

La fréquence des contentieux en responsabilité, la lourdeur des condamnations pouvant en résulter ont obligé les banques à prendre des dispositions pour prévenir ce risque juridique.

Prévenir le risque de soutien ou de rupture abusive



Dominique Bouchery
Directeur des affaires
contentieuses générales
Société générale

L'octroi de crédits aux entreprises commerciales est un exercice difficile : aux risques traditionnels, s'est ajouté un autre risque, celui, pour la banque, de voir sa responsabilité mise en cause, tout spécialement pour soutien ou rupture abusive. Le risque juridique de responsabilité procède de logiques contraires :

- l'entreprise qui attend de son banquier un soutien, surtout en période de difficultés, de sorte que le principe même d'une rupture ou d'une réduction des crédits nécessaires à son exploitation pourra apparaître comme un abus de droit,
- les créanciers de cette entreprise qui soutiendront, si elle est amenée à déposer son bilan, que les crédits ont créé une apparence de solvabilité trompeuse.

Ces attaques ont donné lieu à une importante jurisprudence. La marge de manœuvre est souvent étroite, mais, au fil de leurs décisions, les tribunaux ont créé des normes professionnelles dont les banques tiennent compte dans la conduite des crédits commerciaux.

Le respect des dispositions légales limite le risque de rupture abusive

En 1984, la loi bancaire a défini, de manière précise, les règles de forme et de fond que doivent respecter les banques lorsqu'elles souhaitent rompre ou réduire les crédits d'exploitation consentis aux entreprises, c'est-à-dire à toute personne physique ou morale exerçant une activité à caractère industriel, commercial, artisanal ou libéral. Le respect de ces règles légales constitue à lui seul un moyen efficace de prévenir une rupture abusive.

Le crédit est à durée déterminée, c'est-à-dire que sa durée a été précisée dans un écrit adressé au client ou signé par lui :

l'établissement bancaire est, en principe, tenu de faire crédit jusqu'au terme convenu.

Avant d'envisager toute rupture ou toute réduction, il appartient donc à la banque de s'assurer qu'elle ne s'est pas engagée, par un écrit quelconque (contrat, lettre, fax...) à lui faire crédit jusqu'à une date précise.

Sauf exception, la seule possibilité sera de mettre en œuvre les éventuelles clauses du contrat de crédit prévoyant des cas de résiliation anticipée.

Ces clauses qui, il y a quelques années, se contentaient de prévoir la faculté, pour la banque, de résilier avant terme le crédit en cas d'impayé ou de non-constitution des garanties, ont désormais tendance à s'élargir et à autoriser la résiliation anticipée dans de nombreuses autres hypothèses de manquements du client : non-respect de certains ratios comptables, dégradation significative de la solvabilité, modifications substantielles des structures juridiques, diminution de la valeur des garanties, non-communication à la banque des bilans et comptes d'exploitation...

En réalité la rédaction de ces clauses sera essentiellement fonction de l'objet du crédit consenti. Mais, sur un plan général, une rédaction minutieuse s'impose pour deux raisons essentielles :

- l'entreprise doit connaître précisément ses obligations, notamment d'information à l'égard de la banque, et celles dont le non-respect sera considéré comme suffisamment grave pour constituer une cause de rupture anticipée,
- la banque, de son côté, protégera ses intérêts et se mettra à l'abri de toute contestation en ayant déterminé à l'avance, en accord avec le client, les cas dans lesquels elle pourra revendiquer la rupture. Cette évolution ne peut que conforter le souci de transparence et de clarification manifesté par la profession bancaire envers les entreprises.

Le crédit est à durée indéterminée (ce qui est le cas de la plupart des crédits de trésorerie : découvert, escompte, «Dailly», crédits par signature) : la banque pourra le réduire ou l'interrompre à tout moment à condition d'en avertir préalablement le client et de lui laisser le délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours.

Autrement dit, la loi bancaire, conformément à la jurisprudence, a donné aux banques non seulement le droit, mais la liberté de dénoncer les crédits à durée indéterminée moyennant la double condition d'une notification et d'un préavis. Ce préavis est, selon les usages bancaires, de trente jours pour les crédits de mobilisation de créances et de soixante jours pour les autres concours à durée indéterminée, sauf si les clauses du contrat de crédit passé avec le client stipulent un délai différent.

Des exceptions clairement identifiées

Les concours occasionnels, à savoir les utilisations ponctuelles à caractère exceptionnel et de courte durée ne sont pas concernés. La prudence commande toutefois que la banque confirme au client, lors de l'octroi de ces concours occasionnels, qu'ils sont consentis par la banque à titre exceptionnel et pour une courte durée.

Le dépassement des utilisations habituelles, qui s'analyse juridiquement comme un refus de crédit, ne nécessite ni notification, ni préavis. Bien entendu, dans ce cas, mieux vaut que la banque prévienne son client par téléphone ou par télécopie que des rejets sont susceptibles d'intervenir faute de provision suffisante.

La situation irrémédiablement compromise ou le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit dispense la banque du préavis mais non d'une notification.

Toutefois, une distinction est à faire :

- la rupture pour situation irrémédiablement compromise du client est celle dans laquelle l'entreprise est vouée à la ruine. Elle suppose que la banque soit en mesure de prouver, à l'aide d'éléments très récents, que l'exploitation de son client est effectivement sans espoir de redressement ;
- la notion de comportement gravement répréhensible vise ceux ne correspondant pas à une saine pratique des affaires. En l'état actuel de la jurisprudence, un tel comportement résulte le plus souvent de la communication récente à la banque de documents d'exploitation ou comptables inexacts, de la remise à l'escompte ou de la cession de créances fictives, de la violation d'une interdiction d'émettre des chèques,

de la remise de traites ou de chèques de cavalerie. D'autres définitions du comportement gravement répréhensible du client ont été admises par les tribunaux : dissimulation à la banque du changement significatif de l'actionnariat, non-constitution, dans certaines circonstances, des garanties prévues ; mais ces cas d'espèce doivent être utilisés par les banques avec la plus grande circonspection. La rupture sans préavis restera donc l'exception.

L'obtention d'un accord écrit du client pour une rupture ou une réduction dans des délais plus courts que les délais d'usage sera également possible mais, en pratique, rarement obtenue.

Les conditions de la rupture

Le client doit être obligatoirement informé par lettre recommandée avec AR de la décision de la banque, du délai du préavis dont il bénéficie et des clauses sur lesquelles la banque s'appuie, s'il s'agit d'un crédit à durée déterminée ou de l'exercice, par la banque, de la faculté exceptionnelle de dénonciation mentionnée plus haut. Cet écrit doit être rédigé en des termes clairs et non équivoques et manifester, sans ambiguïté, l'intention de rompre ou de réduire les crédits antérieurement consentis.

La banque est tenue d'accorder, pendant toute la durée du préavis, un niveau de concours qui n'est pas fonction des autorisations internes (inopposables au client), mais des utilisations antérieurement pratiquées. Toute la difficulté est d'en déterminer le montant qui constituera la limite au-delà de laquelle la banque pourra légitimement rejeter des chèques ou refuser d'accroître ses engagements.

La motivation d'un arrêt récent permet de bien saisir les données du problème :

«Mais attendu qu'après avoir analysé les variations du solde du compte courant et recherché quels montants de débits y étaient fréquemment relevés, à l'exclusion de toute tolérance exceptionnelle, pour des durées plus longues que celles de simples avances sur encaissements en cours, l'arrêt constate que des financements pour des montants supérieurs à ceux nécessaires au paiement des chèques litigieux ont été continuellement accordés par la banque à sa cliente ; qu'ayant ainsi, à bon droit, caractérisé l'existence du découvert durable et régulier pour lequel la banque s'était tacitement engagée par sa pratique habituelle, ainsi que son mode de calcul, et souverainement déterminé son montant. La cour d'appel, en estimant fautif le refus opposé par la banque de payer le montant des chèques, a tiré les conséquences légales de ses appréciations et constatations».

En résumé, le montant devant être accordé au client :

Soutien abusif : définition

Le soutien abusif, ou maintien artificiel, consiste, pour un établissement bancaire, à octroyer ou à maintenir des crédits de trésorerie à une entreprise dont il connaissait ou aurait dû connaître la situation sans issue. Selon la jurisprudence, un tel soutien donne à l'entreprise financée une « apparence trompeuse de solvabilité » préjudiciable à ses créanciers victimes de la poursuite de son exploitation déficitaire. L'établissement bancaire commet une faute : il manque à son devoir de s'informer ou à son devoir de discernement qui, s'ils avaient été respectés, lui auraient permis de connaître la situation sans issue de l'entreprise.

- ne correspond ni aux tolérances exceptionnelles ni au plus fort découvert,
- est apprécié souverainement par les tribunaux à partir de l'observation des soldes débiteurs habituellement accordés, le principe étant que la banque ne peut pas refuser d'accorder au client ce qu'il avait l'habitude d'obtenir.

Force est de reconnaître que cette jurisprudence, refusant toute méthode de calcul abstraite, ainsi que vient de le confirmer un arrêt récent, risque, dans la pratique, d'être source de litige entre la banque et son client. L'une des solutions consiste à préciser, dans la lettre de rupture, le montant du crédit auquel le client a droit pendant le préavis.

Enfin, les banques savent distinguer la rupture du crédit de la rupture des relations. A l'échéance du délai de préavis, l'exigibilité du concours n'entraîne pas automatiquement la rupture de l'ensemble des relations avec le client. Rien n'interdit le maintien par la banque d'un service de caisse sur un compte distinct du compte ayant servi au crédit supprimé.

Le risque de soutien abusif demande une grande vigilance

Ce risque de responsabilité n'est que l'application, aux banques, du principe général de la responsabilité civile délictuelle selon lequel toute faute, négligence ou imprudence qui cause à autrui un préjudice ouvre droit à réparation. Le soutien abusif est donc principalement une responsabilité à l'égard des tiers, créanciers de l'entreprise financée, voire à l'égard de ses garants qui, comme les créanciers, auraient été tenus dans l'ignorance de la situation sans issue de celle-ci.

Il en résulte que la responsabilité bancaire pour soutien abusif n'existe, en principe, que dans le cas où une faillite du client a été prononcée, et à condition que ce client ait aggravé son passif pendant la période du financement bancaire. Il en résulte également que toute action en responsabilité contre la banque sera soumise à l'examen de l'autorité judiciaire, et nécessite, pour la reconnaissance de son bien-fondé, la réunion de conditions strictes : preuve d'une faute ou d'une négligence de la banque et du préjudice en résultant. C'est dire que les procès contre les banques pour soutien abusif ne sont pas toujours gagnés d'avance, loin de là.

L'appréciation de la responsabilité du banquier se fait par référence au comportement d'un banquier normalement prudent et diligent, étant précisé que tout banquier est qualifié de professionnel « averti » par la jurisprudence. Cette appréciation ne peut être faite qu'au cas par cas.

La banque a l'obligation de s'informer sur la situation de son client, non seulement lors de l'ouverture du compte ou de l'octroi du crédit, mais aussi pendant toute la durée du financement. Seules sont visées les informations que la banque est en mesure d'obtenir par les voies usuelles : le principe de non-ingérence ne lui permet pas, en effet, de se livrer à des investigations dans les affaires de son client.

La banque doit faire preuve de discernement

Les banques prennent la précaution :

- de s'informer des inscriptions publiées au greffe du tribunal de commerce du siège social de l'entreprise financée, des informations disponibles auprès de la Banque de France,
- de demander à son client la copie des documents comptables que l'entreprise est légalement tenue d'établir.

Tout particulièrement, et pour reprendre la jurisprudence, « *il est de la plus élémentaire prudence que les banques exigent la présentation de bilans dont la régularité et la sincérité se trouvent certifiées par le commissaire aux comptes* ». Mais la certification de la sincérité des comptes par le commissaire aux comptes ne dispensera pas, bien entendu, la banque d'exercer son devoir de discernement. Toutes informations auxquelles s'ajoutent la surveillance des engagements, l'observation des mouvements de compte, devront permettre à la banque de réagir à temps et donc d'éviter des situations de soutien abusif. Pour exercer son devoir de discernement, la banque doit également « en bon professionnel » procéder à l'analyse des documents comptables obtenus pour s'assurer que la situation de l'entreprise financée n'est pas sans issue.

Qu'entend-on par situation sans issue ? En l'absence de signes caractéristiques, une telle appréciation s'avère délicate. Il ne s'agit pas d'une situation seulement difficile. Ainsi, selon la jurisprudence, une insuffisance de trésorerie, même grave et prolongée, ne suffit pas à caractériser une situation sans issue. En revanche, pourra être considérée comme sans issue la situation d'une société ayant un fonds de roulement négatif, une marge brute négative, des crédits générant une charge financière aggravant son déficit. En réalité, en présence de difficultés, la question essentielle sera de savoir si l'exploitation de l'entreprise peut ou non être redressée. Depuis 1978, la jurisprudence est, à cet égard, constante : « *après avoir constaté que la plupart de ceux qui avaient connu la situation de l'entreprise avaient estimé que, malgré les pertes subies, le redressement de la société était tout à fait possible, la cour d'appel a pu décider que les banques, mal-*

gré leur découverte de la véritable situation de la société, n'avaient pas commis de faute en lui maintenant leurs crédits».

L'absence d'espoir de redressement pourra notamment résulter du fait que la banque a maintenu son soutien dans l'unique espoir d'obtenir des garanties ou le remboursement de ses engagements.

Cette jurisprudence impose de bien mesurer les avantages attendus d'un maintien des concours (espoir d'un redressement) avec le risque d'un soutien abusif pouvant consister dans la prise en charge, par la banque, de l'aggravation ultérieure de l'insuffisance d'actif de l'entreprise.

Pour remplir son devoir de discernement, la banque, au vu des documents comptables, prendra en considération :

- l'évolution, année par année, des résultats et du passif exigible,
- la proportion des crédits dans le volume du chiffre d'affaires,

- l'importance des frais financiers, spécialement la capacité de l'exploitation à les supporter,
- la consistance des fonds propres par rapport à l'endettement,
- l'actif net,
- le besoin de fonds de roulement.

L'utilisation de ces paramètres fait partie de la vie courante de la banque et de la gestion classique des crédits ; il s'agit au demeurant de s'assurer simplement que les crédits sont adaptés à la situation du client.

Les exigences des tribunaux restent toutefois nuancées : ils ne demandent pas un niveau d'expertise financière qui dépasse les habitudes bancaires et ne se contentent pas d'un seul élément pour considérer le banquier comme fautif. Ils savent, en effet, que le métier bancaire comporte des risques et que les prévisions sont souvent déjouées. ■

Conséquences pratiques

Premier exemple

La banque remarque que les dirigeants de l'entreprise financée utilisent des procédés qui ne correspondent pas à une saine pratique des affaires (cavalerie de chèques ou d'effets, cession de créances fictives...). Dans ce cas, elle n'aura guère d'autre choix que de convoquer le dirigeant pour obtenir ses explications et, si celles-ci ne sont pas convaincantes, de mettre en œuvre la rupture des crédits et des relations.

Cette rupture sera un droit mais aussi une obligation : toute poursuite des relations alors que la banque a connaissance de tels procédés pourrait engager sérieusement sa responsabilité.

La jurisprudence est sévère : *«s'il ne saurait être contesté que, dès lors qu'il reçoit de son client un ordre, le banquier est tenu de l'exécuter et que si, à cette occasion, sa responsabilité ne saurait être engagée, encore faut-il qu'il n'ait pas eu conscience du caractère délictueux des mouvements de fonds enregistrés dans le compte incriminé ; qu'en pareil cas, s'il ne prend pas la décision de le clore d'office, il*

se rend complice de l'auteur de l'infraction en maintenant à sa disposition l'usage d'un compte grâce auquel l'infraction se trouve facilitée ou consommée».

La marge de manœuvre est réduite : il faut que la banque agisse vite et évite toute attitude qui donnerait donc du temps et des moyens à une entreprise dont les activités porteraient atteinte à l'ordre public.

Deuxième exemple

Une banque constate une situation irrémédiablement compromise, exclusive de tout espoir de redressement. Le principe est également celui de la rupture des crédits en respectant les conditions de forme déjà citées. La poursuite du financement ne permettra pas, de toute façon, d'espérer une récupération sur l'entreprise.

Troisième exemple

La banque a connaissance de difficultés sans être en mesure de savoir si elles seront ou non surmontables.

- La solution la plus sûre reste la rupture des crédits avec préavis. Une telle rupture pourra être éventuellement négociée ou rééchelonnée dans le temps en fonction de

la situation de l'entreprise.

- Mais la banque pourra préférer adresser une lettre au dirigeant de l'entreprise afin que celui-ci fasse connaître, par écrit et bref délai :

– soit les circonstances conjoncturelles qui expliquent une gêne considérée comme passagère,

– soit les mesures d'exploitation qu'il compte prendre pour remédier à ses difficultés de trésorerie.

- Dans les cas les plus graves, la meilleure des solutions consistera à demander au dirigeant d'établir un plan de restructuration dont la banque devra analyser le sérieux et la crédibilité. Une telle restructuration doit porter principalement sur l'exploitation, contenir des prévisions et permettre l'adaptation des concours bancaires. Enfin, les exigences de la banque pourront aller jusqu'à demander un audit par un cabinet d'audit extérieur.

Si les informations fournies à la banque apparaissent raisonnablement de nature à rétablir la trésorerie de l'entreprise et, si par la suite, les dispositions prévues par l'entreprise sont effectivement prises, la banque sera fondée à maintenir, voire à augmenter

ses engagements pour accompagner le client dans ses efforts.

Mais dans le cas contraire, la banque n'aura d'autre choix que de rompre les crédits, sauf à envisager la situation où, à la demande des dirigeants, un mandataire ad hoc ou un conciliateur serait nommé dans le cadre de la loi de 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises.

Toutefois, la participation active de la banque à l'une ou l'autre de ces deux dernières mesures suppose :

- qu'il y ait une réelle perspective de redressement de l'exploitation,
 - que son opportunité soit bien étudiée : quels sacrifices va-t-on exiger des créanciers ?
 - que le choix du mandataire ad hoc ou du conciliateur se porte sur une personne ayant les capacités nécessaires et des talents de négociateur,
 - que la banque conserve son rôle de professionnel averti.
- En effet, le risque de responsabilité du banquier pour soutien abusif subsiste même s'il n'a fait qu'appliquer les préconisations du mandataire ad hoc ou du conciliateur agissant sous l'égide du tribunal de commerce.