

NORDEN

ASSOCIATION D'AVOCATS

121, avenue des Champs Elysées

www.norden.fr

La Lettre de NORDEN Association d'avocats

Avril 2009

Responsabilité des banques

La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises a incorporé à l'article 650 – 1 du Code de commerce une nouvelle disposition instituant un principe de non responsabilité des banques du fait des concours consentis.

Le texte énonce ainsi que :

*« Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, **sauf** les cas de **fraude**, d'**immixtion** caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les **garanties** prises en contrepartie de ces concours sont **disproportionnées** à ceux-ci.*

Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge. »

D'un point de vue théorique, les établissements de crédit bénéficient, non pas d'une absence totale de responsabilité, mais d'une présomption de non responsabilité.

En effet, dans certains cas – fraude, immixtion dans la gestion du débiteur – garanties disproportionnées – la responsabilité du banquier pourra être recherchée.

Au surplus, force est de constater que l'imprécision du texte et sa portée générale ne sauraient conduire le banquier à considérer ces trois situations comme des cas d'école, en particulier à l'heure où, comme en matière de restructuration de financements LBO, il est requis du banquier son intervention afin d'éviter la cessation des paiements.

1 – La fraude :

Le cas de fraude concerne la situation d'un créancier dont l'attitude tend à favoriser uniquement ses intérêts en se livrant à des manœuvres ayant pour but de maintenir artificiellement l'activité de l'entreprise le temps de se désengager au détriment des autres créanciers.

Le soutien et le maintien des concours à une entreprise, dont la situation est insurmontable, le temps qu'elle réalise ses actifs au bénéfice et en accord avec la banque bénéficiant ou non de sûretés pourrait ainsi constituer un comportement frauduleux.

2 – L’immixtion caractérisée :

Il y a assurément immixtion caractérisée lorsque les circonstances établissent des actes de gestion de fait.

Il n’existe pas de définition de la gestion de fait. Tout est question d’appréciation.

La Cour de cassation (12 juillet 2005) a pu indiquer que la gestion de fait se caractérise par des actes positifs de direction de l’entreprise de telle sorte que, dans les faits, le banquier se soit quasiment substitué au chef d’entreprise.

A l’inverse, lorsque le banquier conditionne son intervention à des mesures d’organisation ou de restructuration de l’entreprise ou des engagements de faire ou de ne pas faire (engagements d’information, covenants financiers...), la jurisprudence et la doctrine considèrent que le banquier ne saurait engager à ce titre sa responsabilité.

3 – L’existence de garanties disproportionnées :

La aussi, tout est une question de fait, le législateur n’ayant pas pris soin de définir le caractère disproportionné d’une garantie.

La jurisprudence apporte peu d’éléments d’éclaircissement. Celle relative, par exemple, au cautionnement disproportionné est sans rapport puisque porte principalement sur l’analyse du patrimoine de la caution.

En fait, interrogé, le Ministère de la Justice a pu indiquer qu’il s’agissait de viser les garanties inhabituelles au regard de la pratique, ce qui en réalité ne renseigne pas vraiment les praticiens.

Dans ce contexte, on ne saurait trop, à nouveau, conseiller la banque et le chef d’entreprise de recourir aux procédures préventives que sont le mandat ad hoc et la procédure de conciliation puisque le tribunal qui homologuera l’accord devra vérifier qu’il ne nuit pas aux intérêts des autres créanciers non signataires.

Pour de plus amples informations, vous pouvez contacter Laurent VERDES, Avocat au Barreau de Paris, au 01 72 71 85 59 ou à son adresse email : verdes@norden.fr ou Véronique Rehbach rehbach@norden.fr