

Crédit syndiqué et sûretés



Jacques Bertran de Balanda
Avocat à la cour
Clifford Chance, Paris

Lorsqu'un crédit consorcial regroupant un nombre important de banques doit être assorti de sûretés réelles ou personnelles, la question se pose de savoir comment prendre, gérer et – dans le pire des cas – réaliser ces sûretés, ainsi que de déterminer les droits des différentes banques à cet égard. Dans la mesure où le droit des sûretés a été conçu dans une optique où le constituant était en relation avec un seul créancier, ni la loi, ni la jurisprudence ne fournissent aujourd'hui de réponses toutes prêtes à ces questions.

Le propos de la présente étude est donc d'examiner quels mécanismes juridiques pourraient être mis en œuvre afin de traiter de la manière la plus simple et la moins onéreuse possible la prise et la gestion des sûretés dans le cadre d'un crédit syndiqué.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de planter le décor plus en détail : nous envisageons ici uniquement le cas des crédits ayant fait l'objet d'une «véritable» syndication, c'est-à-dire l'hypothèse selon laquelle plusieurs banques traitent avec le même débiteur au travers d'un instrumentum unique (la convention de crédit), par opposition avec le cas de figure où le débiteur traite avec une seule banque, laquelle répartit ensuite le risque afférent au crédit avec plusieurs autres au moyen d'une convention (dite de «sous-participation») à laquelle le débiteur n'est pas partie. Nous nous plaçons donc dans le contexte d'un acte conjonctif, non dans celui de la superposition d'un contrat principal et d'un sous-contrat (1).

En revanche, lorsque nous parlons de sûretés, nous envisageons aussi bien les sûretés réelles que les sûretés personnelles, les sûretés constituées par l'emprunteur comme celles données par des tiers et leur création aussi bien que leur transmission. En raison de la – regrettable – absence d'une théorie générale des sûretés en droit français (2), force pour nous sera de prendre un certain nombre d'exemples pour illustrer notre propos. Par ailleurs, nous prendrons dans tous les cas pour hypothèse que les biens grevés sont situés en France et que les cautions et garants sont soumis au droit français en tant que loi personnelle. Enfin, nous distinguerons selon que la convention de crédit est soumise à un droit

qui connaît le concept de trust (en l'espèce le droit anglais) ou au droit français.

Dans chaque cas, la question à régler est double.

- Tout d'abord comment s'assurer que, en cas de cession d'une participation dans le crédit, la banque cessionnaire non seulement bénéficiera des sûretés mais aussi pourra opposer son droit aux tiers ?

- Ensuite, comment peut-on organiser les modalités de réalisation des sûretés afin de concilier deux impératifs contradictoires, à savoir, d'une part, le fait que les sûretés sont le «bien commun» des prêteurs, chacun ayant vocation à en bénéficier au prorata du montant de sa créance et, d'autre part, le fait qu'après la déchéance du terme – qui est un préalable nécessaire à la réalisation des sûretés – les stipulations contractuelles prévoient que les banques sont libres d'exercer individuellement tous recours (y compris donc en matière de réalisation des sûretés) qu'elles jugent utiles à l'encontre de l'emprunteur.

Avant de traiter de la première partie de cette question, il convient de déterminer les modalités juridiques de la cession de participation (I). Nous examinerons ensuite quelle est la situation dans le cas – fréquent en pratique – où les sûretés sont prises au nom de chacun des prêteurs initiaux sans plus de précisions (II). Nous exposerons enfin les solutions contractuelles qui nous semblent pouvoir être envisagées pour traiter de cette question du transfert du bénéfice des sûretés et de son opposabilité aux tiers (III).

I Modalités juridiques de la cession de participation

Une convention de crédit syndiqué (internationale ou non) ne constitue pas, dès sa signature, un prêt au sens des articles 1892 et suivants C. civ. (3) mais une ouverture de crédit, c'est-à-dire une promesse, de la part des banques, de mettre des fonds à disposition de l'emprunteur selon les termes de la convention, dès lors qu'un certain nombre de conditions sont réunies. Il en résulte que la convention est,

pour les prêteurs, génératrice de droits, principalement le droit au remboursement et au paiement des intérêts, mais aussi d'obligations, à savoir le devoir de mettre à la disposition de l'emprunteur les tirages demandés par celui-ci une fois les conditions à ce tirage satisfaites. Les banques prêteuses ont donc la double qualité de créanciers et de débiteurs de l'emprunteur (4). Aussi serait-il souhaitable que le mécanisme retenu pour la «cession de participation» puisse permettre au «cessionnaire» d'acquérir les deux qualités.

La cession de contrat semble a priori la méthode la plus appropriée pour y parvenir. Néanmoins, outre le fait qu'elle n'est clairement consacrée que dans des cas spécifiques (contrat de travail, droit des procédures collectives, contrat de bail, etc.), une telle cession ne peut avoir d'effet que pour l'avenir (5). Elle laisserait donc la banque cédante créancière de l'emprunteur à concurrence des montants mis à sa disposition antérieurement à la cession. C'est pourquoi la technique de la cession de contrat est inadaptée à la cession de participation.

Il est dès lors clair qu'il faut distinguer le transfert de la créance du prêteur (qui peut prendre des formes diverses) du transfert de sa dette, qui ne peut, en l'état actuel du droit français, faire l'objet d'une véritable cession (6). L'intervention de l'emprunteur sera donc toujours nécessaire à la libération de la banque cédante à son égard (7).

Le transfert de la créance peut, quant à lui, se faire par plusieurs moyens. Le choix de la méthode à employer dans un cas donné n'est pas sans incidence quant au sort du bénéfice des sûretés qui assortissent la créance transférée. En pratique, la délégation et la cession de créance selon les formes de la loi Dailly du 2 janvier 1981 sont inadaptées et la subrogation pour le moins inusitée (8). C'est donc la cession de créance dite «à forme civile» régie par les articles 1689 et suivants C. civ. qui sera employée. Elle a pour effet, d'une part, d'investir le cessionnaire de tous les accessoires de la créance cédée, en ce compris les sûretés aux termes de l'article 1692 C. civ. (9) mais aussi, d'autre part, de lui faire acquérir un droit affecté des mêmes faiblesses que celui du cédant, le débiteur pouvant invoquer à son encontre les mêmes exceptions que celles dont il disposait envers le cédant (10).

II Absence de stipulations relatives au transfert des sûretés

La plupart du temps, les sûretés sont prises au nom et pour le compte de chacun des prêteurs existants lors de la constitution des garanties (en précisant parfois dans les actes que le bénéfice en sera transmis à un éventuel cessionnaire de leur créance). Selon la complexité de l'opération, un des prêteurs – dénommé «agent des sûretés» – est chargé de signer les actes au nom de ceux-ci (voire même d'en négocier le texte) et d'administrer les sûretés. Sa mission est celle d'un mandataire, ce qui fait que les sûretés sont créées au bénéfice direct de ses mandants et non en son seul nom, par opposition au cas du *security trustee* de droit anglais. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure la transmission du bénéfice des sûretés en cas de cession de participation devient opposable aux tiers (1) ainsi que celle des droits des prêteurs au stade de la réalisation (2).

1. Transmission du bénéfice des sûretés

En matière de sûretés personnelles, la transmission du bénéfice de la sûreté au cessionnaire d'une participation dans le crédit a lieu de plein droit en ce qui concerne le cautionnement par l'effet de l'article 1692 C. civ. (11). Toutefois, il sera nécessaire d'informer la caution afin qu'elle ne puisse pas opposer audit cessionnaire sa bonne foi au titre de l'article 1240 C. civ.

La question se pose différemment pour la garantie indépendante : étant un engagement autonome, la règle de l'accessoire ne la concerne pas. Il faudra donc prendre soin de prévoir la transmissibilité de la garantie dans l'acte ou de faire accepter ce transfert par le garant. Une information au titre de l'article 1240 C. civ. sera aussi nécessaire, pour la même raison que dans le cadre du cautionnement.

Enfin, pour les sûretés fondées sur l'idée de gage, l'article 1692 C. civ. s'applique également. Le transfert doit donc en principe être opposable aux tiers sans formalités particulières du moment que la condition de dépossession – réelle ou fictive – est remplie, et ce même lorsque des formalités sont requises pour la création de la sûreté. Tel est vraisemblablement le cas pour les valeurs mobilières (Cass. com. 7 mars 1995, *JCP* 1995 Ed. E. 1995 II 695, *Bull. Joly* 1995, § 253). Il semble toutefois prudent d'indiquer, lors de la constitution de la sûreté, (par exemple dans la déclaration de gage ou dans l'acte de cession de créance signifié au débiteur cédé) qu'elle est prise au bénéfice non seulement du prêteur bénéficiaire mais aussi de tout cessionnaire de sa participation.

La question est plus complexe dans le cas des cessions de créance à titre de garantie réalisées au moyen d'un bordereau Dailly, puisque le bordereau de cession, qui est régi par un formalisme strict, ne prévoit pas l'indication du cessionnaire éventuel de la créance garantie par la cession. Ceci étant, même en l'absence de jurisprudence sur la question, il semble logique d'admettre qu'une telle possibilité existe.

En ce qui concerne les sûretés réelles sans dépossession telles que l'hypothèque, l'opposabilité aux tiers du droit d'un prêteur donné dépend en principe de l'accomplissement des formalités de publicité requises (sous réserve, en matière d'hypothèque immobilière, de la jurisprudence dispensant de l'accomplissement de ces formalités au titre de l'article 2149 du Code civil par la loi (Civ. 3^e-2^e décembre 1989 D. 1990 Som. 189, note Aynès), ce qui ne va pas sans soulever des difficultés administratives ainsi que des coûts et taxes sans grande justification économique.

2. Réalisation des sûretés

Une fois la réalisation de la sûreté, quelle qu'elle soit, devenue contractuellement possible (c'est-à-dire après le prononcé de la déchéance du terme), on peut se demander dans quelle mesure cette réalisation pourrait avoir lieu à l'initiative d'un seul des prêteurs sans qu'il ait à recueillir l'accord préalable de tous les autres prêteurs ou si, situation inverse, un seul prêteur pourrait s'opposer à la réalisation de la sûreté. On pourrait a priori concevoir que si l'objet de la sûreté est lui-même susceptible de division (par exemple un portefeuille de valeurs mobilières), tout prêteur doit pouvoir faire réaliser le nantissement à son profit à hauteur de sa créance, puisqu'il possède un droit propre sur une partie des actifs gagés, qui lui sont personnellement affectés.

En revanche, si une telle division n'est pas possible (par exemple dans le cas d'une hypothèque), la réalisation ne devrait pas être autorisée si l'on estime que les droits des prêteurs sur le gage doivent s'analyser en des droits indivis (12). A cet égard, le principe de l'indivisibilité du gage, qui s'applique également à l'hypothèque (M. Cabrillac et C. Mouly, «Droit des sûretés» op. cit. n° 782, note 80), n'a pas d'incidence, son but étant seulement de protéger les créanciers gagistes en cas de transmission de la dette garantie aux héritiers du débiteur ou du créancier original de façon que, dans le premier cas, le gage soit maintenu en totalité jusqu'à ce que la dette soit éteinte (nonobstant le fait que l'un ou l'autre des héritiers ait acquitté sa part dans la dette en question) et que, dans le second cas, celui des héritiers du créancier qui a été désintéressé ne puisse pas donner mainlevée du gage au préjudice des co-héritiers non encore désintéressés.

Dans le cas d'un crédit syndiqué, il existe en réalité autant de sûretés – à égalité de rang – que de prêteurs (13) puisque, d'une part, chacun d'entre eux a une créance propre à l'encontre de l'emprunteur et, d'autre part, la sûreté est toujours accessoire à la créance. Dès lors, peu importe que la sûreté porte ou non sur un bien de nature indivisible : chacun des prêteurs peut réaliser le gage qui garantit sa propre créance. Naturellement, si cette réalisation entraîne la vente de l'actif, les autres créanciers, qui n'ont pas forcément intérêt à cette réalisation, se trouveront devant un fait accompli, d'où l'importance des clauses destinées à empêcher un exercice isolé et intempestif des sûretés telles que celles obligeant à redistribuer les paiements reçus du débiteur ou réalisés à son encontre (*sharing clauses*) (14).

III Stipulations contractuelles possibles

Si la question de la réalisation des sûretés reçoit une réponse simple, celle de leur gestion en cours de crédit (opposabilité aux tiers des droits des cessionnaires de participation, surtout en matière de sûretés sans dépossession) implique de procéder à diverses démarches lors de chaque cession, ce qui induit un travail administratif et des coûts inutiles. Ces inconvénients peuvent-ils être éliminés au moyen de stipulations contractuelles appropriées ?

Pour répondre à cette question, il convient de distinguer selon que la convention de crédit est régie par le droit anglais ou le droit français.

1. *Le contrat de prêt est de droit anglais*

En droit anglais, il est de pratique courante que les sûretés soient consenties au seul *security trustee* qui les prendra, les gèrera et les réalisera en son nom propre mais pour le compte des bénéficiaires. En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du *trustee*, les droits correspondant aux sûretés et les produits de leur réalisation ne pourront être appréhendés par les créanciers tiers de celui-ci. Par ailleurs, il est indifférent que le *trustee* soit ou non créancier de l'emprunteur, de sorte que, la plupart du temps, le *security trustee* ne sera pas une des banques prêteuses mais une institution spécialisée dans ce genre d'activité (et rémunérée spécifiquement à ce titre). La transposition telle quelle de cette

solution au cas des sûretés consenties pour l'emprunteur en droit français permettrait de simplifier les questions relatives aux sûretés pour autant que les droits et obligations des bénéficiaires finaux des sûretés à l'encontre du *trustee* fassent l'objet de stipulations conventionnelles claires.

Toutefois, cette transposition se heurte aux deux obstacles suivants :

- en premier lieu, la validité de la constitution d'un trust, institution inconnue du droit privé français, sur des droits réels accessoires situés en France (les sûretés) est loin d'être acquise en jurisprudence (G. Khairallah «Les sûretés mobilières en droit international privé» *Économica* 1984, n° 233 et s.). Les décisions sur cette question étant éparses et contradictoires, il ne serait donc probablement pas prudent de consentir les sûretés au *trustee* «es-qualité» ;
- il découle de cette première constatation et de la nature de droit réel accessoire des sûretés qu'il est nécessaire que le *trustee* soit personnellement créancier de l'emprunteur. De la sorte, les sûretés pourront lui être consenties en cette qualité de créancier et les relations entre prêteurs relativement aux sûretés pourront être réglées par les stipulations de l'acte de trust. On pourrait envisager que l'un des co-prêteurs soit désigné comme *trustee*. Mais alors, toujours du fait du caractère accessoire des sûretés, le *trustee* ne pourra bénéficier (ou, à tout le moins, ne pourra opposer aux tiers) que d'un droit de préférence à hauteur des sommes dont il est personnellement créancier. C'est pourquoi, pour garantir l'intégralité du crédit, il est nécessaire de faire en sorte que le *trustee*, dans les relations avec l'emprunteur, soit le titulaire de la totalité de la créance au titre du crédit garanti.

Il est, semble-t-il, possible d'arriver à ce résultat en droit anglais. En effet le *trustee* est «es-qualité» créancier du débiteur, mais c'est là un mécanisme que le droit français ne connaît pas. Le droit du *trustee* pourrait donc ne pas être reconnu par un tribunal. La difficulté peut être résolue en stipulant que la dette devra être remboursée au seul *trustee*, tout paiement effectué à celui-ci étant libératoire pour le débiteur dans ses relations avec les prêteurs. Une telle clause ne s'analyse en droit anglais ni comme une stipulation de solidarité active, ni comme une simple indication de paiement.

Sa validité ne fait guère de doutes au regard du droit français : celui-ci reconnaissant la validité de principe du choix d'une loi étrangère pour régir le contrat de prêt (sous la réserve de la fraude à la loi) ne peut interdire au *trustee*, valablement titulaire de l'intégralité de la créance, de prendre une sûreté pour garantir ladite créance à 100 %.

La question peut donc, à notre sens, être réglée de façon satisfaisante lorsque le contrat de prêt est régi par le droit anglais.

2. *Le contrat de prêt est régi par le droit français*

Dans un tel cas, il serait théoriquement concevable de procéder comme indiqué ci-dessus. Toutefois, l'inclusion d'un document de droit anglais dans une opération dont les autres contrats sont tous régis par la loi française a un aspect quelque peu artificiel en ce sens qu'il apparaît difficile de soumettre au droit anglais les stipulations qui font du *trustee* un créancier direct de l'emprunteur alors que la convention de crédit elle-même ainsi que les sûretés sont de droit français.

Il convient donc de trouver un mécanisme de droit français permettant à un intervenant de prendre, gérer et réaliser les sûretés en son seul nom.

Deux remarques préliminaires :

- tout d'abord, du fait du caractère accessoire des sûretés, il importe que l'intervenant choisi soit valablement titulaire de la totalité de la créance (15) ;
- ensuite, dans la mesure où le trust n'existe pas en France, en cas de redressement judiciaire de l'intervenant chargé des sûretés, il existe un risque pour les prêteurs de ne pas pouvoir faire valoir leurs droits sur les sûretés ou sur le produit de la réalisation de celles-ci (16).

Ces préliminaires étant posés, il nous paraît exister deux possibilités pour que l'intervenant choisi devienne titulaire de la totalité de la créance, à savoir la solidarité active et l'utilisation d'un instrument cambiaire (17).

3. *Solidarité active* (art. 1197 et s. du Code civil)

La solidarité active est le pendant de la solidarité passive mais, en dehors du compte joint, elle n'est guère pratiquée. Elle permet à l'un quelconque des créanciers de demander le paiement de la totalité de la dette et, même en matière commerciale, ne se présume pas (18). Investissant chacun des co-crédanciers de la totalité de la créance, la solidarité active permet à celui d'entre eux qui aura été choisi pour ce faire de prendre, gérer et réaliser les sûretés en son propre nom, étant précisé qu'il est tenu de transmettre les produits de cette réalisation aux autres co-crédanciers.

Par rapport au schéma de droit anglais explicité ci-dessus, la solidarité active présente plusieurs inconvénients, qui sont les suivants :

- tout d'abord, le principe selon lequel un paiement fait par le débiteur à n'importe lequel des co-crédanciers est libératoire (art. 1198 C. civ. al. 1^o), fait qu'il serait possible pour l'emprunteur de désintéresser un des prêteurs et, en cas d'insolvabilité de ce dernier, les autres banques seraient sans recours. Toutefois, cet inconvénient n'est pas majeur parce que les contrats de crédit syndiqué prévoient une clause qui doit s'analyser en une indication de paiement (art. 1277 C. civ.) aux termes de laquelle l'emprunteur est tenu de payer dans les mains de la banque agent et ne peut donc se libérer directement auprès des prêteurs. Selon nous, cette clause doit être respectée par l'emprunteur, que le prêt comporte ou non une stipulation de solidarité active. Le risque est plus important après le prononcé de la déchéance du terme : dans ce cas, les prêteurs recouvrent leur liberté d'action à l'égard du débiteur et celui-ci sera tenu de payer intégralement celui d'entre eux qui exerce des poursuites (le terme de «poursuites» devant être entendu largement, cf. *J. Cl. civil* art. 1197 à 1216, fasc. 1, n° 34). Certes, dans un tel cas, les co-crédanciers ont un recours contre celui qui a reçu paiement, mais il sera de peu de valeur en cas d'insolvabilité de ce dernier (cf. supra) ;
- bien que la jurisprudence ne soit pas claire sur ce point, il existe un risque qu'un tribunal considère que la chose jugée à l'égard d'un des créanciers solidaires s'impose à tous les autres (*J. Cl. civil* art. 1197 à 1216, Fasc. 1, n° 39). Chacun des prêteurs prend donc le risque que les mesures (en pratique les poursuites judiciaires) intentées par celui qui a été le plus prompt à cet égard aient été diligentées de façon inappropriée et qu'une décision favorable au débiteur rendue sur l'initiative d'un seul soit opposable à tous ;

- on peut se demander si, au cas – en pratique fort improbable – où l'intervenant chargé des sûretés resterait inactif, les co-prêteurs ou l'un d'entre eux pourrait y procéder. En effet, l'opposabilité de leurs droits aux tiers n'est pas certaine ;

• bien que le fait, pour un prêteur, de bénéficier d'une stipulation de solidarité active, n'emporte pas qu'il soit solidairement débiteur de l'intégralité d'un quelconque appel de fonds émis par l'emprunteur selon la jurisprudence (*J. Cl. civil* art. 1197 à 1216, Fasc. 1 n° 30), on peut se demander dans quelle mesure elle n'emporterait pas pour lui l'obligation de porter l'intégralité du crédit dans ses comptes, ce qui aurait des conséquences contraaires en matière de ratios prudentiels. Cette interprétation nous paraît toutefois être trop extrême pour être retenue surtout si, comme il est usuel en matière de crédits syndiqués, les prêteurs prennent soin de stipuler l'absence de solidarité passive à leur charge ;

- en cas de solidarité active, l'emprunteur pourrait compenser la totalité de ses dettes au titre du contrat de prêt avec sa créance sur un seul des prêteurs (en supposant bien entendu que cette créance soit d'un montant suffisant). Même si la situation est assez théorique, il n'en reste pas moins qu'elle ajoute pour chaque banque prêteuse un risque potentiel sur les autres prêteurs au risque de crédit propre à l'emprunteur. Là encore, une *sharing clause* peut réduire le risque, mais elle serait de peu de secours en cas d'insolvabilité du prêteur affecté par la compensation.

Ces points étant identifiés, une autre caractéristique de la solidarité active doit être mentionnée, qui est qu'on ne peut, à notre sens, concevoir de solidarité active qu'à propos de la même dette (19). Dès lors, il apparaît que l'entité qui sera chargée des sûretés doit, par ailleurs, nécessairement être un des prêteurs au titre du crédit syndiqué. Ceci peut ne pas soulever de problème majeur car, dans la plupart des opérations, une des banques prêteuses accepte un rôle, assez voisin, d'agent des sûretés. Néanmoins, il est clair que le recours à un tiers extérieur spécialisé dans ce type d'activité, fréquent dans le cas des *security trustees* de droit anglais, est ici exclu.

Il résulte de ce qui précède que le recours à la solidarité active n'est pas à écarter par principe, mais doit être utilisé de préférence dans des crédits où le nombre de prêteurs est limité et où la solvabilité de la banque chargée des sûretés n'est pas contestable.

4. *Mécanismes cambiaires*

La mobilisation des crédits bancaires par des effets de commerce, bien que tombée aujourd'hui dans une relative désuétude (20), a été largement pratiquée par les établissements de crédit (G. Ripert et R. Roblot «Traité de droit commercial» T. 2 14^e, éd. par Ph. Delebecque et M. Germain *LGDJ* 1993, n° 2413 et 2414) et sa validité a été confirmée par la jurisprudence. On pourrait donc concevoir de faire émettre par l'emprunteur un billet à ordre en représentation du crédit consenti, les sûretés étant ensuite prises en garantie non de la créance fondamentale (le remboursement du crédit) mais de la créance cambiaire. De cette façon le porteur du titre cambiaire pourrait remplir les fonctions d'agent des sûretés pour la prise, la gestion et la réalisation desdites sûretés.

Sans qu'il soit besoin d'aller très loin dans l'analyse, il nous semble que ce procédé n'est pas adapté au besoin envisagé pour au moins deux raisons :

- d'une part parce que, les intérêts étant la plupart du temps stipulés à taux variable, le montant des échéances d'intérêts ne peut être connu au moment où le crédit est consenti et où les effets de représentation doivent être souscrits, les effets ne pourraient donc en pratique ne concerner que des échéances de capital (21) ;
- d'autre part parce qu'il apparaît difficile de créer un seul effet au bénéfice d'une seule des banques alors que le crédit syndiqué s'analyse en réalité en une série de créances, certes juxtaposées et soumises à des règles communes, mais indépendantes quant à leurs titulaires respectifs. On pourrait certes imaginer que des effets soient souscrits par l'emprunteur au profit de chacun des prêteurs et que ceux-ci endos-

sent lesdits effets à celui d'entre eux désigné comme agent des sûretés mais un tel schéma serait relativement artificiel et susciterait probablement la réticence des banques.

Pour ces deux raisons, il nous semble que l'idée ne devrait pas être poursuivie.

En conclusion, il nous apparaît qu'en l'absence d'une institution comparable au trust en droit français, la question de la simplification de la gestion d'un ensemble de sûretés de droit français pour un crédit syndiqué de droit français ne peut être résolue de façon entièrement satisfaisante, étant précisé qu'une stipulation de solidarité active, sous réserve d'une rédaction appropriée, nous semble la meilleure approximation possible. En revanche, dans le cas des sûretés garantissant un crédit de droit anglais, les attentes des banques peuvent être satisfaites. ■

(1) R. Cabrillac «L'acte juridique conjonctif en droit privé français», *LDJ* 1990, n° 155.

(2) M. Cabrillac et Ch. Mouly «Droit des sûretés» 2^e éd. *Litec* 1993, n° 500. Cette absence est d'ailleurs une (parmi bien d'autres) des causes de désaffection du droit français en matière de crédits consortiaux internationaux. En effet, les banquiers admettent difficilement que chaque actif soit soumis à un régime différent lors de la prise des sûretés et n'y voient qu'une source de complications et de coûts inutiles. La promotion internationale de notre système de droit passerait, entre autres, par une refonte et une systématisation des sûretés, ce qui est certes plus facile à écrire qu'à faire.

(3) Le prêt, considéré comme un contrat réel, n'est effectivement formé que lors de la remise des fonds par le prêteur. Jusqu'à ce moment, il s'agit d'une promesse de prêt, insusceptible d'exécution en nature (Ph. Malaurie, L. Aynès «Droit civil. Les contrats spéciaux» *Cujas* 1995/1996 n° 848 et s.). En matière de crédit syndiqué, la signature de la convention de crédit et le tirage des fonds par l'emprunteur ne sont, en pratique, quasiment jamais simultanés.

(4) Certes, une fois le montant du crédit intégralement tiré, il n'existera plus d'obligations à la charge des banques envers l'emprunteur (à condition toutefois que le crédit ne soit pas *revolving*).

(5) Ph. Malaurie, L. Aynès «Droit civil. Les obligations» *Cujas* 1995/1996 n° 791.

(6) Ph. Malaurie, L. Aynès «Droit civil. Les obligations» op. cit. n° 1245.

(7) Ne doit-on pas en déduire que cette reprise de dette doit s'analyser en une novation par changement de débiteur au sens de l'article 1271, 2^e C. civ. ?

(8) J. Bertran de Balanda, «Crédit consortiaux : quelles règles du jeu ? 2. Les sûretés» *JCP* 1994 Ed. E. I 412 n° 24 et note (18).

(9) «La vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance tels que caution, privilège et hypothèque». La liste contenue dans cet article n'est qu'un exemple. En conséquence, toute sûreté, étant par définition un accessoire de la créance, doit être considérée comme étant transmise du fait de la cession. Cf. Ph. Malaurie et L. Aynès «Droit civil. Les obligations» op. cit. n° 1128.

(10) *J. Cl. civil*, arts. 1689 à 1695, fasc. 3, n° 7 et 8. On pourrait ajouter à la cession un élément de novation qui serait utile pour le cessionnaire (le débiteur ne pouvant dès lors lui opposer les exceptions tirées de ses rapports antérieurs avec le cédant) ? Une telle novation aurait pour effet d'éteindre les sûretés afférentes à l'ancienne dette en l'absence de stipulations contraires. Il faudrait donc prendre garde à réserver expressément ces sûretés ainsi que l'autorisent les articles 1278 et 1281 C. civ. Cela étant, même en l'absence de novation à proprement parler, il est possible de faire renoncer l'emprunteur à invoquer envers le cessionnaire les exceptions tirées de ses rapports avec le cédant. Tout est alors affaire de négociation et de rédaction.

(11) Cf. G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz «Les obligations», tome 2 «Le régime» *Sirey* 1989, n° 361. Il est toutefois souhaitable, pour éviter toute ambiguïté, de stipuler dans l'acte que le bénéfice du cautionnement sera transmissible.

(12) En effet, l'article 815-3 du Code civil (al. 1^{er}) pose le principe de l'unanimité pour toute décision affectant les biens indivis. Cette exigence est toutefois tempérée : si un des co-indivisaires reçoit un mandat spécial, il doit pouvoir réaliser la sûreté pour le compte de l'ensemble des indivisaires.

(13) On pourrait certes envisager de stipuler que les sûretés sont des droits indivis des prêteurs, mais cette voie n'est pas utilisée et entraînerait des complications (notamment en termes d'organisation de l'indivision conventionnelle, dont la durée maximale est de cinq ans selon l'article 1873-3 C. civ.).

(14) En l'absence d'une telle clause, le prêteur dissident verrait sans doute sa responsabilité engagée à l'égard des autres prêteurs si par la décision de réaliser la sûreté ou du fait des modalités de sa réalisation, ceux-ci venaient à subir un préjudice.

(15) Ceci exclut que l'«agent» du crédit, qui est le mandataire des prêteurs (en ce sens que la convention de crédit contient toujours une indication de paiement – au sens de l'article 1277 C. civ. – entre les mains de celui-ci donnée à l'emprunteur par les banques) prenne les sûretés en son seul nom.

(16) Sauf à ce que la revendication en soit possible au titre des articles 115 et s. de la loi du 25 janvier 1985.

(17) L'utilisation d'un mécanisme de délégation de l'emprunteur (délégué) au profit de l'intervenant choisi (délégataire) par les prêteurs (délégants) peut apparaître intéressante mais doit, semble-t-il, être écartée du fait du caractère artificiel d'une telle délégation. En effet, dans un tel cas, les délégants (prêteurs) conviendraient toujours avec le délégataire que celui-ci devra leur restituer leur part des sommes reçues du délégué ou recouvrées à l'encontre de celui-ci. La construction serait donc extrêmement fragile. L'utilisation d'un mécanisme fondé sur la stipulation pour autrui (dans lequel les premiers prêteurs, bénéficiaires des sûretés, stipuleraient à la fois pour eux-mêmes et pour leurs éventuels cessionnaires) semble également exclue puisque suspendue à une possible révocation par les prêteurs initiaux en tant que stipulants. Le cas apparaît cependant assez théorique. On pourrait enfin avoir recours à la notion de gestion d'affaires (art. 1372 et s. C. civ.) par les prêteurs initiaux pour le compte de leurs successeurs. Cette voie ne semble pas avoir été utilisée dans la pratique et, en dehors de caractéristiques qui lui sont propres (lourdeur des obligations du gérant, nécessité de ratification) laisse entière la question de l'opposabilité aux tiers des droits des cessionnaires de participation en tant que «maîtres de l'affaire».

(18) Il sera donc nécessaire de prévoir des stipulations contractuelles spécifiques sur ce point dans la convention de crédit.

(19) Dans le cas contraire, on voit mal quelle serait la cause de la stipulation de solidarité, ce qui pourrait entraîner sa nullité sur le fondement de l'article 1131 du Code civil.

(20) Sauf le cas particulier du crédit-export, mais il ne s'agit pas de crédits syndiqués conjonctifs.

(21) Sur la pratique contestable de la souscription de billets «en blanc» et du mandat donné à la banque prêteuse de les compléter, cf. G. Bourdeaux «Le crédit acheteur international» *Economica* 1995, n° 198 et s.).