



ARTICLE

DU RACHAT DE PRÊTS EXISTANTS À L'OCTROI DE PRÊTS À TITRE HABITUEL : UN DÉCRET NOVATEUR POUR CERTAINS FONDS D'INVESTISSEMENT ALTERNATIFS

| 28/11/16 |



BANQUE - FINANCE

La loi du 2 juillet 2003[1] a lancé un nouvel élan dans la législation française qui ne cesse depuis lors, de restreindre le champ d'application du monopole bancaire. À l'origine, une société autre qu'un établissement de crédit ne pouvait pas, de manière répétée, réaliser des prêts à titre onéreux au bénéfice d'une ou plusieurs autres[2]. Ce principe sanctionné pénalement par le Code monétaire et financier[3] est désormais soumis à de nombreuses exceptions et le nouveau décret n°2016-1587 du 24 novembre 2016 (le « Décret »), fixant les conditions dans lesquelles certains fonds d'investissement peuvent octroyer des prêts aux entreprises, publié au journal officiel cette semaine ne fait que confirmer la tendance.

La loi de finance rectificative[4] en date du 29 décembre 2015 a permis à certains fonds d'investissement alternatifs (« FIA »)[5] opérant sous dénomination « ELTIF »[6], d'étendre leurs activités à la délivrance de prêts directs aux entreprises et non plus seulement à l'acquisition de créances de prêts. De son côté, l'Autorité des marchés financiers (l'« AMF ») a préparé la scène juridique à une réforme législative et réglementaire du monopole bancaire en menant une consultation publique et en rédigeant une instruction pour les FIA désireux d'octroyer des prêts directs[7]. Chose faite avec la loi « Sapin II »[8] qui autorise les fonds professionnels spécialisés, les fonds professionnels de capital investissement et les organismes de titrisation à réaliser des prêts directs aux entreprises en dehors du cadre prévu par le règlement « ELTIF » et prévoit la finalisation de ce régime juridique par décret pris en Conseil d'État.

Le Décret s'inscrit dans cette finalisation du régime d'octroi de prêts par les FIA en fixant les conditions aux termes desquelles les fonds professionnels spécialisés et les fonds professionnels de capital investissement (les « **Fonds de Prêts** ») pourront octroyer des prêts directs à des entreprises. Le Décret n'a pas visé les organismes de titrisation, comme l'a fait la loi « Sapin II », car il est prévu que le régime des organismes de titrisation fera l'objet de modifications plus globales, notamment s'agissant des modalités et conditions dans lesquelles ils pourront octroyer des prêts à des entreprises, dans le cadre d'une ordonnance à intervenir dans un délai de dix mois à compter de la promulgation de la loi « Sapin II ».

Contrôle et suivi des sociétés de gestion

Agrément des sociétés de gestion

- Les Fonds de Prêts peuvent être autorisés à octroyer des prêts aux entreprises après une autorisation de l'AMF délivrée sur la base d'un programme d'activités. Ce programme d'activités peut seulement être soumis par une société de gestion de portefeuille habilitée à gérer des FIA[9] (une « SGP »).
- Le programme d'activités doit préciser les caractéristiques et les conditions de mise à disposition des prêts par les Fonds de Prêts (taille et nationalité des entreprises bénéficiant des prêts, droit applicable pour les prêts, type de prêt, etc.).
- Le Décret admet une exception à l'obligation d'établir un programme d'activités pour les SGP en s'alignant sur l'article R.214-226 du Code monétaire et financier applicable pour les organismes de titrisation (i) lorsque le Fond de Prêts fait l'objet d'une liquidation effectuée dans l'intérêt des porteurs de parts ou actionnaires, (ii) lorsque le capital, restant dû d'une créance non échue du Fonds de Prêt et susceptible d'être cédée, est inférieur à un pourcentage du montant maximal du capital restant dû de cette créance, (iii) lorsque les parts ou actions du Fonds de Prêts ne sont plus détenues que par un seul porteur ou actionnaire et (iv) en cas de dégradation de la situation financière d'une entreprise débitrice aboutissant à la détention de créances douteuses ou litigieuses. Ce programme d'activités ne sera pas non plus obligatoire dans le cadre de la cession de prêts échus ou déçus de leur terme.

Contrôle et suivi de l'opération de crédit par les sociétés de gestion

- Dans un souci de transparence et de sécurité juridique, les SGP doivent être en mesure de mettre en place des procédures d'analyses des risques du crédit, des méthodes permettant une évaluation précise et indépendante des positions et opérations du portefeuille géré[10] et enfin une procédure de suivi proportionnée de l'évolution de la qualité de chacun des prêts pris individuellement.
- Dans le cadre de cette nouvelle activité de mise à disposition de prêts, la SGP en charge de la gérance de Fonds de Prêts devra préalablement se munir d'un expert (gérant ou analyste) en charge notamment des aspects financiers, juridiques et de structuration des prêts.
- Le Décret autorise les SGP pour le compte des Fonds de Prêts à procéder au recouvrement des sommes versées au titre des prêts mis à disposition par les Fonds de Prêts. Cette activité devra nécessairement être mentionnée dans le programme d'activités de la SGP, dans le cas contraire, l'activité de recouvrement sera externalisée à une société



désignée à cet effet.

Analyse juridique sur la délivrance des prêts

- La SGP doit mener une analyse rigoureuse quant à la mise à disposition des prêts par les Fonds de Prêts dont elle a la gérance. En particulier, l'analyse de la SGP doit s'assurer du respect des éventuelles règles relatives au monopole bancaire ou au secret bancaire applicable dans le pays de l'emprunteur, de la jurisprudence bancaire qui serait applicable aux sociétés de gestion ou aux Fonds de Prêts qui prêtent, des règles de lutte anti-blanchiment et de lutte contre le financement du terrorisme au niveau de l'emprunteur, mais aussi des obligations de connaissance actualisée du client, du devoir de conseil et d'information du prêteur.

- Les SGP doivent être également particulièrement vigilantes aux conflits d'intérêts résultant de l'activité de prêt et plus particulièrement dans le cadre des prêts consentis pour un même émetteur pour le compte de deux Fonds de Prêts différents sous sa gestion ou encore, dans le cadre des relations commerciales passées entre son établissement de crédit et la société bénéficiaire du prêt.

Condition d'exercice de la délivrance des prêts

Une activité limitée dans son objet et dans le temps

- La délivrance de prêts aux entreprises ne pourra porter que sur un prêt pour lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie^[11].

- Les bénéficiaires de prêts mis à disposition par les Fonds de Prêts ne pourront être que des entreprises individuelles ou des personnes morales de droit privé exerçant à titre principal une activité commerciale, industrielle, agricole, artisanale ou immobilière (à l'exclusion des activités financières et de placements collectifs) ou selon le cas en plus de la réalisation de cette activité, la détention directe ou indirecte d'une ou plusieurs participations dans le capital de ces personnes morales.

- Les prêts accordés ne pourront être accordés pour une durée excédant la durée de vie résiduelle des Fonds de Prêts étant entendu que ces derniers pourront faire l'objet d'une prolongation temporaire lorsque cela aura été prévu dans leurs statuts ou leurs règlements.

- Les prêts seront accordés dans l'unique but de les conserver jusqu'à leur échéance (« *buy and hold* »).

- La délivrance des prêts ne devra pas excéder 100% des actifs détenus par les Fonds de Prêts ou le montant des souscriptions non appelées par les souscripteurs.

- Les prêts accordés ne devront pas servir à financer la vente à découvert, les titres financiers dépassant 10% de l'actif net du Fonds de Prêts ou les instruments dérivés à l'exception seulement des prêts couvrant les risques liés au taux de change.

- Enfin, le Décret par exception aux conditions précisées ci-dessus, les Fonds de Prêts dont l'activité de prêt n'excède pas 10% de leurs actifs sont quant à eux seulement soumis à deux conditions : la durée de vie des prêts qui ne doit pas excéder la durée de vie du Fonds de Prêts et l'interdiction de recourir à des contrats financiers autrement qu'à des fins de couverture des risques de taux d'intérêt et de devises.

Ce corpus législatif constitue donc une nouvelle brèche du principe du monopole bancaire. Il sera intéressant d'observer dans les mois à venir comment cette nouvelle activité pour les fonds d'investissement viendra modifier le paysage français du financement des entreprises.

[1] Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003.

[2] Article L. 511-5 du Code monétaire et financier.

[3] Article L. 571-3 du Code monétaire et financier.

[4] Loi n°2015-1786 du 29 décembre 2015.

[5] Il s'agit des fonds professionnels spécialisés, des fonds professionnels de capital investissement et des organismes de titrisation.

[6] Règlement (UE) 2015/760 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme.



[7] Instruction AMF, Organisation des sociétés de gestion de portefeuille pour la gestion de FIA qui octroient des prêts – DOC-2016-02.

[8] Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique en date du 8 novembre 2016.

[9] Une société de gestion de portefeuille mentionnée à l'article L.532-9, agréée pour gérer des FIA et soumise aux dispositions législatives et réglementaires des paragraphes 1 à 5 de la sous-section 1 de la section 2 du chapitre IV du titre 1^{er} du livre II, et disposant d'un programme d'activités comprenant l'activité d'octroi de prêts.

[10] Article L. 533-10-1 du Code monétaire et financier.

[11] Article L. 313-1 du Code monétaire et financier.
