° 64 et s.

48. C. Hannoun et Y. Guenzoui, *op. cit.*, n° 68.

49. Trib. civ. Seine, 17 oct 1928, DP 1929, 2, 141, note R. Savatier, cité par C. Hannoun, Y. Guenzoui, *op. cit.*, n° 69.

50. Req., 2 mai 1900, S. 1901, 1, 14 – CA Montpellier 23 avr. 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 1, 879, cités par C. Hannoun, Y. Guenzoui, *op. cit.*, n° 69.

applicable lorsqu'il a été procédé à l'aliénation en toute ou partie du bien affecté à la garantie du créancier, ou lorsqu'une autre sûreté a été constituée sur la chose<sup>51</sup>. Toutefois, dans certains cas, les juges du fond donnent à entendre que l'aliénation ou la constitution de droits réels pourraient s'analyser en une véritable diminution de la sûreté<sup>52</sup>.

Enfin, la diminution de la sûreté doit résulter d'un comportement du débiteur, peu importe, semble-t-il que celui-ci ait agi de manière imprudente, négligente, ou de mauvaise foi<sup>53</sup>. Par conséquent, l'atteinte portée à la valeur de la sûreté ne peut être retenue si elle résulte du fait d'un tiers, de la force majeure ou d'un cas fortuit. Il a été jugé que l'article 1188 « n'oblige le juge à déclarer le débiteur déchu du terme que lorsque celui-ci a par un acte de sa libre volonté, diminué les sûretés données par le contrat au créancier, ou lorsqu'il n'a pas fourni celles qu'il lui avait promises »<sup>54</sup>. Dans le cadre de notre propos, si le différend relationnel bancaire trouve son origine dans ce contexte particulier d'atteinte portée aux sûretés, l'article 1188 du Code civil pourrait être opposé par la banque. Au-delà, l'impact d'un différend relationnel non bancaire, qui dégenère en contentieux provoqué<sup>55</sup> ou mal réglé, sur les sûretés offertes par le débiteur à la banque, pourrait aussi le cas échéant être considéré à la lumière de ce dispositif législatif<sup>56</sup>.

Un autre cas de figure mérite d'être exploré. En effet, en application du devoir de prudence et de vigilance qui pèse sur le banquier, celui-ci prend soin d'insérer dans toute documentation contractuelle des stipulations par lesquelles l'emprunteur s'interdit de réaliser un certain nombre de choses, et par exemple de consentir à un nouveau prêteur des sûretés dont un prêteur précédent aurait été privé.

Ces engagements de ne pas faire sont appelés en pratique « sûretés négatives<sup>57</sup> », au gré d'une traduction rapide et directe de l'expression « *negative pledge* » issue de la pratique anglo-saxonne. Or, dans la mesure où ces « sûretés négatives » font partie intégrante du contrat de prêt, sont-elles concernées par l'article 1188 du Code civil ? Une doctrine autorisée considère que « le particularisme des sûretés négatives n'est guère compatible avec la définition habituelle des sûretés »<sup>58</sup>, celles-ci renforçant le droit de gage

général sans conférer une véritable préférence au créancier<sup>59</sup>. La sûreté négative ne peut non plus, semble-t-il, être rangée dans la famille classique des sûretés réelles ou personnelles. Enfin, faute de bénéficier d'un droit de préférence, le bénéficiaire de la sûreté négative continue de subir le concours des autres créanciers.

Il importe toutefois de considérer l'esprit de l'article 1188. Par cette disposition, selon le Professeur Jacques Mestre, « le législateur présume que le créancier n'a accordé un terme qu'en considération de la garantie d'une sûreté particulière et considère qu'il a donc droit à un paiement immédiat lorsque son débiteur a altéré sa confiance »<sup>60</sup>. Le Professeur Jacques Mestre attire opportunément l'attention sur la lecture qu'il convient de faire d'un arrêt du 9 mai 1994 de la Cour de cassation. En l'espèce, une compagnie d'assurance avait consenti trois prêts à l'un de ses employés. Lorsque celui-ci démissionna, l'assureur l'assigna en remboursement des encours et autres montants dus. L'un des contrats de prêt prévoyait l'exigibilité immédiate des sommes dues en cas de cessation des fonctions de l'emprunteur pour quelque cause que ce soit, et l'attitude de l'assureur fut ici validée par toutes les juridictions saisies. Les deux autres contrats de prêt ne contenaient pas de clause similaire, et l'employeur se fonda sur l'article 1188 pour justifier l'exigibilité immédiate des encours : en effet, les remboursements et paiements des montants dus s'opéraient par prélèvements sur les salaires de l'emprunteur. Les juges du fond firent droit à la thèse de l'employeur, contrairement à la Cour de cassation qui, au visa de l'article 1188 du Code civil, releva que « les sûretés, dont la perte entraîne pour le débiteur la déchéance du terme, sont celles qu'il a données dans le contrat. » La Cour rappelle que la sûreté doit avoir sa source dans le contrat de prêt lui-même, porteur du terme dont la déchéance est souhaitée. Mais celle-ci, en ne rejetant pas la qualification de sûreté aux prélèvements automatiques sur salaires, « paraît bien, en revanche, avaliser une conception large de la sûreté englobant ces garanties contractuelles dont les créanciers sont aujourd'hui friands et qui sont offertes par des situations de réciprocité »<sup>61</sup>. Mais c'est surtout le cadre conventionnel qui se révèle particulièrement approprié en matière de déchéance du terme.

## 2.2. Déchéance du terme d'origine conventionnelle

Le terme suspensif prévu à l'article 1186 du Code civil<sup>62</sup> retarde l'exigibilité des sommes dues, dont le paiement se trouve ainsi différé dans le temps, mais demeure ferme dans le principe<sup>63</sup>. Au-delà des motifs de déchéance du terme prévus par l'article 1188 précité, les parties peuvent

51. Civ 1<sup>re</sup>, 21 avr 1852, DP 54, 5, 538 – 4 janv. 1870, 1, 11 – 10 mai 1881, DP 1882, 1, 201, cités par C. Hannoun et Y. Guenzouli, *op. cit.*, n° 70.

52. CA Aix-en-Provence 29 nov 1905, DP 1908, 2, 118 – CA Poitiers 28 nov 1923, DH 1924, 154, cités par C. Hannoun et Y. Guenzouli, *op. cit.*, n° 71.

53. CA Aix-en-Provence, 29 nov 1905, préc.

54. Voir Req. 23 juin 1919, S. 1920, 1, 134, cité par C. Hannoun et Y. Guenzouli, *op. cit.*, n° 78. Ce dernier cas de figure fait songer au non-respect par l'emprunteur d'engagements contractuels pris en ce sens, notamment à la faveur d'une clause dite de « *pari passu* » ou de « *negative pledge* ».

55. Hypothèse du non-paiement d'une charge financière, fiscale ou autre.

56. Que l'on songe à la chute de la valeur de titres financiers grevés, en raison d'une dégradation de notation.

57. L'objectif poursuivi est d'assurer la protection des intérêts d'une banque A dans l'hypothèse où l'emprunteur souhaiterait lever des fonds, ou plus généralement, faire commerce avec une banque B. Certaines stipulations peuvent interdire à l'emprunteur de s'endetter par ailleurs et dans une proportion négociée, sans l'accord préalable du prêteur A, ou le contraindre à un traitement égalitaire des prêteurs A et B dans l'octroi des sûretés ou garanties.

58. Y. Chaput, *Jurisclasser Banque Crédit Bourse*, fasc. 790, « sûretés négatives », n° 13, invitait à consulter L. Aynès et P. Croq, *Les Sûretés*, Défrés. 2008, n° 320 – J. Debvèze, A. Couret et G. Hirigoyen, *Lamy Droit du Financement*, 2009, n° 4769 et s.,

59. Préférence obtenue soit au moyen de la création ou de l'octroi d'un rang, soit en assurant une opposabilité aux tiers par recours à une publicité organisée.

60. J. Mestre, obs sous Cass Civ 1<sup>re</sup>, 9 mai 1994, pourvoi n° 92-15063, RTD Civ. 1995, p. 110. En ce sens, nous trouvons une proximité avec l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier précité.

61. J. Mestre, *op. cit.*, renvoyant à M. Cabrillac et C. Mouly, « Droit des sûretés », Litec, 2<sup>e</sup> éd., 1993, n° 572 et s.

62. Art. 1186 : « Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme ; [...] »

63. L'article 1305 de l'ordonnance portant réforme du Code civil prévoit : « L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine. »

« prévoir conventionnellement une clause expresse de déchéance du terme aux fins d'obtenir un paiement anticipé en cas de défaillance du débiteur »<sup>64</sup>. Entre professionnels, la validité de clauses de déchéance du terme ne paraît pas contestable, compte tenu notamment de l'empire de l'article 1134 du Code civil<sup>65</sup>.

Le juge exerce toutefois son contrôle sur les clauses de déchéance du terme et peut relever parfois leur caractère contraire à l'ordre public<sup>66</sup>. De plus, « en présence d'une clause de déchéance du terme contractuellement mal définie, le juge retrouvera naturellement son pouvoir d'appréciation<sup>67</sup> » sans, toutefois, que ces limites privent cette stipulation de ses utilités variées.

### 2.3. Les avantages de la déchéance du terme

Une des supériorités décisives du mécanisme contractuel ou légal de déchéance du terme, par contraste avec la résiliation, tient à la survie du contrat<sup>68</sup>. La déchéance du terme ne produit effet que sur l'exigibilité des sommes dues, qui devient immédiate, sans provoquer la dissolution du contrat<sup>69</sup>. Or la survie du contrat est précieuse pour la banque, attachée à la protection de ses intérêts ;

celle-ci pourra opposer de façon continue les clauses des documents de financement tendant à cet office<sup>70</sup> : clause de confidentialité, clause d'indemnisation, clause de remboursement des frais, clause de non-recours, clause pénale, clause d'anatocisme, clause d'intérêts moratoires<sup>71</sup>, clause opérant transfert de sa position contractuelle au moyen d'une cession de contrat, clauses décrivant les droits de l'agent... Par ailleurs, le maintien du contrat de prêt dont seule la déchéance du terme a été prononcée, emporte maintien de tous les contrats satellitaires gravitant autour de lui, et assurant son efficacité : l'accord intercréancier, la convention de subordination, la convention sur le rang, l'accord de confidentialité<sup>72</sup>...

Du point de vue du traitement prudentiel des lignes consenties, le maintien des actes accessoires au contrat de prêt<sup>73</sup>, constitue un avantage décisif pour l'établissement de crédit, soucieux de la bonne gestion de ses fonds propres, et ce d'autant plus que la résiliation n'emporte pas nécessairement et dans le même temps, désintéressement de la banque. Celle-ci pourra trouver intérêt, ne serait-ce que d'un point de vue commercial, à ouvrir la perspective d'une restructuration, mais dans un décor contractuel déjà planté : que d'économies de temps, d'énergie et de moyens en perspective !

Où l'on voit que le banquier ne peut rester indifférent au traitement juridique approprié du différend. ■

64. A.S. Lucas-Puget, « La clause de déchéance du terme », *Contrats concur. consom.*, n° 1, janv. 2014, form. 1.

65. Voir par exemple : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 janv. 1971, pourv. n° 69-13192 : « que la clause prévoyant l'exigibilité immédiate du prêt en cas de vente par les époux X n'est pas une autorisation de vendre emportant renonciation à la promesse de vente mais une déchéance du terme consenti pour le remboursement, la cour d'appel, se livrant à une interprétation nécessaire, exclusive de la dénaturation alléguée, a légalement justifié sa décision. » Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1984, pourvoi n° 83-11012 : « Qu'une clause du contrat de prêt stipulait que la SOGEQUIP pouvait "si bon lui semblait" demander le paiement immédiat des échéances restant dues "au cas où l'emprunteur cesserait de se trouver en position d'activité et si l'agent de la société prêteuse n'exerçait plus effectivement ses fonctions dans ladite société ou pour son compte". Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le licenciement de M X n'avait pas dépendu de la volonté de la société SOGEQUIP, [...] a justement estimé que la condition litigieuse n'était pas purement potestative [...] ».

66. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc 2005, pourv. n° 04-13772, où la clause a été déclarée contraire aux articles 6, 1172 et 544 du Code civil.

67. F.X. Testu, *op. cit.*, n° 103-11.

68. Si le contrat demeure, mais sans terme à l'obligation, on doit sans doute y voir un nouveau contrat, sujet au processus décisionnel et de vérification habituels d'entrée en relation. Le banquier devra prendre soin ici d'exclure tout effet novatoire.

69. « L'aliénation du bien, si elle avait eu pour effet de déchoir les débiteurs du bénéfice du terme, en vertu de la clause insérée dans l'acte de prêt, n'avait pas résolu ce contrat et n'avait supprimé ni la qualité de rapatrié des emprunteurs ni la nature du prêt qui était bien un prêt de réinstallation [...] » Voir J.R. Mirbeau-Gauvin, « Prêt », sept. 2006, *Rép. Droit Civ.*, n° 356, et Cass. ass. plén., 22 avr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, som. 121 – C. Hannou et Y. Guanzoui, *op. cit.*, n° 47.

70. Même si le projet de réforme du Code civil est orienté en ce sens en ce qui concerne la résolution du contrat.

71. Ces derniers étant souvent calculés par référence au taux d'intérêt rémunérateur prévu dans le contrat de prêt, précisément.

72. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv. 2000, Defresn. 2000, art 37188, n° 47, obs D Mazeaud, où la Cour rappelle la différence entre l'exigibilité immédiate issue de la déchéance du terme, et le remboursement, et confirme le maintien du contrat d'assurance « décès, incapacité de travail, invalidité » sauf convention contraire.

73. Convention de subordination, convention sur le rang, accord intercréanciers incluant notamment la clef de répartition des paiements (*cash waterfall*)...