Les méthodes utilisées pour gérer la crise immobilière ont soulevé des difficultés juridiques : les protocoles de rééchelonnement des dettes se sont heurtés à des règles de confidentialité ; la transférabilité des créances sans l'accord des débiteurs a été mise en question et a dû s'accommoder d'une règlementation bancaire protectrice.

Gestion de crise sur fond d'incertitude juridique

Philippe Billot
Avocat à la cour
Jones, Day, Reavis & Pogue

En 1986, l'encours des prêts bancaires aux promoteurs et marchands de biens représentait 20 milliards de francs ; en 1992, ce chiffre a atteint 300 milliards ! La crise née de l'impossibilité pour les professionnels de l'immobilier de faire face au remboursement de ces sommes et même au paiement des intérêts qu'elles génèrent a fait l'objet d'un traitement pragmatique par les autorités françaises. Il a consisté à favoriser des moratoires entre les banques et leurs clients (dénommés «protocoles») qui visaient à réduire le montant de la dette, diminuer la charge d'intérêts et permettre aux créanciers de récupérer leurs gages dans les situations les plus désespérées, c'est-à-dire dans la majorité des cas. Ces protocoles ont suscité beaucoup de difficultés au plan juridique.

L'environnement du droit de la faillite français

En effet, la loi sur la faillite française date de 1985 et a pour objectif essentiel la préservation de l'emploi et la survie de l'entreprise au détriment de la protection des créanciers. La loi est faite pour fonctionner dans un environnement industriel, elle est totalement inadaptée aux activités immobilières où il n'existe pas réellement de fonds de commerce mais des opérations isolées et où les employés directs sont peu nombreux eu égard aux intérêts financiers en cause. Pour gérer la crise immobilière, le tribunal de commerce de Paris a donc préféré réactiver une loi de 1984 destinée à régler les difficultés des entreprises dans un cadre de conciliation entre débiteur et créancier préalablement à toute ouverture de procédure de faillite. L'accord entre débiteur et créancier est matérialisé par un «protocole» signé sous l'égide d'un mandataire désigné par le tribunal (mandataire ad hoc ou conciliateur). Cette technique a permis d'éviter, ou du moins de retarder, de très nombreuses faillites de professionnels de l'immobilier et un écrasement rapide des prix qui ne se sont affaissés que lentement entre 1990 et 1996. Cette technique a également permis aux créanciers de récupérer leurs actifs, ce qui n'aurait pas été le cas dans beaucoup de dossiers sous l'empire de la loi sur la faillite qui offrait alors peu de protection au créancier hypothécaire (des améliorations sont intervenues depuis).

L'obstacle des règles de confidentialité

Les protocoles sont soumis à une règle de confidentialité stricte sanctionnée par une incrimination pénale. Mais l'ensemble des relations entre le banquier et son client est d'une façon générale protégé par ces mêmes règles, encore que cette obligation s'estompe lorsque le client cesse de l'être et n'est plus qu'un débiteur contre lequel sont engagées des actions en recouvrement. La question s'est donc posée de savoir si le vendeur pouvait révéler à ses acquéreurs potentiels l'ensemble de ses relations contractuelles le liant à son client. Cette question existe dans toute cession de portefeuille et, lorsque ce dernier s'y prête, le cédant est souvent amené à ne révéler à ses acheteurs que les numéros de compte des clients sans en donner l'identité. Ici, la nature des engagements en cause ne permet à l'évidence pas de procéder ainsi. En l'absence de jurisprudence sur ce sujet précis, les professeurs de droit consultés par les praticiens ont tous considéré qu'il était possible au cédant de révéler l'ensemble des relations contractuelles avec les débiteurs, à défaut de quoi il se rendrait coupable envers son acquéreur d'un dol par réticence qui invaliderait la cession. Par ailleurs, la prise en compte de la confidentialité interdirait en pratique la vente par le cédant de ses créances, les rendant ainsi hors commerce, ce que seule une loi peut, en France, réaliser.

Les cessions de créances, autre instrument de gestion de la crise immobilière, ont également soulevé un certain nombre d'ambiguïtés sur le plan juridique.

La transférabilité des créances en question

Si les créances sont en droit français en principe cessibles sans l'accord du débiteur cédé, il existe nombre de situations dans lesquelles ce principe souffre des exceptions qui rendent la cession difficile, voire impossible, en l'absence du consentement du débiteur cédé. Il en va ainsi, notamment, en matière de compte courant, où la convention des parties a un caractère intuitu personæ et où la cession n'est pas possible sans l'accord du débiteur. Or, beaucoup de financements immobiliers se traduisent par des crédits faits en compte courant, notamment pendant la phase de construction. De la même façon, les ouvertures de crédit dans lesquelles les droits à tirage du débiteur ne sont pas épuisés ne sont pas cessibles puisqu'elles contiennent une obligation de la banque de prêter, obligation qui ne peut être cédée sans l'accord de la contrepartie en droit français. Enfin, un contrat de prêt dont tout ou partie a été sous-participé à une ou plusieurs autres banques est souvent considéré comme incessible de crainte d'éteindre l'obligation des sous-participants de partager le risque de défaillance du débiteur avec le banquier principal.

Parfois cependant, l'obligation de notification ou d'accord du débiteur s'éteint lorsque la créance a été à l'origine créée sous une forme négociable. C'est le cas lorsqu'elle est matérialisée par un billet à ordre (très rare en matière immobilière) ou lorsqu'elle a donné lieu à création par le notaire d'une «copie exécutoire à ordre» (ce qui arrive assez souvent).

Une règlementation bancaire très protectrice

Une particularité très française liée à la cession de créances immobilières dépréciées est la forte implication de la réglementation bancaire locale. En effet, la jurisprudence considère depuis longtemps que l'achat de créances non échues, si il est réalisé de façon habituelle, nécessite de la part de celui qui le pratique l'obtention d'un agrément en qualité d'établissement de cré- ➤

Les intervenants dans les cessions de créances immobilières

Les vendeurs

Les vendeurs sont les banques ainsi que les établissements financiers détenus par les compagnies d'assurances. Pourtant, il n'est pas dans les habitudes des banques françaises de céder leurs créances. De plus, elles ont des difficultés financières à prendre des pertes très importantes eu égard à leur situation financière globale et à la nécessité de dégager des résultats face à leurs actionnaires.

Un autre trait des vendeurs français consiste dans la différence qui les sépare des anglo-saxons sur les méthodes d'évaluation des biens immobiliers sous-jacents aux créances. Pour les professionnels de l'immobilier français et leurs banquiers, la valorisation de l'immobilier s'est toujours faite sur une base distincte de celle des autres actifs, en particulier financiers : l'immobilier a une valeur intrinsèque justifiant des taux de retour sur investissement plus faibles que ceux des autres actifs.

Enfin, les vendeurs se sont rendu compte que leur niveau de connaissance sur leurs créances à vendre et leurs dossiers n'étaient pas en ligne avec les attentes des acheteurs étrangers et qu'une information insuffisante se traduisait irrémédiablement par une pénalisation au niveau du prix.

Les acquéreurs

Pour l'essentiel, les acquéreurs potentiels sont américains. Leurs méthodes d'évaluation sont fondées sur l'espérance de taux de retour en rapport avec les risques importants pris et une approche financière privilégiant le taux de retour interne des investisseurs par rapport aux capitaux investis. Leur approche est donc très financière, s'opposant en ce sens à l'approche continentale des banquiers vendeurs. Par ailleurs, les investisseurs potentiels sont sollicités sur des portefeuilles de créances importants et s'attendent donc à payer des prix de gros et à obtenir à la revente des prix de détail, perspective qui là encore est assez contraire à celle des vendeurs qui tend à ne pas prendre en compte cet aspect dans les valorisations.

Les intermédiaires

Deux banques d'investissement à ce stade ont organisé des cessions de créances pour le compte du vendeur, Bankers Trust, qui a réalisé la plupart des opérations, et Lazard frères qui n'en a réalisé qu'une seule, mais la plus importante en montant de créances.

Les approches de ces deux institutions sont différentes. Tandis que Bankers Trust semble s'être donné pour objectif de créer en France une réplique du marché américain (ventes aux enchères très organisées, aux règles et aux délais très stricts), Lazard frères propose une attitude moins structurée (ventes aux enchères aux règles plus floues, voire changeantes en cours de processus). Il en a résulté un réel choc culturel entre le conservatisme professionnel continental et l'obsession de l'efficacité des opérations liée à l'approche anglo-saxonne. Les vendeurs français ont mal accepté d'avoir à ouvrir leurs dossiers, à faire face à des valorisations qu'ils n'acceptaient pas, à admettre des non-valeurs totales sous prétexte de manque d'information. Les acheteurs ont mal vécu d'avoir à dépenser des sommes énormes pour valoriser des actifs sans les informations nécessaires, ou à voir retirer une grande partie des actifs au milieu du processus de cession. Cela a considérablement freiné le développement du marché des créances immobilières compromises.

dit. C'est ainsi que les établissements pratiquant à titre professionnel l'affacturage (*factoring*) doivent se faire autoriser à exercer cette activité en tant que «société financière» (un établissement de crédit spécialisé dans une activité de crédit précise et habilité en tant que tel). La Commission bancaire, chargée par la règlementation bancaire de s'assurer du respect de l'application de la loi bancaire en France a, dans l'application de cette loi, une perception encore plus extensive de la loi bancaire : elle considère que le caractère d'habitude visé plus haut pour justifier l'obtention d'un agrément en qualité d'établissement de crédit, est rempli dès lors que deux ou plusieurs opérations sont réalisées, voire lorsqu'une personne acquiert plusieurs créances en une seule opération. La Commission bancaire protège sans doute ainsi le monopole bancaire sur les opérations de crédit, mais toujours est-il qu'il paraît indispensable à l'acquéreur d'un portefeuille de créances immobilières, soit d'obtenir un agrément en qualité d'établissement de crédit, au besoin spécialisé, soit d'obtenir de la Banque de France une dispense. Une telle dispense semble avoir été accordée dans certains cas par le passé, sans que les motifs en soient clairement perceptibles. A défaut, il est toutefois possible d'organiser l'acquisition par le biais d'un établissement de crédit de l'Union européenne hors de France.

En tout état de cause, la Banque de France semble admettre l'idée que si l'acquisition de créances non échues nécessite la détention d'un agrément en qualité d'établissement de crédit, le recouvrement de ces mêmes créances et leur liquidation peut se réaliser sans le maintien de ce statut. De la sorte, la Banque de France admet que celui qui s'est vu agréer en qualité d'établissement de crédit dans le seul but d'obtenir le droit d'acquérir un portefeuille de créances, puisse presqu'immédiatement après demander à se voir retirer cet agrément aux fins de gérer dans une seule optique liquidative le portefeuille acquis. Un tel retrait d'agrément permet de gérer les créances acquises hors les nombreuses contraintes imposées par la réglementation bancaire : nombreux comptes rendus périodiques à la Banque de France et respect de ratios (liquidité, division des risques, solvabilité...) tout particulièrement.

Les incertitudes des procédures de faillite

L'acquéreur d'un portefeuille de créances immobilières en France doit savoir que le non-respect par le débiteur de ses obligations aux termes du prêt (ou d'un protocole signé avec un ou plusieurs de ses créanciers) amènera tôt ou tard ce débiteur, s'il est un professionnel de l'immobilier, à faire ouvrir, par le tribunal, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires dont les conséquences pour le créancier sont difficiles à maîtriser.

Tout d'abord le déroulement de la procédure de faillite ouvre une période d'incertitude dont l'issue pour le créancier va s'étaler loin dans le temps. Entre le moment où la procédure s'ouvre et celle où le créancier recouvre le montant de sa créance, ou ce qu'il en restera, plusieurs années s'écouleront très souvent. Au surplus, le créancier sera mal protégé par cette procédure, organisée à l'avantage des salariés et, dans une moindre mesure, du débiteur. En particulier, le créancier pas plus que l'ensemble des créanciers en tant que tel, n'a aucun pouvoir réel sur le déroulement de la procédure et sur le choix entre les différentes issues auxquelles elle peut donner lieu : cession de l'entreprise à un tiers, continuation de l'entreprise avec des créances moratoriées ou liquidation pure et simple.

Par ailleurs, le banquier est susceptible à l'occasion de ces procédures de voir sa responsabilité engagée, soit pour rupture abusive des crédits, soit pour soutien abusif d'une entreprise irrémédiablement compromise, soit encore pour gestion de fait s'il a participé aux décisions de l'entreprise. Mais il faut préciser que ces actions personnelles ne sont en principe pas transmises à l'acquéreur de la créance, sauf si c'est la totalité du patrimoine de ce prêteur initial qui est transmise à l'acquéreur et non seulement des créances individuellement. Dans le cas de transmission universelle du patrimoine des prêteurs, des incriminations de nature pénale peuvent d'ailleurs parfois s'ajouter aux sanctions civiles.

La naissance d'un véritable marché des dettes

Beaucoup reste à faire en ce qui concerne les réflexions sur le financement des acquisitions de portefeuilles de créances. Dans le cadre d'une loi plus libérale, la titrisation, tout particulièrement, pourrait être largement utilisée par les acquéreurs pour refinancer leurs investissements.

Cependant le marché des dettes en défaut est ainsi en train d'émerger de cette crise, à l'instar de ce qui existe depuis de nombreuses années aux Etats-Unis, même si le nom de «vautour» n'est pas très gratifiant pour les fonds américains qui sont prêts à prendre des risques que les intervenants locaux ne souhaitent pas prendre. Il y a fort à parier à cet égard que les intervenants français possibles sur ce marché, à commencer par les banques, resteront quelques années encore tétanisés par la crise et ne reviendront que lorsque la place aura été nettoyée, au grand bénéfice des acheteurs étrangers sans doute. ■