

L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil



Etienne Gentil, avocat associé, Latham & Watkins



Justine Delbard, avocat, Knowledge Management Lawyer, Latham & Watkins

L'article 2328-1 du Code civil a été créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie afin de tenter de remédier à l'absence, en droit français, de mécanisme comparable au «Security Agent» ou «Security Trustee» de droit anglo-saxon, qui utilisent le mécanisme millénaire du «trust» de la «common law».

Cet article dispose : «Toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation.»

Une des principales attentes des praticiens du droit financier intervenant dans les crédits syndiqués est de disposer d'une institution juridique permettant de faciliter la constitution et l'inscription des sûretés au profit d'un groupe de prêteurs détenant chacun une quote-part de la créance de remboursement du financement consenti, en évitant d'avoir à mentionner, dans les actes constitutifs des sûretés et à l'occasion des formalités de publicité, le nom de chacun des bénéficiaires des sûretés ; ces mentions et formalités créent en effet des contraintes et lourdeurs inadéquates à la nécessaire flexibilité des financements syndiqués, qui exigent que l'on puisse procéder à l'inscription des sûretés et à la transmission de tout ou partie des participations des créanciers le plus simplement possible.

Une autre attente des praticiens est de disposer d'un mécanisme permettant de renforcer la sécurité juridique de la technique de l'«agent des sûretés», aujourd'hui largement utilisée dans les crédits syndiqués. Cette technique consiste à ce que les créanciers désignent un établissement financier (en général – mais pas obligatoirement – lui-même créancier au titre du financement) avec la mission d'agir pour leur compte pour la constitution, l'inscription, la gestion et la réalisation des sûretés. Le mécanisme du mandat utilisé par la pratique présente l'inconvénient de ne pas pouvoir empêcher de façon certaine qu'un des créanciers agisse

individuellement pour réaliser à son profit une sûreté consentie à chacun des créanciers de l'obli-

gation garantie, dans la mesure où, en droit français, tout mandat peut être révoqué par le mandant, même s'il est consenti dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ou stipulé irrévocable.

Dans sa rédaction actuelle et malgré, d'une part, l'intention exprimée par le législateur¹ et, d'autre part, la modification apportée en 2008² qui avait déjà été appelée de leurs vœux par les praticiens (qui précise que cet agent peut aussi intervenir dans la constitution de ces sûretés), l'article 2328-1 du Code civil n'a pas été vu comme apportant une réponse claire et adaptée aux préoccupations des praticiens, ce qui explique qu'il ne soit – à notre connaissance – pas ou peu utilisé par la pratique.

1. Domaine d'application

Dans sa rédaction actuelle, l'article 2328-1 ne concerne que les sûretés réelles, à l'exclusion des sûretés personnelles. La plupart de ces financements étant garantis par un ensemble de sûretés tant réelles que personnelles, cela nécessiterait de soumettre les sûretés réelles et personnelles à un traitement différencié, ce qui est source de complications et d'incertitudes. Les dispositions de cet article devraient pouvoir s'appliquer à toutes les sûretés (réelles et personnelles). On peut d'ailleurs se demander si cette mention serait suffisante pour inclure les engagements à titre de garantie (délégations de créances à titre de garantie) ou les affectations ou cessions d'un bien en garantie³ (telles que la cession Dailly à titre de garantie ou – selon l'analyse de certains auteurs et praticiens – le gage-espèces).

2. Constitution et inscription au nom d'une seule personne

L'article 2328-1 du Code civil ne prévoit pas explicitement la possibilité de constituer et d'inscrire la sûreté au nom de la personne désignée par les créanciers et ne dispense donc pas clairement de la nécessité de mentionner l'identité de chacun des bénéficiaires des sûretés dans les actes

Pour éviter la constitution et l'inscription des sûretés au nom de chacun des créanciers, l'article 2328-1 devrait être modifié afin de prévoir clairement que les sûretés sont constituées et inscrites au nom d'une seule personne.

constitutifs et pour l'accomplissement des formalités de publicité, lors de la constitution des sûretés et à l'occasion des transferts de participations dans le crédit.

En outre, l'article n'apporte aucune clarification quant au statut de l'agent des sûretés, la qualification de mandataire paraissant pouvoir s'appliquer, avec les inconvénients liés à cette qualification tels qu'évoqués ci-dessus.

Pour éviter la constitution et l'inscription des sûretés au nom de chacun des créanciers, l'article 2328-1 devrait être modifié afin de prévoir clairement que les sûretés sont constituées et inscrites au nom d'une seule personne. La gestion et la réalisation de la sûreté devraient être assurées pour le compte des créanciers de l'obligation garantie et de leurs ayants droit exclusivement par l'agent des sûretés, dans les conditions prévues entre ce dernier, la personne qui consent la sûreté et les créanciers de l'obligation garantie.

Le statut de l'agent des sûretés se verrait en conséquence clarifié, le fait que les sûretés soient constituées au nom de l'agent des sûretés (et non au nom des créanciers représentés par ce dernier) étant incompatible avec la qualification de mandataire. L'agent des sûretés se verrait ainsi doté d'un statut spécifique, conjuguant efficacité et souplesse.

3. Désignation et remplacement de l'agent des sûretés

La disposition qui figure dans l'actuel article 2328-1 du Code civil, aux termes de laquelle l'agent des sûretés doit être désigné par les créanciers «dans l'acte qui constate l'obligation garantie», devrait être supprimée. Cette disposition, qui ne se justifie par aucun impératif d'ordre juridique, est en outre contraire à la pratique, qui peut voir documenter les modalités de gestion des sûretés dans un acte séparé (y compris, postérieurement à l'acte qui constate l'obligation garantie). L'agent des sûretés devrait également pouvoir être remplacé dans les conditions déterminées par les créanciers de l'obligation garantie.

4. Patrimoine séparé de celui de l'agent des sûretés

Afin que les sûretés ne soient pas affectées par les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire auxquelles pourrait être soumis l'agent des sûretés, il conviendrait de prévoir que les sûretés bénéficient exclusivement aux créanciers de l'obligation garantie et à leurs ayants droit, et demeurent séparées du patrimoine de l'agent des sûretés, même en cas de réalisation desdites sûretés, ou de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à son encontre.

5. Adaptation de certaines dispositions

Il conviendra en parallèle de veiller à adapter au texte ainsi modifié les dispositions applicables à certaines sûretés, telles que celles relatives au nantissement de compte-titres (qui imposent d'identifier le «créancier nanti» dans la déclaration de nantissement de compte de titres financiers⁴) ou pour permettre que la qualité d'agent des sûretés puisse être spécifiée sur le fichier immobilier⁵.

Enfin, il sera nécessaire de clarifier le régime fiscal de l'opération, afin de s'assurer de sa neutralité fiscale, notamment lors de la réalisation de la sûreté (conséquences de l'attribution judiciaire ou conventionnelle à l'agent des sûretés pour le compte des créanciers, profit éventuel réalisé au moment de la revente). On pourra utilement s'inspirer du régime fiscal mis en place à ce titre pour la fiducie.

On ose espérer qu'une fois de telles modifications apportées à ce texte, l'agent des sûretés à la française pourra rivaliser avec le «security trustee» anglo-saxon, comme l'entendait le législateur, et qu'il sera largement adopté par la pratique. ■

Il sera nécessaire de clarifier le régime fiscal de l'opération, afin de s'assurer de sa neutralité fiscale, notamment lors de la réalisation de la sûreté (conséquences de l'attribution judiciaire ou conventionnelle à l'agent des sûretés pour le compte des créanciers, profit éventuel réalisé au moment de la revente).

1. Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 octobre 2006.
2. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
3. Terminologie issue du livre VI du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance n° 2008-1345 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.
4. Article D. 211-20 du Code monétaire et financier.
5. Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 relatif à la publicité foncière.