

Banques et partage du risque de crédit (pools bancaires)

Jean-Michel Daunizeau
Directeur adjoint
Affaires juridiques internationales
BNP



Il a beaucoup été écrit, et avec quel talent, sur la nature juridique des relations entre banques, lorsqu'à l'occasion, elles s'assemblent – momentanément ou de façon plus prolongée – pour répondre aux besoins d'un client commun en matière de services bancaires (1). Les motivations de ces « assemblages » pas toujours très assortis si l'on en croit la jurisprudence qui commence à se développer en la matière, sont très diverses et tiennent autant à une saine application des règles de prudence dans les banques qui cherchent à diviser leurs risques, qu'à un souci de gestion avisée des entreprises qui veillent à ne pas se trouver « prisonnières » de leurs banques et à les mettre, en fait, en concurrence.

Au travers de ce partage du risque, les banques ont également en principe l'avantage d'avoir une vue aussi globale que possible des engagements du client et peuvent donc exercer en quelque sorte une surveillance en commun normalement plus efficace.

L'ennui est que faute de connaissance pratique aujourd'hui par certains intervenants du contenu réel des différentes formes de crédits en pool, nombreux sont désormais les cas de méprise entre les acteurs, souvent d'ailleurs sans que leur bonne foi puisse être suspectée.

Il reste qu'alors, et surtout lorsque la situation de l'emprunteur a commencé à se dégrader, des conflits peuvent naître entre les banques qui avaient diversement apprécié le contenu réel de leur engagement, ou pire encore, lorsqu'une erreur de qualification de l'opération a conduit, comme cela arrive parfois, à la contestation par les tribunaux des garanties prises.

Le propos de cet article sera donc de récapituler, de façon aussi exhaustive que possible, les différentes pratiques de partage du risque entre banques que constituent les pools consortiaux, les pools en participation, les accreditifs et les contregaranties, en en précisant à la fois (1) les modalités pratiques, (2) la nature juridique éventuelle, et (3) les conséquences pour chacun des intervenants, sans oublier de jeter finalement un rapide coup d'œil à la pratique internationale des crédits syndiqués.

Il conviendra seulement de toujours garder présent à l'esprit que, nous situant dans un domaine essentiellement contractuel, la classification à laquelle nous allons tenter de nous livrer peut évidemment connaître des variantes aussi nombreuses que l'imagination des négociateurs de la documentation juridique le permet...

I Crédit consortial

1 Modalités

A - Un des modes en France les plus usités de crédits en pool

Apparu dans les années 30 du fait des volumes très importants de crédit dont avaient besoin les grandes entreprises nationales, ce type de crédit favorisé également par l'institution de la Centrale des risques et le contrôle exercé par la Banque de France à l'époque, est vite devenu indispensable pour éviter de faire supporter par une seule banque des risques trop grands.

Sa pérennité tient aujourd'hui autant à la nécessité pour les banques de respecter les ratios prudentiels de division des risques, qu'à la très forte concurrence bancaire dans notre pays qui conduit chaque banque, surtout lorsque l'emprunteur est de bonne qualité, à vouloir être clairement perçue comme un interlocuteur direct du client

auquel elle octroie son crédit et donc à apparaître dans la documentation juridique comme prêteur direct de l'emprunteur.

Enfin, il concerne surtout les crédits par caisse à moyen ou long terme et a presque disparu dans les crédits à court terme également dits « d'exploitation », où la forte concurrence déjà indiquée, a conduit à un « émiettement » des banques, sauf peut-être dans le domaine des entreprises en difficulté où il est toujours préférable de centraliser les informations sur l'emprunteur.

B - Toutes les banques du pool sont apparentes

Cette apparence est normalement matérialisée par la comparaison de chaque établissement bancaire dans la documentation juridique, c'est-à-dire dans l'acte constatant le prêt.

Chaque banque est directement prêteur vis-à-vis de l'emprunteur, à concurrence d'un montant exprimé le plus souvent en nominal, plus rarement en pourcentage du montant total du crédit, complété alors normalement par l'expression d'un montant en capital qui constituera le maximum de l'engagement de prêt de la banque.

Chaque banque prêteuse enregistre l'opération sur un compte ouvert directement sur ses livres au nom de l'emprunteur, quand bien même le chef de file pourrait assumer un mandat de ses confrères touchant à la mise à disposition des fonds, à la prise des garanties, à la perception des intérêts ou au remboursement du principal.

C - Solidarité ou absence de solidarité

Il y a le plus souvent absence de solidarité entre les banques prêteuses, à l'exception toutefois des crédits acheteurs français, où la solidarité passive entre les prêteurs est la règle, pour assurer à l'exportateur que le crédit pourra toujours être mis en place en faveur de l'acheteur, nonobstant la défaillance d'une banque du pool, à quelque époque que ce soit de la période d'utilisation du crédit.

Dans ce cas particulier, la banque d'un pool de crédit acheteur n'est donc pas, en l'état de la documentation juridique existante, assurée de limiter son risque de contrepartie au montant de sa part d'origine, mais peut avoir à assumer les conséquences d'une défaillance d'un confrère qui ne serait plus en état de faire face à ses obligations de prêteur.

Mais le principe demeure celui de l'absence de solidarité (2) (sauf bien entendu stipulation contraire expresse) et aucun participant n'est donc juridiquement tenu de couvrir la part d'un confrère défaillant au moment des utilisations du crédit par l'emprunteur qui n'a dès lors aucune assurance de la mise à disposition de la totalité des fonds sur lesquels il comptait.

D - Gestion du crédit et rôle du chef de file

Autrefois chargé de négocier avec le client le barème de participation des banques du tour de table, le chef de file est aujourd'hui le plus souvent chargé de centraliser la gestion du crédit. Concrètement cela peut se traduire par l'établissement de la documentation juridique, mais aussi selon les cas, par la vérification de la réalisation des conditions préalables, ou par la centralisation des mises à disposition comme des amortissements. En fait, et sauf clause contraire, ou encore sauf faute lourde, le chef de file n'encourt pas de responsabilité particulière vis-à-vis de ses confrères qui se doivent d'opérer, chacun pour ce qui le concerne, les vérifications qui incombent à tout prêteur.

En matière de décisions importantes à prendre au nom du pool pendant la durée du crédit touchant par exemple à la déchéance du terme, ou encore au prononcé de l'exigibilité anticipée du crédit, ou encore à la prise de mesures conservatoires, l'usage est que le chef de file consulte l'ensemble des confrères qui doivent, en leur qualité de prêteurs, se prononcer. Comme il est rare en France de trouver des règles de majorité dans la documentation juridique, c'est généralement l'unanimité qui est la règle, ce qui s'avère parfois bloquant, notamment en cas d'urgence, face à une entreprise en difficultés (3).

En fait, sans l'accord exprès des co-prêteurs, le chef de file ne peut agir qu'en son seul nom et pour son seul compte. S'il est souhaitable évidemment que chaque membre du pool agisse de concert avec les autres et évite toute démarche individuelle pouvant mettre en cause l'équilibre de l'opération,

rien en fait n'oblige une banque du pool, en l'absence de clause particulière, à solliciter l'accord des autres pour constater la défaillance de l'emprunteur, ou la déchéance du terme et pour en tirer les conséquences (4), dès lors que chaque banque conserve son individualité dans ses rapports avec l'emprunteur, et que le mandat confié au chef de file n'indique pas qu'il lui confère un pouvoir exclusif d'agir en recouvrement.

2 Nature juridique

A - Une addition d'opérations de crédit

Il y a en effet autant de crédits et de créanciers que de banques participantes. Il s'agit de crédits dits « par caisse », doublés, dans le cas spécifique des crédits acheteurs et du fait de la solidarité passive existant entre les banques, de crédits par signature, en ce sens que chaque banque accepte dès l'origine d'assumer la part du ou des partenaires éventuellement défaillants vis-à-vis de l'emprunteur.

L'originalité du crédit consorsial réside ici dans le fait que ces crédits sont régis par une convention unique qui gouvernera à la fois les relations entre les banques elles-mêmes, et celles entre les banques et l'emprunteur. Ainsi est évitée la dispersion des différents crédits au profit de l'organisation d'une communauté (5) d'intérêts qui trouve son expression dans le partage au prorata, des garanties et des paiements.

B - Un mandat confié au chef de file par les autres participants

Le contenu de ce mandat s'apprécie évidemment au cas par cas, à la lecture de la documentation juridique qui précise les obligations de chacun et plus particulièrement celles du chef de file, généralement d'ailleurs limitées à la direction des opérations, et au suivi et à la centralisation des remises de fonds, c'est-à-dire en fait à des tâches essentiellement administratives. D'intérêt commun entre mandants et mandataire (6), il ne peut normalement être révoqué avant la fin de l'opération de crédit.

Ce mandat ne va pas pour autant jusqu'à faire au chef de file une obligation implicite de rendre compte aux participants des sommes qu'il est susceptible de recevoir par ailleurs au titre des crédits qu'il consent directement de son côté (7). L'usage – constaté d'ailleurs expressément dans la documentation des euro-crédits – est d'ailleurs de permettre au chef de file comme à chaque banque d'entretenir des relations commerciales directes et indépendantes avec l'emprunteur.

Il ne va pas non plus jusqu'à permettre au chef de file d'ester en justice pour le compte des autres participants comme l'a relevé la cour de Versailles (8) en s'appuyant d'ailleurs sur un raisonnement contestable, alors que la règle « Nul ne plaide par procureur » suffisait à fonder la solution dès lors que chacune des banques concernées était directement prêteuse vis-à-vis de l'emprunteur défaillant.

3 Obligation des participants et cessibilité

Chaque participant a tout d'abord l'obligation de mettre sa part de prêt à disposition de l'emprunteur, soit directement, soit après centralisation auprès du chef de file, mais dans tous les cas, dans les conditions prévues par la documentation.

En matière de responsabilité, l'appréciation de celle du chef de file vis-à-vis de ses confrères se fera alors conformément aux principes énoncés dans les articles 1984 et suivants

du code civil relatifs au mandat. Le chef de file n'est donc pas garant vis-à-vis de ses confrères participants de la bonne fin de l'opération. De plus en plus souvent d'ailleurs, les conventions (s'inspirant en cela de la pratique anglo-saxonne) contiennent des clauses limitatives de la responsabilité du chef de file, rappelant que chaque banque a fait librement sa propre appréciation du risque et s'est donc prononcée indépendamment des renseignements fournis par le chef de file. Seule demeure pour ce dernier une éventuelle responsabilité en cas de transmission d'informations inexacts ou incomplètes, et donc de faute caractérisée, pour laquelle la jurisprudence en matière de fourniture de renseignements commerciaux (9) devrait alors trouver à s'appliquer.

De même, vis-à-vis des tiers, et dans le domaine de la responsabilité pour octroi de crédit, le principe est maintenant bien établi que l'existence d'un chef de file n'est pas de nature à faire disparaître l'obligation de prudence qui pèse sur chaque banque en tant qu'organisme dispensateur de crédit (10). En d'autres termes, aucun participant ne pourra s'exonérer de sa responsabilité éventuelle en se «dissimulant» derrière le chef de file, et il appartient à chaque intervenant de faire sa propre étude sur l'opportunité du crédit, sous peine d'engager ultérieurement sa responsabilité personnelle devant les tribunaux.

Les opérations de banque étant soumises au monopole des établissements de crédit, chaque participant doit par ailleurs répondre aux conditions posées par la loi bancaire. Il en résulte notamment qu'un membre du pool ne pourrait pas céder le montant de sa participation (sa créance sur l'emprunteur) à quelqu'un d'autre qu'un autre établissement de crédit (11).

En revanche, il est rare en France de rencontrer dans les conventions de crédit des clauses autorisant ou interdisant la cession de la créance des banques. La loi elle-même (12) prévoit un certain nombre de modalités de cession des créances bancaires. Le principe est donc normalement la libre cessibilité, sauf bien entendu clause contraire contenue dans la documentation. Ceci dit, lorsque le crédit n'a pas encore été totalement utilisé par l'emprunteur, celui-ci est alors créancier de la banque participante au titre de l'ouverture de crédit qu'elle a octroyée, et son intervention sera donc toujours nécessaire à la libération à son égard de la banque qui voudrait céder sa participation à ce moment-là (13).

4 Sûretés et crédit consortial

A - Modalités de constitution et de réalisation des sûretés

A partir du moment où chaque banque est directement prêteuse vis-à-vis de l'emprunteur avec lequel elle a un lien de droit direct, les garanties devront être prises au nom de chaque banque individuellement pour son montant de risque, et ce même si le chef de file a été chargé de les prendre pour compte commun, à titre de mandataire. Elles ne peuvent en aucun cas être prises au nom du seul chef de file, sous peine d'être invalidées pour la part excédant le montant du risque supporté par ce dernier.

Il est toutefois une difficulté possible en matière de réalisation de ces sûretés. Chaque prêteur disposant d'un droit propre sur une partie des actifs gagés qui lui sont ainsi personnellement affectés, pourrait chercher seul à réaliser sa garantie, sans tenir compte de la position de ses confrères qui pourraient ne pas y trouver un intérêt identique (14). Bien sûr, la responsabilité d'un prêteur « activiste » pourrait se trouver

engagée vis-à-vis des confrères qui auraient subi un préjudice par suite d'une réalisation intempestive des sûretés, mais il est plus sûr de prévoir contractuellement, comme dans beaucoup de crédits internationaux, l'interdiction d'un tel exercice individuel des sûretés en dehors de l'accord des autres membres du pool, ou encore l'obligation de redistribuer entre les banques du syndicat, sur une base pari-passu, les paiements reçus du débiteur à quelque titre que ce soit (*sharing clauses*). Ce n'est pourtant pas encore l'usage dans les crédits domestiques en pool...

B - Le cas du cautionnement

En matière de cautions, celles dont pourrait bénéficier une banque participante couvriront par ailleurs sa part de crédit qui constitue une créance directe sur l'emprunteur (15).

5 Procédure collective de l'emprunteur

En cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'emprunteur, et en application de la loi de 1985 qui prévoit que les déclarations de créances doivent être faites par tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, chaque banque du tour de table devra normalement effectuer sa propre déclaration de créance, sauf mandat spécial donné par écrit à cet effet par les membres du pool à la banque chef de file, conformément à la possibilité qui en est expressément donnée par la loi sur le redressement judiciaire (16).

II Crédit en participation

1 Modalités

A - Une seule banque prêteuse...

A la différence en effet, des crédits consortiaux, il n'y a ici qu'un seul prêt et qu'un seul établissement prêteur. Seul ce dernier apparaît en principe dans la documentation signée avec l'emprunteur, lequel ne « connaît » juridiquement que le chef de file.

Il arrive cependant parfois que les banques sous-participantes souhaitent ne pas rester occultes et apparaître dans la documentation (17), au risque alors, surtout si elles sont en outre signataires, d'ajouter à la confusion et à la difficulté de savoir si l'on est en présence d'un crédit consortial ou d'un crédit en participation... Seule alors une lecture attentive de l'acte de prêt permettra d'en déceler la qualification correcte...

Quoi qu'il en soit, seul le chef de file est tenu de mettre les fonds à la disposition de l'emprunteur et la défaillance d'un sous-participant ne saurait lui permettre de s'en exonérer. Dans tous les cas, sous réserve bien entendu du respect des conditions suspensives à la mise en place du prêt, c'est la totalité de ce dernier qu'il devra débloquer au profit de son client.

B - ... mais plusieurs sortes de participations

En risque seulement, l'engagement de participation peut se rapporter à n'importe quel type de crédit bancaire (par caisse ou par signature), et se traduire par une simple

lettre de quelques lignes adressée par le sous-participant à la banque chef de file, ou par une convention interbancaire un peu plus détaillée. Schématiquement, le sous-participant y marque son accord pour prendre un certain pourcentage de risque dans l'opération qui lui est proposée par le chef de file, contre une rémunération sous forme de commission qui lui sera versée par ce dernier. Il peut encore, mais cela reste parfois seulement implicite, s'y engager à première demande du chef de file, à assurer également sa part en trésorerie. Au plus tard, celle-ci sera en fait appelée par le chef de file en cas de défaillance de l'emprunteur.

Dans le cas d'une participation dite «en risque et trésorerie» qui ne concerne en fait que les crédits dits «par caisse», le sous-participant vire chez le chef de file, au fur et à mesure des mises à disposition de l'emprunteur (18), les fonds correspondant à son pourcentage de risque. Ces versements qui constituent des avances de fonds non à l'emprunteur mais au chef de file, sont d'ailleurs enregistrés comptablement sur les livres du chef de file dans des comptes créditeurs au nom de chaque sous-participant.

Enfin, au-delà de leur aspect révélé ou occulte, les participations peuvent être concomitantes ou postérieures à la mise en place du crédit, ce qui n'a en fait pas de conséquence sur la nature de pool bancaire (19).

2 Nature juridique

La question est d'autant plus débattue aujourd'hui que les conséquences de la qualification retenue pour les différents participants seront différentes selon par exemple qu'il s'agira d'un refinancement, d'un cautionnement, d'une société en participation ou d'une convention sui generis...

A - C'est d'abord une opération de crédit pour chaque intervenant

C'est évident pour le chef de file qui met en place le crédit.

Il en va de même pour les sous-participants et c'est peut-être d'ailleurs la première certitude sur la nature juridique de l'opération de sous-participation (20) : il s'agit d'une opération de crédit au sens de la loi bancaire du 24 janvier 1984, et elle est en conséquence comprise dans le monopole des établissements de crédit.

Il suffit pour s'en convaincre, de constater que le sous-participant prend non seulement un risque sur l'emprunteur (à concurrence du montant ou du pourcentage de sa participation) mais également sur le chef de file, lorsque la participation est effectuée en trésorerie (21).

B - Ce n'est pas un refinancement

Le refinancement sort clairement du champ des opérations dites de partage du risque. Il s'agit en effet d'une procédure par laquelle les banques se procurent des ressources en liquidités auprès d'un organisme central ou grâce au marché monétaire, en vue de financer les crédits qu'elles consentent. Pour cela elles peuvent être amenées à « mobiliser » leurs créances en les cédant à l'organisme de refinancement par divers moyens qui ne prévoient en fait pas de partage du risque. L'organisme de refinancement se borne en réalité à prêter à la banque sur la base des crédits consentis par celle-ci et qui lui sont ou non selon les cas, transférés en garantie. Mais son remboursement viendra à titre principal de la banque et –

accessoirement, si cette dernière est défaillante, – des débiteurs cédés en garantie, alors que dans un crédit avec partage de risque, le remboursement du sous-participant est toujours subordonné à celui de la banque chef de file par le débiteur.

La qualification de refinancement pourrait à la rigueur se concevoir si la participation avait lieu seulement en trésorerie, le sous-participant excluant alors toute participation en risque. Cette hypothèse est en fait extrêmement rare, la participation en trésorerie venant dans la quasi totalité des cas, à l'appui d'une participation en risque à hauteur d'un pourcentage convenu...

C - Ce n'est pas un cautionnement

Certaines banques ont en effet parfois été tentées de faire qualifier ainsi leur engagement en vue par exemple de ne plus être considérées que comme un débiteur accessoire qui peut alors opposer toutes les exceptions appartenant au débiteur principal, telles notamment que l'exception dite de subrogation (22). Mais la rémunération du sous-participant émane du chef de file, c'est-à-dire du créancier, et non comme il est d'usage en matière de cautionnement, du débiteur «cautionné»... Est-ce pour autant alors un «cautionnement à l'insu» dans lequel la caution, inconnue par définition du débiteur, se fait rémunérer par le créancier ? La réponse paraît devoir être négative car alors comment justifier que dans le cas d'une participation en risque et trésorerie, cette rémunération ne soit versée que si le débiteur s'est lui-même acquitté des paiements qui lui incombent ?

En fait, la jurisprudence (23) a écarté la qualification de cautionnement dès lors que les banques, qu'il s'agisse du chef de file ou des sous-participants, se trouvent placées quel que soit leur pourcentage respectif de risque, dans les mêmes conditions. Le caractère accessoire du cautionnement fait alors évidemment défaut et les banques sont alors en réalité, «associées» entre elles à tous les aléas de l'opération de crédit.

D - Ce n'est pas pour autant une société en participation

Malgré les décisions de justice qui depuis 1975 (24) se sont prononcées en faveur de cette qualification, on ne peut réellement affirmer que les dispositions des articles 1871 et suivants du code civil soient remplies. L'absence de solidarité qui est généralement la règle dans les syndicats bancaires vient, s'il en était besoin, s'opposer à une telle qualification qui suppose une affectio societatis qui n'existe pas ici comme le démontrent un peu plus chaque jour les nombreux conflits entre banques qui se produisent lorsque l'entreprise est en difficulté.

E - Compte à demi, convention de croupier ou convention sui generis ?

La convention de compte à demi par laquelle les banques se partagent les risques et les profits d'une opération de crédit administrée par le chef de file et sans que l'emprunteur en soit averti, est parfois considérée comme une « sorte de » société en participation (25) et semble assez bien décrire l'opération de crédit en participation. Une partie de la doctrine (26) y voit plutôt une convention de croupier, avec cession occulte de droits pécuniaires, mais conservation du droit de décision par le cédant.

Quelle que soit en définitive la qualification qui s'approche le plus de la vérité, pourquoi ne pas voir plutôt dans le pool bancaire une convention sui generis régie par les articles 1134 et suivants du code civil (27), et de façon supplémentaire, par les usages bancaires ?

3 *Obligations du chef de file*

A - *Vis-à-vis de l'emprunteur*

Ce sont ni plus ni moins celles du prêteur vis-à-vis de l'emprunteur, c'est-à-dire essentiellement celles de mettre à disposition de ce dernier les fonds promis dans les conditions prévues par la documentation juridique.

B - *Vis-à-vis des sous-participants*

- *Une obligation d'information et de consultation.*

Elle vise à parvenir à une action concertée dans la gestion du risque et doit normalement être contrebalancée par le devoir de suivi des participants qui doivent prêter une attention permanente au devenir de l'opération et aller eux-mêmes, en leur qualité de professionnels de même spécialité et en tant que de besoin, à la quête des informations souhaitées (28). Il n'est d'ailleurs pas rare désormais de trouver dans les conventions des clauses précisant expressément ce point et indiquant que chaque banque a fait et continuera de faire sa propre analyse du risque et renonce par avance à tout recours contre le chef de file à ce titre.

Chargé de la gestion du risque, le chef de file doit prendre les garanties prévues, surveiller le crédit et déclarer la créance globale en cas de procédure collective de l'emprunteur. Toutefois, et comme pour les crédits consortiaux, l'usage est qu'il consulte l'ensemble des confrères pour que ceux-ci se prononcent sur les décisions importantes (29) à prendre pendant la durée du crédit. Ici encore, le principe est celui de l'unanimité...

En règle générale d'ailleurs, il ne peut engager les autres banques, sauf acte de gestion courante ou application pure et simple des dispositions contractuelles de l'acte de crédit, que sur autorisation préalable et expresse. Ainsi un abandon de créance par le chef de file de sa propre initiative serait totalement inopposable aux banques du pool...

- *Une obligation de diligence dans le recouvrement.*

Il revient évidemment au chef de file, en cas de défaillance de l'emprunteur, de procéder à la réalisation éventuelle des garanties en bon père de famille, en vue d'une récupération optimale compte tenu des circonstances de l'affaire. Sa responsabilité lui impose de prendre les initiatives nécessaires à la sauvegarde des droits du pool et de faire preuve de vigilance (30). Pour autant, le chef de file conserve un pouvoir d'appréciation important quant aux mesures à prendre et la jurisprudence a estimé notamment qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir estimé préférable de favoriser la restructuration d'un débiteur plutôt que de le pousser au dépôt de bilan, pourtant intervenu peu après. De même, les tribunaux ont considéré qu'il ne saurait être rendu responsable par exemple de l'effondrement du marché immobilier au moment de la réalisation des garanties hypothécaires... (31). Sa responsabilité ne sera en fait engagée qu'en cas de manquements avérés compromettant les intérêts du pool et résultant finalement en un préjudice en terme de récupération des crédits concernés.

Ainsi ne seront pas obligatoirement constitutives d'une mauvaise gestion du prêt susceptible d'engager la responsabilité de la banque chef de file, des décisions de report d'échéances et d'octroi de crédits supplémentaires prises par ce dernier (32).

- *Une obligation de restitution conditionnelle.*

Elle n'existe bien sûr que dans le cas de sous-participa-

tions en trésorerie qui implique des avances de fonds au chef de file par les sous-participants.

Elle concerne tant le principal que les intérêts et commissions. Le chef de file n'est cependant tenu à une telle restitution vis-à-vis des sous-participants que pour autant qu'il ait lui-même reçu les sommes en question de l'emprunteur. Les intérêts et commissions versés par le chef de file aux sous-participants ne constituent donc pas une rémunération due par le chef de file à ses confrères au titre de leur participation en trésorerie, mais correspondent seulement au reversement au prorata des sommes effectivement payées par l'emprunteur.

Cette affirmation pourrait être mise en défaut lorsque, comme cela arrive parfois, le chef de file fait l'avance de ces intérêts et commissions avant même d'en avoir été couvert par l'emprunteur. Pour la jurisprudence cependant, ce comportement n'est pas forcément révélateur d'une imprudence du chef de file, mais peut traduire seulement la confiance de ce dernier dans le succès de l'opération.

Enfin cette obligation de restitution ne saurait être affectée par les crédits supplémentaires mis en place par le chef de file sans l'accord des sous-participants. Ces derniers sont en droit de revendiquer la totalité des fonds provenant de la réalisation des garanties leur bénéficiant, sans qu'il soit tenu compte des crédits ultérieurs consentis par le seul chef de file et auxquels ils avaient refusé de participer, quand bien même ces crédits auraient entraîné des valorisations indiscutables des biens faisant l'objet de la garantie (33).

4 *Obligations des sous-participants*

C'est essentiellement l'obligation de contribuer aux risques de l'opération au prorata de la prise de participation (34). Peu importe la nature de la sous-participation (en risque, ou en risque et trésorerie) : les sous-participants sont engagés dans les mêmes termes que le chef de file et aussi longtemps que lui.

Ceci signifie notamment qu'ils ne peuvent pas prétendre être dégagés à la date d'échéance initialement prévue. Au contraire, ils se verront imposer les mêmes délais que ceux imposés au chef de file. Ce dernier peut en effet se voir confronté non seulement au risque classique pour la banque, de non-remboursement à l'échéance, fait qu'il ne peut que constater, mais aussi aux délais légaux de l'article 1244 du code civil, comme à ceux liés à l'ouverture d'une procédure collective au profit de l'emprunteur.

Au-delà de son rôle de « refinancement » partiel du crédit consenti par le chef de file, la participation en trésorerie sert d'ailleurs aussi en quelque sorte à « garantir » les obligations des sous-participants (et non de l'emprunteur) à l'égard du chef de file. A quelque moment qu'elle ait été appelée, elle est normalement enregistrée sur les livres du chef de file à leur nom, mais dans un compte qui est en fait le plus souvent réputé impersonnel, et qui restera acquis au chef de file en cas de défaillance de l'emprunteur, un peu à l'instar de ce qui se passe en matière de gage-espèces, avec lequel toutefois elle ne doit pas être confondue.

Il est enfin intéressant de remarquer que l'absence de lien de droit entre le sous-participant et l'emprunteur a une conséquence importante. Dans l'hypothèse où la banque sous-participante disposerait seule par ailleurs d'une caution pour

les crédits qu'elle consent en propre à l'emprunteur, elle ne pourra y faire appel pour assurer la bonne fin de son risque au titre d'un engagement de sous-participation qui ne lui confère en effet aucun droit de créance sur l'emprunteur et par voie de conséquence, sur la caution (35).

5 Cessibilité

Contrairement aux crédits consortiaux, elle est en fait problématique. Même s'il n'est généralement rien prévu à cet effet dans la documentation, ce qui pourrait laisser penser que la banque prêteuse est libre de céder sa créance (au moins du point de vue de l'emprunteur), la spécificité du crédit en participation paraît pourtant s'y opposer.

S'il s'agit des sous-participants, ceux-ci ne sont pas créanciers de l'emprunteur ; ils sont en réalité soit créanciers du chef de file, en cas de participation en risque et trésorerie (au titre de leur créance – conditionnelle – en restitution), soit débiteurs conditionnels du même lorsqu'ils ne sont que participants en risque. S'il est alors concevable qu'ils puissent céder leur créance en restitution (36), la cession de leur engagement vis-à-vis du chef de file ne sera possible que sous condition de l'accord exprès de ce dernier, par application du principe selon lequel la cession de dette implique l'accord du créancier.

Quant au chef de file, la situation sera en fait différente selon que la participation est en risque seulement ou en risque et trésorerie. Dans la première hypothèse, la banque se trouve à la fois créancière de l'emprunteur, et créancière conditionnelle des sous-participants. On voit mal dans ce cas (37) ce qui pourrait s'opposer à la cessibilité de sa créance. Dans la deuxième hypothèse, elle se trouve débitrice conditionnelle des sous-participants et une cession de créance impliquera l'accord de ces derniers. Il vaudrait d'ailleurs mieux alors, parler de cession de contrat qui n'est elle-même possible, selon le droit positif, qu'avec le consentement actuel ou anticipé du débiteur cédé (38).

6 Sûretés et procédures collectives

Contrairement au crédit consorsial, il n'y a ici juridiquement qu'un seul prêteur, le chef de file. Il sera donc seul habilité à prendre des garanties sur les actifs du débiteur, mais il devra bien entendu les prendre de façon à couvrir l'intégralité du risque porté par le pool, c'est-à-dire pour la globalité du prêt, et non seulement pour sa seule part de risque.

De même, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'emprunteur, c'est au chef de file qu'il reviendra d'effectuer une déclaration de créance portant sur la totalité de l'encours résiduel du prêt, veillant ainsi par le fait même, à la sauvegarde des intérêts des autres membres du pool. Une déclaration effectuée par un membre du pool serait donc normalement irrecevable en l'absence de lien de droit avec l'emprunteur, tandis que la déclaration par le chef de file de sa seule part de risque résiduel serait sûrement admise par le représentant des créanciers, mais lui ferait alors courir le risque, en cas de forclusion touchant le reste de la créance, de voir ses confrères remettre en cause le principe même de leur participation.

Bien entendu pour cette déclaration, point n'est besoin de mandat émanant des banques du pool, car comme on l'a vu, ces dernières ne sont pas créancières et n'ont aucun lien de droit avec le débiteur.

IV Accréditif ou prise sous responsabilité

1 Modalités

L'accréditif est à l'origine une lettre (dite de crédit ou de garantie) adressée par un banquier à l'un de ses correspondants pour l'inviter à payer une somme d'argent ou à consentir un crédit soit à son client, soit à un tiers, à la demande de son client (39). Utilisé souvent aujourd'hui entre succursales d'un même établissement de crédit, il permet de délocaliser les utilisations d'un crédit ouvert par une succursale mais finalement utilisable chez un autre siège de la même banque, en France ou à l'étranger. C'est ainsi que sont ouverts les comptes dits « de chantier » qui servent aux grandes entreprises de travaux publics pour les paiements à assurer dans leurs chantiers à l'étranger. Mais c'est aussi un moyen pour de petites sociétés, filiales (étrangères ou non) de groupes français, d'obtenir des financements locaux que leur situation bilantielle ne leur aurait pas autrement permis d'obtenir. Le risque est en réalité porté alors pour l'essentiel si ce n'est en totalité, par la banque de leur maison mère, à la demande d'ailleurs le plus souvent de cette dernière, donneur d'ordre initial.

La trésorerie de l'opération est alors assurée par un siège de la banque qui n'est pas celui qui porte le risque final. En pratique cependant, il n'est pas rare de prévoir un certain partage de risque entre le siège « apériteur » et celui qui sera chargé de mettre en place le crédit, de façon à « sensibiliser » ce dernier en vue d'une gestion plus attentive du risque. La lettre portera alors non sur la totalité du crédit mais sur une fraction seulement du principal.

Selon son contenu, la lettre peut viser toutes les formes de risques et s'appliquer également aux intérêts, aux frais et accessoires, aux frais de recouvrement, comme aux risques de change ou de taux liés à des swaps de couverture. Enfin, elle détermine normalement les modalités de rémunération de chaque intervenant, le siège ou la banque bénéficiaire étant en tout état de cause rémunéré pour la trésorerie et pour ses peines et soins.

Bien entendu, la technique est parfaitement transposable entre deux établissements de crédit distincts, la banque émettrice de l'accréditif demandant alors à son confrère de consentir, sous son ordre et sous sa responsabilité, totale ou partielle, un crédit par caisse ou par signature, à un emprunteur déterminé.

2 Nature juridique

A ne pas confondre avec l'accréditif utilisé comme moyen de paiement, l'accréditif instrument de garantie et de partage du risque doit être intégré dans la catégorie des lettres de crédit « *stand-by* » (« *stand-by letter of credit* » en anglais), ou encore lettres de crédit « de soutien » (40). Il s'agit donc d'un engagement « par signature » qui est entré dans le champ des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires dès 1984 et est aujourd'hui régulièrement soumis aux RUU 500 (41) ce qui conduit parfois à des difficultés pour le distinguer au plan technique des crédits documentaires alors que la nature des documents à présenter est clairement différente. Dans le cas qui nous occupe, le bénéficiaire n'a généralement qu'à attester la défaillance de l'emprunteur à l'appui de sa demande en paiement.

L'accréditif est donc une garantie financière, dont la nature est de ne pas devoir normalement se réaliser. Ce n'est que si l'emprunteur était défaillant que l'émetteur de l'accréditif devra s'exécuter auprès de la succursale ou de la banque bénéficiaire qui sera alors indemnisée de son préjudice final.

Il s'agit d'un engagement autonome, la banque émettrice devant bien entendu s'exécuter à première demande de la banque bénéficiaire, sans pouvoir soulever quelque exception ou contestation que ce soit. Cette rigueur de l'engagement s'explique naturellement si l'on considère que le plus souvent la décision d'octroi de crédit a été prise en fait par la banque émettrice, et que la banque – ou le guichet – bénéficiaire n'est en quelque sorte qu'un guichet « déplacé » de cette dernière.

On peut même d'ailleurs se demander, dans le cas d'un accréditif à 100 % (c'est-à-dire où l'intégralité du risque est sous la responsabilité de la banque émettrice) qui ne serait pas expressément soumis aux RUU, si la banque bénéficiaire ne serait pas en fait une sorte de mandataire de la banque émettrice, chargé de la mise en place d'un crédit sous la responsabilité de cette dernière et simplement rémunéré pour ses peines et soins. La véritable qualification serait d'ailleurs dans ce cas celle d'un commissionnaire au sens de l'article 94 du code de commerce, puisque la banque bénéficiaire agit normalement en son propre nom et non au nom de la banque émettrice (42), de même qu'elle se trouve personnellement et seule engagée à l'égard de l'emprunteur avec lequel elle traite.

3 Conséquences

A - Dans les relations entre banque émettrice (ou apéritrice) et banque bénéficiaire

Qualifié de garantie financière soumise aux Règles et usances, l'accréditif emporte alors toutes les conséquences habituelles en la matière. La banque bénéficiaire chargée de la mise en place du crédit à la demande de la banque émettrice, acquiert un droit direct à l'encontre de cette dernière, droit indépendant notamment des relations pouvant exister entre la banque émettrice et son donneur d'ordre, et consacré par l'article 3 des RUU 500. L'autonomie de la garantie, exclusive de toute idée de cautionnement, implique alors un paiement à première demande dans les conditions fixées à l'accréditif.

Si l'on voit en revanche dans l'accréditif un contrat de commission, ce seront les règles du mandat qui trouveront à s'appliquer. C'est ainsi que la banque bénéficiaire devra par exemple rendre compte de sa gestion à la banque émettrice, et que se trouve justifiée l'obligation d'indemnisation de la banque bénéficiaire par la banque émettrice (43). Enfin, l'intérêt commun évident entre émetteur et bénéficiaire suffit à expliquer l'irrévocabilité de l'engagement.

B - Dans les relations entre banque émettrice et emprunteur

Dans la plupart des cas, il n'existe pas de lien de droit entre la banque émettrice et l'emprunteur qui n'est débiteur que de la banque bénéficiaire. Cette dernière, commissionnaire ou non, est le seul créancier de l'emprunteur, et a donc seule capacité pour mettre en jeu les clauses d'exigibilité anticipée ou de déchéance du terme, et entamer une éventuelle procédure en recouvrement, comme pour exécuter les garanties fournies par son débiteur. L'obligation qui lui est cependant faite de rendre compte conduit cependant à une concertation préalable

entre les deux établissements de crédit, concertation d'ailleurs parfois prévue dans le texte même de l'accréditif.

En cas d'appel de l'accréditif et de paiement effectué par la banque apéritrice en exécution de son engagement, et à la différence du paiement de la caution, débiteur accessoire, ce paiement n'emportera donc pas automatiquement subrogation de cette dernière dans les droits de la banque bénéficiaire. Sauf donc organisation d'une subrogation conventionnelle, il importe qu'il n'entraîne pas novation aux droits de cette banque sous peine de risquer de perdre les garanties attachées à la créance contre l'emprunteur.

IV Contre-garantie

1 Modalités

Sous cette dénomination se rencontrent souvent des engagements très divers dont une fois de plus, seule la lecture attentive permettra de déterminer la nature juridique. Quoi qu'il en soit, on peut dire qu'en général, une contre-garantie s'insère dans une chaîne de garanties et se résume le plus souvent à une simple garantie, accessoire ou autonome, de la dette du donneur d'ordre envers une banque garante de premier rang. En d'autres termes, la contre-garantie a vocation à couvrir des engagements bancaires essentiellement par signature, c'est-à-dire qui revêtent déjà la forme d'une garantie dite « de premier rang ».

En pratique, ce type d'engagement se retrouve à l'occasion de marchés de travaux exécutés par un groupement d'entreprises qui doit faire émettre un certain nombre de garanties (garanties de restitution d'acomptes, garantie de bonne exécution ou de bonne fin, etc.) au profit du maître d'ouvrage. Les garanties de premier rang sont alors émises généralement par la banque de l'entreprise principale, avec la contre-garantie des banques des autres entreprises du groupement, chacune pour leur part, de façon telle que la banque garante « de premier rang » n'ait finalement à supporter qu'une part de risque correspondant à la part de sa cliente dans le marché.

La technique est parfois utilisée également dans les marchés internationaux, lorsque le maître d'ouvrage étranger bénéficiaire de la garantie de premier rang exige que celle-ci émane d'une banque locale qu'il connaît mieux, par définition, que la banque de son cocontractant. Cette dernière délivre alors la ou les garanties prévues par le contrat, à la demande et sous la contre-garantie d'une banque de l'entreprise exportatrice.

2 Nature juridique

La variété des contre-garanties rencontrées comme de leur contenu ne permet pas de généraliser sur leur nature juridique. Selon les cas, elles s'apparenteront en effet plutôt à un cautionnement, ou au contraire, à une véritable garantie autonome à première demande, indépendante de l'engagement de garantie de premier rang et bien sûr, du contrat commercial. De leur éventuelle qualification finale en garantie autonome, dépendront alors un certain nombre de conséquences bien connues par ailleurs et que nous nous bornons à rappeler rapidement (44).

3 Conséquences

En application des Règles uniformes de la CCI (n° 458) auxquelles elles sont souvent soumises et par définition, elles sont « par nature indépendantes de la garantie à laquelle elles se rapportent, ainsi que de tous contrats de base... » (art. 2 c des RUGD 458). Cette autonomie a été constamment affirmée par la jurisprudence (45) et peut même se manifester sur le terrain du droit applicable. De ce fait les obligations du contre-garant ne sont déterminées que par le contenu de la lettre de contre-garantie et elle seule.

Il en résulte que cette contre-garantie peut concerner un engagement « de premier rang » de nature différente, tel qu'un cautionnement, ou encore qu'elle peut avoir un objet plus étendu. La prorogation de la garantie sera en outre sans effet sur la contre-garantie qui n'a pas fait l'objet d'une prorogation spécifique, et les réductions de la garantie ne peuvent normalement être invoquées par le contre-garant. De même et de manière générale, la nullité ou l'inefficacité de la garantie de premier rang ne remettront pas en cause, sauf fraude ou abus manifeste, la validité de la contre-garantie.

Comme pour la garantie, sa mise en œuvre ne dépendra que des termes de la lettre qui la contient.

Enfin, sauf disposition contraire, son appel n'a pas à être accompagné de la preuve du paiement par le garant de premier rang (46), bien que la jurisprudence ait parfois penché pour la solution inverse.

Comme pour la garantie, son paiement ne sera paralysé que par la fraude ou l'abus manifeste mais il faut tout de suite préciser que ceux-ci doivent être le fait de la banque garante de premier rang et non du seul bénéficiaire. Dans ce cas alors en fait, la banque de premier rang sera complice d'un bénéficiaire qui est sans droit à appeler sa garantie...

V Le domaine international des crédits syndiqués

Notre approche se bornera ici à évoquer les grandes lignes des modalités de partage de risque de ces crédits qui sont le plus souvent soumis à un droit anglo-saxon et sur lesquels il a déjà été beaucoup écrit (47). Il faut d'ailleurs relever que la pratique internationale et plus particulièrement anglo-saxonne, notamment dans les euro-crédits, conduisant à l'élaboration de documentations juridiques très fouillées pour ne pas dire sophistiquées, ne laisse généralement que peu de place à l'interrogation sur les modalités de la syndication et ses conséquences pour les intervenants dont les droits et obligations sont souvent extrêmement détaillés...

1 Généralités

Par un effet de taille, les opérations internationales conduisent parfois à des syndications qui regroupent un très grand nombre de banques et même plusieurs chefs de file ou co-chefs de file, parmi lesquels est généralement choisi l'«agent», établissement plus spécifiquement chargé de la gestion courante du crédit, en vertu d'un mandat qui lui est confié par les autres banques, et accepté par l'emprunteur.

Ici encore, chaque banque prend sa décision de crédit individuellement, sans garantie du chef de file qui lui a pré-

senté l'opération (48). La documentation contient d'ailleurs généralement une clause limitative de responsabilité, et chaque participant doit reconnaître qu'il s'est décidé librement sur la base de ses propres investigations. Seules limites à cette exclusion de responsabilité, la faute lourde ou le dol viennent évidemment sanctionner l'absence éventuelle de professionnalisme (49).

2 Formation du syndicat

Schématiquement, les prêts syndiqués s'apparentent à des prêts consortiaux généralement sans solidarité entre les prêteurs (50), où chaque banque participante intervenant à la convention de prêt, est directement et juridiquement prêteuse vis-à-vis de l'emprunteur. Toutefois, mais bien entendu sous les réserves déjà indiquées, l'essentiel des investigations préalables sur l'emprunteur comme la gestion au jour le jour du crédit seront assurées par quelques unes seulement, l'agent et le ou les chefs de file.

Les banques qui interviennent directement à la convention peuvent cependant dès l'origine ou dans le courant de la vie du prêt, souhaiter se décharger d'une partie si ce n'est de la totalité de leur risque, ou bien encore améliorer la liquidité de leur portefeuille de crédits (51). Pour ce faire, elles vont alors demander à d'autres établissements de crédit d'intervenir, de façon soit officielle (*assignment*) soit occulte (*sale of sub-participation*), sous forme de rachat total ou partiel, de participation. Les conventions de crédit prévoient d'ailleurs généralement cette possibilité de cession du contrat selon des formalités qui demeurent toutefois assez lourdes du moins si la cession doit être rendue opposable à l'emprunteur et aux tiers, ce qui suppose le respect de certaines formes de publicité.

Selon donc les modalités retenues, soit un lien de droit direct de créancier à débiteur se créera entre l'emprunteur et le cessionnaire (*assignment*), par suite de la notification qui est en principe faite au débiteur, soit la banque cédante continuera d'apparaître comme le créancier officiel tout en ayant pourtant transféré le risque économique de l'opération au sous-participant (*sale of sub-participation*). Dans ce dernier cas, on parle de sous-participation silencieuse, l'emprunteur n'étant normalement pas prévenu de l'intervention du sous-participant.

3 Un fonctionnement démocratique

Pour son fonctionnement, le crédit syndiqué est placé sous la règle de la démocratie, c'est-à-dire que jusqu'à un certain point et sur les questions de l'administration du prêt, les banques du syndicat acceptent normalement d'être liées par les décisions prises à la majorité (simple ou des deux tiers). Ces décisions peuvent porter sur la déclaration d'un cas de défaut par exemple, ou sur le prononcé de la déchéance du terme, comme sur la renonciation à certaines conditions suspensives ou l'acceptation de certains amendements. Mais là s'arrête la démocratie et l'obligation d'agir selon les décisions de la majorité. Dès que le crédit – ou quelque montant que ce soit – est devenu exigible, par déchéance du terme ou autrement, chaque banque redevient libre de sa décision en matière de recouvrement.

Cette liberté se trouve cependant quelque peu amputée par des dispositions de la documentation qui prévoient généralement désormais que tout remboursement, de quelque nature que ce soit et de quelque origine qu'il pro-

viennne, par voie de compensation, après procédure de recouvrement ou autrement, sera partagé entre les membres du syndicat au prorata de leur pourcentage de participation.

* *
*

En dépit de leurs différences, la pratique internationale des crédits syndiqués et notre pratique domestique des pools apparaissent finalement assez proches. On peut raisonnablement dire que l'*assignment* conduit à un simple élargissement du syndicat dont le fonctionnement est alors très proche, sous

(1) F. Porté, « Les tours de table bancaire », *Banque & Droit* n° 42 juillet-août 1995, p. 9 et s. ; J. Bertran de Balanda, « A la recherche de la nature juridique des conventions de sous-participation bancaire », *JCP* 1996, éd. E, 572, et « Crédits syndiqués et sûretés » *Banque & Droit* n° 52 mars-avril 1997, p. 3 et s. ; Ph. Billot et F. Bonteil, « Les tours de table bancaires » *Option finance*, 29.07.1996, p. 26, et 26.08.1996, p. 26. En revanche, nous n'utiliserons pas le terme de « tour de table », défini par l'arrêté du 18 février 1987 relatif à l'enrichissement du vocabulaire économique et financier comme « la réunion de différents apporteurs de capitaux, sans appel public à l'épargne, ayant pour objet la répartition des capitaux apportés », et qui s'applique parfois indifféremment aux pools bancaires de crédit et aux associés bancaires des sociétés ad hoc parfois constituées pour le financement des fonds propres d'une opération spécifique. Dans ce dernier cas auquel nous préférons réserver l'appellation de « tour de table », les rapports entre les banques sont clairement régis par la loi applicable à la forme de société choisie, et ils n'entrent donc pas dans le champ du présent article.

(2) TC Paris 20.06.1984, D.1985, IR, p. 331, obs. Vasseur ; et Paris 13.06.1985, *Gaz. Pal.* 6-7 décembre 1985, *RTD Com.* 1986. 130, Cabrillac et Teyssié. La jurisprudence vient ainsi conforter ce parèdre de l'Association professionnelle des banques, signé par R. Hottinguer, le 12.11.1959, dont il résulte que « dans les opérations de crédit à caractère consortial, au cas où l'une des banques y prenant part cesse pour une raison quelconque d'y participer en cours d'utilisation, il est d'usage constant que le bénéficiaire du crédit, soit recherche par ses propres moyens une autre banque se substituant à celle qui cesse sa participation au crédit, soit obtienne des autres banques prenant part à l'opération le complément utile pour atteindre ou maintenir le chiffre de crédit prévu, soit encore ramène ses besoins au montant des crédits restant ouverts, la défection de l'une des banques n'ayant pas pour effet, sauf convention contraire nettement manifestée à l'origine de l'opération, de mettre sa part dans le crédit à la charge des autres, au prorata de leur propre part. »

(3) L'Association française des banques avait envisagé dans le passé de réglementer les conditions de prise de décisions dans les pools bancaires, mais le projet a été abandonné pour s'en tenir à une approche pragmatique jugée « préférable ». (Rép. min. n° 45540, *JO Débats AN*, 15.04.1985, p. 1633).

(4) Versailles 11.12.1997, n° 1807/96, Centrale de Banque c/Delom, *Bull. Joly*, mars 1998, 97, p. 259, obs. approbatives de J.-J. Daigre.

(5) En ce sens, J.-P. Mattout, « Droit bancaire international », 2^e éd., *Banque éditeur*, p. 139, n° 191. A noter cette décision surprenante et critique de Versailles 06.06.1996, D. 1998, Jur. p. 83 et s. ; *Jurisdata* n° 043734 ; C. Gavalda et J. Stoufflet Droit bancaire, *JCP. Ed.E*, 1997, I, n° 635, n° 9 ; *RTD Com.* 1997, p. 279 s. qui qualifie un pool consortial de société en participation... alors même que chaque banque était directement prêteuse du débiteur.

(6) J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Reynaud, *Précis Dalloz de Droit bancaire*.

(7) Cass. com. 02.11.1994, SDBO c/Indosuez, *JCP, Ed. E* 1995 n° 10, Jur. 657, obs. J. Bertran de Balanda, et *RDB* n° 47, janvier-février 1995, p. 12, comm. F. Crédot et Y. Gérard.

(8) Versailles 06.06.1996, précité, note 4.

(9) Versailles, 01.10.1992, D.1992, IR 261.

(10) Montpellier, 13.10.1983, D.1985, IR p. 331, obs. Vasseur.

(11) Règlement du CRB n° 85-17, art. 2 al. 2 du 17 décembre 1985, qui prévoit qu'il « est interdit aux établissements habilités à intervenir sur le marché interbancaire de céder ou remettre en pension d'autres types de créances (que des valeurs mobilières ou des titres de créances négociables) sous quelque forme que ce soit, à des personnes autres que celles

réservées des règles de prise de décision de nos pools consortiaux, tandis que la sub-participation peut être assez bien comparée à nos pools dits « en participation »...

Dans tous les cas, l'essentiel est de ne jamais oublier que la documentation juridique n'exprime que le résultat d'une négociation entre toutes les parties en présence. Il pourrait donc s'avérer dangereux de tirer des conclusions hâtives de la qualification adoptée par les rédacteurs de ces conventions sans une lecture préalable attentive de l'ensemble de leurs dispositions. C'est à ce prix que les banques pourront alors avoir une vision claire et sereine de leur risque de crédit, lorsque, chefs de file ou simples participantes, elles se seront engagées dans une opération. ■

habilités à intervenir sur le marché interbancaire». Ce règlement a été modifié par le règlement n° 93-06 du 21 décembre 1993 qui maintient la même limitation.

(12) Loi Dailly du 02.01.1981 par exemple, et tous les textes sur le refinancement ou même la titrisation.

(13) J. Bertran de Balanda, « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque & Droit* n° 52, mars-avril 1997, p. 4.

(14) Même s'il apparaît tentant en effet de considérer que les droits des prêteurs sur le gage s'analysent en des droits indivis, avec la conséquence qu'en application de l'article 815-3 du code civil, toute décision affectant ces biens exige en principe l'unanimité, les conditions d'existence d'une indivision ne sont pas véritablement remplies et il n'est pas réellement contestable qu'il existe autant de sûretés, à égalité de rang, que de prêteurs...

(15) Aix 30.06.1977, cité par *RDB* n° 2, mai-juin 1987, p. 52 ; comparer ci-après avec la solution inverse retenue par la Cour de cassation en 1986 dans le cas des crédits en participation.

(16) Art. 50 loi du 25 janvier 1985 modifié par la loi du 10 juin 1994. Un arrêt de la cour d'appel de Rouen du 13 juillet 1994 (*Banque & Droit* n° 40, mars-avril 1995, p. 32) qui avait précisé sur ce point que les banques pouvaient administrer la preuve du mandat par tout moyen, a été censuré par la chambre commerciale de la Cour de cassation (arrêt du 17 décembre 1996, *JCP* 1997, éd.E, II,941). Sous le visa de l'art. 853 al. 3 NCPC, la cour suprême précise en effet que si les créances d'une personne morale ne sont déclarées ni par un organe habilité par la loi à la représenter, ni par un préposé investi d'une délégation de pouvoirs, mais par un tiers qui n'a pas la qualité d'avocat, une telle déclaration ne peut être effectuée qu'en vertu d'un pouvoir spécial donné par écrit. En matière de pool qui n'a pas la personnalité morale, la cour indique qu'en l'absence d'écrit, la preuve du mandat donné au chef de file par les autres banques ne pouvait s'induire des circonstances de la cause... Il est donc plus que jamais en pratique hautement recommandé de prévoir un mandat exprès ce qui évitera normalement des tentations de contestation de la part des mandataires de justice de la procédure collective.

(17) On parle alors de participations « révélées ».

(18) Lorsque le crédit est utilisable en une seule fois par l'emprunteur, la trésorerie sera assurée dès l'origine par le ou les sous-participants.

(19) Versailles 18.09.97, *D. Affaires*, n° 100/1998.

(20) Cf. Bertran de Balanda, « A la recherche de la nature juridique des conventions de sous-participation bancaires », *JCP éd.E* 1996, I, n° 572, n° 28.

(21) J.-P. Mattout, déjà cité, in « *Droit bancaire international* », n° 195. Dans le contexte financier troublé de ces derniers temps, l'hypothèse de voir un emprunteur se libérer normalement entre les mains d'un chef de file qui deviendrait brutalement incapable de restituer aux sous-participants la part leur revenant, n'est pas purement théorique, et l'on commence à rencontrer des situations où des sous-participants souhaitent obtenir des garanties du chef de file quant à son obligation de restitution...

(22) Art. 2037 du code civil : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

(23) Paris, 07.07.75, (confirmant TC Paris 17.09.73) *Gaz. Pal.* 1975, 2 Jur. 727 et TC Paris 12.10.84, D.1985, IR, p. 331 note Vasseur. Voir aussi Paris 05.05.1987, D.1989, somm. comm. p. 323, qui écarte le cautionnement au profit de la qualification en société en participation... Contra : Aix-en Provence 10.02.1994, inédit, (Caixabank Monaco

c/CRCAM Alpes de Haute-Provence) qui écarte au contraire la société en participation au profit de la qualification en « garantie interbancaire autonome rémunérée » portant sur la totalité des pertes, en principal, intérêts et frais, en échange d'une rémunération calculée en pourcentage sur le risque ainsi garanti...

(24) V. notamment, Paris, 05.05.1987, D. 1989, 34^e cahier, SC, p. 323, obs. Vasseur, qui estime que le tour de table correspond à une société en participation constituée en vue de partager le risque éventuel représenté par la perte du principal et du coût de l'avance de trésorerie, en contrepartie du profit constitué par les commissions liées à l'ouverture de crédit et d'une marge que devait payer l'emprunteur. Dans le même sens, Paris 06.06.1996, et Paris 10.05.1996 cités ci-après, note 30.

(25) V. les commentaires sous Paris 07.07.1975, déjà cité, *Gaz. Pal.* 1975, 2, Jur. 727 ; dans le même sens, Y. Guyon, « Droit des Affaires », *Economica*, 1982, n° 515. cf. également Vasseur, « Droit et Économie bancaires », 4^e ed. 1987-1988, p. 207 ; dans le même sens : TC Paris 17.12.1987, D.1989, somm. comm., p. 324.

(26) J.-P. Mattout déjà cité, « Droit bancaire international », p. 142, renvoyant à A. Schwing, « La nature juridique du droit du croupier », *Rev. Soc.* 1935, 153 ; v. aussi « Le croupier d'associé » *Bull. Joly* 1984, 367.

(27) Art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. [...] » ; Art. 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Sur le caractère sui generis des sous-participations, voir A. Prüm : « Les garanties à première demande », *Litec*, 1994, n° 312.

(28) Paris 19.01.1995, inédit, (BPI c/SOBI) qui refuse d'annuler pour dol une convention de sous-participation et précise que le sous-participant, « organisme de crédit ancien, fortement structuré et qualifié », ne pouvait ignorer la situation financière réelle de l'emprunteur... ; voir aussi Versailles 18.09.97, déjà cité.

(29) C'est-à-dire celles qui risqueraient d'entraîner une aggravation du risque ou des engagements des sous-participants...

(30) Paris 05.05.1987, D.1989, somm. comm. p. 323.

(31) En ce sens, Paris 06.06.1996, Banque Monod c/Sofic, *RDB* n° 57, septembre-octobre 1996, p. 192 ; *Bull. Joly*, décembre 1996, 381, p. 1049.

(32) Paris 02.02.1996, Sté Bordelaise de CIC c/Banque Worms, cité par F. Crédot sous Paris 06.06.1996, précité.

(33) Paris 10.05.1996, Banque Indosuez c/Barclays Bank, *RDB* n° 57, septembre-octobre 1996, p. 193 et s. A noter que dans cette affaire, l'argumentation du chef de file basée sur l'existence d'une société en participation ne lui a été d'aucun secours, quelle que soit la date à laquelle cette dernière était susceptible d'avoir pris fin... Seul compte en réalité le fait que rien n'oblige un sous-participant à participer à de nouveaux crédits, qui ne pourront donc en aucune façon venir en concurrence sur les garanties d'origine avec ceux du pool, sauf bien entendu clause de pari-passu qui suppose un accord exprès des sous-participants. Comme l'indiquent les commentateurs de l'arrêt, on ne peut invoquer ici pas plus la gestion d'affaires (qui est exclue en présence d'un refus préalable de celui auquel on entendrait l'opposer), que l'enrichissement sans cause, le participant n'ayant finalement reçu que ce que ses droits lui conféraient sur le prix d'adjudication de l'immeuble...

(34) Id. Versailles, 18 septembre 1997, Abbey national France c/Bque franco Portugaise, arrêt 344 - RG n° 84-16/95, *Dalloz affaires* n° 100, 1998, Chroniques, p. 69.

(35) Cass. com. 17.06.1986, D.1987, 26^e cahier, SC, p. 290.

(36) Sous réserve bien entendu du respect de la réglementation bancaire et du monopole des établissements de crédit, ainsi que de l'absence de clause prohibant une telle cession dans la documentation régissant les relations des banques du pool.

(37) Sous les mêmes réserves que ci-dessus et, sauf à considérer que les sous-participants se sont engagés implicitement en tenant compte non seulement de la qualité de l'emprunteur, mais aussi des compétences professionnelles du chef de file dans la gestion de ces crédits. Il n'est pas sûr dans ce cas que le chef de file soit à l'abri d'une action de ses confrères participants en cas de faute de la banque cessionnaire dans la gestion du crédit...

(38) Cass. com. 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117 ; Defrénois 1997, art. 36633, note critique D. Mazeaud ; D.1997, *Jur.* p. 588, note approbative M. Billau et C. Jamin. Voir aussi commentaire critique de L. Aynès : « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé. », D. 1998, Chroniques, p. 25.

(39) J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, « *Précis Dalloz de droit bancaire* » ; Ch. Bontoux, « La lettre de crédit commerciale » *Banque* 1958, p. 14.

(40) Historiquement, cette forme d'utilisation de la lettre de crédit *stand-by* à titre de garantie, est intervenue dès 1879 aux États-Unis lorsqu'une loi fédérale, interdisant aux banques d'émettre toutes garanties ou cautions au profit du secteur des assurances qui s'en voyait réserver l'exclusivité, a conduit le secteur bancaire américain à trouver un palliatif en émettant des engagements régis par les Règles uniformes relatives aux crédits documentaires.

(41) Voir sur ce point J.-P. Mattout, « Droit bancaire international », 2^e édition, n° 200, p. 150 et s.

(42) Art. 94 du code de commerce : « *Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant.* ». Les droits et les devoirs du commissionnaire sont déterminés par les règles applicables au mandat aux articles 1984 et suivants du code civil.

(43) Art 1999 du code civil : « *Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat [...]* » ; Article 2000 : « *Le mandant doit aussi indemniser le mandataire de pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion [...]* ».

(44) Sur les garanties à première demande, voir notamment Cabrillac et Mouly, « Droit des sûretés », *Litec* 1993 ; J.-P. Mattout, « Droit bancaire international » déjà cité ; A. Prüm, « Les garanties à première demande » *Litec* 1994 ; M. Elland Goldsmith, « Performance bonds in the English courts » *DPCL* 1978, p. 151 ; J.-P. Mattout et A. Prüm, « Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande » *Banque & Droit* n° 30, juillet-août 1993, p. 7 ; Daigne, « Les substituts du cautionnement : de la lettre à la garantie ; la revanche de la liberté », *JCP éd.E*, 1992, suppl. n° 44, p. 3 ; Gavaldà et Stoufflet : « La lettre de garantie internationale » *RTD Com.* 1980, p. 1 ; Lendais, « Les règles de la CCI sur les garanties à première demande » *Gaz. Pal.* 1994, 2, Doctr. p. 853.

(45) *Lamy*, Droit du financement, Garanties indépendantes, n° 3517.

(46) Com. 27.11.84, D.1985, jur. p. 269.

(47) V. C. Dufloux et Y. Margulic, « Les euro-crédits. Pourquoi ? Comment ? » *Banque éditeur*, 1984. V. aussi le chapitre consacré aux euro-crédits par J.-P. Mattout in « Droit bancaire international », déjà cité, n° 185 et s. V. aussi G.A. Hisert « Letters of credit in syndicated credit facilities », *JIBL* 1996, p. 293 ; Lee C. Buchheit, « Syndicated loans and the art of happiness », *IFLR* October 1992, p. 7 ; ou encore Lee C. Buchheit, « Is syndicated lending a joint venture ? », *IFLR* August 1985.

(48) *Bank of the West v/ Valley National Bank of Arizona*, 41F 3d 471 (9th Circ. 1994), *IFLR* March 1995, 55.

(49) En cas de faute dans la prise des sûretés : G.A. Goodman, « Fiduciary duty owed by agent bank to co-lenders », *IFLR* December 1994, 49 ; *IFLR* July 1994, 40.

(50) L'absence de solidarité a, entre autres, normalement pour conséquence que chaque banque participante demeure libre en principe d'exercer ses droits en cas par exemple d'exigibilité anticipée... V. toutefois en sens contraire, *Crédit français Int'l SA v Sociedad Financiera de Comercio CA* 128 Misc 2d 564, 490 NYS 2d 670 (Sup Ct 1985), *IFLR* July 1985, *IFLR* August 1985, L.C. Buchheit « Is syndicated lending a joint venture ? » qui a affirmé l'obligation de recueillir l'accord de la majorité des prêteurs avant de pouvoir exercer une action d'exécution en justice contre l'emprunteur défaillant...

(51) Voir S. Montagu « Transferable Loan facility » *IFLR* Août 1984, 35 ; M. Hughes « Transferability of Loans participations » *JIBL* 1987, 1, p. 5 ; L.C. Buchheit « How to negotiate the assignment clause » *IFLR* February 1993, 34. Il faut souligner que depuis quelques années existe -- surtout dans les pays anglo-saxons --, un véritable marché secondaire des crédits bancaires qui a cependant encore quelques difficultés à s'établir en France.