



HAL
open science

La réception de l'agent des suretés par le droit français

Bernardo Garcia Larrain

► **To cite this version:**

Bernardo Garcia Larrain. La réception de l'agent des suretés par le droit français. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2022. Français. NNT : 2022PA01D023 . tel-04541023

HAL Id: tel-04541023

<https://theses.hal.science/tel-04541023>

Submitted on 10 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE
UFR 05

Laboratoire de rattachement : Institut de recherche juridique de
la Sorbonne

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en Droit

Présenté(e) et soutenu(e) publiquement
le 17 MARS 2022 par

Bernardo GARCIA LARRAIN

**La réception de l'agent des sûretés par le droit
français**

Sous la direction de M. Philippe DUPICHOT

Professeur de droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne
(Université Paris I)

Membres du Jury

Mme. Claire Séjean-Chazal, Professeur à l'Université Sorbonne
Paris Nord (Paris 13)

Mme. Sarah Laval, Professeur à l'Université Littoral Côte d'Opal

M. Charles Gisjbers, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-
Assas

M. Maxime Julienne, Professeur à l'Université Paris-Saclay

Résumé

Le droit français du financement est en constante mutation afin de permettre aux praticiens de réaliser des opérations de plus en plus complexes au regard de leur montant et des éléments d'extranéité qu'elles comportent. La réception de la figure de l'agent des sûretés par le droit français constitue un exemple de cette évolution. L'agent des sûretés est la personne nommée par un groupe de banques dont la mission consiste à prendre, inscrire, gérer et réaliser les sûretés destinées à garantir une opération de crédit syndiqué. Très utilisée dans la pratique internationale et en droit anglais, où elle prend la forme du *trust*, la figure de l'agent des sûretés a longtemps été absente du droit français. Cette situation a constitué un élément défavorable à la France dans la compétition à laquelle se livrent les systèmes juridiques sur le marché des financements internationaux. La réception de l'agent des sûretés par le droit français a été longue et marquée par différentes étapes. Dans un premier temps, confrontés à l'absence de la figure du *trust* en droit français, les praticiens français ont essayé de franchir cet obstacle en ayant recours au contrat de mandat du Code civil, ou à d'autres figures prévues par le droit français. Parallèlement, des dispositifs issus de droits étrangers, tels que le *security trustee* et la « dette parallèle », ont été employés au risque de ne pas être pleinement efficaces en France. Dans un second temps, le législateur a essayé de combler ce vide en instituant pour la première fois l'agent des sûretés en droit français à travers son introduction dans le Code civil en 2007. Cette innovation se révélera cependant peu adaptée et ne sera donc pratiquement pas utilisée. Ce n'est qu'en 2017 que la France s'est dotée d'un régime d'agent des sûretés digne de ce nom et qui semble être adapté à la pratique des crédits syndiqués.

Mots-clés

agent des sûretés – agent de crédit – arrangeur – dette parallèle – crédit syndiqué – syndicat bancaire – syndicat bancaire – sûretés – garanties – financement – fiducie – réception – inflation législative – OHADA – *trust* – *security trustee* – *parallel debt* – *syndicated loan*

Summary

French financing law is constantly changing in order to help practitioners carrying out increasingly complex operations with regard to their amount and the non-French elements that they involve. The acceptance of the security agent's figure within the French legal system is an example of this evolution. The term "security agent" refers to a person appointed by a group of banks and whose mission is to take, register, manage and enforce security to guarantee a syndicated loan transaction. Widely used in international practice as well as in English law where it takes the form of a trust, the figure of the security agent has long been missing in French law. However, this situation was unfavourable for France with the legal systems' competition on the international financing market. The acceptance of the "security agent" in French law was long and marked by different steps. Firstly, French practitioners attempted to overcome the absence of a legal concept of trusts by having recourse to the "mandate contract" provided by the Civil Code, or to other legal tools provided by French law. At the same time, measures deriving from foreign law, such as the security trustee and the "parallel debt", have been used at the risk of not being fully effective in France. Secondly, the legislator tried to fill in this void by consecrating the concept of 'security agent' in the revision of the Civil Code in 2007. However, this innovation appears to be ill-suited and therefore not used in practice. It was not until 2017 that France adopted a "security agent" regime worthy of the name and which seems to be adapted to the practice of syndicated loans.

Keywords

agent des sûretés – agent de crédit – arrangeur – dette parallèle – crédit syndiqué – syndicat bancaire – syndicat bancaire – sûretés – garanties – financement – fiducie – réception – inflation législative – OHADA – trust – security trustee – parallel debt – syndicated loan

*À mes parents, Ana Isabel et Carlos, ainsi qu'à ma grand-
mère Carmen qui m'apprit mes premiers mots
en langue française.*

Avertissement

Remerciements

Mes remerciements s'adressent à mon directeur de thèse, M. Philippe Dupichot, professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris I), et à M^c Christophe Jacquemin, *Senior Counsel* au sein du cabinet Allen & Overy, de m'avoir fait confiance en acceptant de m'accompagner dans ce travail de recherche. Leur disponibilité, leurs conseils et leurs encouragements constants m'ont permis de mener à terme cette thèse de doctorat en droit.

Je remercie également M. Frédéric Gonand, professeur d'économie à l'université Paris Dauphine : c'est lui qui a été le premier à m'encourager à me lancer dans cette aventure. Je me dois aussi de remercier M. Daniel Cohen, professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas, sans qui ce projet n'aurait jamais eu lieu.

Je tiens à exprimer ma gratitude à Solène Gobin, Virginie Lanceron, Jean-Marie de Poulpiquet, Renzo Munita, Cyrille Michon, Xavier Carbonell, Joaquin Garcia-Huidobro et Pierre Laffon de Mazières pour leurs conseils toujours très pertinents, ainsi qu'à Stéphane Jacquier et son équipe qui s'est toujours montrée si disponible. Je remercie également Marguerite de Lespinois pour son aide.

Je n'oublie pas M. Robert-Noël Castellani, François-Xavier Gonzalez et José Miguel de Toro, grâce à qui j'ai pu commencer mes études de droit dans de bonnes conditions. Il me faut remercier aussi Enrique Brahm, qui depuis mon enfance, m'a toujours encouragé à suivre des études de droit.

Je me dois enfin de remercier vivement ma famille et mes amis, au Chili et en France, pour leur soutien affectueux. Mes pensées s'adressent spécialement à mon grand-père Jaime, qui a tant aimé la France et qui, je pense, aurait été fier de me voir un jour soutenir une thèse de doctorat à Paris.

Liste des abréviations

ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AEDBF	Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier
AFB	Association Française de Banques
AFD	Agence française de développement
AFTE	Association française des trésoriers d'entreprises
Al.	Alinéa
ANSA	Association Nationale des Sociétés par Actions
AMAFI	Association française des marchés financiers
AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
BRRD	Directive 2014/59/UE du 14 mai 2015 sur le redressement et la résolution des défaillances bancaires
BCE	Banque centrale européenne
C. civ.	Code civil
C. com	Code de commerce
CCLRf	Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CNC	Conseil national de la consommation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
D.	Dalloz

EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
JORF	Journal officiel de la République Française
LBO	<i>Leveraged buyout</i>
LMA	Loan Market Association
LSTA	Loan Syndications and Trading Association
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OECD	Organisation de coopération et de développement économiques
OPEP	Organisation des pays exportateurs de pétrole
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
TRACFIN	Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins
V.	Voir

Sommaire

RESUME	1
MOTS-CLES	1
SUMMARY	2
KEYWORDS	2
AVERTISSEMENT	3
REMERCIEMENTS	4
LISTE DES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	17
PREMIERE PARTIE : LA RECEPTION DE L'AGENT DES SURETES PAR LE CONTRAT	30
TITRE I : LA RECEPTION PAR DES CONTRATS DE DROIT FRANÇAIS	32
<i>Chapitre 1 : L'agent des sûretés du contrat de crédit syndiqué</i>	33
Section 1 : Un contexte économique favorable : une évolution du crédit bilatéral vers le crédit syndiqué	33
§1. Le développement du crédit syndiqué	33
A. La naissance du crédit syndiqué	33
B. La généralisation du crédit syndiqué	38
§2. La structuration du crédit syndiqué	42
A. Le partage du risque de crédit	42
1. La syndication directe	43
2. La syndication indirecte	43
B. L'obligation des arrangeurs	44
1. La syndication avec placement garanti implique une obligation de résultat	44
2. La syndication best efforts s'accompagne d'une obligation de moyens	45
3. Le club deal	48
Section 2 : Le contexte juridique : l'influence du droit anglais	49
§1. La faiblesse du cadre juridique français applicable aux syndicats bancaires	49
A. Un risque de conflits entre banques	51
1. La légalité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité de l'arrangeur	51
2. La légalité de la mise en œuvre de la clause d'exigibilité anticipée	53
3. La légalité de la mise en œuvre de la clause de partage	55
B. Les pratiques anticoncurrentielles sur le marché des crédits syndiqués	56
§2. La force du droit des associations de place	57
A. Les associations de droit français	58
B. Les associations de droit anglais	60

1.	Le rôle de la Loan Market Association (LMA)	61
2.	La qualification des contrats LMA en droit français	66
	<i>Chapitre 2 : La réception particulière de l'agent des sûretés par le droit civil</i>	72
	Section 1 : La réception de l'agent des sûretés par opposition aux autres acteurs du crédit syndiqué	73
§1.	Le rôle de l'arrangeur : la structuration du crédit	73
A.	La mission de l'arrangeur	74
1.	La mission de conseiller l'emprunteur	74
2.	La mission de monter le syndicat bancaire	76
B.	La qualification juridique de l'activité de l'arrangeur	78
1.	La qualification du contrat conclu entre l'arrangeur et l'emprunteur	78
2.	La qualification de la relation entre l'arrangeur et les banques du syndicat	80
3.	Le terme de la mission de l'arrangeur et l'éventuelle mise en cause de sa responsabilité	82
§2.	Le rôle de l'agent de crédit : l'administration du crédit	85
A.	La mission de l'agent de crédit	85
B.	La qualification juridique de l'activité de l'agent de crédit	89
1.	La qualification de la relation de l'agent avec l'emprunteur	89
2.	La qualification du contrat conclu entre l'agent et les banques	91
	Section 2 : La réception de l'agent des sûretés en tant que figure autonome	96
§1.	La reconnaissance de la mission de l'agent des sûretés	96
A.	La réception de la fonction spécifique d'agent des sûretés	96
1.	À travers le syndicat bancaire	96
2.	À travers la masse des obligataires	99
B.	La réception de la notion : du « security agent » à l'agent des sûretés	106
1.	La réception du terme « agent »	107
2.	La réception du terme « security »	109
§2.	La qualification de l'activité de l'agent des sûretés	113
A.	L'agent des sûretés, mandataire des créanciers	114
1.	Les atouts du mandat	114
2.	Les faiblesses du mandat	116
B.	La mise en place de l'agent à travers d'autres mécanismes du droit civil	118
1.	La solidarité active	119
2.	La commission	122
	TITRE II : LA RECEPTION DE L'AGENT DES SURETES A TRAVERS L'EMPLOI DE MECANISMES ISSUS DE DROITS	
	ETRANGERS	128
	<i>Chapitre 3 : La réception inachevée du security trustee</i>	129
	Section 1 : L'importation souhaitée du <i>trust</i>	129
§1.	Les avantages du <i>security trustee</i>	129
A.	La définition large du <i>trust</i>	129
1.	La définition juridique	130
2.	La définition économique	134
B.	Les différentes utilisations du <i>trust</i>	136
1.	L'utilisation « classique » du <i>trust</i>	136

2.	L'utilisation « universelle » du trust.....	138
a)	Dans le monde.....	138
b)	En France.....	139
§2.	La compatibilité du <i>trust</i> avec le droit français.....	144
A.	Des obstacles apparents.....	145
1.	La conception de la propriété.....	145
a)	La question de la dualité de la propriété dans le trust.....	145
b)	Le « démembrement » de la propriété en droit français.....	146
c)	La manipulation de la propriété.....	147
2.	La règle du <i>numerus clausus</i>	149
a)	Le <i>numerus clausus</i> des droits réels.....	149
b)	Le <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles.....	152
3.	La théorie du patrimoine classique.....	154
a)	La portée de la théorie.....	154
b)	Les exceptions à la théorie.....	156
B.	Une reconnaissance récente.....	159
1.	Une reconnaissance « au cas par cas » par le juge.....	159
2.	Une reconnaissance par le droit fiscal.....	161
a)	La première définition légale.....	161
b)	La soumission du <i>trust</i> à l'impôt.....	162
Section 2 :	La réception politique : la convention de La Haye.....	164
§1.	L'intérêt de la Convention.....	165
A.	La conférence de La Haye.....	165
1.	Les conventions de la conférence de La Haye.....	165
2.	La convention de La Haye du 1 ^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.....	167
B.	La convention de La Haye, instrument de réception du trust.....	168
1.	Les caractéristiques de la Convention.....	168
a)	Les institutions visées.....	168
b)	Le <i>trustee</i>	171
c)	Les biens du <i>trust</i>	172
2.	Les objectifs de la Convention.....	174
a)	La détermination de la loi applicable au <i>trust</i>	174
b)	La reconnaissance du <i>trust</i>	176
§2.	La non-ratification de la Convention par la France.....	179
A.	Les motifs de non-ratification.....	180
1.	La nécessité de « développer » le mécanisme.....	180
2.	La nécessité d'une « réflexion approfondie » sur les risques de la ratification.....	181
a)	La réponse du ministère de la Justice du 5 mai 2016.....	181
b)	Les tentatives de surveillance des <i>trusts</i>	183
B.	Les conséquences d'une éventuelle ratification.....	188
1.	La possibilité de ratifier avec des réserves.....	188

2.	La ratification sans réserve	189
a)	Les conséquences sur le droit de propriété.....	190
b)	Les conséquences sur la fiducie	190
c)	Les conséquences sur l'agent des sûretés	191
d)	Les conséquences sur la pratique notariale	195
<i>Chapitre 4 : La réception partielle de la dette parallèle</i>		<i>203</i>
Section 1 : L'attractivité de la dette parallèle		204
§1. Une fiction juridique		204
A.	La définition de la dette parallèle	204
1.	Une dette autonome.....	206
2.	La naissance de la dette parallèle	206
B.	La qualification de la dette parallèle.....	210
1.	Une alternative au trust en droit français.....	211
a)	Les avantages du <i>trust</i> par rapport à la dette parallèle.....	212
b)	Les avantages de la dette parallèle par rapport au <i>trust</i>	215
2.	Une alternative aux mécanismes de droit interne	215
a)	Les mécanismes favorisant la réception de la dette parallèle	215
b)	Les mécanismes ne pouvant pas structurer une dette parallèle	224
c)	Un contrat <i>sui generis</i>	225
§2. Les atouts de la dette parallèle.....		228
A.	La simplification du transfert de participation.....	228
1.	La protection des intérêts communs des créanciers.....	228
2.	Un cadre contractuel souple	230
B.	La facilitation du traitement des créances en cas de procédure collective	233
1.	La déclaration des créances	233
2.	La consultation de l'agent des sûretés	234
Section 2 : L'apport de l'arrêt <i>Belvédère</i> à la réception de l'agent des sûretés		236
§1. La réception de la dette parallèle de droit étranger		237
A.	Un montage de droit étranger	238
B.	La conformité à l'ordre public international	240
1.	La cause de l'engagement du débiteur	243
2.	Le respect du principe d'égalité des créanciers	247
§2. La réception incertaine de la dette parallèle de droit français.....		251
A.	Les types de réception possibles.....	251
1.	La consécration	252
2.	L'adaptation	253
3.	L'application du droit étranger.....	253
4.	L'« acclimatation »	255
B.	L'avenir de la dette parallèle	256
1.	Un mécanisme limité.....	256
2.	La préparation de la réception légale.....	260

SECONDE PARTIE : LA RECEPTION DE L'AGENT DES SURETES PAR LA LOI..... 268

TITRE I : L'ECHEC DE LA CREATION DE L'AGENT DES SURETES 270

Chapitre 5 : La création de l'article 2328-1 du Code civil : réception transitoire de l'agent des sûretés..... 271

Section 1 : L'ambition d'un *trust* à la française 271

§1. Un contexte idéal..... 272

A. Le constat d'un besoin..... 272

1. La prise de conscience du législateur 272

2. Le souhait des praticiens 274

B. La création du droit commun de la fiducie 275

1. Une institution connue du droit français..... 276

a) Figure historique 276

b) Figure fonctionnelle 278

2. Consécration dans le Code civil 285

a) Un contexte juridique favorable 285

b) Une concurrence internationale accrue 286

§2. Un texte étonnant 287

A. L'agent des sûretés, complément de la fiducie 288

B. Tentative de compléter le régime 292

1. Le nouveau pouvoir de « constituer » des sûretés 292

2. Un nouveau pouvoir sans effet..... 295

Section 2 : La déception du *security trustee* à la française 296

§1. Des qualités insuffisantes 297

A. Qualités liées au processus de réception de l'agent des sûretés..... 297

1. La volonté politique de rendre la place financière plus attractive 297

2. La reconnaissance légale 298

3. Le début d'un processus de réception 298

B. Qualités liées au contenu du régime 300

1. La dissociation entre le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté 300

2. Un cadre pour les sûretés réelles 301

3. La qualité de l'agent des sûretés..... 301

§2. Des défauts insurmontables..... 302

A. L'absence de nature définie..... 302

B. L'insuffisante liberté contractuelle 306

1. Limitation dans sa compétence 306

2. Limitation dans l'exercice de sa mission..... 308

a) L'exigence de nommer l'agent des sûretés dans l'acte constatant l'obligation 308

b) Le silence en cas d'action en justice et de remplacement de l'agent..... 309

Chapitre 6 : Vers une réforme de l'article 2328-1 du Code civil..... 313

Section 1 : Le modèle à suivre : le droit OHADA 313

§1. Un cadre propice à la réception d'un agent des sûretés moderne 313

A.	Le système juridique OHADA	314
1.	Les actes uniformes.....	315
2.	L'Acte uniforme portant organisation des sûretés.....	316
B.	Les rapports d'influence en droit OHADA.....	318
§2.	La réception de l'agent des sûretés en droit OHADA	320
A.	Le contraste avec l'article 2328-1 du Code civil	321
B.	Un modèle pour améliorer le régime de l'article 2328-1 du Code civil.....	325
1.	Une institution de nature sui generis	326
2.	Un régime précis et cohérent.....	327
a)	Conditions de validité du contrat.....	327
b)	Exécution du contrat	328
Section 2 :	Un modèle suggéré : l'expérience française	337
§1.	Le modèle exigé : les demandes de la pratique.....	338
A.	La proposition des notaires de France de réécrire l'article 2328-1 du Code civil.....	338
1.	Le rôle du congrès des notaires de France dans l'élaboration de la réforme de l'agent des sûretés	338
2.	Le plaidoyer du Congrès de 2011.....	340
a)	Les critiques à l'encontre de l'article 2328-1 du Code civil.....	340
b)	La nécessité d'un nouvel article 2328-1 du Code civil	342
B.	La proposition d'abrogation de l'article 2328-1 du Code civil de Paris Europlace	343
1.	Une réflexion générale sur le droit du financement.....	343
a)	Paris Europlace, un acteur incontournable	344
b)	La nécessaire adaptation du droit des sûretés.....	345
2.	La refonte de l'article 2328-1 du Code civil.....	349
a)	Un rappel des fonctions de l'agent des sûretés voulu par les praticiens	349
b)	Des idées concrètes pour une refonte du régime de l'agent des sûretés	351
§2.	Le modèle annoncé : les lignes directrices de la loi d'habilitation (« loi Sapin 2 »).....	359
A.	La modernisation du financement par dette des entreprises	360
1.	L'ordonnance tendant à favoriser le développement des émissions obligataires.....	360
2.	L'ordonnance relative à l'agent des sûretés	362
B.	Les réactions à la Loi Sapin 2.....	364
1.	Sur la forme de la réforme.....	364
2.	Sur le fond de la réforme.....	365
TITRE II	: LE SUCCES DE LA REFORME DE L'AGENT DES SURETES.....	375
<i>Chapitre 7 : La création des articles 2488-6 et suivants du Code civil : une réception complète</i>	<i>376</i>	
Section 1 : La liberté contractuelle : principe majeur au cœur de la réception de l'agent des sûretés en droit civil français	381	
§1.	La liberté contractuelle quant à la désignation de l'agent.....	381
A.	La liberté concernant la qualité de la personne.....	381
1.	Une liberté absolue dans le régime de l'agent des sûretés.....	382
a)	Une règle générale	382
b)	Des cas spécifiques	382

2.	Une liberté réduite dans des régimes proches.....	387
a)	Les limites du choix du fiduciaire	387
b)	L'agent de l'OHADA, forcément une banque	388
B.	La liberté contractuelle concernant l'acte de désignation	389
1.	La liberté par rapport au contrat de crédit	389
a)	Une liberté acquise.....	389
b)	Une liberté encadrée	391
2.	La liberté quant au nombre de parties à l'acte	396
a)	Le nombre d'agents de sûretés	396
b)	Le nombre de créanciers	397
§2.	La liberté de l'agent des sûretés	399
A.	La liberté au regard de sa compétence.....	399
1.	Les sûretés de droit français	400
2.	Les sûretés de droit étranger.....	403
B.	La liberté au regard de sa mission	404
1.	Les pouvoirs de l'agent	405
a)	Le pouvoir général de l'agent sur les sûretés	405
b)	Les pouvoirs spécifiques de l'agent de l'agent.....	407
2.	La défaillance de l'agent	410
a)	Le remplacement de l'agent des sûretés.....	410
b)	La responsabilité de l'agent des sûretés	414
Section 2 :	La nature fiduciaire, cadre de réception de l'agent des sûretés	419
§1.	Un fiduciaire <i>sui generis</i>	420
A.	La relation avec la fiducie du Code civil	420
1.	Les liens entre la fiducie et l'agent des sûretés.....	420
a)	Des liens historiques	420
b)	Des liens fonctionnels	421
2.	L'autonomie du régime de l'agent des sûretés	425
B.	Le patrimoine d'affectation, clé de voûte du mécanisme	428
1.	Le patrimoine de l'agent dans le cadre d'une procédure collective ouverte à son encontre	429
a)	La soumission du patrimoine propre aux procédures collectives	429
b)	La résistance du patrimoine d'affectation aux procédures collectives	430
2.	La transmission du patrimoine d'affectation	434
a)	Les effets de la transmission du patrimoine sur les sûretés	434
b)	La transmission du patrimoine d'affectation pendant la « période suspecte »	436
3.	Une nouvelle utilisation de l'agent des sûretés.....	437
§2.	L'agent des sûretés, titulaire des sûretés.....	439
A.	La dissociation entre la créance et la sûreté.....	439
1.	Une dissociation théorique	439
2.	Une dissociation pratique	440
a)	Le créancier, titulaire économique des sûretés	440
b)	L'agent des sûretés, titulaire limité des sûretés	442

B.	Les conséquences de la dissociation du titulaire de la sûreté et du titulaire de la créance	444
1.	L'assouplissement de la cession de participation	444
2.	La facilité de la réalisation du pacte commissaire	446
<i>Chapitre 8 : La ratification de l'ordonnance : une réception définitive de l'agent des sûretés</i>		<i>449</i>
Section 1 : La réception de l'agent des sûretés par le droit des procédures d'insolvabilité		449
§1.	L'agent des sûretés soumis à une procédure de résolution bancaire	450
A.	Une soumission implicite	450
1.	Le droit de la résolution bancaire	451
2.	L'avis n° 2017-26 du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières	453
B.	Une soumission explicite.....	457
1.	Une première tentative d'introduction de la résolution bancaire dans le régime de l'agent des sûretés	457
2.	L'introduction définitive de la résolution bancaire dans le régime de l'agent des sûretés.....	460
§2.	L'agent des sûretés soumis à la procédure de surendettement.....	461
A.	Une soumission implicite	461
B.	Une soumission explicite.....	463
Section 2 : La réception de l'agent des sûretés par le droit des sûretés.....		468
§1.	Incertitudes liées à la dissociation créance-sûreté	469
A.	L'équivalence des termes « créancier » et « agent des sûretés »	469
1.	Une interprétation souple du droit des sûretés.....	469
a)	« Créancier », un terme inclusif	470
b)	La mention obligatoire de l'identité du créancier.....	471
2.	Une interprétation stricte de l'ordonnance du 4 mai 2007.....	473
a)	Arguments contre la conformité de l'ordonnance au droit des sûretés	473
b)	Arguments en faveur de la conformité de l'ordonnance avec le droit des sûretés	476
B.	La qualité spécifique du bénéficiaire de certaines sûretés	482
1.	La cession par bordereau Dailly	482
a)	Le risque d'une interprétation trop restrictive	482
b)	La nécessité d'une interprétation souple	484
2.	Les autres sûretés imposant une qualité spécifique du bénéficiaire de la sûreté.....	487
a)	Le gage des stocks.....	487
b)	Le nantissement d'outillage et de matériel d'équipement	488
c)	Le privilège du prêteur de deniers	488
§2.	Les certitudes apportées par la loi de ratification	489
A.	Un cadre sécurisant.....	490
1.	La réforme du droit des sûretés en faveur de l'agent des sûretés.....	490
a)	L'habilitation du gouvernement à réformer le droit des sûretés	490
b)	L'agent des sûretés valorisé dans l'avant-projet de réforme	492
2.	La ratification définitive de l'ordonnance du 4 mai 2017.....	493
B.	Une précision opportune sur la qualité du bénéficiaire.....	494
1.	Des craintes non justifiées.....	494
2.	La nécessaire intervention du gouvernement	496

3. Le renforcement de la capacité de l'agent des sûretés de prendre toute sûreté	497
CONCLUSION.....	502
BIBLIOGRAPHIE.....	511
TABLE DES ANNEXES	532
INDEX.....	591

Introduction

1. L'agent des sûretés en droit des affaires. La figure de l'agent des sûretés est nécessaire dans une opération de crédit syndiqué ou consortial. Ce type de crédit est octroyé par plusieurs prêteurs étant donné le montant très élevé de l'opération de financement¹. Pour réunir la somme dont l'emprunteur a besoin, les prêteurs se réunissent dans un groupement appelé syndicat ou *pool* bancaire. Chaque prêteur apporte une partie du montant total requis. Il est donc fréquent d'observer la constitution de syndicats bancaires pour des opérations de financement de projets, d'actifs ou d'entreprises. En plus d'être un dispositif intéressant pour obtenir des montants importants, la syndication est une technique qui permet de répartir les risques entre les prêteurs et ainsi respecter la réglementation prudentielle. L'importance du rôle joué par l'agent des sûretés est manifeste dans la constitution et la gestion des sûretés octroyées pour garantir un crédit syndiqué. Cette activité est extrêmement délicate dans la mesure où les objectifs de chaque prêteur ne sont pas nécessairement alignés. Il convient donc de veiller à l'unité de l'opération de financement et à réduire le risque de réalisation des sûretés de la part de chaque prêteur sachant qu'ils sont généralement nombreux et qu'une telle opération requiert plusieurs sûretés souvent de diverses natures. Ces sûretés sont recherchées en fonction de leur efficacité évaluée au regard de l'assiette sur laquelle elles portent, leur simplicité de constitution et de réalisation, ainsi que leur sort en cas de procédure collective. De plus, la composition du crédit syndiqué étant souvent appelée à évoluer en fonction des transferts de participations au crédit qui peuvent se réaliser, les bénéficiaires des sûretés ne sont donc pas forcément les mêmes le jour de la constitution des sûretés et le jour de la réalisation de celles-ci. Un doute portant sur l'efficacité des sûretés peut alors surgir. C'est dans ce sens qu'un auteur a pu affirmer que « *transmission des sûretés et crédits syndiqués ne font pas toujours bon ménage*² ». Dans le cadre d'une syndication directe, il est juridiquement possible de constituer les sûretés au nom de chacun des membres du *pool* bancaire. Cependant, la pratique a eu tendance à considérer le crédit syndiqué comme un ensemble à part entière, dépassant ce faisant une conception centrée

¹ Comme l'expliquent deux auteurs : « *le mécanisme de l'agent des sûretés n'a vocation par construction, à n'être utilisé que dans des financements de taille importante (dizaines ou centaines de millions, voire milliards d'euros ou équivalents).* » V. J.-F. Adelle et E. Gentil, « Le régime *ad hoc* de l'agent des sûretés de droit français devient l'égal du *security agent* anglo-saxon dans les financements syndiqués », *RTDF*, 2017, n° 2, p. 71.

² E. Fiszelson, « La transmission des sûretés françaises consenties dans le cadre de crédits syndiqués de droit étranger », *RD banc. et fin.*, juillet 2011, n° 4, prat. 5, p. 75.

sur la relation de chaque prêteur avec l'emprunteur. On a ainsi voulu donner au *pool* bancaire la qualité de personne morale afin qu'il puisse prendre les sûretés en son nom propre au bénéfice de ses membres. Cette solution n'ayant pas été acceptée par la jurisprudence, la figure de l'agent des sûretés a été utilisée à cette fin.

2. L'origine de la notion. L'agent des sûretés du droit français tire l'origine de son nom du « *security agent* » du droit anglais, une expression qui pourrait être traduite par « mandataire des sûretés ». Cependant, dans la pratique, la fonction d'« agent des sûretés » dépasse le cadre des « sûretés » proprement dites, telles qu'elles sont délimitées et définies par le Code civil. La notion doit donc être comprise dans son acception la plus large possible : l'agent des sûretés est en réalité un « agent des garanties³ » qui sont définies par le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu comme désignant « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire*⁴ ». Il s'agit d'un terme qui revêt donc de nombreuses réalités : la stipulation, la délégation, les garanties financières (art. L. 221-38 du Code monétaire et financier), les sûretés de droits étrangers, etc.

3. En effet, si l'agent des sûretés est la personne désignée par les membres d'un syndicat bancaire pour constituer, inscrire, gérer et réaliser les garanties d'une opération de financement, il est également chargé de distribuer le produit de la réalisation des sûretés entre les créanciers. Par analogie, il peut ainsi être affirmé que l'agent des sûretés est à la gestion des sûretés ce que l'agent du crédit est à la gestion du crédit : il devient le référent pour toutes les parties en ce qui concerne les sûretés et les garanties de financement. De façon plus générale, en dehors des opérations de crédit syndiqué, la figure de l'agent des sûretés peut être nécessaire à chaque fois qu'un emprunteur sollicite plusieurs financeurs à qui il consent des garanties. Ce serait le cas, par exemple, d'une émission obligataire ou d'une opération mixte (financée par un prêt bancaire et une émission d'obligations). En ce sens, l'agent des sûretés est plus une fonction qu'une figure juridique : la mission que l'agent des sûretés reçoit des prêteurs est déterminée par les termes du contrat et peut revêtir plusieurs formes juridiques.

³ En Belgique, l'agent des sûretés est également connu sous l'appellation « agent de garantie ». V. A. Pesneau, *L'Agent des sûretés dans les financements appréhendé par les droits anglais et français : approche comparée* sous la direction de Bénédicte François. Thèse : droit privé : Tours, école doctorale Sciences de l'homme et de la société : 2017, p. 280. À propos de la pertinence de ce terme v. D. Robine, « L'esquisse d'un nouvel agent des sûretés », *RDBF*, novembre 2016, n° 6, étude 36. V. également sur cette question G.-A. Likillimba, « L'agent des sûretés et des garanties en droit français », *RTD Com.*, 2019, p. 533.

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 486.

4. L'économie comme facteur d'évolution du droit. La réception de l'agent des sûretés en droit français est issue d'un processus normatif qui s'est déroulé dans un contexte caractérisé par une forte croissance des crédits syndiqués. Or, toute norme de droit est fortement influencée par le cadre historique et économique dans lequel elle est édictée. Ainsi, souvent conçue pour résoudre un problème donné, une loi touchant au monde des affaires peut ne pas demeurer stable avec le temps et être amenée à évoluer afin de s'adapter aux nouveaux enjeux économiques. Autrement dit, elle est constamment menacée par une sorte d'« obsolescence programmée », les progrès de l'économie poussant continuellement à la réformer : « *En quelques décennies, nos économies et nos sociétés se sont mondialisées et digitalisées. On a changé de monde ! Les nouveaux modes d'exercice des activités économiques révolutionnent le droit. Comment pourrait-on encore chercher à expliquer ce nouveau droit avec des théories et des concepts juridiques élaborés au XIX^e siècle, si ce n'est au temps du droit romain ? C'est, par exemple, le cas des théories de la personnalité morale et du patrimoine. Elles sont contredites par toute l'évolution moderne du droit*⁵. » Un auteur signale dans le même sens que l'économie peut opérer une véritable révolution du droit et accélérer considérablement le rythme de production des normes : « *les réalités socio-économiques qui prennent tant d'importance depuis la Seconde Guerre mondiale, surtout dans un monde globalisé, digitalisé et "disruptif", n'entrent pas dans les moules conceptuels et théoriques des doctrines juridiques. Les activités économiques révolutionnent le droit. Un droit qui s'éloigne de plus en plus du droit "traditionnel". Le rythme de changement des normes est impressionnant. Mais, en s'imposant et en révolutionnant le droit, les activités économiques rendent obsolètes des concepts et théories juridiques fondamentaux. D'autres concepts, d'autres théories, d'autres raisonnements, d'autres logiques apparaissent, qui tendent à traduire la réalité de ce monde "moderne"*⁶. » Une telle logique peut avoir comme conséquence que la loi peut ne plus trouver

⁵ J. Paillusseau, « Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques », *D.*, 2017, p. 1004.

⁶ *Ibid.* V. aussi Ph. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA*, 16 avril 2010, p. 7. Cet auteur explique le phénomène de façon équilibrée : « *Nouveau Graal, la quête d'une plus grande efficacité économique de la règle de droit des sûretés réelles est poursuivie sans détour par le législateur. Ce qui justifie une mesure de celle-ci à l'aune des critères précédemment dégagés : une règle est économiquement efficace lorsqu'elle garantit au créancier l'obtention effective de son dû, à moindre coût et délai, sans occasionner un gaspillage inutile des richesses du constituant de la sûreté. Mais l'efficacité économique ne saurait être l'unique moteur de l'actuelle révolution tranquille du droit privé français. Fidèle aux valeurs d'équilibre de la tradition civiliste, le droit français privilégie les solutions respectueuses des intérêts du créancier et du constituant de la*

« ses sources dans la théorie juridique, mais dans les nécessités d'adapter la norme à la réalité et à l'évolution des activités économiques. Son objectif principal étant de favoriser l'activité économique⁷ ». Un exemple de cette « révolution » du droit opérée par l'économie est celui des exceptions apportées à la théorie du patrimoine⁸. Pendant plus d'un siècle, sur le fondement de la théorie de l'unicité du patrimoine, ce dernier était considéré, pour reprendre la théorie d'Aubry et Rau, comme « une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle⁹ ». Par conséquent, seules les personnes pouvaient avoir un patrimoine et une personne ne pouvait disposer que d'un seul patrimoine : « L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de personnalité. La personne, sujet de droit, est le lien qui unit tous les éléments du patrimoine¹⁰. » De même, d'après le doyen Cornu, le patrimoine est « l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit¹¹ ». Cependant, cette théorie a dû être nuancée¹² avec l'introduction du patrimoine d'affectation à l'article 178 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 qui a modifié l'article L. 526-6 du Code de commerce aux termes duquel « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». En créant ce mécanisme, le législateur a souhaité protéger l'entrepreneur personne physique. En effet, grâce au patrimoine d'affectation auquel l'entrepreneur affecte son activité professionnelle, sa responsabilité individuelle se trouve limitée : « En cas d'échec, les entrepreneurs en nom propre doivent répondre de leurs engagements professionnels sur la totalité de leur patrimoine [...]. La présente loi institue

sûreté, conciliant à cet effet des considérations à la fois économiques et sociales qui ne sont pas toujours en conflit. »

⁷ Ibid.

⁸ Selon un auteur, « même rongée par les exceptions, [la théorie de l'unicité du patrimoine d'Aubry et Rau] restera le principe propice à la construction du raisonnement juridique ». V. Ph. Dupichot, « L'unicité du patrimoine aujourd'hui – Observations introductives », *JCP N*, 2009, n° 52, p. 1356.

⁹ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., Paris : LGDJ, t. 9, p. 335 et s. Cité par J. Paillusseau, *loc. cit.*, p. 1004.

¹⁰ J. Paillusseau, *loc. cit.*

¹¹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 747.

¹² V. B. Mallet-Bricout, « L'unité et l'indivisibilité du patrimoine à l'épreuve du droit des affaires », *Dr. et patri.*, 1^{er} mars 2018, n° 278. Cet auteur s'interroge sur l'avenir de la théorie subjective d'Aubry et Rau : « À l'aune de la complexification du droit des affaires et d'une concurrence accrue avec la common law – qui ne s'embarrasse pas de tels principes –, la nécessité est apparue de relire, voire de repenser peut-être, cette théorie fondatrice. Et c'est justement le droit des affaires qui est en première ligne dans ce débat, car cette branche du droit requiert souplesse et équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs : la question du patrimoine se trouve ainsi au cœur du droit des sociétés, du droit du crédit, du droit des procédures collectives, du droit des sûretés, ce qui en fait un objet de préoccupation permanente, quoique plus ou moins explicite, pour le législateur français. »

*l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, qui permet la création d'un patrimoine professionnel séparé [...]. L'affectation d'un patrimoine à une activité constitue un facteur de sécurité et de limitation du risque entrepreneurial et permet de séparer le patrimoine de l'entrepreneur, sans création d'une personne morale [...]*¹³. » En ce sens, l'introduction de l'agent des sûretés en France peut être analysée comme le fruit du développement économique en général et des crédits syndiqués en particulier ainsi que comme une conséquence d'un phénomène d'« inflation législative ».

5. La réception de l'agent des sûretés dans un contexte d'« inflation législative ».

Suivant une perspective de philosophie du droit, il est impératif de se poser la question de savoir pourquoi de nouvelles règles voient le jour. Comme on l'a précédemment souligné, l'évolution de l'économie est un facteur pouvant expliquer le besoin d'édicter de nouvelles normes. Mais cela n'explique pas tout. Il peut être constaté qu'il existe une tendance plus profonde et inquiétante de vouloir tout régler par l'édiction de nouvelles lois. Il en résulte que le droit est souvent réduit à son aspect institutionnel, son caractère positif, à des normes émanant des autorités. Plutôt que de tendre vers la recherche de grands principes de justice, le droit devient une technique comme une autre, coupé de toute transcendance, de concepts plus généraux voire universels. Le droit devient autonome : il est indépendant de tout fondement de philosophie naturelle et se caractérise par la volonté de tout encadrer dans la vie des hommes ; un phénomène que l'on qualifie de « surproduction de droit ». Or, dans une société où sont édictées trop de normes, la qualité ainsi que l'accessibilité (le principe « nul n'est censé ignorer la loi ») du droit peuvent être sérieusement menacées : *« Dans les sociétés un tant soit peu sophistiquées, la détermination de l'ordre juridique s'opère à travers deux instances principales : la loi et le juge. Les lois émanent de ceux qui ont en charge le bien de l'ensemble de la société considérée (bien "commun"). Par leurs règles, elles fixent déjà ce qui revient à chacun. À elles seules, toutefois, elles ne sont pas suffisantes. Le droit, en effet, ne saurait se satisfaire d'approximations, chaque citoyen doit être à même de connaître exactement ce qui lui est dû et ce qu'il doit aux autres. Or, les lois procèdent nécessairement par voie de dispositions plus ou moins générales qui appellent des déterminations plus précises dans chaque cas singulier où le droit est établi*¹⁴. » En termes de chiffres, « chaque année, plus de

¹³ Exposé des motifs de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

¹⁴ A. Sériaux, *Le Droit comme langage*, Paris : LexisNexis, 2020, p. 4-5.

70 lois, 50 ordonnances et 1 500 décrets viennent s'ajouter au droit français. Il existe aujourd'hui 88 codes et 50 000 textes non codifiés. Dès lors, les Français se perdent dans un dédale de textes de mauvaise qualité. L'idée, essentielle au bon fonctionnement d'une société démocratique, selon laquelle "nul n'est censé ignorer la loi" s'efface peu à peu pour ne devenir qu'une fiction¹⁵. » Les rédacteurs du Code civil avaient compris qu'un État moderne devait disposer de lois complexes. Cependant, si une organisation sociale exige des lois complexes, cela ne doit pas conduire à une prolifération incontrôlée de normes. Essayer de tout régler n'est pas réaliste : « *Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre*¹⁶. » Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, les cas particuliers relèvent non pas de la loi mais de la jurisprudence : « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*¹⁷. » Comme on le sait, le Code civil accorde ainsi une grande importance à la liberté contractuelle : « *La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique*¹⁸. » Cela explique qu'il n'y ait pas de limite quant au nombre et aux types de contrats qui peuvent exister en droit français : « *les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là cette foule de contrat connus, dans les lois romaines, sous le titre de contrats innomés*¹⁹. » Or, le respect de la liberté contractuelle est l'un des remèdes contre une surproduction législative. Parmi les effets pervers de ce phénomène, on constate que « *l'inflation législative se traduit par une mauvaise qualité de la loi : les textes sont longs, flous, le droit manque de clarté et d'intelligibilité. La loi dans son ensemble, telle qu'elle est rédigée, laisse beaucoup trop de place à l'interprétation, ce qui nuit à la sécurité juridique. Pourtant, le Conseil constitutionnel a érigé en objectif à valeur constitutionnelle les critères*

¹⁵ R. Soffer, « Les dangers de l'inflation normative », *Les Échos*, 6 novembre 2018. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/les-dangers-de-linflation-normative-145309> [consulté en septembre 2021].

¹⁶ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, le 21 janvier 1801, Bordeaux : Éd. Confluences, 2004.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

*d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*²⁰ », ce qui peut conduire à ce que « *la loi semble perçue de plus en plus, non pas comme l'instrument d'une destinée collective, mais comme la reconnaissance des particularismes*²¹ ». La question fondamentale qui se pose alors est la suivante : « *Quelle doit être finalement la place de la loi par rapport au contrat*²² ? » La multiplication des lois peut s'expliquer par l'objectif de bénéficier de normes de plus en plus précises et ainsi de limiter le travail des juges. Pour autant, « *même dans un ordre juridique fortement légiféré, le juge reste la norme prochaine de juridicité car c'est par lui et en lui que se spécifie ce qui revient à chacun*²³ ». Selon un praticien du droit, « *la surproduction de textes juridiques en France depuis plusieurs dizaines d'années est un problème grave, dont les enjeux doivent conduire les institutions françaises à agir en urgence*²⁴ ». Ce sujet est effectivement abordé de manière récurrente dans la doctrine et n'est pas nouveau, il était déjà traité « *en 1939 lorsque Georges Burdeau dénonçait l'incontinence de la loi, ou dix ans plus tard, sous l'influence du doyen Ripert, qui pourfendait le déclin du droit, ou encore au Conseil d'État, il y a une dizaine d'années, alors que celui-ci publiait un rapport introspectif sur la crise de la loi*²⁵ » ; au point de devenir « *un poncif, un discours d'évidence, une sorte de standard de jugement à l'instar du principe de précaution. Surproduction législative, lois jetables, sentiment d'insécurité, y compris juridique, développement d'un droit "gazeux", voilà le niveau de réflexion*²⁶ ».

6. Enfin, si le droit peut évoluer en fonction des besoins économiques d'un pays, trop de changements et trop de normes peuvent altérer l'économie. Ainsi, l'inflation normative a pu être qualifiée par un auteur de « *poison de nos économies*²⁷ ». En termes économiques, la surproduction de droit est un « *frein à l'innovation et au progrès [...]. La multiplication de*

²⁰ R. Soffer, *loc. cit.*

²¹ D. Chagnollaud, allocution introductive du colloque Vive la loi (25 mai 2004, Sénat en partenariat avec le Centre d'études constitutionnelles et politiques de l'université Paris II). Disponible sur : https://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi1.html [consulté en septembre 2021].

²² *Ibid.*

²³ A. Sériaux, *op. cit.*, p. 5.

²⁴ R. Soffer, *loc. cit.*

²⁵ D. Chagnollaud, *loc. cit.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ D. Fortin, « L'inflation des normes, poison de nos économies », *Les Échos*, 18 mai 2018. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2018/05/l'inflation-des-normes-poison-de-nos-economies-990700> [consulté en septembre 2021].

*normes contraignantes a évidemment une influence de plus en plus forte sur les décisions des entreprises et finit par impacter durablement l'attractivité d'un pays*²⁸ ».

7. La réception de l'agent des sûretés comme manifestation d'une « guerre du droit²⁹ ». Les opérations de financement étant devenues internationales, les différents systèmes de droit doivent trouver des mécanismes propices pour réaliser ces opérations. Le droit français du financement est ainsi en constante mutation afin de s'adapter aux besoins du marché et de permettre à ses acteurs de réaliser sur le territoire national des opérations de plus en plus complexes et nécessaires. Parmi quelques exemples récents de cette évolution, on peut mentionner la réforme du Code civil en 2016, celle de la titrisation, celle du droit des sûretés, ou encore celle du droit des procédures collectives. La consécration de l'agent des sûretés en droit français constitue également un exemple de la manière dont un ordre juridique interne a dû s'adapter aux pratiques internationales. Concrètement, le défi consistait soit à trouver dans ses propres institutions un mécanisme pouvant servir de cadre pertinent à la fonction d'agent des sûretés, soit en créer une nouvelle. Les mécanismes auxquels avaient de fait recours les praticiens internationaux étaient le *trust* du droit anglais et la « dette parallèle » du droit néerlandais. D'un point de vue politique, la réception de la figure de l'agent des sûretés représente une bataille de ce qu'on appelle « la guerre du droit » qui « *ne fait pas de bruit, mais elle est féroce*³⁰ ». Cela illustre la concurrence à laquelle sont confrontés les grands systèmes juridiques, en particulier le droit civil et le droit anglais, sur les différents marchés mondiaux³¹. Un praticien a pu estimer que la guerre en question était « *entamée depuis plusieurs décennies et Paris a trop longtemps dormi sur ses deux oreilles. Nous nous sommes réveillés quand la Cour internationale d'arbitrage de Paris a abandonné le français comme deuxième langue, à la fin des années 1980*³² ». Le début du conflit daterait de l'époque où Margaret Thatcher était

²⁸ *Ibid.*

²⁹ P. Gonzalès, « Place forte de l'arbitrage, Paris et sous le feu de la concurrence », *Le Figaro*, 4 juillet 2021. Disponible sur : <https://www.lefigaro.fr/international/place-forte-de-l-arbitrage-paris-est-sous-le-feu-de-la-concurrence-20210704> [consulté en septembre 2021]. Dans cet article, l'auteur fait référence surtout à la « guerre du droit » dans le domaine de l'arbitrage international, mais ses arguments peuvent être étendus à d'autres domaines du droit caractérisés par cette concurrence entre les différents systèmes juridiques, comme c'est le cas du droit du financement international.

³⁰ *Ibid.*

³¹ V. par ex. P. de Ravel d'Esclapon, « Compétitivité relative des systèmes juridiques : le point de vue d'un praticien américain », in J.-F. Gaudreault-Desbiens, E. Mackaay, B. Moore, *et al.*, *Convergence, Concurrence et harmonisation des systèmes juridiques – Les Journées Maximilien Caron 2008*, université de Montréal : Thémis, 2009.

³² *Ibid.*

au pouvoir au Royaume-Uni et a mené un processus de désindustrialisation de son pays afin de le transformer en une économie centrée sur les services³³. Dans cette lutte, « *Londres, forte de sa tradition commerciale, bancaire, maritime et d'assurance, s'appuyant sur le rayonnement de la Common Law, dans l'ensemble du Commonwealth, a mené une politique agressive*³⁴ », grâce en partie à l'appui des grands cabinets juridiques anglo-saxons, « *présents partout dans le monde, bénéficiant du rayonnement de leur langue et de la tradition britannique*³⁵ ». Le rôle prépondérant de ces professionnels du droit anglais dans les opérations d'envergure internationale a eu pour effet d'augmenter l'influence de la *Common Law* sur le droit civil alors que ce dernier « *est d'usage plus souple et moins formaliste [et] permet de prévenir plutôt que de guérir les conflits. Et qui, comme le rappelle Marc Mossé "est protecteur des plus faibles, prévisible parce que codifié, là où la Common Law va exiger plus d'ingénieries et coûte nécessairement plus cher"*³⁶ ». Plus récemment, il a été constaté que « *la guerre du droit s'est intensifiée sous l'effet combiné du Brexit et de la pandémie*³⁷ ».

8. L'opportunité de créer un cadre spécifique à l'agent des sûretés. L'étude de la réception de l'agent des sûretés en droit français conduit à s'interroger sur le pourquoi et le comment d'une telle reconnaissance ; c'est-à-dire sur les motivations philosophiques, politiques et économiques de la démarche. Précisément, une telle analyse porte sur le long chemin parcouru par notre droit jusqu'à se doter d'un régime fiable permettant à une entité d'être titulaire de sûretés au bénéfice d'un groupe de créanciers³⁸, à l'image de ce qui existe en droit anglais sous la forme du *trust*. En effet, l'agent des sûretés a été progressivement introduit en droit français d'abord par la pratique, puis par le législateur en 2007 et enfin a été une nouvelle fois consacré en 2017. Ce processus par étapes n'est pas inédit puisque « *des notions juridiques peuvent être nées avant dans la pratique que dans la loi positive. La réalité précède et dépasse souvent le droit. Par exemple, la garantie autonome, la subordination de créance. Souvent ces institutions sont difficilement appréhendées par la doctrine et par la jurisprudence.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ V. annexe n° 1 « Chronologie de la réception de l'agent des sûretés » de cette thèse.

Elles soulèvent ainsi des incertitudes quant à leurs effets en droit. Le législateur se voit obligé à construire la notion et le régime peu à peu, à tâtonnements³⁹ ».

9. L'absence d'un régime spécifique à l'agent des sûretés constituait un élément défavorable au droit français dans la compétition à laquelle se livrent les systèmes juridiques sur le marché des financements internationaux. En effet, cette figure juridique a été créée par la pratique dans un contexte juridique de *Common Law* en se fondant sur l'institution du « *trust* », ignorée du droit français. Ce dernier a ainsi parfois été accusé d'être rigide, difficilement adaptable à un monde concurrentiel, mais une telle position ne se justifie pas forcément : « *Le droit civil français n'est pas aussi rigide qu'on pourrait le penser en dépit de la présence d'un code, bien au contraire : le code facilite le transfert des connaissances mais n'est pas un frein à l'adoption de solutions nouvelles. Les dispositions du Code civil donnent un cadre qui facilite même la créativité, encore faut-il s'interroger sur la nécessité d'adopter une technique d'influence étrangère. Dans certains cas, l'enjeu est politique voire économique. Ainsi, en l'absence de certaines techniques, on peut s'attendre à une délocalisation des opérations et, donc, à une perte pour notre économie. Si l'on adopte des techniques d'influence étrangère, cela doit être sans sacrifier les fondements de droit civil français⁴⁰.* » Par conséquent, il est nécessaire d'examiner l'opportunité de créer une figure spécifique en droit français pour servir de cadre à l'agent des sûretés afin de ne pas tomber précisément dans les vices de la surproduction législative. Autrement dit, on peut se demander s'il aurait pu être envisageable d'avoir recours aux figures dont disposait déjà le droit français : « *Les opérations bancaires syndiquées par lesquelles un certain nombre d'établissements de crédit participent à un financement s'articulent autour d'un agent qui les représente et souvent, si elles sont assorties de sûretés, d'un agent des sûretés. Ce dernier a vocation à constituer, gérer, exercer et réaliser les sûretés consenties en faveur des créanciers originels et de leurs successeurs ou cessionnaires ultérieurs. L'articulation du droit français des sûretés et de leur réalisation s'articule mal à une approche purement contractuelle du mandat donné à l'agent des sûretés, surtout après que les créances ont été cédées ou transférées.*

³⁹ M. Houssin, *La Subordination de créance*, Paris : LGDJ, 2018.

⁴⁰ A.-M. Toledo-Wolfsohn, « Le *trust* et le droit civil français (1^{re} partie) », *RLDC*, sept. 2004, n° 8, p. 29.

Le Code civil ne contiendrait-il pas une disposition qui permette, sans soumission à des lois étrangères et sans documentation pléthorique, d'envisager la question dite de l'«agent des sûretés» sur un fondement directement tiré de la loi⁴¹ ? »

10. L'opportunité d'une étude portant sur un mécanisme récent. Malgré la position d'Henri Capitant qui ne conseillait pas aux doctorants « *le commentaire des lois toutes récentes, sur lesquelles il n'y a pas encore de jurisprudence. Ce commentaire est en général un travail assez ingrat à faire, et le candidat, n'ayant à sa disposition que les travaux parlementaires, risque de faire une œuvre manquant de vie*⁴² », l'étude de l'agent des sûretés semble pertinente pour plusieurs motifs. Premièrement, il ne s'agit pas uniquement d'expliquer le nouveau régime de l'agent des sûretés de 2017 ; il s'agit aussi d'approfondir les causes et le déroulement du processus de réception d'un mécanisme de droit étranger dans un contexte d'« inflation normative ». En ce sens, la position du professeur Capitant ne s'applique pas complètement à notre sujet. Il s'agit d'une norme récente (introduite complètement en 2019 par une loi de ratification) mais c'est surtout une institution qui a vécu en pratique, « par le contrat », pendant plusieurs années sans régime défini par le législateur. Deuxièmement, il est également important de mentionner que le développement actuel du marché des crédits syndiqués, qui constitue le cadre de l'activité de l'agent des sûretés, a engendré un intérêt croissant de la part de la doctrine, principalement empirique, pour ce type de financement⁴³. Ce travail s'inscrit dans ce renouveau de considération académique. Enfin, en troisième lieu, le travail sur une institution récente a également un intérêt dans la mesure où il permet d'éclairer les praticiens et les magistrats sur la nouvelle loi en ce qui concerne les éventuelles difficultés de son incorporation et de son application en droit français. Autrement, il faudrait attendre une vingtaine d'années avant que la jurisprudence ne se prononce sur les principales problématiques soulevées par ce dispositif. Comme l'indique le professeur Capitant : « *Le rôle de la doctrine est surtout actif dans les premières années qui suivent la promulgation d'une loi. Les opinions émises à l'égard du projet, l'interprétation donnée par les premiers commentateurs guident les juges qui n'ont pas le temps de procéder eux-mêmes à une étude approfondie. Aussi ne doit-on*

⁴¹ M. Bauer, « La solidarité active, *parallel debt* à la française, ou les vertus de la simplicité », *Banque & Droit*, septembre-octobre 2015, n° 163, p. 15.

⁴² H. Capitant, *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, Paris : Dalloz, 1926, p. 22.

⁴³ K. Bouaïss et C. Refait-Alexandre, « La structure des crédits syndiqués comme défense contre les problèmes informationnels : une analyse empirique sur le marché français », *Finance Contrôle Stratégie*, juin 2009, vol. 12, n° 2, p. 35-68.

pas se borner au travail nécessaire d'exégèse et à l'examen des travaux préparatoires. Le but de l'interprétation doit être de faire entrer le texte nouveau dans les cadres juridiques déjà connus en le rattachant aux principes généraux dont il est l'application particulière, ou en y relevant l'expression d'une tendance nouvelle susceptible de réagir sur la mise en œuvre du droit, même en des points connexes où l'interprétation semblait acquise. Il ne faut pas conclure trop hâtivement la jurisprudence décide ..., aussitôt connues les premières décisions sur le texte nouveau rendues par des juridictions inférieures, et par conséquent susceptibles de réformation. Ces décisions ne sont que de simples faits. Pour qu'une jurisprudence ait une certaine autorité, il faut que l'on ait dépassé la période de l'élaboration nécessaire à l'apparition d'un système. On ne saurait considérer cette période comme close avant une vingtaine d'années et plus parfois, lorsque la loi nouvelle n'a pas eu une application pratique très courante⁴⁴. »

11. Présentation du plan. L'objet essentiel de cette étude réside donc dans l'évaluation du processus de réception de la figure de l'agent des sûretés par la pratique, la jurisprudence, la doctrine et la loi en France en vue de déterminer si son introduction en droit français devait passer par une consécration législative spécifique ou pouvait tout simplement se servir des figures déjà reconnues par le droit civil. D'une manière plus générale, cette étude doit être lue à la lumière du phénomène d'inflation normative, dans un contexte de « guerre du droit ». Précisément, il s'agit de relever si les innovations législatives correspondent ou non à une « surproduction » de normes. Ainsi, chaque étape de la réception de la notion d'agent des sûretés en droit français doit être évaluée. Il ne s'agit pas forcément d'établir un parcours parfaitement chronologique de la manière dont a été consacré le mécanisme mais de montrer comment une telle incorporation a été possible.

12. Ainsi, dans une première partie, il sera question de présenter le rôle du contrat en tant que cadre récepteur : en l'absence d'un équivalent au *trust* en droit français, l'agent des sûretés a pris le contrat de mandat comme fondement tandis que dans le même temps la technique connue sous le nom de « dette parallèle » s'est également développée. En droit français, le chemin vers la reconnaissance à part entière de cette figure a été laborieux et incertain. Pendant longtemps, les procédés du droit civil existants ont pu servir de mécanismes palliatifs à

⁴⁴ H. Capitant, *loc. cit.*, p. 63-65.

l'absence du dispositif d'agent des sûretés – tels que le mandat, la commission et la solidarité active – mais ils n'ont pu concurrencer les figures plus pertinentes du droit étranger. En effet, ces mécanismes offerts par le droit français étaient peu adaptés aux besoins des opérations de financement syndiqué (principalement en ce qui concerne le changement de créanciers au sein du syndicat), car ils n'avaient pas été à l'origine conçus pour gérer des sûretés. C'est pour cette raison que les acteurs du marché du financement ont préféré, en attendant une réaction du législateur, avoir recours au *trust* et à la dette parallèle. Dans ce contexte défavorable au droit français, les différents acteurs ont ainsi dû faire preuve d'« imagination contractuelle » afin de concurrencer les droits étrangers et de permettre de donner un cadre à la gestion collective des sûretés.

13. Dans une seconde partie, il s'agira de mettre en avant la loi en tant que cadre récepteur : puisqu'aucun contrat du droit français n'était suffisamment adapté à la fonction d'agent des sûretés, le législateur français a dû réagir en 2007 afin d'introduire la notion dans le Code civil. Toutefois, le régime créé en 2007 étant très lacunaire, les praticiens ont préféré avoir recours à des techniques issues de droits étrangers. Ce n'est finalement qu'en 2017 que la France s'est dotée d'un régime d'agent des sûretés digne de ce nom.

Première partie :
La réception de l'agent des sûretés par
le contrat

14. L'agent des sûretés, figure de nature contractuelle, a été naturellement incorporé à la pratique française par le biais des différents mécanismes contractuels. Ces mécanismes ont été soit de droit français (titre I) soit de droit étranger (titre II).

TITRE I :

LA RECEPTION PAR DES CONTRATS DE DROIT FRANÇAIS

15. La réception de l'agent des sûretés en droit français a été réalisée à travers la technique du crédit syndiqué (chapitre 1). Ce type de contrat permet à un groupe de créanciers d'octroyer un prêt à un débiteur. Dans ce cadre, la fonction d'agent des sûretés est indispensable, car elle consiste à gérer les sûretés et garanties consenties aux créanciers (chapitre 2).

16. Comme le résume le législateur lui-même, « l'agent des sûretés est essentiel dans certaines opérations financières. En effet, certains projets d'ampleur ne peuvent être financés que par un crédit syndiqué, c'est-à-dire un crédit consenti par plusieurs prêteurs réunis au sein d'un groupement ou "syndicat bancaire", chaque banque prêtant une partie de la somme. Les sûretés garantissant le prêt doivent alors pouvoir être gérées de façon homogène et unitaire par une seule personne au profit de l'ensemble des créanciers. Il en va de même lorsqu'une société émet des obligations et que des sûretés viennent garantir cette émission au profit des obligataires, ou lorsqu'un même débiteur consent des sûretés à plusieurs groupes de créanciers⁴⁵ ».

⁴⁵ Étude d'impact du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, p. 5.

Chapitre 1 :

L'agent des sûretés du contrat de crédit syndiqué

17. Le développement du crédit syndiqué sur le marché français a été rendu possible grâce à un environnement doublement favorable. Premièrement, un contexte économique de forte croissance qui a eu pour conséquence une augmentation des montants des crédits, ce qui a conduit à une évolution : du crédit bilatéral vers le crédit syndiqué (section 1). Deuxièmement, un contexte juridique marqué par une forte influence du droit anglais en France qui a joué un rôle prépondérant dans cette importation, la pratique du crédit syndiqué étant particulièrement bien développée en droit anglais (section 2).

Section 1 : Un contexte économique favorable : une évolution du crédit bilatéral vers le crédit syndiqué

18. L'activité bancaire peut être exercée de différentes façons. La plus simple est celle où une banque prête à un seul débiteur ; on parle alors de crédit bilatéral. Lorsque plusieurs banques s'organisent pour mettre en place une opération de financement, celle-ci est qualifiée de crédit syndiqué (§1). Ce type de crédit est structurée d'une manière déterminée (§2).

§1. Le développement du crédit syndiqué

19. Le développement du crédit syndiqué a été rapide, comme l'explique le processus depuis sa naissance (A) jusqu'à sa généralisation (B).

A. La naissance du crédit syndiqué

20. **Sources de financement.** Un agent économique a besoin de se financer pour créer et faire fonctionner son activité. Afin de satisfaire ses besoins de financement, il peut avoir recours à deux types de ressources : internes et externes.

21. Financement interne. La première catégorie de ressources comprend l'autofinancement qui consiste à assurer ses ressources sans avoir recours à des sources de financement externes. Cette technique est généralement bien perçue par les partenaires de l'entreprise, car elle protège cette dernière contre les risques liés à l'endettement. Cependant, l'autofinancement étant apparemment sans coût, il n'est pas exempt d'écueil dans la mesure où un agent économique pourrait être tenté d'investir dans des projets n'étant pas suffisamment rentables et en conséquence susceptibles d'entraîner une perte de valeur de l'entreprise et donc un manque à gagner pour ses actionnaires⁴⁶. C'est pourquoi il est plus prudent de combiner une source interne avec des sources externes de financement.

22. Financement externe. Les ressources externes de financement sont très variées : l'emprunt bancaire (ou le prêt par un particulier, le financement participatif) reste la ressource la plus importante et l'une des plus anciennes, les émissions obligataires ou d'actions⁴⁷, le « crédit-vendeur » ou le « crédit-acheteur » avec les fournisseurs. De plus, lorsque l'entité ayant besoin de financement est un groupe de sociétés, cette organisation collective permet de mettre en place des conventions de gestion centralisée de trésorerie (*cash pooling*) ou des prêts entre les sociétés faisant partie du groupe (prêt intra-groupe).

23. Le crédit bancaire. Parmi ces diverses manières de se financer, le crédit bancaire est toujours l'une des formes les plus classiques. Dans ce cas de figure, l'entrepreneur sollicite une banque afin qu'elle lui prête de l'argent. Celle-ci sera rémunérée avec des intérêts et des commissions (d'arrangement, d'engagement, etc.). Le développement d'un pays, d'un secteur économique ou d'une entreprise est très lié à sa capacité de financement par des agents externes, c'est-à-dire par des établissements financiers comme les banques. Réciproquement, plus une activité ou une entité se développe, plus ceux qui les financent se développeront aussi. C'est alors un cercle vertueux qui se crée en liant les activités de l'économie réelle et la finance⁴⁸.

24. Le crédit unilatéral. La forme la plus élémentaire du crédit bancaire est le crédit bilatéral qui consiste en l'octroi d'un prêt par une banque à un emprunteur. Dans une opération

⁴⁶ V. « Autofinancement » dans *Dictionnaire Vernimmen*. Disponible sur : www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/autofinancement-257502 [consulté en octobre 2020].

⁴⁷ Ces opérations concernent le haut du bilan d'une entreprise, c'est-à-dire, les ressources à long terme telles que les dettes ou les fonds propres.

⁴⁸ Dans ce sens, le système bancaire joue un rôle important dans des pays moins avancés et les pays en voie de développement. V. A. Ferrari, « Les nouvelles formes de coopération bancaire internationale », *Revue Banque*, avril 1972, n° 306, p. 379-387.

de ce genre, la banque prêteuse assume seule le risque de crédit lié aux capacités de remboursement de son client. Elle doit également examiner sa propre capacité financière à livrer les sommes d'argent demandées afin de respecter les règles prudentielles internes qui consistent notamment à fixer une limite du montant que la banque peut octroyer à un client dans un pays déterminé. La réglementation prudentielle est de nos jours un sujet très présent dans la politique des banques puisqu'elle limite leur activité quant aux types d'opérations qu'elles peuvent réaliser mais aussi au montant des prêts qu'elles peuvent accorder. La liberté des banques est donc encadrée et leur gestion est plus contrôlée afin de mieux garantir la stabilité du système bancaire. Dans ce contexte, les banques sont moins disponibles pour financer toutes seules un prêt demandé par un client : la demande est dans ce cas supérieure à l'offre bancaire disponible.

25. Le crédit multilatéral. Ainsi, depuis les dernières décennies du XX^e siècle, le crédit bilatéral a peu à peu commencé à être dépassé par de nouvelles tendances du marché, les sommes plus importantes sollicitées mais aussi les règles encadrant son activité. La solution à un éventuel blocage de l'emprunt est venue du développement de la technique du crédit syndiqué.

26. Le crédit syndiqué. Les crédits syndiqués sont des crédits bancaires multilatéraux, ce qui veut dire qu'ils sont accordés par plusieurs banques réunies pour l'occasion dans un groupement que l'on nomme « syndicat », « consortium », « tour de table » ou « *pool* bancaire ». Précisément, un syndicat bancaire est « *une réunion de deux ou plusieurs banques ayant pour objet la répartition de la charge d'un crédit octroyé ou à octroyer à un emprunteur*⁴⁹ ». Il est dépourvu de personnalité morale. La démarche collective se justifie généralement par la dimension internationale de l'opération et les montants prêtés. Il s'agit d'une opération juridique et financière complexe qui soulève une multitude de questions et

⁴⁹ Y. Zein, *Les Pools bancaires : aspects juridiques*, Paris, Economica, 1998, p. 4. V. aussi F. Martin et B. Gérard-Godard, « Brefs propos sur la notion de prêt syndiqué », *JCP N*, 27 mai 2011, n° 21, p. 57 ; F. Porté, « Les tours de table bancaire », *Banque & Droit*, juillet-août 1995, n° 42, p. 9 ; J.-M. Daunizeau, « Banques et partage du risque de crédit (*pools* bancaires) », *Banque & Droit*, septembre-octobre 1998, n° 61, p. 3 ; J. Bertran de Balanda, « Crédits consortiaux : quelles règles du jeu ? 1. Les différents types de crédits consortiaux », *JCP E*, n° 50, p. 562. Le terme « *pool* bancaire » était d'usage auparavant, mais il est tombé en désuétude après un arrêt du 18 février 1987 ; J. Terray, J. Stoufflet, M. Bauer *et al.*, « Les *pools* bancaires de crédit. Crédits conjoints et transferts interbancaires de risques », *RD banc. et fin.*, janvier/février 2004, n° 1, p. 60 ; C. Dufloux et L. Margulici, « La syndication : un mécanisme essentiel de collecte de fonds et de répartition des risques (1^{re} partie) », *Revue Banque*, juillet-août 1981, n° 408, p. 823-828.

embrasse plusieurs domaines du droit⁵⁰. Dans une syndication, les banques cherchent à mutualiser le risque inhérent à tout crédit tandis que ce dispositif permet à l'emprunteur de lever plus de fonds qu'un prêt bilatéral conclu avec une seule banque.

27. Financements structurés. La mise en place d'une syndication est nécessaire pour des opérations dites « structurées », c'est-à-dire caractérisées par la participation de différentes catégories de créanciers, la création d'une société *ad hoc* et des montants très élevés⁵¹ visant l'acquisition d'une entreprise, d'un projet ou d'actifs (avions, bateaux, etc.), etc. Les financements structurés sont des montages dans lesquels des liquidités sont apportées à une société dédiée (*Special Purpose Vehicle, SPV*). Le SPV est créé spécifiquement pour financer l'acquisition d'un actif ou d'un ensemble d'actifs. Le remboursement des prêteurs dépend exclusivement des revenus de ce SPV qui sont eux-mêmes déterminés par le rendement de ces actifs isolés. En résumé, les financements structurés sont essentiellement des financements d'un actif identifié. Autrement dit, les financements structurés correspondent à tous les prêts qui ne sont pas « vanille » (« *vanilla loans* »), c'est-à-dire des financements simples qui n'exigent pas de structuration spécifique. Les principales opérations de financement structuré sont les financements d'acquisition d'entreprises (« LBO »), de projets et d'actifs et la titrisation⁵².

28. Avantages de la syndication. La technique de la syndication présente des avantages pour les deux parties au contrat de crédit : d'une part, « *le groupement des prêteurs permet à ceux-ci de partager les risques liés à la possible défaillance de l'emprunteur. Ils consomment ainsi moins de fonds propres pour chaque opération*⁵³ » ; d'autre part, « *le recours à un pool bancaire permet aux emprunteurs de bénéficier de la mise en concurrence des banques et de gagner du temps. Le gain de temps se concrétise dans le fait que l'emprunteur n'a qu'un seul interlocuteur, la banque arrangeuse, qui organise le pool bancaire ; l'emprunteur n'a ainsi pas besoin d'aller négocier avec chaque banque pour obtenir du crédit. L'opération peut être contenue dans une documentation unique. La tendance actuelle est de raccourcir de plus en*

⁵⁰ E. Bouretz, « Crédits syndiqués : la syndication directe », *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, 2003, fasc. n° 505 [dernière mise à jour : 1^{er} février 2019].

⁵¹ Si traditionnellement le recours à la syndication bancaire était réservé aux opérations d'une grande envergure, il est aujourd'hui fréquent de s'en servir afin de financer « *des opérations relativement peu importantes, par exemple de 3 à 5 millions d'euros* » (S. Poullennec, « Crédit : les banques sont promptes à travailler en “pools” », *Les Échos*, 14 septembre 2017, n° 22529, p. 28).

⁵² V. C.-H. Larreur, *Financements structurés*, Paris : Ellipses, 2014.

⁵³ S. Poullennec, *loc. cit.*, p. 28.

plus les délais d'octroi du crédit : l'opération syndiquée peut se monter en quelques semaines⁵⁴ ».

29. Origine des crédits syndiqués. Les origines de la syndication remontent à loin. Parmi les techniques de financement structuré, les financements de projets sont les plus anciennes. En effet, « les spécialistes s'accordent en général pour dire que le premier financement de projet date de la fin du XIII^e siècle. En 1299, le roi d'Angleterre, Édouard I^{er}, finance en effet l'exploration et le développement des mines d'argent du Devon avec l'aide de la banque Frescobaldi. Selon l'arrangement contractuel signé à l'époque, les Italiens obtiennent en échange du financement des infrastructures l'intégralité des revenus de la mine pendant un an, sans recours sur la couronne si la valeur du minerai extrait s'avérait être inférieure aux investissements consentis. À l'issue de cette période d'un an, les infrastructures doivent être laissées au Royaume d'Angleterre qui peut alors exploiter les mines pour son propre compte⁵⁵ ». Pendant longtemps, l'utilisation de ce type de montage pour financer de grands projets est toutefois restée confidentielle⁵⁶. Il va commencer à être davantage employé dans le cadre du développement économique engendré par la Révolution industrielle. Au XIX^e siècle, le canal de Suez et la tour Eiffel ont été financés de la sorte. C'est pourquoi, l'on considère habituellement que les crédits syndiqués sont nés à cette époque⁵⁷. En ce qui concerne la pratique spécifique de la syndication bancaire, une partie de la doctrine considère qu'elle est née aux États-Unis, sur son marché domestique, alors que d'autres auteurs sont plutôt d'avis que son origine est à rechercher en Allemagne, avant la Première Guerre mondiale. Les crédits syndiqués se sont développés en France à partir des années trente⁵⁸. Dans un premier temps, leur pratique se limitait aux marchés nationaux, puis ils ont servi pour financer des opérations internationales, surtout après la création de l'Union monétaire latine⁵⁹ : « la communauté

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ V. E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 3. V. aussi Ph. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Londres : Sweet & Maxwell, 2008.

⁵⁹ L'Union monétaire latine était l'organisation « résultant d'une convention signée à Paris le 23 décembre 1865, regroupant la France, la Belgique, l'Italie, la Suisse, et à partir de 1868 la Grèce. Aux termes de cette convention et sous certaines conditions, les pays contractants s'engageaient à adopter les mêmes caractéristiques pour leurs monnaies d'or et d'argent, et à admettre dans leur circulation intérieure les pièces des pays membres. Vingt-trois pays furent concernés directement ou indirectement par cette convention, soit au titre de colonies des états membres, d'une union douanière, d'associé par des accords bilatéraux limités ou encore de simple "aligné" ayant

bancaire internationale a dû répondre à la demande toujours croissante de financement, en partageant les risques associés à l'acte de prêt en le syndiquant entre plusieurs membres. Il faudra attendre, toutefois, la seconde moitié du XX^e siècle pour que cette pratique connaisse un essor généralisé⁶⁰. »

B. La généralisation du crédit syndiqué

30. Le développement des crédits syndiqués. Les crédits syndiqués vont acquérir leur pleine maturité et légitimité en tant que technique de financement à la fin des années soixante aux États-Unis. En Europe, ce sera dix ans plus tard qu'ils vont réellement commencer à se développer. La technique des crédits syndiqués connaîtra une forte croissance à la fin des années 1970 pour les financements impliquant des États et dans les années 1990 pour les entreprises privées⁶¹. Plus particulièrement, c'est une époque marquée par l'arrivée des euro-crédits, c'est-à-dire des crédits consentis à un emprunteur, en général par plusieurs banques, dans une devise autre que sa devise de référence habituelle et ce pour répondre à ses besoins de financement⁶². Cependant, comme le signale Emmanuelle Bouretz, en dépit de l'importance acquise par les euro-crédits, « *contrairement à une idée assez répandue, la syndication bancaire n'est pas une invention de l'euromarché. Elle a permis, en revanche, l'expansion des euro-crédits en introduisant un certain élément de sécurité dans l'environnement instable de l'euromarché⁶³* ».

31. Croissance soutenue des crédits syndiqués. Un tel développement s'est poursuivi jusqu'à nos jours puisque le montant global des crédits syndiqués augmente chaque année. Les chiffres peuvent évidemment varier en cas de crises économiques et du crédit, périodes pendant lesquelles les montants à octroyer sous la forme d'un prêt sont moins importantes et/ou les conditions de l'octroi sont plus strictes. Karima Bouaiss et Catherine Refait-Alexandre expliquent ce développement de la façon suivante : « *Après une période de repli à la fin des*

unilatéralement adopté le système. Cette union cessa d'exister en 1926 ». Disponible sur : https://data.bnf.fr/fr/12466205/union_monetaire_latine/ [consulté le 25 janvier 2021].

⁶⁰ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 3.

⁶¹ A. Pesneau, *L'Agent des sûretés dans les financements appréhendé par les droits anglais et français : approche comparée* sous la direction de Bénédicte François. Thèse : droit privé : Tours, école doctorale Sciences de l'homme et de la société : 2017, p. 38. V. aussi B. Braquehay, *Les Transferts de risques au sein de la syndication bancaire* sous la direction d'Hubert de Vauplane. Mémoire MJA : Panthéon-Assas Paris II : 2009, p. 5-6.

⁶² Disponible sur : <https://www.mataf.net/fr/edu/glossaire/euro-credit> [consultée en septembre 2021].

⁶³ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 3.

années 1980, le prêt syndiqué connaît un fort engouement de la part des banques et des entreprises depuis le début des années 1990 dans l'ensemble des pays développés et émergents. L'encours mondial des nouveaux prêts s'élevait à 2 700 milliards de dollars en 2004 et 3 700 milliards de dollars en 2005 (Commission Bancaire, Rapport 2005). Le prêt syndiqué est ainsi actuellement le mode de financement externe principal des entreprises américaines. Dans la zone euro, il joue également un rôle très important. L'encours global des prêts syndiqués s'est élevé à 1 533 milliards de dollars en 2006, en augmentation de 6,3 % par rapport à 2005 (Commission Bancaire, Rapport 2006). Même si l'année 2008 a été bien entendu marquée par un effondrement des encours (-44 %), l'année 2007 a encore connu une hausse, avec un encours de 1 730 milliards de dollars. En France, les grandes entreprises privilégient également ce mode de financement. Durant l'année 2005, le volume des prêts syndiqués octroyés à des sociétés françaises s'est accru de 39 % par rapport à 2004 (Commission Bancaire, Rapport 2005). Ce succès s'explique très certainement par le mode de fonctionnement particulier d'un prêt syndiqué.⁶⁴ » Sur les neuf premiers mois de l'année 2004, les volumes de prêts syndiqués en France ont crû de 85 %, atteignant 130,1 milliards de dollars. En Europe de l'Ouest, la France représentait à cette époque plus du quart des crédits accordés. Au niveau mondial, elle arrivait en deuxième position, derrière les États-Unis (914,7 milliards de dollars) et devant le Royaume-Uni (124,6 milliards de dollars)⁶⁵. Au premier semestre 2005, le volume de crédits syndiqués a dépassé 141 milliards de dollars sur le seul marché français⁶⁶.

32. Crédits syndiqués en période de crise financière. Par ailleurs, dans des périodes caractérisées par un accès au crédit plus difficile, d'autres sources de financement peuvent être employées aux côtés des crédits syndiqués comme le financement obligataire. Récemment, la crise des *subprimes* a supposé un ralentissement général de l'économie, y compris au niveau du marché du crédit, néanmoins les crédits syndiqués ont retrouvé un dynamisme peu de temps après la pire période de la crise. Comme le signale effectivement Jean-François Balay,

⁶⁴ K. Bouaïss et C. Refait-Alexandre, « La structure des crédits syndiqués comme défense contre les problèmes informationnels : une analyse empirique sur le marché français », *Finance Contrôle Stratégie*, juin 2009, vol. 12, n° 2, p. 36.

⁶⁵ E. Conesa, « Les crédits syndiqués affichent une croissance record en France », *Les Échos*, 11 octobre 2004. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2004/10/les-credits-syndiques-affichent-une-croissance-record-en-france-649898> [consulté en septembre].

⁶⁶ E. Bouretz, « L'explosion en France des crédits syndiqués pourrait renforcer la compétitivité juridique de la Place de Paris », *LPA*, 3 août 2005, n° 153, p. 3.

responsable général de la syndication chez Crédit Agricole CIB : « sur les neuf premiers mois de l'année [2013], les volumes globaux échangés ont été de 3.000 milliards de dollars soit une augmentation de 16 % par rapport à 2012. Dans la zone Emea, cette augmentation est de l'ordre de 20 %. On est train de revenir sur les trends de volume que nous observions avant la crise, qui s'établissaient alors entre 3 500 et 4 000 milliards de dollars. L'embellie du marché tient notamment au retour de la concurrence entre les banques qui a amené à un resserrement des "pricing", ce qui a déclenché des comportements opportunistes de la part des entreprises. Les volumes sont donc dominés par les refinancements alors que les opérations de fusions-acquisitions restent en retrait par rapport aux années 2007-2008, en particulier en Europe (7 % des volumes EMEA et 9 % des volumes mondiaux)⁶⁷. »

33. Équilibre financement obligataire et le crédit. Concernant l'équilibre entre le recours au financement obligataire et le crédit, « aujourd'hui sur la zone Emea, les financements des entreprises sont effectués à 49 % par les prêts, à 40 % par de l'obligataire et à 11 % par des capitaux propres. Le prêt bancaire reste donc le principal vecteur de financement de l'économie en Europe. Les grands corporates ont atteint un équilibre depuis longtemps avec l'obligataire pour les financements longs et tirés, et les crédits bancaires pour les financements plus courts ou non-tirés. En revanche, les PME et les ETI utilisent essentiellement les financements bancaires. Sur ce point, l'équilibre n'est pas encore atteint et les banques cherchent à développer les solutions désintermédiées de type placements privés sur cette clientèle de PME et ETI, comme en témoignent les nombreuses opérations récentes⁶⁸. »

34. Plus récemment⁶⁹, en 2019, le marché des crédits syndiqués « a représenté pour l'Europe, le Moyen-Orient et l'Afrique (EMEA) 662,5 milliards de dollars de prêts en 2019

⁶⁷ J.-F. Ballay, « Les crédits syndiqués européens ont augmenté de 20 % par rapport à 2012 », *Décideurs : stratégie, finance, droit*, Guide-Annuaire 2013-2014, p.26. Disponible sur : <https://www.cacib.fr/sites/default/files/2017-02/2014-interview-decideurs-jean-francois-balay.pdf> [consulté en septembre 2021].

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ De manière régulière des institutions telles que Dealogic, la Loan Market Association (LMA), la Loan Syndications and Trading Association (LSTA), Thomson Reuters, Bloomberg et l'OCDE publient des statistiques sur les crédits syndiqués. V. par exemple « Loans Highlights: Full Year 2019 ». Disponible sur : <https://dealogic.com/insight/loans-highlights-full-year-2019/>; LSTA, U.S. Corporate Loan Market Economic Impact Study, 2020. Disponible sur : <https://www.lsta.org/content/u-s-corporate-loan-market-economic-impact-study/>.

(autour de 600 milliards d'euros), selon des données Refinitiv, en baisse de 6 % sur un an. Il reste dominé par les banques européennes, et notamment françaises⁷⁰ ».

35. Les facteurs du changement. Originellement conçus et utilisés pour des opérations et des situations spécifiques, les financements structurés, comme on l'a déjà relevé, vont se généraliser à partir des années 1970. Selon Charles-Henri Larreur⁷¹, il s'est agi d'une véritable révolution dans le monde de la finance ; le plus grand changement, peut-être, depuis la création des bourses de valeurs. Ce mécanisme a permis aux banques de financer des opérations de plus en plus importantes. Ainsi, durant les décennies 1970 et 1980, les financements structurés sont devenus un élément central de l'actualité financière : apparition de la titrisation, rachats d'entreprises pour des montants sans précédent (Revlon, Beatrice Foods, RJR Nabisco), construction de grandes infrastructures pétrolières (telle Forties Oil Field). Si la transition, en seulement quelques années, d'un mode de financement traditionnel vers un nouveau dispositif centré sur les financements structurés peut paraître surprenante, cet auteur l'explique pourtant aisément. Premièrement, les dirigeants des banques américaines dans les années 1970 n'ont pas connu la Grande Dépression. Ils ont donc eu moins peur de structurer des opérations avec un fort effet de levier. Il s'agissait d'une génération de banquiers plus audacieuse en matière de prise de risque⁷² qui ne craignait pas de lancer et mettre en œuvre de nouvelles idées. Deuxièmement, le contexte de la déréglementation aux États-Unis durant les années 1980-1990 a encouragé, au moins indirectement, les innovations financières avec un fort effet de levier. Cet environnement a permis de structurer des opérations avec de nouveaux types d'investisseurs (compagnies d'assurance, caisses de retraite, etc.) et a stimulé la concurrence entre les banques et les nouveaux types de montage. Pendant la même période, la révolution informatique a commencé à se mettre en place. La généralisation de l'informatique en entreprise et dans les banques a permis de structurer ces montages de façon plus efficace (grâce, par exemple, aux logiciels Excel et aux terminaux Bloomberg). Troisièmement, les évolutions économiques de cette époque ont requis des financements d'un montant élevé. Par exemple, à la suite des chocs

⁷⁰ É. Lederer, « Prêts géants aux entreprises : les banques européennes tiennent bon », *Les Échos*, 9 janvier 2020. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/prets-geants-aux-entreprises-les-banques-europeennes-tiennent-bon-1161359> [consulté en septembre 2021].

⁷¹ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 13-14.

⁷² Parmi eux : Jérôme Kohlberg (Bear Stearns), Henry Kravis et George Roberts (créateurs du marché du « LBO »), Michael Milken (créateur des obligations à haut rendement chez Drexel Burnham Lambert), Lewis Ranieri lance chez Salomon Brothers les premières titrisations.

pétroliers, les années 1970 ont été caractérisées par une forte augmentation des coûts de l'énergie. En cherchant une certaine autonomie à l'égard de l'OPEP⁷³, les compagnies pétrolières ont investi massivement dans de nouvelles infrastructures en mer du Nord. Afin de pouvoir obtenir les sommes à investir, les banques ont dû recourir à des financements structurés. De grands changements sont intervenus également dans d'autres secteurs de l'économie. Par exemple, le financement de la démocratisation du transport aérien ou encore le développement des télécommunications et du transport ferroviaire (métros, tramways, etc.) ont nécessité d'importantes sommes d'argent. Elles ont été obtenues à travers des montages structurés⁷⁴.

36. Dans l'actualité, le marché du crédit syndiqué français se montre toujours très dynamique et ne se limite pas uniquement aux très grands projets. En effet, il n'est pas rare d'observer « *une diversité des modes d'organisation des financements, y compris des pools pour des montants relativement peu importants, par exemple de 3 à 5 millions d'euros* »⁷⁵.

§2. La structuration du crédit syndiqué

37. Chaque opération ou montage ayant recours à un crédit syndiqué est différent(e), car mis(e) en place pour un but déterminé⁷⁶. Cependant, il est possible de les classer en plusieurs catégories tenant compte : du moment à partir duquel le risque entre les banques est partagé (A) et du type d'obligations des arrangeurs (B).

A. Le partage du risque de crédit

38. La syndication est directe si le risque entre les prêteurs est partagé dès la conclusion du contrat de crédit (1) et indirecte si un tel partage n'intervient pas immédiatement (2).

⁷³ L'OPEP (l'organisation des pays exportateurs de pétrole, en anglais : *Organization of Petroleum Exporting Countries* [OPEC]), est une organisation intergouvernementale réunissant 14 pays producteurs de pétrole (7 en Afrique, 5 au Moyen-Orient et 2 en Amérique du Sud) dont l'objectif historique est l'orientation à la hausse des cours du pétrole et la maîtrise de son cycle de production. Disponible sur : <https://www.connaissancedesenergies.org/fiche-pedagogique/opec>.

⁷⁴ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁵ S. Poullennec, *loc. cit.*, p. 28.

⁷⁶ J. Bertran de Balanda, *loc. cit.*, p. 562 ; C. Dufloux et L. Margulici, « La syndication : l'analyse préalable des banques participantes (2^e partie) », *Revue Banque*, septembre 1981, n° 409, p. 945-948.

1. La syndication directe

39. Dans la syndication directe, un emprunteur (ou un groupe d'emprunteurs) fait appel à un groupe de prêteurs. Cette opération fait naître un rapport de droit entre chaque prêteur et l'emprunteur. Chaque partie est signataire de la documentation contractuelle qui régit les rapports entre les banques et l'emprunteur, d'une part, et les rapports des banques entre elles, d'autre part. L'une des banques, nommée agent de crédit, se voit confier le rôle d'administrer le syndicat bancaire et de centraliser les opérations. Dans ce type de syndication dite directe, le risque est partagé entre toutes les banques dès le début de l'opération.

40. Obligation conjointe des prêteurs. Chaque membre du syndicat accorde directement un prêt à l'emprunteur qui représente une partie du montant global du crédit. Les prêteurs sont engagés de façon conjointe mais non pas solidaire, c'est-à-dire que chaque prêteur ne pourra exiger que le remboursement de sa créance. En outre, en application du principe du caractère accessoire des sûretés, les prêteurs sont uniquement bénéficiaires des garanties que l'emprunteur leur a consenties. Pour qu'elle soit efficace, ladite garantie doit avoir été constituée au nom du prêteur et doit porter sur la part de la créance qui correspond à ce dernier. Souvent, des formalités au nom de ce prêteur sont nécessaires. Afin d'éviter de potentiels conflits entre les prêteurs et garantir la viabilité de l'opération, la pratique contractuelle veut que toute décision portant sur la réalisation des garanties soit prise à la majorité qualifiée des prêteurs et que les décisions portant sur les modifications et mainlevées soient approuvées par tous les membres du *pool*. Selon cette façon de procéder, un prêteur pourra difficilement réaliser tout seul la sûreté qui lui a été octroyée ; il pourra le faire uniquement si le contrat le lui permet et, dans tous les cas, dans la limite du montant de sa propre créance et si sa garantie est divisible.

2. La syndication indirecte

41. Contrairement à la syndication directe, dans une syndication indirecte les banques ne sont pas liées à l'emprunteur par un lien de droit. Seule une banque du *pool* conclut un contrat de crédit avec une entreprise recherchant du financement. Cette banque, appelée chef de file ou agent de crédit, est chargée de la constitution ainsi que de l'administration de l'opération, principalement de la centralisation des paiements.

42. Participation occulte. La participation des banques est ainsi occulte pour l'emprunteur : « *ses participants, à l'exception d'un seul, ou, plus rarement, de plusieurs*

*établissements étant inconnus de l'emprunteur*⁷⁷ ». L'agent de crédit, lié contractuellement à l'emprunteur par le contrat de crédit, transférera tout ou partie du risque à une ou plusieurs banques organisées en syndicat. Néanmoins, ces banques entretiennent un lien de droit uniquement avec le chef de file et non avec l'emprunteur. De plus, les membres d'un syndicat occulte n'ont pas le droit de bénéficier des sûretés que l'emprunteur a consenties au chef de file. Ce type de syndication peut constituer une participation en risque et trésorerie ou seulement en risque⁷⁸. Une autre distinction de la technique de syndication peut être opérée en fonction de l'obligation des arrangeurs.

B. L'obligation des arrangeurs

43. Une entreprise en quête de financement peut donner mandat à une banque afin qu'elle sollicite d'autres banques intéressées par l'opération. Un tel mandataire, connu sous l'appellation d'« arrangeur », a donc pour mission de monter le crédit. Il peut être soumis à une obligation de résultat (1) ou de moyens (2). Cette distinction s'efface dans l'hypothèse d'un *club deal* (3).

1. La syndication avec placement garanti implique une obligation de résultat

44. Obligation de résultat. Dans une syndication avec placement garanti⁷⁹, les arrangeurs de l'opération s'engagent à structurer un syndicat qui consentira la totalité du crédit demandé par le client qui précise le montant du prêt, sa durée ainsi que ses conditions financières (taux d'intérêt, marge et commissions bancaires, droit applicable, recours ou non à l'arbitrage). L'engagement porte sur la totalité du montant que l'emprunteur recherche et il s'agit d'une obligation de résultat. Par conséquent, il peut arriver que les banques arrangeuses ne trouvent pas d'établissements intéressés par l'opération et qu'elles doivent fournir elles-mêmes la totalité des fonds envisagés : « *dans ce scénario, les arrangeurs prennent le risque de se retrouver à assumer une partie du prêt pour un montant bien supérieur à leurs objectifs initiaux. Cela*

⁷⁷ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *Droit des financements d'entreprise*, 2^e éd., Paris : RB édition, 2018, p. 144.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 145. V. aussi J. Bertran de Balanda, « À la recherche de la nature juridique des conventions de sous-participation bancaires », *JCP E*, 1996, n° 27, p. 303 ; E. Bouretz, « Sous-participation. Rapports entre banques et effet relatif du contrat », *RD banc. et fin.*, janvier/février 2004, n° 1.

⁷⁹ En anglais, *underwritten deal* ou *fully underwritten commitment*. En français, ce type de syndication est connu également sous la dénomination « offre ou engagement ferme ».

arrive s'ils ne trouvent pas suffisamment de banques avec lesquelles partager le risque. On dit alors que les banques arrangeuses sont « collées »⁸⁰ ». Ainsi l'arrangeur s'engage à ses risques et périls à ce que le contrat de crédit soit conclu. Il reçoit pour cela une « commission d'engagement » substantielle. Si la syndication échoue, la banque devra accorder à l'emprunteur, selon ce qui a été prévu dans l'offre, un prêt égal à la part qui n'a pas été souscrite par les autres banques⁸¹.

45. Syndicat de garantie. Lorsque l'opération porte sur des montants importants, les banques peuvent se réunir dans un « syndicat de garantie » afin de partager les responsabilités issues de la syndication. Ce syndicat a le rôle d'assumer l'éventuel échec de la syndication et implique un partage de la « commission d'engagement » constaté dans un acte non communiqué à l'emprunteur⁸².

46. But commercial. Malgré le risque inhérent à la syndication avec placement garanti, il s'agit d'une technique commerciale astucieuse pour obtenir le mandat. En contrepartie, les banques arrangeuses pourront bénéficier de commissions plus élevées et créer une relation commerciale avec le client qui leur permettra d'obtenir d'autres contrats avec lui⁸³. La caractéristique essentielle de ce dispositif est qu'il implique une obligation de résultat. Cette forme d'offre ne suscite pas de problème particulier, contrairement au cas dans lequel les banques ne s'obligent pas à obtenir un résultat⁸⁴.

2. La syndication best efforts s'accompagne d'une obligation de moyens⁸⁵

47. Obligation de moyens. Contrairement à la syndication avec placement garanti, dans la syndication *best efforts* les arrangeurs s'engagent uniquement à entreprendre « leurs meilleurs efforts » pour trouver les prêteurs nécessaires à l'opération afin de constituer le syndicat bancaire capable d'accorder à l'emprunteur la totalité des fonds désirés. Le risque de la syndication est alors transféré à l'emprunteur⁸⁶. L'offre ne contient pas tous les termes et

⁸⁰ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 226.

⁸¹ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 9.

⁸² E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 9.

⁸³ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 226.

⁸⁴ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 9.

⁸⁵ Ce type d'opération est appelée « *best effort* » dans la pratique américaine, et « *best endeavours* », dans la pratique anglaise.

⁸⁶ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 9.

conditions du prêt. Ces éléments pourront être déterminés postérieurement avec les banques du syndicat. Il s'agit donc d'une obligation de moyens. Ce type de syndication est souvent proposé à des emprunteurs à risque ou pour des opérations complexes. Elle devient la norme en période de crise (par exemple, en Asie pendant la période 1997-1999 ou en Europe et aux États-Unis après la crise de 2008⁸⁷) ou lorsque l'emprunteur n'est pas spécialement connu sur le marché. Les banques ont également recours à ce type d'engagement si elles sont des banques d'affaires qui n'ont pas vocation à participer elles-mêmes au financement⁸⁸.

48. Distinction du type d'obligation. Le droit français distingue traditionnellement les obligations de moyens et les obligations de résultat, cependant cette différenciation n'épuise certainement pas toutes les situations que connaissent les banques dans la réalité. Pour autant, il est possible de classer ce type d'opération parmi celles caractérisées par une obligation de moyens. La banque débitrice d'une obligation de faire « ses meilleurs efforts » sera présumée « *vouloir sincèrement tout mettre en œuvre afin de créer des effets de droit en matérialisant un accord que l'on croit possible*⁸⁹ ». Une partie de la doctrine ne partage néanmoins pas cette vision et considère qu'il s'agit d'un simple engagement sur l'honneur ; une qualification qui équivaut à en faire « *une promesse de pure forme, sans portée juridique réelle*⁹⁰ ». Toutefois, en pratique, les banques renforcent leur engagement afin de gagner une certaine réputation sur le marché des crédits syndiqués. La pertinence de la distinction entre opérations selon le critère de l'obligation de moyens ou de l'obligation de résultat est en effet atténuée dans la réalité contractuelle. Pour s'adapter aux conséquences de la volatilité du marché, les banques ont l'habitude de prévoir des clauses qui leur permettent d'aménager leur engagement pendant la période de la validité de l'offre. Ainsi, les banques pourront « *se dégager purement et simplement de leurs engagements, modifier les termes et conditions de l'offre pour les mettre en adéquation avec les nouvelles conditions du marché ou pour renégocier la structure et le coût de l'opération de l'opération*⁹¹ ». En effet, depuis les années 1990, il est habituel de prévoir des *market flex clauses* ou des clauses de *reverse flex* dans les contrats de mandat conclu entre l'emprunteur et les arrangeurs. Les *market flex clauses* « *permettent aux arrangeurs, en cas de*

⁸⁷ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 226.

⁸⁸ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 9.

⁸⁹ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 9.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

*modifications radicales des conditions de marché, de modifier les termes du prêt envisagé pour en faciliter la syndication (montant, marge, structure, conditions garanties, etc.)⁹² ». Opérant en sens inverse, les clauses de *reverse flex* « permettent à l'emprunteur de bénéficier de conditions de marché favorables. Ainsi, en cas de souscription du financement, l'arrangeur peut proposer une diminution de la marge aux prêteurs qui souhaitent participer au financement. Si suffisamment de banques sont d'accord et que la somme des engagements ne descend pas en dessous du montant recherché, la marge sur le prêt est revue à la baisse⁹³ ».*

49. Les MAC clauses. En plus des clauses de *market flex* et de *reverse flex*, sont utilisées les clauses de *Material Adverse Change (MAC clauses)*. Si les premières permettent aux parties d'adapter l'opération à de nouvelles conditions de marché, les secondes permettent aux arrangeurs de se retirer de l'accord dans le cas où le contexte de l'opération est devenu si difficile que la transaction n'est plus envisageable. Ainsi, les *MAC clauses* sont en réalité une option de retrait en cas de situation exceptionnelle. Les conditions d'application d'une *MAC clause* sont réduites et souvent énumérées dans le contrat (cas de guerre ou de catastrophe naturelle, etc.)⁹⁴.

50. Solution intermédiaire. Enfin, la distinction entre la syndication avec placement garanti et la syndication *best efforts* est aussi dépassée par des formes ou techniques « hybrides » de syndication⁹⁵. Par exemple, les banques peuvent opter pour une troisième technique consistant à combiner une offre ferme pour un certain montant et une offre de faire ses meilleurs efforts afin de collecter des fonds supplémentaires⁹⁶. Les banques peuvent également choisir une quatrième et dernière option consistant à faire coexister une obligation ferme et une obligation conditionnelle : les banques s'engagent pour un montant ferme mais ont la possibilité de modifier les conditions initialement fixées dans l'offre dans le cas où le prêt ne pourrait être souscrit par d'autres banques suivant les conditions énoncées⁹⁷.

⁹² C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 227.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 10.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

3. Le club deal⁹⁸

51. Le contexte du club. Dans le cadre d'une opération de financement d'un montant relativement faible (moins de 100 millions, par exemple), le nombre de prêteurs est logiquement plus réduit aussi. Il n'est donc pas nécessaire de monter un syndicat au fonctionnement complexe en ayant recours aux services d'arrangeurs ; il suffit d'un accord entre l'emprunteur et quelques (trois ou quatre) banques prêteuses pour former un *club*. Les parties ont souvent déjà travaillé ensemble et entretiennent ainsi une relation commerciale plus ou moins établie ; cette particularité explique pourquoi on parle d'un *club deal*.

52. La notion de club. Au sens général, le terme « *club* », qui vient de la langue anglaise où il est utilisé pour désigner une réunion, désigne « *une association dont l'objet peut être très divers*⁹⁹ ». De façon plus spécifique, un club fait référence à « *une association ayant pour objet de débattre de problèmes politiques ou de provoquer ou faciliter certains comportements de leurs adhérents, des pouvoirs publics, des partis ou de l'opinion publique*¹⁰⁰ ». En droit du financement, le *club deal* réunit un groupe d'investisseurs désireux d'accorder un crédit un client : « *si le principe de base reste le même, à savoir réaliser un tour de table financier, le terme même de "club deal" recouvre différentes réalités en fonction de son sous-jacent d'investissement*¹⁰¹. » Par exemple, sur le marché immobilier, « *certaines de ces groupes proposent d'acquérir uniquement des murs (résidentiels, bureaux...) dans une optique de rentabilité locative, d'autres élargissent cet investissement à l'exploitation du bien via l'achat de son fonds de commerce*¹⁰² ».

53. Le but du club. Étant donné le montant relativement modeste de la transaction et la possibilité de partager le risque entre des banques qui se connaissent, le but du *club* est d'établir une relation fluide entre les parties et d'arriver rapidement à un accord satisfaisant. L'opération constitue une nouvelle occasion de renforcer les relations commerciales entre les parties. Les *club deals* sont fréquemment utilisés pour les financements d'actifs qui présentent les conditions idéales pour ce genre de syndication : le montant du financement de l'actif (avion,

⁹⁸ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 227-228.

⁹⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 184.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ A.-L. Defrance, « Immobilier : atouts et pièges du club deal », *Les Échos*, 7 décembre 2018. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/patrimoine/immobilier/immobilier-atouts-et-pieges-du-club-deal-1033250> [consulté en septembre 2021].

¹⁰² *Ibid.*

train, navire) est trop élevé pour une seule banque et il est donc requis de partager le risque. Cependant, ce type de financement n'atteint pas le montant qui rend nécessaire la mise en place d'une syndication *best efforts* ou avec placement garanti.

54. Conclusion de la section. L'arrivée de l'agent des sûretés en France est liée à celle du contrat de crédit syndiqué. Ce dernier a été importé et s'est développé en France grâce à un contexte économique caractérisée par le passage du crédit bilatéral au crédit syndiqué comme technique de financement des entreprises ou des opérations d'acquisition. Un contrat de crédit syndiqué peut revêtir plusieurs formes selon le type de partage de risque mais aussi en fonction des obligations des arrangeurs, l'agent des sûretés jouant son rôle au sein de cette structure. En plus d'avoir bénéficié d'un contexte économique particulier, la réception des crédits syndiqués a été marquée par un contexte juridique influencé fortement par le droit anglais.

Section 2 : Le contexte juridique : l'influence du droit anglais

55. L'arrivée des crédits syndiqués en France a également été favorisée par un contexte juridique caractérisé par la faiblesse du cadre juridique (§1) et par le rôle joué par les associations de place (§2).

§1. La faiblesse du cadre juridique français applicable aux syndicats bancaires

56. Avant l'arrêté du 18 février 1987. Avant 1987, la réglementation applicable par la Banque de France aux crédits syndiqués se faisait dans le but « *d'une défense accrue de la monnaie nationale, du respect des engagements internationaux et d'une réponse aux besoins économiques du moment*¹⁰³ ». En pratique, quand un emprunteur désirait avoir recours à un syndicat bancaire pour un crédit à court terme, une banque était nommée pour communiquer

¹⁰³ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 4.

avec les pouvoirs publics. Cet établissement, qualifié de « chef de file », déposait annuellement auprès de la Banque de France un dossier afin d'obtenir l'accord de classement, sans lequel aucun réescompte ne pouvait être obtenu. Il devait aussi négocier avec l'emprunteur le barème de participation des membres du syndicat, transmettre aux banques les offres de participation et mettre en place, le cas échéant, un plan de croisement¹⁰⁴. Alors que ce mécanisme était dans l'ensemble jugé efficace, il a finalement été considéré comme inapproprié. La fonction de « chef de file » était intéressante en raison de l'importante rémunération qui lui était attachée mais aussi pour son prestige, cependant il a été signalé que certaines banques avaient la fâcheuse tendance à se mettre d'accord sur les tarifs les plus élevés. Le système a ainsi pu être qualifié de « mini-cartel¹⁰⁵ » et a été abandonné à la fin de l'année 1987.

57. La définition du « tour de table » et du « syndicat de prise ferme » de l'arrêté du 18 février 1987. Le seul texte juridique français en matière de crédits syndiqués est à ce jour l'arrêté du 18 février 1987 relatif à l'enrichissement du vocabulaire économique et financier. Cet arrêté donne une définition du « tour de table » et du « syndicat de prise ferme » qui remplace le terme anglais « *pool* ». En ce qui concerne la première expression, elle est définie comme « *la réunion de différents apporteurs de capitaux, sans appel public à l'épargne, ayant pour objet la répartition de capitaux apportés. En matière de crédit (en monnaie nationale ou en devises), le tour de table est constitué exclusivement par des banques et/ou des sociétés financières* ». La seconde correspond à « *l'ensemble de banques et/ou de sociétés financières réunies pour participer à une émission obligataire (emprunt syndiqué), quels que soient l'émetteur, la monnaie et la place, en s'engageant à souscrire une part déterminée de l'emprunt, ce qui garantit l'émetteur de recevoir le produit de son émission, même en cas de placement difficile dans le public* ».

58. L'arrêté du 18 février 1987 est intéressant dans la mesure où il tente de traduire en termes de droit français la pratique des *pools* bancaires. Cependant, il s'agit d'un texte qui a en réalité peu de portée dans la mesure où il ne précise pas quel est le régime applicable aux syndicats bancaires.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

59. La définition d'« opération consortiale » du règlement CRBF du 16 janvier 1991.

L'article 5-2, alinéas 1^{er} et 3 du règlement CRBF n° 91-01 du 16 janvier 1991 modifié relatif à l'établissement et la publication des comptes individuels annuels des établissements de crédit¹⁰⁶ donne la définition suivante de l'« opération consortiale » : « *lorsque plusieurs établissements assujettis décident de s'associer pour accorder un concours en partageant la trésorerie, le risque et les intérêts ou pour accorder à un tiers une caution ou tout autre engagement de garantie* ». Cette définition décrit de manière pertinente les types de concours possibles mais ici encore aucune piste n'est avancée quant au régime juridique applicable.

60. Les conséquences de ce cadre juridique français lacunaire sont perceptibles, surtout au regard du risque de conflits entre banques (A) et de violation du droit de la concurrence (B).

A. Un risque de conflits entre banques

61. Tant qu'il n'existera pas de cadre juridique spécifique et détaillé, les acteurs du marché des crédits syndiqués feront face à un risque permanent de verser dans des pratiques pouvant être considérées comme illégales s'agissant de la gestion même du syndicat bancaire ou des relations entre les banques¹⁰⁷. Comme on l'a déjà précisé, de tels comportements peuvent se manifester dans des pays où il existe une réglementation *ad hoc* mais il est logique qu'un tel risque soit plus élevé dans des pays qui ont prévu moins de réglementation et de contrôle. La structure même du syndicat bancaire fait de la relation entre les banques un facteur essentiel de réussite de l'opération de financement. Or, plusieurs types de contentieux se sont développés à cet égard.

1. La légalité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité de l'arrangeur

62. L'affaire Colocotronis. Le premier type de conflit a été rendu visible par l'affaire dite *Colocotronis*¹⁰⁸ en 1976. En l'espèce, plusieurs banques régionales américaines ont accusé

¹⁰⁶ Règlement CRBF n° 91-01 du 16 janvier 1991 modifié relatif à l'établissement et la publication des comptes individuels annuels des établissements de crédit, *JORF*, 22 février 1991.

¹⁰⁷ V. C. Dufloux et L. Margulici, « La syndication : les risques de conflit entre banques (3^e partie) », *Revue Banque*, octobre 1981, n° 410, p. 1149-1153 ; C. Dufloux et L. Margulici, « La syndication : les risques de conflit entre banques (4^e partie) », *Revue Banque*, novembre 1981, n° 411, p. 1215-1219.

¹⁰⁸ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 3. V. aussi C. Dufloux et L. Margulici, *loc. cit.*, p. 1218-1219.

l'European American Banking Corporation (EABC), chef de file d'un euro-crédit octroyé à l'entreprise Colocotronis, de leur avoir transmis des informations trompeuses et mensongères et de ne pas leur avoir communiqué des informations importantes afin de les convaincre de participer au financement. Cela a été rendu possible puisque seul l'EABC avait signé le contrat de crédit, les autres prêteurs étant sous-participants dans l'opération. Ce contentieux constitue un exemple des problèmes pouvant survenir à l'occasion de la structuration d'un crédit syndiqué, plus particulièrement des actions à risque pouvant être commises par la banque arrangeuse à l'heure de donner ou de ne pas donner certaines informations.

63. Les clauses limitatives de responsabilité. À la suite de l'affaire *Colocotronis*, les praticiens ont commencé à insérer des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité de l'arrangeur dans la documentation contractuelle. L'objectif de cette technique est que l'arrangeur ne puisse être tenu pour responsable des informations sur l'emprunteur qu'il transmet aux banques. Concernant ces clauses, Emmanuelle Bouretz signale qu'elles « *peuvent être renforcées par la communication d'une lettre de décharge rédigée par l'emprunteur aux termes de laquelle ce dernier atteste que les renseignements qui sont présentés, en son nom, sont exacts et complets ; l'emprunteur précisant qu'il en assume l'entière responsabilité, qu'il en approuve la forme et le fond et qu'il autorise l'arrangeur à le distribuer aux banques sollicitées. L'arrangeur négocie, parfois, avec l'emprunteur une indemnité spécifique pour le cas où sa responsabilité serait engagée en raison des informations contenues dans le mémorandum d'information*¹⁰⁹ ». Une telle pratique pose cependant question en droit français qui prévoit que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont nulles en matière délictuelle¹¹⁰. On peut alors s'interroger quant à la réception des clauses exonératoires par le droit français : « *les clauses exonératoires de responsabilité de l'arrangeur sont-elles pour autant dénuées de tout effet devant les juridictions françaises ? Sans remettre en cause la portée de cette interdiction d'ordre public, les juges français tiennent compte [...] de la pratique bancaire internationale qui tempère l'étendue de la responsabilité de l'arrangeur par la reconnaissance d'une obligation pour les banques appelées à participer à l'opération d'agir avec prudence et de se faire elles-mêmes une idée de la solvabilité de l'emprunteur. Ainsi, bien*

¹⁰⁹ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 14.

¹¹⁰ Ce principe est valable sur tout type de fondement de la responsabilité délictuelle : responsabilité pour faute, du fait d'autrui ou du fait des choses. E. Bouretz, *op. cit.*, p. 14 qui renvoie à L. Aynès, *Rapport français : les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris : LGDJ, 1991, p. 7.

que déclarée inopposable en principe, une clause exonératoire de responsabilité insérée dans un mémorandum d'information permettra, le cas échéant, de limiter la responsabilité de l'arrangeur puisque aussi bien elle sera considérée comme ayant été un avertissement donné aux banques sur la valeur de l'information qui leur a été communiquée. Insérée dans le contrat de crédit, une telle clause n'aura, en revanche, aucune efficacité dans la mesure où elle ne pourra plus, alors, être considérée comme ayant incité les banques à se faire leur propre analyse de la situation financière de l'emprunteur avant de signer¹¹¹. »

2. La légalité de la mise en œuvre de la clause d'exigibilité anticipée

64. L'affaire du gel des avoirs iraniens. Le deuxième type de conflit entre banques qui peut avoir lieu a été mis en lumière par l'affaire dite du gel des avoirs iraniens¹¹² à propos de la gestion d'un crédit, plus particulièrement de la mise en œuvre d'une clause d'exigibilité anticipée. Un premier volet du problème concernait l'application de la règle de prise de décision fondée sur le vote de la majorité des banques, « *considérée comme un moyen démocratique de médiation*¹¹³ ». Comme l'explique Emmanuelle Bouretz, « *l'affaire du gel des avoirs iraniens illustre les conséquences de concentration éventuellement fâcheuse du pouvoir décisionnel*¹¹⁴ ». En effet, le contexte politique et économique était particulier : « *le Président Jimmy Carter avait – en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'International Emergency Act de 1977 – arrêté le 14 novembre 1979 un executive order, gelant les avoirs iraniens en compte dans des banques américaines. Au cours des six dernières années du régime du Shah, des euro-crédits syndiqués de quelque 5 milliards de dollars avaient été mis en place en Iran. Ce pays présentait alors des garanties sérieuses de remboursement, les rating attribués par les organismes traitant de l'étude des risques pays étant très favorables. Cette décision a eu pour conséquence directe que l'Iran n'a plus été en mesure, en l'absence de possibilité de tout transfert de fonds, de rembourser ses dettes, en ce compris à un prêteur non américain. Cette mesure de rétorsion avait donc une incidence directe sur l'ensemble des banques européennes. La suite logique*

¹¹¹ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 14.

¹¹² E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 3. L'auteur renvoie aux références G. Berlioz, « La crise iranienne et les euro-crédits », in J.-B. Blaise, Ph. Fouchard, Ph. Kahn, *Les Euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international*, Paris : Librairies techniques, vol. 8, 1981, p. 593 (Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux) ; G. Berlioz, « The Iranian Crisis: The Implication of International Financial law », *ICLFR*, mars 1980, vol. 1, p. 17. V. aussi : C. Duflo et L. Margulici, *loc. cit.*, p. 1215-1218.

¹¹³ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 3.

¹¹⁴ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 28-29.

consistait pour les grandes banques américaines – qui constituaient bien souvent une majorité au sein d'un syndicat – à se prévaloir d'un état de cessation des paiements des emprunteurs iraniens aux fins de faire jouer les clauses contractuelles de défaut de paiement et prélever ainsi les fonds dus directement sur les avoirs gelés, qui étaient nettement supérieurs à leurs encours. Ces avoirs ont été estimés entre 14 et 15 milliards de dollars. Cette logique n'était pas celle de toutes les banques engagées dans les différentes opérations consortiales et a provoqué une véritable scission entre, d'une part, les grandes banques américaines et, d'autre part, les petites banques régionales américaines, les banques européennes, canadiennes et japonaises ; il faut dire que ces dernières avaient reçu moins de fonds en dépôt que prêté d'argent et ont adopté, en conséquence, une attitude beaucoup plus conciliante à l'égard des emprunteurs iraniens.

Ce conflit s'est finalement résolu par application de ces deux logiques opposant les différentes banques selon que la majorité des banques d'un syndicat bancaire donné était représentative de l'un ou de l'autre des clans ainsi formés¹¹⁵. »

65. La concentration des pouvoirs par les banques. En France, un contentieux porté devant le tribunal de commerce de Paris en 1999¹¹⁶ constitue un autre exemple de mise en évidence de la question de la concentration des pouvoirs par les banques. En l'espèce, « à la suite de difficultés rencontrées par l'emprunteur, certains membres d'un syndicat bancaire en ce compris l'agent, représentant 46 % des engagements globaux, ont cédé leurs créances à une banque tierce qui les a recédées dès le lendemain à une société entièrement intégrée à l'emprunteur. Cette cession a eu non seulement pour effet de réduire à l'immobilisme le syndicat faute de la présence d'un agent mais également d'empêcher toute poursuite à l'encontre de l'emprunteur puisque aussi bien le contrat de prêt stipulait que des poursuites ne pouvaient être engagées à son encontre que pour autant que l'agent ait recueilli l'accord préalable d'un nombre d'établissements suffisant, représentant au minimum 75 % des engagements globaux du syndicat. Le Tribunal a estimé qu'il n'avait d'autre choix, en l'espèce,

¹¹⁵ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 29. L'auteur renvoie à G. Berlioz, *loc. cit.*, p. 17.

¹¹⁶ T. com. Paris, 1^{re} ch., 18 oct. 1999, société Dijon Finance, Crédit du Nord, Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon, Caisse d'épargne Loire-Drôme-Ardèche, banque Debaeque Beau, société Repromedia System : Juris-Data n° 1999-111119. Cette référence est tirée de E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 29.

que celui de prononcer la dissolution du syndicat et de nommer un liquidateur amiable à l'effet de poursuivre l'exécution des mesures conservatoires à l'encontre du débiteur¹¹⁷ ».

3. La légalité de la mise en œuvre de la clause de partage

66. La clause de partage des paiements. L'affaire du gel des avoirs iraniens a également révélé que la clause de partage des paiements ne préserve pas suffisamment l'intérêt des banques¹¹⁸. Cette clause¹¹⁹ organise le partage d'un risque pris dans le cadre de la syndication. En effet, les banques peuvent exercer un droit de compensation mais il convient de rappeler que le but du syndicat est de répartir les risques entre les prêteurs : « *un membre du syndicat, en raison des relations particulières qu'il entretient avec l'emprunteur, n'a pas à obtenir un meilleur traitement que les autres banques par le biais notamment du recours à son droit de compensation*¹²⁰. »

67. Avant l'affaire iranienne, « *les clauses de partage des paiements étaient insérées à la fin du contrat et ne préoccupaient guère les banquiers. Elles se limitaient à un partage des paiements reçus directement de l'emprunteur en remboursement du crédit. Elles n'imposaient aucun partage des sommes recouvrées par le biais, notamment, de l'exercice du droit de compensation ou à l'occasion d'un contentieux*¹²¹ ». Après ce contentieux, « *les clauses de partage des paiements stipulent que les banques qui obtiendraient de l'emprunteur un quelconque paiement au titre de leur créance – anticipé ou non, qui serait supérieur au montant auquel elle a droit en vertu du prêt syndiqué, que ledit paiement soit volontaire ou involontaire, qu'il soit imposé par la loi ou résulte d'une compensation ou autre – devront verser à l'agent du crédit le montant nécessaire pour que toutes les banques partagent effectivement le paiement ainsi reçu au prorata des paiements qui leur sont dus. Il reviendra alors à l'agent du crédit de procéder, dans les meilleurs délais, aux ajustements nécessaires pour que l'excédent soit réparti entre les participants au prorata des montants qui leur sont dus respectivement*¹²² ».

¹¹⁷ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 29.

¹¹⁸ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 17 renvoie aux références : G. Berlioz, « La crise iranienne et les euro-crédits : Les euro-crédits », *op. cit.*, p. 612 ; C. R. Brown, « Sharing strains on Euromarket syndicates », *IFLR*, juin 1982, p. 4 ; L.C. Buchheit, « Lost innocence in the Euromarkets », *IFLR*, novembre 1992, p. 7.

¹¹⁹ La clause de partage des paiements est aussi appelée clause de partage des récupérations ou clause de péréquation des paiements (« *prorata sharing* »). E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 17.

¹²⁰ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 17.

¹²¹ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 17.

¹²² *Ibid.* L'auteur renvoie à L.-C. Buchheit, « How to negotiate the sharing clause », *IFLR*, juillet 1994, p. 36.

B. Les pratiques anticoncurrentielles sur le marché des crédits syndiqués

68. Le rapport de la « DG Concurrence ». Les lacunes du droit français en matière de crédit syndiqué n'ont pas été sans conséquence, notamment en droit de la concurrence. En effet, une étude de la direction générale de la concurrence de la Commission européenne (« DG Concurrence »)¹²³ publiée le 6 avril 2019 a analysé de manière très exhaustive le marché des crédits syndiqués au sein de l'Union européenne en signalant des risques de violation du droit de la concurrence. Ce rapport part du constat selon lequel ces dernières années, le secteur bancaire et financier a attiré l'attention des autorités de la concurrence ; en particulier le secteur des crédits syndiqués qui a suscité l'intérêt du régulateur dans certains pays tels que les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Turquie, l'Espagne et l'Australie. Un tel intérêt ne pouvait laisser indifférente l'autorité européenne.

69. Les facteurs de risque. Cette étude a consisté à interroger 37 prêteurs, 100 emprunteurs, des conseillers financiers ainsi que des agences de notation dans six États membres (France, Allemagne, Espagne, Pays-Bas, Pologne et Royaume-Uni) en analysant plusieurs secteurs d'activité clés tels que les LBO¹²⁴, les financements de projets et d'infrastructure. Ce travail constitue donc une étude assez complète des caractéristiques actuelles du marché et des processus de syndication pouvant entraîner des violations du droit de la concurrence. Dès lors, comme l'affirme Alexandre Carpentier, « *ce Rapport pourrait dorénavant servir de cadre de référence pour l'analyse des crédits syndiqués au regard du droit de la concurrence, ce qui devrait inciter les acteurs du marché, le cas échéant à adapter leurs comportements pour les rendre compatibles avec les recommandations proposées pour limiter les risques potentiels identifiés*¹²⁵ ». Les principaux facteurs de risque présentés sont :

- « *Le partage d'informations sensibles entre prêteurs concurrents, pouvant notamment faciliter la coordination des prix des prêteurs ;*

¹²³ COMMISSION EUROPÉENNE (avril 2019), rapport final, *EU loan syndication and its impact on competition in credit markets*. Disponible sur : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419330enn.pdf>.

¹²⁴ Le *Leveraged buyout* (LBO) est « *une technique de rachat d'entreprise par endettement [...] qui se fait au travers d'une société créée spécialement pour l'occasion* » (C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 27).

¹²⁵ A. Carpentier, « *Crédits syndiqués et droit de la concurrence : retour sur les apports d'une étude attendue* », *Revue Banque*, octobre 2019, n° 836, p. 58.

- *La mise en œuvre d'accords anti-concurrentiels entre prêteurs concurrents, par exemple pour se partager des marchés ou des clients, ou pour fausser des appels d'offres ;*
- *L'exploitation d'un pouvoir de marché individuel ou collectif, pouvant entraîner des "résultats sous-optimaux" pour l'emprunteur et accroître les effets négatifs d'un comportement collusoire¹²⁶. »*

70. Résumé du rapport. En résumé, *« pour les acteurs du marché, l'effet immédiat du Rapport est de les informer des risques potentiels et des recommandations dans ce domaine. Ceci devrait les inciter à s'assurer, le cas échéant, à ce que les protocoles internes et autres mesures de protection proposées par le Rapport (respect du devoir de vigilance, respect des accords de confidentialité, barrières à l'information, formations, etc.) soient effectivement mis en place afin de limiter leur exposition aux risques de concurrence¹²⁷ »*. En effet, *« si le Rapport n'identifie pas de violation manifeste du droit de la concurrence, il cible les éléments du processus de syndication pouvant constituer des zones à risque. De manière générale, le niveau de risque est plus élevé aux premières étapes d'une syndication et tend à diminuer postmandat même si certaines difficultés peuvent encore exister après celui-ci¹²⁸ »*. De plus, cette étude signale les caractéristiques des marchés les plus exposés aux risques tels que ceux disposant d'un faible nombre de prêteurs.

71. L'importance du rapport. Suivant une perspective plus générale, il peut être souligné que ce rapport est important pour comprendre le fonctionnement des crédits syndiqués en Europe et notamment en France. Le vide juridique signalé à propos de ce type de marché pourra éventuellement être comblé à partir des indications tirées de ce travail. Cela permettrait d'éviter des infractions au droit de la concurrence.

§2. La force du droit des associations de place

72. Étant donné l'absence de règles juridiques claires, les professionnels du crédit ont proposé des cadres pour réguler l'activité des crédits syndiqués.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ A. Carpentier, *loc. cit.*, p. 60.

¹²⁸ *Ibid.*

73. La standardisation des opérations. La croissance importante des financements syndiqués, favorisée par l'internationalisation de l'économie et la facilitation des échanges entre les différents acteurs, a engendré le besoin de standardiser ce type d'opération. Ce travail est surtout réalisé par des associations professionnelles regroupant les principaux acteurs du marché qui visent à dégager des tendances afin de proposer des modèles de contrat qui seront par la suite adaptés par les praticiens en fonction des besoins spécifiques de chaque opération.

74. La notion de place financière. De telles associations sont appelées « associations de place », expression qui fait référence à la notion de place financière. Pour comprendre leur rôle, il importe de souligner que selon la Banque de France, les places financières sont des lieux « *qui assurent la rencontre de multiples acteurs qui concourent au bon fonctionnement des marchés financiers au sein d'écosystèmes dégagant d'importantes synergies*¹²⁹ ». De fait, « *les places apportent, aux agents économiques financiers, des services spécialisés et rapprochés indispensables pour la conduite de leurs opérations et offrent aux décideurs de la sphère financière et de l'économie réelle des structures appropriées pour faciliter la mise en œuvre de leur politique. Elles ne se réduisent pas à quelques fonctions périphériques mais sont au contraire au cœur du fonctionnement de nos économies. Cette communauté d'acteurs, qui recouvre le concept de place ou de centre financier, s'étend des émetteurs aux investisseurs en passant par des intermédiaires, mais aussi par un large éventail de spécialistes dans des domaines très pointus et souvent à forte valeur ajoutée : informaticiens, analystes financiers, analystes du risque, juristes, fiscalistes...*¹³⁰ ».

75. Ainsi, au sein d'une place financière, le rôle de ce genre d'associations techniques consiste à offrir aux acteurs une documentation juridique standardisée répondant à leurs besoins tout en leur laissant une flexibilité d'action suffisante¹³¹.

A. Les associations de droit français

76. Au début des années 1980, l'Association française des banques (AFB) a essayé de mettre en place un cadre réglementaire. Pour ce faire, l'AFB a émis de recommandations pour

¹²⁹ *Bulletin de la Banque de France*, mars 2004, n° 123, p. 46. Cette note renvoie à la définition donnée dans H. Hannoun, « Places financières et banques centrales », *Revue d'économie financière*, 2^e trimestre 2000, n° 57.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ 3^e RENCONTRES DE LA COMPÉTITIVITÉ (septembre 2004 ; Paris). *La Compétitivité de la place financière de Paris. Menaces et opportunités à l'horizon 2010*, ParisEuroplace et le Cercle des économistes, 2004.

guider la prise de décision au sein d'un syndicat bancaire et d'autres relatives au cas de « situation particulière de l'entreprise ».

77. Les recommandations portant sur le mécanisme de prise de décision. Ces recommandations visaient surtout à « *assurer une meilleure circulation de l'information entre les différents participants à un syndicat bancaire, en conférant à cet égard une responsabilité particulière au chef de file*¹³² ». Autrement dit, l'idée était que chaque banque reste libre d'accorder des crédits en dehors du syndicat et donc de pouvoir en sortir, après un préavis raisonnable, si la situation de l'emprunteur n'était pas compromise. Cette liberté s'appliquait également à la relation banque-emprunteur quant à la fixation des tarifs. Concernant le « chef de file », il était choisi par l'emprunteur pour une triple mission de mise en relation : entre l'emprunteur et les banques dans le but de monter le syndicat, entre le syndicat et la Banque de France et entre le syndicat et les pouvoirs publics. Les autres missions du chef de file consistaient à négocier les barèmes et les garanties et transmettre les informations de l'emprunteur aux banques pendant toute l'opération. Concrètement, des réunions d'information devaient être organisées au moment de la reddition des comptes annuels, du renouvellement des crédits et, de façon générale, si un événement important affectant l'emprunteur venait à se produire¹³³.

78. Les recommandations relatives à la situation particulière de l'entreprise. Si les lignes directrices de l'AFB concernant la prise de décisions ont été acceptées par les praticiens, ce ne sera pas le cas de celles portant sur la « situation particulière de l'entreprise¹³⁴ » selon lesquelles « *le maintien de concours habituels au sein du syndicat et en dehors de celui-ci pouvait être décidé par la majorité des banques représentant au moins 75 % du montant des crédits concernés et du nombre de banques participantes. Ces recommandations prévoyaient ainsi la possibilité de geler la situation sur vote de la majorité des banques, y compris celles ne faisant pas partie du syndicat. Ceci fut vivement critiqué dès lors que cela pouvait conduire "à faire gouverner par les banques majoritaires en volume dans les pools bancaires la position des banques minoritaires étrangères ou françaises" et aboutir "à l'extrême à une nationalisation de fait du système bancaire resté privé". Au mieux, elle ne pouvait que*

¹³² E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 4.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

“décourager à l’avance tout banquier nationalisé ou privé de maintenir un financement dans une entreprise en difficulté passagère, dès lors qu’il se verrait ultérieurement contraint de cristalliser durablement sa position” (JOAN Q 4 juillet 1983, p. 2905)¹³⁵ ». En raison de toutes ces critiques, ces règles n’ont pas été adoptées : une méthode plus pragmatique, encore en vigueur, lui a été préférée¹³⁶.

B. Les associations de droit anglais

79. L’importance du *common law*. Réputé pour sa souplesse et sa plus grande adaptabilité aux besoins des entreprises, le *common law* est devenu un instrument majeur du développement économique. Souvent préféré aux systèmes de droit civil, il exerce, d’une façon générale, une influence notable sur les échanges commerciaux internationaux. D’une manière plus spécifique, le droit anglais a façonné la pratique contractuelle des crédits syndiqués à travers l’élaboration d’une documentation de référence devenue incontournable.

80. Le choix du *common law*. Concrètement, les professionnels du crédit choisissent souvent le droit anglais comme cadre juridique de leurs opérations. Plusieurs raisons expliquent cette tendance. En premier lieu, ce droit a fait ses épreuves en la matière : la jurisprudence, souvent confrontée à des problématiques liées aux crédits syndiqués, a pu dégager un cadre sécurisant qui inspire confiance aux praticiens. En second lieu, nombre d’acteurs de ce marché (banques, fonds d’investissements, cabinet d’avocats) sont d’origine anglaise ou américaine et, par conséquent, connaissent bien le fonctionnement de ce système juridique¹³⁷.

81. Par ailleurs, plusieurs associations d’origine anglaise sont présentes sur les grandes places financières du monde. Parmi elles, c’est surtout la Loan Market Association (LMA) qui joue un rôle de premier ordre en Europe¹³⁸.

¹³⁵ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 4-5.

¹³⁶ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 5.

¹³⁷ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 52.

¹³⁸ Par exemple, la Loan Syndications and Trading Association (LSTA), de New York, ou la Asia Pacific Loan Market Association (APLMA), de Hong Kong, en ce qui concerne le marché asiatique et australien. La LMA, la LSTA et la APLMA travaillent ensemble sur certains projets. V. A. Pesneau, *op. cit.*, p. 48-49.

1. Le rôle de la Loan Market Association (LMA)

82. La Loan Market Association. La LMA est une association de place créée en 1996 et basée à Londres dont l'objectif est d'améliorer la liquidité, la transparence et l'efficacité du marché des crédits syndiqués en Europe. Elle produit à cet effet de la documentation standardisée¹³⁹ pour ce type d'opération et regroupe des banquiers commerciaux et d'investissement, des régulateurs, des emprunteurs, des agences de notation, des investisseurs et des cabinets d'avocats¹⁴⁰. Les modèles de contrat de la LMA ont une structure assez stable et reflétant les pratiques de marché consolidées.

83. Les contrats-types. En ce qui concerne le marché primaire, la LMA a travaillé avec la *British Banker's Association* et l'*Association of Corporate Treasurers* afin de produire six contrats-types. Ceux-ci, dénommés *The Primary Documents*, recueillent les meilleures pratiques de marché et sont soumis au droit anglais. Ils ont été adaptés pour le droit français par l'AFB et l'AEDBF¹⁴¹ dans le but de prendre en considération des pratiques propres au marché national et des aspects particuliers du droit civil tels que la capitalisation des intérêts, le taux effectif global, le mécanisme des sûretés, la cession de participation¹⁴², la clause de partage des paiements et la clause de juridiction. Validés en 2002 par la LMA, ces contrats adaptés au droit français sont les principaux documents de travail des professionnels des crédits syndiqués en France¹⁴³.

84. Au sujet du marché secondaire, la LMA a rédigé un Code de bonne conduite (*Code of practice for Par Trade Transactions*) qui ne remplace pas le droit en vigueur mais renforce certaines règles juridiques et donne des directives en cas d'absence de réglementation claire.

¹³⁹ M.C., « Crédits syndiqués : vers un contrat standard », *Option Finance*, 2 avril 2001, n° 636, p. 10 ; F. Vidal, « Vers un contrat standard pour le financement des LBO », *Les Échos*, 23 février 2004.

¹⁴⁰ *Dictionnaire Vernimmen.* Disponible sur : <https://www.vernimmen.net/Pratiquer/Glossaire/definition/LMA.html> [consulté en septembre 2021].

¹⁴¹ Association européenne pour le droit bancaire et financier

¹⁴² V. sur le sujet de la cession de participation : A. Danis-Fatôme, « L'efficacité des sûretés consenties dans le cadre d'opérations de syndication », *LPA*, 5 mai 2004, n° 90, p. 4-7 ; A.-M. Toledo-Wolfsohn, « Transfert de participation et crédit syndiqué », *RD banc. et fin.*, septembre-octobre 2003, n° 5, p. 320 ; A. Arzac et M. Roussille, « La cession de contrat au service du transfert des participations des financements syndiqués », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 26, p. 186 ; F. Klock et M. Roussille, « Comment gérer les transferts des sûretés postérieurement à la réforme ? – Précautions pratiques face à une clarification en demi-teinte », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 27, p. 198 ; J. Bertran de Balanda, « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque & Droit*, mars-avril 1997, n° 52, p. 3.

¹⁴³ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 5.

Ce code recueille aussi les bonnes pratiques de marché déjà établies tout en recommandant de nouvelles non encore complètement mises en place ou ne faisant pas nécessairement l'unanimité parmi les établissements bancaires¹⁴⁴.

85. La documentation contractuelle produite par la LMA porte, par exemple, sur les contrats de crédit à terme et de crédit *revolving*, etc., les opérations sur le marché secondaire, des lignes directrices sur différents sujets (« *green loans principles* », Brexit, crise sanitaire, etc.) à propos de divers systèmes juridiques tels que les droits français, allemand, espagnol et sud-africain.

86. La mise à jour des contrats. À chaque fois qu'une nouvelle tendance de marché commence à se stabiliser ou qu'une réforme de la loi applicable intervient, les modèles contractuels sont mis à jour. Cela a été le cas du modèle LMA de contrat de crédit syndiqué pour prendre en considération le *Foreign Account Tax Compliance Act* nord-américain et la réforme du droit des obligations du droit français en 2016. À propos de cette dernière, « *les modifications du modèle LMA retranscrivent avec soin l'incidence mesurée de la réforme en matière de crédits syndiqués*¹⁴⁵ » et prennent en compte « *des dispositions nouvelles relatives à l'imprévision, aux régimes de cession de dette, de créance et de contrat et au droit commun de la représentation*¹⁴⁶ ».

87. Critiques à l'encontre de la LMA¹⁴⁷. La LMA est la principale association de place dont l'objet porte directement sur les crédits syndiqués. Cependant, d'origine étrangère, certains ont vu d'un mauvais œil son influence sur le système de droit civil français¹⁴⁸. Face à cette situation, un cabinet d'avocats a eu l'idée de lancer une association concurrente en 2010 : l'Association européenne de crédit. Cette association avait pour but de proposer une alternative

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ A. Bordenave et B. Guilleminot, « Les crédits syndiqués après la réforme du Code civil : la mise à jour du modèle LMA – Analyse juridique », *Option Finance*, 17 novembre 2016. Disponible également sur : <https://www.lexplicite.fr/les-credits-syndiques-apres-la-reforme-du-code-civil-la-mise-a-jour-du-modele-lma/>. V. aussi : A. Bordenave, B. Fournier et B. Guilleminot, « Le modèle LMA après la réforme du droit des contrats », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 25, p. 179.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ E. Lederer, « Les emprunteurs proposent un nouveau cadre pour ce type de crédit », *Les Échos*, 29 décembre 2009. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2009/12/les-emprunteurs-proposent-un-nouveau-cadre-pour-ce-type-de-credit-471033#:~:text=cr%C3%A9dit%20%7C%20Les%20Échos-.Les%20emprunteurs%20proposent%20un%20nouveau%20cadre%20pour%20ce%20type%20de,par%20la%20Loan%20Market%20Association> [consulté en septembre 2021].

¹⁴⁸ V. C. M., « Un faux contrat standard pour les crédits syndiqués », *Option Finance*, 4 novembre 2002, n° 710, p. 20.

aux standards définis par la LMA s'agissant des crédits syndiqués. Son objet social était ainsi décrit : « *participer à l'amélioration, l'efficacité et la transparence du marché du crédit syndiqué en France et dans les pays européens de droit civil, et de participer et fluidifier la liquidité du marché du crédit syndiqué, en France et dans les pays européens de droit civil*¹⁴⁹. » Les initiateurs avaient constaté que le modèle LMA était trop inspiré du *common law* et pas assez adapté au droit français. Ils considéraient aussi que les propositions du modèle LMA pouvaient avoir pour effet de provoquer une « gestion de fait » par les banques de l'entreprise débitrice. Le pouvoir des banques leur permettait d'exiger qu'elles donnent leur accord pour chaque décision opérationnelle importante. L'enjeu derrière cela était un risque de prendre des décisions contraires à l'intérêt social de l'entreprise. Un tel cadre serait par conséquent contraire au droit civil français selon lequel l'obligation principale d'un emprunteur est de rembourser le capital et de payer les intérêts. En réponse, la LMA argumentait que leurs modèles étaient certes fortement inspirés du droit anglais mais adaptés aux autres droits.

88. La fin du débat. Un tel débat était en réalité lié au contexte de la crise financière déclenchée en 2008 qui avait accentué les tensions entre emprunteurs et créanciers, notamment en raison des ruptures plus fréquentes de *covenants*¹⁵⁰. Un autre facteur de tension était l'arrivée à terme de nombreuses lignes de crédit pendant l'année 2010. Les critiques signalées par l'Association européenne de crédit ont été soutenues par certaines entreprises réunies dans le cadre d'un groupe d'emprunteurs. De son côté, l'Association française des trésoriers d'entreprises (AFTE) avait manifesté son accord avec ces arguments. Dix ans plus tard, l'on constate que les banques n'ont pas suivi les critiques adressées par les emprunteurs et que la situation s'est apaisée. Concrètement, le cabinet d'avocats qui avait été à l'origine de la création de l'association n'existe plus¹⁵¹. De son côté, l'Association européenne de crédit semble ne plus avoir d'activité.

89. La « guerre du droit ». De manière générale, la méfiance à l'égard de la LMA peut être analysée au regard de ce que certains commentateurs qualifient de « guerre du droit ». En effet, selon un auteur, « *le droit est une citadelle protégeant tous les aspects de la société telle*

¹⁴⁹ E. Lederer, *loc. cit.*

¹⁵⁰ Les *covenants* sont des engagements auxquels sont tenus les emprunteurs pendant toute la durée du crédit.

¹⁵¹ P. D'Amore, « Clap de la fin pour Andersen Tax Legal à Paris », *Décideurs : stratégie, finance, droit*, 3 décembre 2019. Disponible sur : <https://www.magazine-decideurs.com/news/clap-de-fin-pour-andersen-tax-legal-a-paris> [consulté en septembre 2021].

que nous la souhaitons. Cette citadelle, qui ressemble à celles édifiées par Vauban, vise à nous protéger de toute intrusion mais doit permettre d'identifier ceux qui privilégieraient les intérêts d'un agresseur. Dans un conflit aussi asymétrique qu'une guerre économique, les acteurs n'ont pas de scrupules, le droit est un instrument de soft power et une arme d'une redoutable efficacité pour ruiner, déposséder, entraver une entreprise comme un État¹⁵² ». D'un point de vue philosophique, un autre auteur observe qu'« aujourd'hui, la dialectique entre la liberté et la sécurité se joue dans le domaine du droit. Le positivisme juridique ne voit dans les réglementations qu'une série de textes et de règlements qu'il suffit de suivre pour que la société fonctionne. Si le droit le dit, alors c'est que là réside la vérité et la voie à suivre. C'est oublier que le droit est d'abord l'expression d'une philosophie et la conséquence d'une pensée. La tradition juridique française est la fille de la conception romaine du droit, qui ne se contente pas d'organiser les rapports humains, mais qui propose une vision de l'homme. S'affilier à un droit, ce n'est pas seulement accepter les règles imposées par l'autre, c'est aussi et surtout se soumettre à sa vision du monde et de l'homme¹⁵³ ».

90. Le rôle des cabinets anglo-saxons. Les cabinets d'avocats anglo-saxons installés en France sont ainsi pointés du doigt comme étant en partie responsables d'une « colonisation juridique » : « qui n'a pas remarqué, depuis quelques années, la multiplication des documents du type non disclosure agreement ou letter of intent qui se veulent un accord sur une chose et un prix, mais qui n'engage pas ? Une négation du droit continental dans ce qu'il a de plus essentiel. Qui n'a pas noté une expansion du volume des contrats, avec des pages de définitions rappelant le sens des mots et des obligations là où notre droit, fondé sur des codes et des statuts, est justement conçu pour ne pas avoir à s'en embarrasser ? Adopter cette façon de faire est une preuve de l'efficacité d'un soft power imposant des pratiques juridiques qui nous sont étrangères. L'illustration du succès d'une approche colonialiste telle que celle décrite en préambule. Ce colonialisme juridique ne doit pas nous laisser indifférent. Le soft power est utilisé pour rendre acceptable un hard power qui repose sur l'application d'un droit mis au service des ambitions d'un pays tiers¹⁵⁴. » Une telle méfiance conduit même parfois à affirmer

¹⁵² N. Lerègle, « *Le selfish law: in my law we trust... vous de même !* », *Conflits*, juillet 2016, n° 23, p. 13. À propos de l'attractivité internationale du droit français v. A. Fournier-de Faÿ, « La recherche de l'attractivité internationale et la réforme du droit des obligations », *Option Finance*, 6 novembre 2017, n° 1436, p. 47 ; E. Bouretz, « L'explosion en France des crédits syndiqués pourrait renforcer la compétitivité juridique de la Place de Paris », *LPA*, 3 août 2005, n° 153, p. 3.

¹⁵³ J.-B. Noé, « Entre le loup et le chien », *Conflits*, juillet 2016, n° 23, p. 7.

¹⁵⁴ N. Lerègle, *loc. cit.*, p. 12.

que « ces cabinets se sont installés avec des praticiens dotés d'une déontologie propre dont l'application peut révéler bien des surprises. Dans le souci de prévenir des conflits d'intérêts, les avocats des cabinets anglo-saxons (américains de facto) s'obligent à renseigner une base de données sur leurs clients. Ces informations ne sont pas neutres, elles indiquent la nature du litige, des prestations demandées, les enjeux et les intérêts de l'affaire, les parties concernées. Autant d'informations qui sont, pour celui qui les collecte et les analyse, une source de renseignements inestimable. Les avocats qui exercent dans ces cabinets sont au service de maisons mères situées aux États-Unis ou en Angleterre, dont les intérêts diffèrent de ceux de leurs bureaux, parisiens par exemple¹⁵⁵ ».

91. La riposte des cabinets français. Dans toute guerre, la partie attaquée doit essayer de se renseigner et d'innover pour mieux riposter. En ce sens, Raquel Grase signale que « *comme dans un système de défense classique, il convient d'anticiper les menaces juridiques par une connaissance fine des normes, des pratiques (l'extraterritorialité dans la réglementation anticorruption n'est mise en œuvre activement que depuis une décennie alors que le FCPA¹⁵⁶ date des années 1970) et des systèmes décisionnels de l'adversaire. Les doctrines de guerre ne se cantonnent plus au seul champ matériel et physique. À l'instar de nos armées, qui se dotent d'une doctrine de cyberdéfense, il est temps pour les acteurs politiques et économiques français de conceptualiser l'emploi de l'arme juridique dans des conflits économiques toujours plus intenses et protéiformes¹⁵⁷* ». En particulier, les juristes et « *les cabinets français, notamment, doivent accepter de développer leurs spécificités propres et non pas chercher à singer les cabinets américains¹⁵⁸* ».

92. Les marchés cibles. Cette réaction commence à se faire entendre, car si l'hégémonie du *common law* est actuellement incontestable, il convient aussi de tenir compte d'autres marchés moins influencés par la culture anglo-saxonne. C'est le cas, par exemple, de la partie francophone du continent africain où le marché des crédits syndiqués connaît une grande croissance. Ces pays, historiquement très liés à la France, constituent un marché privilégié pour développer des pratiques contractuelles en droit civil. C'est également le cas des pays européens

¹⁵⁵ N. Lerègle, *loc. cit.*, p. 13.

¹⁵⁶ Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), loi américaine datant de 1977, ayant pour but de lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger. Elle est appliquée extra-territorialement.

¹⁵⁷ R. Grase, « Le droit outil d'influence et de coercition », *Conflits*, juillet 2016, n° 23, p. 26.

¹⁵⁸ J.-B. Noé, *loc. cit.*, p. 7.

tels que la France, l'Espagne ou l'Allemagne puisque la LMA propose des modèles de contrats adaptés à leur système de droit respectif¹⁵⁹. Enfin, l'influence du droit anglais sera sans doute affectée par les conséquences du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne : « *le récent phénomène du Brexit aurait déjà des effets – au moins psychologiques – négatifs concernant le choix du droit anglais dans les opérations internationales de financement. L'on relève quoi qu'il en soit de nombreuses incertitudes juridiques. Dans tous les cas, un droit attractif pour le secteur des crédits syndiqués doit nécessairement prendre en compte les attentes des acteurs économiques, et en particulier les établissements financiers*¹⁶⁰. »

2. La qualification des contrats LMA en droit français

93. La même logique de standardisation étant appliquée aux « termes et conditions » par les banques françaises aux emprunteurs français a soulevé des questions quant à la qualification du contrat. Du point de vue du droit civil, s'agit-il d'un contrat d'adhésion ou d'un contrat de gré à gré ? Cette question se pose surtout pour les emprunteurs ayant moins de force négociatrice que les banques, c'est-à-dire les emprunteurs de taille moyenne, voire petite. Logiquement, il est plus simple d'imaginer qu'une entreprise de taille importante puisse imposer ses vues lors d'une négociation d'un contrat de crédit. Cependant, la réalité est que le marché du crédit provoque de véritables rencontres dans lesquelles chaque partie est intéressée à ce que l'accord se fasse sans qu'aucune n'ait un pouvoir déterminant. Cependant, il est aussi vrai que la documentation LMA a été principalement conçue pour les banques qui peuvent se laisser tenter de les imposer à des clients ayant moins de ressources¹⁶¹.

94. **Le LMA de gré à gré**¹⁶². De prime abord, on peut considérer que le contrat de crédit du LMA est signé et négocié librement par des banques et un ou plusieurs emprunteurs. En effet, l'un des objectifs du marché du crédit est que les parties se rencontrent, négocient et se mettent d'accord sur l'objet de leur convention. Cela correspond à ce que l'article 1110 du Code civil dénomme un « contrat de gré à gré » en le définissant de la manière suivante : « le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. » Une telle liberté de négociation est, en droit, l'une des règles qui régissent les contrats mais, de fait, ce sont

¹⁵⁹ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 53.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁶² *Ibid.*, p. 51.

surtout les grandes entreprises qui bénéficient d'une plus grande liberté à l'heure de négocier ces contrats. En tant que pratique soumise à un marché concurrentiel, les crédits syndiqués suivent la loi de l'offre et de la demande selon laquelle il est naturel qu'une grande entreprise soit un client particulièrement intéressant pour les financiers. Ces derniers sont facilement disposés à aménager leur contrat modèle afin de satisfaire un client de cette taille et de maintenir une bonne relation commerciale avec lui. L'argument en faveur de la qualification de contrat de gré à gré est d'autant plus pertinent dans l'hypothèse où ils sont négociés dans le cadre d'un *club deal*¹⁶³ étant donné que c'est « *une forme de syndication utilisée pour des financements de taille plus modeste et regroupant un nombre limité de banques. Il ne s'agit pas d'un processus bien hiérarchisé et coordonné par des arrangeurs mais d'un accord entre un emprunteur et les trois ou quatre banques dont il est le plus proche. Le club deal doit permettre d'arriver à une décision rapide entre contreparties qui se connaissent bien (d'où le terme club). L'idée est que le montant relativement modeste du financement, la possibilité de le partager avec d'autres banques et l'opportunité offerte de renforcer encore une relation commerciale doit inciter les banques à s'engager sans difficultés auprès de leur client. C'est typiquement le genre de syndication qui a lieu dans une opération de financement d'actif [...]*¹⁶⁴ ».

95. Le LMA contrat d'adhésion. D'un autre côté, la standardisation des contrats de crédit conduit assez naturellement à pencher pour la qualification de contrat d'adhésion. Ce type de contrat est défini par l'article 1110 du Code civil comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ce sont notamment les emprunteurs ayant une capacité d'emprunt peu élevée qui peuvent se voir imposer plus facilement des conditions non négociables, déterminées à l'avance par les banques. Il existe en effet certaines clauses dont le contenu est jugé figé, indispensable et donc non négociable ou, dans le meilleur des cas, très peu négociable. C'est la raison pour laquelle ces clauses sont connues comme des « *deal breakers* », ce qui signifie que soit les conditions qu'elles posent sont acceptées, soit l'accord est « cassé »¹⁶⁵.

96. La pratique contractuelle révèle cependant que dans un même contrat cohabitent des clauses non négociables et des clauses dont le contenu est plus souple. Une telle situation rend

¹⁶³ *Ibid.*, p. 51.

¹⁶⁴ C.-H. Larreur, *op. cit.*, p. 227-228.

¹⁶⁵ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 51-52.

possible une qualification de chaque clause séparément et non du contrat dans son ensemble en tant que contrat de gré à gré ou en tant que contrat d'adhésion.

97. À la recherche d'un équilibre : le contrat LMA, entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion. La coexistence, au sein d'un même contrat de crédit, de clauses considérées comme étant non négociables (*deal breakers*) – telles que, par exemple, celles concernant les règles de majorité du droit de vote des banques ou la terminologie utilisée pour éviter qu'une garantie autonome ne soit requalifiée en tant que cautionnement –, et d'autres pouvant faire l'objet d'un accord entre les parties – comme le montant même du crédit – est de nature à diviser le contrat entre les deux qualifications ci-dessus proposées¹⁶⁶. Cette solution pourrait être inspirée de la technique du « dépeçage¹⁶⁷ », propre à la doctrine du droit international privé, qui désigne « *la tendance à soumettre à des lois diverses les éléments d'une situation ou d'une institution dont l'unité appellerait l'application d'une seule loi. Ex. dans le domaine des contrats, méthode aboutissant à soumettre à des lois distinctes chacun des actes qui manifestent l'accord des parties et réalisent l'exécution de leurs obligations*¹⁶⁸ ».

98. L'application de la technique du dépeçage aux contrats de crédit conduirait à étudier chaque clause au prisme de l'article 1110 du Code civil. Ainsi si certaines dispositions du contrat sont qualifiées en tant qu'accords soumis au régime des contrats de gré à gré, il en va différemment des parties du contrat contenant des clauses considérées comme non négociables et ayant été préalablement déterminées par les banques. Elles relèveront des règles applicables aux contrats d'adhésion. Une telle qualification n'est pas sans effet ni risque car l'article 1110 du Code civil dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Ainsi, comme l'explique Adrien Pesneau, « *la réalité nous amène à constater que nous ne nous trouvons jamais totalement dans l'un ou l'autre de ces deux cas mais dans une zone comprise entre ces deux extrémités avec un curseur d'ajustement qui est, selon les cas, plus ou moins orienté vers l'un de ces deux pôles. La qualification de contrat d'adhésion ou de gré à gré n'est pas dénuée d'intérêt. Il en découle*

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 50.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 51.

¹⁶⁸ G. Cornu, *op. cit.*, p. 330.

*des conséquences notamment en ce qui concerne la nullité des clauses abusives qui reste cantonnée aux contrats d'adhésion*¹⁶⁹ ».

99. Conclusion de la section. Le contexte juridique dans lequel la pratique des crédits syndiqués est un élément important pour comprendre le processus de réception de l'agent des sûretés. La faiblesse du cadre légal français applicable aux crédits syndiqués avait pour conséquence l'augmentation des risques d'illégalité liés à cette pratique, mais également laissait un vide qui a été rapidement comblé par les recommandations des associations de place d'origine anglaise. C'est ainsi que la LMA a pu rapidement devenir la référence juridique pour les acteurs des crédits syndiqués de droit français. C'est dans ce contexte que la fonction de l'agent des sûretés sera importée en France.

100. Conclusion du chapitre. La réception du contrat de crédit syndiqué en France a été rendue possible grâce à un contexte économique et juridique favorable. Toutefois, il est important de signaler qu'il n'existe toujours pas à ce jour de qualification juridique déterminée du crédit syndiqué en droit français : « *la nature juridique du contrat de syndicat est controversée en doctrine. Deux thèses principales s'affrontent, l'une partisane de la société en participation, l'autre, juridiquement plus juste, en tout cas plus réaliste, partisane d'une convention sui generis*¹⁷⁰. » Dans l'hypothèse de choisir la qualification de société, le syndicat serait une société en participation¹⁷¹ puisqu'il est en principe dépourvu de personnalité morale. Même si une partie de la doctrine s'est inclinée pour cette qualification, en particulier la qualification de société créée de fait est retenue « *en raison d'un comportement analysé a posteriori*¹⁷² », de nombreux arguments s'opposent à une telle dénomination. En effet, la notion de société ne peut être appliquée à un syndicat bancaire à la lumière de l'article 1832 du Code civil qui précise quels sont les éléments constitutifs d'une société ; à savoir l'*affectio societatis*, l'apport en nature et le partage des bénéfices¹⁷³.

¹⁶⁹ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁰ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 29.

¹⁷¹ Dans ce sens, v. CA Versailles, 6 juin 1996 (Bissonet c/BNP, Juris-Data, n° 043734) commenté par E. Bergoin, « L'interdépendance de la nature juridique du syndicat bancaire et des pouvoirs de son chef de file », *D.*, 1998, Jurisprudence p. 83.

¹⁷² Y. Zein

, *op. cit.*, p. 310-313, cité dans E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 30.

¹⁷³ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 30.

101. Cette technique « correspond tout simplement à la définition du contrat donné par l'article 1101 du Code civil [...]. Les modalités particulières fixées dans chaque convention – qui peuvent s'apprécier au regard des usages bancaires – règlent au cas par cas les droits et obligations de chacun des acteurs de la syndication¹⁷⁴ ». C'est dans le cadre¹⁷⁵ de ce contrat *sui generis* qu'intervient l'agent des sûretés.

¹⁷⁴ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 31.

¹⁷⁵ Même si « *cela fait longtemps que la figure du "contrat cadre" est ancrée dans le discours juridique* » et qu'« *elle est issue de la pratiques des affaires, [et] est associé aux réseaux de distribution, au droit bancaire ou encore au droit rural* », le contrat de crédit syndiqué ne peut être assimilé à un contrat cadre par rapport à la figure de l'agent des sûretés qui serait un contrat d'application. En effet, au sens de l'article 1111 du Code civil, « *le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution* ». Le rapprochement est tentant mais il ne peut pas être affirmé que le contrat d'agent des sûretés, s'il est distinct de celui de crédit, constitue une modalité d'exécution du contrat du crédit. À propos du contrat cadre v. le dossier intitulé « Le contrat cadre, développements récents », *AJ Contrat*, 2017, p. 103. Les citations de cette note sont tirées du résumé de ce dossier.

Chapitre 2 :

La réception particulière de l'agent des sûretés par le droit civil

102. Les « obligors ». L'opération de crédit syndiqué est complexe et fait intervenir plusieurs types d'acteurs. D'une part, l'emprunteur ou les emprunteurs¹⁷⁶ sollicite(nt) un groupe de banques pour obtenir un financement. Souvent, le contrat de crédit qui unit l'emprunteur à une banque ou un groupe de banques n'est pas isolé mais est le fruit d'une relation commerciale et juridique plus longue et plus complète ayant pour but le développement et la croissance de l'emprunteur et de son activité. Cette relation stable explique le fait que l'on parle souvent de « client » et pas uniquement d'« emprunteur ». Les emprunteurs et les garants, considérés dans la pratique contractuelle comme formant un seul et même groupe, sont qualifiés d'« *obligors* ». Comme cette terminologie anglaise le suggère explicitement, la notion d'« *obligors* » fait référence au fait d'être « obligé » à l'égard de parties financières.

103. Les parties financières. D'autre part, l'expression « parties financières¹⁷⁷ » fait donc référence au groupe se trouvant en face de celui des *obligors*. Précisément, cette expression désigne les créanciers ou prêteurs¹⁷⁸, c'est-à-dire les établissements bancaires qui octroient un crédit. Les banques de couverture¹⁷⁹ peuvent aussi en faire partie pour certaines opérations, tout comme l'agent de crédit et l'agent des sûretés. Ces intervenants sont regroupés en général sous la même appellation dans la mesure où, en tant que créanciers, ils doivent agir de façon cohérente et organisée pour que l'opération réussisse et que leurs intérêts soient respectés. Cependant, des distinctions doivent être opérées : les banques faisant partie d'un syndicat bancaire se consacrent principalement à leur cœur de métier, la fourniture de crédit, et confient la bonne gestion du syndicat à deux entités jouant un rôle primordial dans cette organisation : l'agent de crédit et l'agent des sûretés, respectivement en charge de la gestion du crédit et de celle des sûretés. À cet égard, il convient de remarquer que la réception particulière, par le droit civil français, de l'agent des sûretés peut être analysée tantôt comme une reconnaissance par

¹⁷⁶ *Borrower or borrowers* en anglais.

¹⁷⁷ *Finance parties*.

¹⁷⁸ *Lenders* en anglais.

¹⁷⁹ *Hedging banks*.

opposition aux autres acteurs du crédit syndiqué (section 1) tantôt comme une figure autonome (section 2).

Section 1 : La réception de l'agent des sûretés par opposition aux autres acteurs du crédit syndiqué

104. La documentation de financement qui sert de fondement à la mise en place d'un crédit syndiqué est très précise quant au fonctionnement du syndicat. Les rôles des différents acteurs doivent y être définis afin de ne pas les confondre avec celui de l'agent des sûretés.

105. L'arrangeur et l'agent de crédit constituent les principaux acteurs de l'organisation d'un syndicat bancaire¹⁸⁰ : le premier est chargé de structurer le crédit (§1) tandis que le second a pour mission de le gérer (§2). S'agissant de deux activités distinctes, généralement deux banques différentes exercent respectivement les rôles d'arrangeur et d'agent de crédit ; il arrive toutefois qu'une seule et même banque remplisse les deux fonctions.

106. La jurisprudence française a pu utiliser l'expression « chef de file » pour désigner à la fois l'arrangeur et l'agent de crédit mais la pratique emploie aujourd'hui les termes arrangeur et agent, même si ce dernier n'est pas précis et peut prêter à confusion avec l'agent des sûretés.

§1. Le rôle de l'arrangeur : la structuration du crédit

107. L'arrangeur agit comme un intermédiaire dont l'activité consiste à mettre en relation un emprunteur et des banques qui formeront un syndicat (A). Son activité peut-être recevoir différentes qualifications juridiques (B).

¹⁸⁰ Sur l'organisation du syndicat et les rôles de ses acteurs v. E. Bouretz, « Crédits syndiqués », *JurisClasseur Banque-Crédit – Bourse*, 15 septembre 2003, fasc. 505 [dernière mise à jour : 1^{er} février 2019] ; F. Marin et B. Gérard-Godard, « Brefs propos sur la notion de prêt syndiqué », *JCP N*, 27 mai 2011, n° 21, p. 57-61 ; J. Bertran de Balanda, « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque & Droit*, mars-avril 1997, n° 52, p. 3-7 ; J.-M. Daunizeau, « Banques et partage du risque de crédit (*pools* bancaires) », *Banque & Droit*, septembre-octobre 1998, n° 61, p. 3-12 ; J. Bertran de Balanda, « Crédits consortiaux : quelles règles du jeu ? 1. Les différents types de crédits consortiaux », *JCP E*, 1994, n° 50, p. 561-566 ; E. Bouretz, « Sous-participation. Rapports entre banques et effet relatif du contrat », *RD banc. et fin.*, janvier-février 2004, n° 1 ; F. Porté, « Les tours de table bancaire », *Banque & Droit*, juillet-août 1995, n° 42, p. 9.

A. La mission de l'arrangeur

108. La principale mission de l'arrangeur est de conseiller l'emprunteur dans la conception de l'opération (1). La fonction d'arrangeur est généralement exercée par une seule banque, cependant il peut y en avoir plusieurs lorsque l'opération est d'un montant très élevé et complexe. L'arrangeur, qui dispose d'une bonne connaissance du marché et de l'opération prévue, agit pour le seul compte de l'emprunteur afin de constituer le syndicat bancaire, de négocier et d'établir la documentation contractuelle (2).

1. La mission de conseiller l'emprunteur

109. Les banques de référence. Lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises est confronté(e) à un besoin de financement important et décide d'avoir recours à un prêt bancaire syndiqué, elle doit trouver des établissements pouvant effectivement monter un syndicat bancaire et fournir le montant demandé. Souvent, les entreprises disposent d'une liste de banques de référence avec lesquelles elles ont l'habitude de travailler ; ce sont donc ces banques de référence qui vont prioritairement être sollicitées. Les emprunteurs peuvent aussi s'adresser à des prêteurs moins connus, notamment s'ils requièrent des banques spécialisées dans un type particulier d'opération.

110. Le chef de file. La première étape consiste à choisir une banque dont la mission sera de monter le syndicat bancaire ; il s'agit de l'arrangeur ou « chef de file ». Ce choix s'opère sur le fondement de critères tenant à l'importance et au type d'opération. Un critère de sélection essentiel est celui de la capacité financière de l'établissement mais d'autres sont à considérer tels que l'expérience de la banque dans le type d'opération que l'emprunteur envisage de réaliser et sa connaissance du marché. Ainsi, les compétences techniques de l'arrangeur d'une opération de rachat d'une entreprise en Europe et celles de l'arrangeur d'un financement d'autoroute en Afrique anglophone ne sont pas les mêmes.

111. Les relations entre l'emprunteur et les possibles arrangeurs qu'il a contactés sont assez informelles, car le rôle de l'arrangeur est surtout celui de conseiller. Leur relation se manifeste par des discussions sur les conditions (rémunération des banques, octroi des garanties, etc.) du financement susceptibles d'être acceptées par les prêteurs. L'office de l'arrangeur consiste donc essentiellement à conseiller l'emprunteur dans le but de trouver les meilleures conditions de

financement. L'emprunteur cherche généralement un crédit avec des conditions déterminées en ce qui concerne son montant et ses modalités d'exécution, c'est pourquoi l'arrangeur étudie le dossier afin de trouver les financiers intéressés par de telles conditions.

112. La négociation de bonne foi. Tant qu'une offre n'est pas conclue entre l'arrangeur et l'emprunteur, ils ne sont pas liés par un contrat spécifique ; raison pour laquelle la seule obligation à laquelle les parties sont soumises est celle de négocier de bonne foi.

113. Le projet de crédit. Les banques sollicitées par l'emprunteur lui présentent un projet de crédit. Avant d'émettre leur offre, ces banques analysent en profondeur l'opération envisagée par l'emprunteur ; à savoir sa rentabilité, la disponibilité des fonds, ou encore le respect de certains ratios¹⁸¹. La tâche n'est pas évidente puisque les banques candidates « *doivent concilier les intérêts souvent divergents entre l'emprunteur et les prêteurs potentiels. L'offre des banques devra être tout à la fois attractive pour l'emprunteur et suffisamment séduisante pour les prêteurs afin de permettre la constitution d'un syndicat bancaire*¹⁸² ». Pour que l'offre en soit une juridiquement, elle doit contenir les principaux éléments du contrat proposé ; à défaut, ce ne sera qu'une invitation à entrer en pourparlers¹⁸³. Enfin, les banques tiennent à préciser la nature de leur engagement : un engagement ferme, un engagement de « faire ses meilleurs efforts », ou une combinaison des deux (voir *supra*)¹⁸⁴.

114. L'offre conditionnelle de financement. Au terme de cette étape précontractuelle, l'arrangeur signe avec l'emprunteur une « lettre d'engagement¹⁸⁵ » dans laquelle sont précisés, d'une part, les termes et conditions de la constitution du syndicat bancaire et, d'autre part, les termes et conditions de la convention de prêt. Le document contenant les termes et conditions du contrat de prêt est dénommé par la pratique « *term sheet* ». La réponse de l'emprunteur à l'une des offres de crédit suffit – en principe – à former le contrat et à confirmer l'existence

¹⁸¹ E. Bouretz, « Crédits syndiqués », *JurisClasseur Banque-Crédit – Bourse*, fasc. 505, 15 septembre 2003 [dernière mise à jour : 1^{er} février 2019], p. 8.

¹⁸² *Ibid.*, p. 9.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ La lettre d'engagement est également connue dans la pratique sous les termes de « *mandate letter* » ou « *commitment letter* ». La teneur de la lettre d'engagement déterminera le type le degré de responsabilité de l'arrangeur. Selon la formulation employée, L'arrangeur pourra ainsi être qualifié de mandataire, de courtier ou même d'entrepreneur.

d'un type de mandat confié à la banque qui a fait l'intermédiaire pour monter la syndication (et devenir ainsi l'arrangeur)¹⁸⁶.

115. Le « *term sheet* ». Les termes et conditions générales du contrat de prêt (« *term sheet* ») constituent cependant une offre conditionnelle de contrat de financement, car les banques ne sont pas encore engagées définitivement et formellement à remettre les fonds à l'emprunteur. En effet, les « lettres d'engagement » précisent que les banques ne seront obligées qu'au moment de la signature du contrat de prêt qui prévoit un certain nombre de conditions à remplir pour que les parties soient effectivement tenues de l'exécuter.

116. Une fois l'offre conditionnelle signée, les banques et l'emprunteur cherchent à trouver un accord sur le contrat de crédit. Comme dans tout contrat, ces négociations peuvent échouer ; dans ce cas, le contrat de financement ne verra jamais le jour. Afin d'éviter cet écueil, les parties s'engagent souvent à « faire leurs meilleurs efforts » en vue de trouver rapidement un accord sur les termes et conditions de la convention de prêt.

117. La clause de « *market flexibility* ». Si un accord est trouvé, encore faut-il que toutes les conditions prévues par la lettre d'engagement se réalisent pour que le contrat existe effectivement. Enfin, il est souvent prévu une clause de « *market flexibility* » selon laquelle les conditions de rémunération du prêt peuvent être renégociées dans l'hypothèse d'un changement des conditions du marché de capitaux.

118. Acceptation de l'offre. Dans l'acceptation de l'offre, l'emprunteur peut confier à la banque arrangeuse la formation d'un syndicat bancaire sans autre précision mais il peut aussi lui indiquer le nombre et l'identité des banques qu'il souhaite voir intégrer le syndicat ainsi que la répartition des parts de crédit entre chacune d'elles. L'arrangeur accepte en principe de préparer un projet de contrat de crédit et d'en discuter les modalités avec l'emprunteur.

2. La mission de monter le syndicat bancaire

119. Si pendant la phase précontractuelle, la mission principale de l'arrangeur était celle de conseiller l'emprunteur, une fois l'offre signée par ce dernier, l'arrangeur doit établir le syndicat bancaire conformément aux éléments de l'offre.

¹⁸⁶ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 10.

120. La sélection des banques. L'arrangeur approche les banques désignées par l'emprunteur ou d'autres et il vérifie la capacité financière et le prestige des banques envisagées. S'il s'agit d'un financement international, l'arrangeur doit étudier attentivement la nationalité de la banque et celle de l'emprunteur afin de permettre une délocalisation et une optimisation fiscale du contrat de crédit. Plusieurs éléments doivent être considérés sachant que « *certaines de ces critères revêtent une importance toute particulière en matière de financement de projet où les banques doivent faire preuve de leur expérience technique dans tel ou tel secteur et de leur capacité à prévoir les coûts et recettes d'exploitation*¹⁸⁷ ». La sélection des banques se fait en général assez rapidement puisque l'arrangeur a déjà une idée des établissements susceptibles d'être intéressés par l'opération ; soit en fonction du champ d'activité géographique et du type d'opération, soit pour avoir déjà travaillé avec elles dans le cadre d'autres opérations par le passé¹⁸⁸.

121. La mémorandum d'information. Après avoir sélectionné les banques susceptibles d'être intéressées par l'opération, l'arrangeur les contacte par le biais d'une lettre d'invitation. Les banques n'ont que quelques jours pour se manifester. De plus, l'arrangeur envoie aux banques un mémorandum d'information pour faciliter leur adhésion au syndicat. En fonction de la complexité de l'opération, ce mémorandum peut contenir une description relativement détaillée de l'emprunteur et de l'opération de financement envisagée (modalités de l'opération et destination des fonds ; si l'emprunteur est un pays : profil économique, système monétaire, commerce extérieur, balance des paiements, finances, dette publique, etc.). Le mémorandum est rédigé pour le compte de l'emprunteur, avec ses propres informations et à ses propres frais, cependant il ne signe pas le document. Ainsi, des auteurs s'interrogent sur le fait de savoir si ce document n'est pas également diffusé pour le compte de l'arrangeur¹⁸⁹. En tout état de cause, il peut conduire à l'engagement de la responsabilité de l'arrangeur en fonction de la qualification de son contrat¹⁹⁰.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ V. R.-P. Donald, *International Syndicated Loan*, Londres : Euromoney Publications, 1982, p. 294 ; P. Gabriel, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Londres : Butterworths, 1986, p. 128. Cette référence est donnée par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 8.

¹⁹⁰ E. Bouretz, *loc. cit.* p. 10-11.

B. La qualification juridique de l'activité de l'arrangeur

1. La qualification du contrat conclu entre l'arrangeur et l'emprunteur

122. L'emprunteur est le donneur d'ordre de l'arrangeur qui agit donc en tant qu'intermédiaire. Leur relation étant contractuelle, la responsabilité de l'arrangeur est également, par voie de conséquence, contractuelle¹⁹¹. Les clauses exonératoires de responsabilité sont néanmoins valables (mis à part les cas de faute lourde ou dol¹⁹²). Diverses qualifications contractuelles peuvent être retenues pour caractériser la relation entre l'arrangeur et l'emprunteur.

123. Mandataire. Premièrement, la relation entre l'arrangeur et l'emprunteur se rapproche d'un contrat de mandat en ce que ce dernier prévoit l'accomplissement de tâches matérielles et intellectuelles. La pratique contractuelle désigne le contrat entre les parties de « *mandate letter* », toutefois le contrat de mandat du Code civil ne se limite pas à cet accomplissement de tâches. En effet, l'élément essentiel d'un mandat est le pouvoir de représentation du mandataire, or il est difficile d'affirmer que l'arrangeur obtient un pouvoir de représentation de l'emprunteur étant donné qu'il se limite à effectuer « *des tâches intellectuelles et matérielles de préparation du contrat et de collecte des renseignements*^{193 194} ».

124. Courtier¹⁹⁵. Deuxièmement, la mission de l'arrangeur ressemble à celle d'un courtier lorsque l'emprunteur lui laisse toute indépendance pour monter la syndication. D'un point de vue historique, la mission de l'arrangeur équivaut effectivement, dans une certaine mesure, à la finalité initiale du contrat de courtage consistant à mettre en relation des parties de nationalités différentes et de les aider à établir une relation commerciale, notamment en rédigeant des contrats.

¹⁹¹ V. G. Bhattacharyya, « The duties and liabilities of lead managers in syndicated loans », *BJIBFL*, avril 1995, p. 172. Cette référence est citée par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁹² E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁹³ V. J.-B. Blaise et Ph. Fouchard, « Organisation bancaire : valeur juridique de la syndication » in J.-B. Blaise, Ph. Fouchard, Ph. Kahn, *Les Euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international*, Paris : Librairies techniques, 1981, vol. 8, p.188, n° 53 (Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux). Cette référence est citée par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁹⁴ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 11-12, points 69-72.

125. Plusieurs éléments plus concrets indiquent une proximité entre la mission d'arrangeur est celle de courtier :

- l'arrangeur est un intermédiaire qui met en rapport les banques avec un emprunteur, alors que le courtier « met en relation deux personnes qui désirent contracter pour les amener à passer un acte¹⁹⁶ » ;
- aussi bien l'arrangeur que le courtier ont pour mission principale de permettre la conclusion effective d'un contrat entre des parties qu'ils aident à rapprocher. Dans le cas spécifique de l'arrangeur, il met tout en œuvre pour que les parties signent le contrat de crédit syndiqué ;
- l'arrangeur ne dispose pas d'un pouvoir de représentation générale ; il n'agit pas en tant que représentant de l'emprunteur ou des banques. Si jamais il doit intervenir en représentation d'une banque absente, il ne le fait qu'en vertu d'un mandat de représentation spécial. Le courtage ne constitue pas un contrat de représentation étant donné que les parties qu'il met en contact doivent contracter directement ;
- aussi bien l'arrangeur que le courtier disposent d'une certaine exclusivité. En effet, dans le cas de l'arrangeur, l'emprunteur confie uniquement à une banque, ou un petit nombre de banques si l'opération est spécialement complexe, la mission de structurer le syndicat bancaire.

126. Pour autant, malgré ces similitudes, la relation contractuelle entre un emprunteur et un arrangeur ne peut être qualifiée de contrat de courtage pour plusieurs raisons :

- l'arrangeur est partie à la convention de crédit en tant que prêteur et souvent en tant que gros prêteur. Une telle participation n'est pas inhérente à la fonction d'arrangeur mais dans la pratique il est fréquent que l'arrangeur s'engage dès le début de sa mission à fournir lui-même une partie des fonds sollicités par l'emprunteur. Si l'arrangeur signe le contrat de crédit en tant que prêteur, cet acte le distingue du courtier qui n'est jamais partie à la convention entre les parties qu'il met en relation, son rôle se limitant à les mettre en relation sans intervenir au moment de la signature de l'acte ;

¹⁹⁶ D., juin 2021, fiches d'orientation « Courtage ».

° le courtier exerce son métier en toute indépendance alors que l'arrangeur peut être très lié par les exigences de l'emprunteur, par exemple en qui concerne l'identité des banques qui formeront l'éventuel syndicat ;

° l'arrangeur peut garantir à l'emprunteur la conclusion d'un contrat de crédit s'il s'engage à structurer un syndicat qui consentira la totalité du crédit demandé par le client (syndication avec placement garanti ou offre ferme) alors que le courtier n'a pas d'obligation de résultat. De plus, sa mission ne concerne pas l'exécution du contrat conclu grâce à ses démarches par les parties qu'il a présentées. C'est sur ce point que réside la principale différence du statut de l'arrangeur avec le contrat de courtage.

127. Entrepreneur^{197 198}. En conclusion, selon Emmanuelle Bouretz, ce serait plutôt le contrat d'entreprise qu'il conviendrait de retenir pour qualifier l'activité de l'arrangeur. Ce type de contrat constitue une catégorie de louage d'ouvrage¹⁹⁹ et permet à une personne, l'entrepreneur, de s'engager contre rémunération à réaliser un travail au profit d'une autre personne. L'entrepreneur réalise ce travail de manière indépendante et sans représenter son cocontractant, le maître d'ouvrage. En appliquant ce modèle au syndicat bancaire, on peut considérer que celui qui commande le travail (le maître d'ouvrage) est l'emprunteur et celui qui se charge de l'exécuter (l'entrepreneur) est l'arrangeur. Ce dernier accomplit effectivement une tâche pour l'emprunteur à travers l'exécution d'actes matériels, de façon indépendante et sans représenter ce dernier.

2. La qualification de la relation entre l'arrangeur et les banques du syndicat²⁰⁰

128. La relation entre l'arrangeur et les banques qu'il réunit pour former un syndicat bancaire n'est pas de type contractuel. Il importe toutefois de souligner que l'arrangeur peut être lié contractuellement aux banques dans le cas où il est lui aussi prêteur aux termes du contrat de crédit signé. Cependant, il ne s'agit pas dans ce cas de sa fonction d'arrangeur.

¹⁹⁷ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 12.

¹⁹⁸ D., avril 2021, fiches d'orientation « Contrat d'entreprise ».

¹⁹⁹ Article 1710 du Code civil.

²⁰⁰ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 12. V. aussi F. Porté, *loc. cit.*, p. 17-18.

129. Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de l'arrangeur. Si la banque arrangeuse n'est pas responsable contractuellement à l'égard des banques prêteuses, sa responsabilité est donc de nature délictuelle ou quasi-délictuelle. Ainsi, un arrangeur peut voir sa responsabilité engagée à l'égard des autres banques pour avoir commis des fautes, avoir omis de prendre les mesures de précaution les plus élémentaires²⁰¹, ou encore ne pas avoir informé correctement les banques appelées à participer à l'opération.

130. L'hypothèse de la responsabilité contractuelle. Nonobstant la nature non contractuelle de cette relation, on pourrait envisager l'existence d'un contrat de conseil professionnel au regard de la jurisprudence relative à la responsabilité du banquier pour fourniture de renseignements sur un tiers à la demande de l'un de ses clients²⁰². Dans une telle hypothèse, la qualification contractuelle de la responsabilité de l'arrangeur sera préférée à celle de délictuelle. Cependant, ce cas de figure ne semble pas fréquent. En effet, un contrat de conseil professionnel pourrait s'établir dans le cas où l'arrangeur était contacté par les banques afin de fournir des informations sur l'emprunteur mais généralement la fonction de l'arrangeur se limite à chercher à établir une relation avec les banques pour former le syndicat en exécution de la mission que lui a confiée l'emprunteur²⁰³.

131. Enfin, étant donné la nature délictuelle de la relation entre l'arrangeur et les banques, les règles de conflit de lois de droit international privé ne sont pas adaptées. La responsabilité de l'arrangeur relève en principe du droit du lieu où s'est produit le fait dommageable (*lex loci delicti*), c'est pourquoi la juridiction choisie pour régir la convention de crédit sera indifférente s'agissant d'apprécier la responsabilité de l'arrangeur en tant qu'arrangeur (mais sera utile pour l'apprécier en tant que prêteur)²⁰⁴

²⁰¹ Par exemple, Sumitomo Bank Ltd. vs. Banques Bruxelles Lambert SA : [1997] 1 Lloyd's Law Rep. 487, n° 39. Cité par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 12.

²⁰² Cass. com., 25 mars 2003, Delestrade et autres c/ CRAM, Juris-Data n° 2003-018687. Cité par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 12.

²⁰³ Cité par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 12, qui renvoie aux références suivantes : Ch. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit du crédit*, Paris : Litec, 1990, n° 9 ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit Bancaire*, 5^e éd. Paris, Dalloz, 1990, p. 1010, n° 76 ; G. Bourdeaux, *Le Crédit acheteur international*, Paris : Economica, 1995, p. 166, n° 271 ; J.-B. Blaise et Ph. Fouchar, *op. cit.*, p. 189, n° 54 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Le contrat*, Paris : LGDJ, n° 476 ; J. Schmidt, note sous Cass. Com., 22 mars 1972 : JCP G ; 1973, t. II, n° 17543.

²⁰⁴ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 12-13.

3. Le terme de la mission de l'arrangeur et l'éventuelle mise en cause de sa responsabilité

132. Si les négociations entre l'emprunteur et les banques syndiquées aboutissent, une convention de crédit sera signée. La mission de l'arrangeur prend alors fin. Il doit toutefois être souligné que ce terme ne concerne que la mission de la banque en tant qu'arrangeur, car il n'est pas exclu que la même banque fasse partie du syndicat en tant que prêteur.

133. Exemple de clause. Avec la signature du contrat de crédit, la mission de l'arrangeur est donc terminée ; raison pour laquelle la convention de crédit précise que l'arrangeur n'a pas d'obligation à l'égard des parties. En ce sens, le modèle de contrat de la LMA stipule :

« Rôle de l'Arrangeur

Sauf stipulation spécifique contraire, l'arrangeur n'a aucune obligation à l'égard des autres parties au titre de documents de financement ou concernant ceux-ci.

Devoirs fiduciaires

(a) Aucune stipulation d'un document de financement ne confère à l'agent ou à l'arrangeur la qualité de ou de fiduciaire.

(b) Ni l'agent ni l'arrangeur n'aura à rendre de comptes aux prêteurs à la suite de la réception d'une quelconque somme qu'il aurait reçue pour son propre compte.

Responsabilité pour la documentation

Ni l'Agent ni l'Arrangeur ne sont responsables :

(a) du caractère adéquat, de l'exactitude ou de l'exhaustivité des informations, orales ou écrites, fournies par l'agent, l'arrangeur, un débiteur ou toute autre personne concernant les documents de financement [...] ou des opérations visées dans les documents de financement ou tout autre contrat, acte ou document conclu, préparé ou signé en vue, au titre ou dans le cadre, d'un document de financement ;

(b) *De la légalité, de la validité, du caractère effectif ou adéquat ou de l'opposabilité d'un document de financement ou de tout autre contrat, acte ou document conclu, préparé ou signé en vue au titre ou dans le cadre, d'un document de financement [...]»²⁰⁵.* »

134. Exclusion de la responsabilité contractuelle. Compte tenu de l'exclusion de toute responsabilité contractuelle au titre de la convention de crédit, il pourrait être uniquement envisageable d'engager la responsabilité délictuelle de l'arrangeur. Pour ce faire, l'une des parties au contrat devra prouver l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Pour autant, comme l'affirme Emmanuelle Bouretz, la caractérisation de la faute et du préjudice « sera délicate et nécessitera de mettre en balance plusieurs critères, dont ceux tirés :

- de la complexité du financement projeté ;
- de la facilité ou la difficulté d'accès des participants aux informations pertinentes ;
- de la manière dont les banques ont été sollicitées ;
- de la nature éventuellement confidentielle de certaines informations²⁰⁶. »

135. Le devoir d'information et de loyauté. Un exemple de faute de l'arrangeur est un manquement à son devoir de loyauté et d'information en raison de la transmission d'informations erronées qui conduirait à ce que les prêteurs ne disposent pas d'une image de la santé financière de l'emprunteur conforme à la réalité. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a pu reconnaître une faute de l'arrangeur en précisant que sa proposition mettait l'accent « sur le caractère non risqué de l'opération de financement litigieuse, puisqu'il y était mentionné que la facilité de crédit était consentie [...] pour une durée limitée à six mois et que le remboursement devrait intervenir à l'échéance par l'entrée de partenaires financiers et industriels [...] » ; de plus, la mention « à des protocoles conclus avec d'importants partenaires industriels et financiers était de nature à convaincre la banque intimée que l'opération à laquelle il lui était offert de participer était dénuée de tout risque²⁰⁷ ».

²⁰⁵ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *Droit des financements d'entreprise*, 2^e éd., Paris : RB édition, 2018, p. 148. Dans le même sens, le contrat type AFB-AEDBF stipule : « the Arranger has no obligation of any kind to any other Party under or in connection with any finance document. »

²⁰⁶ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 13.

²⁰⁷ CA Versailles, 12^e ch., 2^e sect., 5 décembre 2002, arrêt n° 555, RG n° 01/01203, SA Crédit Agricole Indosuez c/ SA BMCI : RJDA 4/2003, n° 417, p. 381. – Confirmation T. com. Nanterre, 5 décembre 2000, inédit. Cité dans E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 13.

136. L'obligation de vérification des banques. Si l'arrangeur a un devoir de loyauté et d'information, une obligation de prudence et de vérification s'impose aux banques prêteuses : chacune d'elles doit étudier la faisabilité de l'opération à laquelle elle est invitée à participer afin de décider ou non d'y prendre part. Ainsi, les juges peuvent décider de partager la responsabilité entre les banques²⁰⁸.

137. Appréciation des clauses exonératoires de responsabilité de l'arrangeur²⁰⁹. Pour conclure, il est important de souligner que la réalité est différente. En effet, une analyse de la pratique des crédits syndiqués révèle que la responsabilité de l'arrangeur est généralement complètement exclue, y compris dans son volet délictuel. Outre l'insertion de clauses exonératoires de responsabilité, il est d'usage que l'emprunteur rédige une lettre de décharge dans laquelle il précise que les informations le concernant et transmises aux prêteurs sont exactes et complètes, qu'il accepte la forme et le fond, qu'il en est responsable et qu'il donne autorisation à l'arrangeur pour qu'il les communique aux membres du syndicat. En outre, il arrive que l'arrangeur obtienne de l'emprunteur une indemnité spécifique au cas où sa responsabilité venait à être engagée sur le fondement des informations contenues dans le mémorandum.

138. Pourtant, en matière délictuelle, il existe un principe du droit français selon lequel les clauses limitatives exonératoires de responsabilité sont nulles. La question qui se pose alors est donc la suivante : *« les clauses exonératoires de responsabilité de l'arrangeur sont-elles pour autant dénuées de tout effet devant les juridictions françaises ? Sans remettre en cause la portée de cette interdiction d'ordre public, les juges français tiennent compte, comme on l'a vu, de la pratique bancaire internationale qui tempère l'étendue de la responsabilité de l'arrangeur par la reconnaissance d'une obligation pour les banques appelées à participer à l'opération d'agir avec prudence et de se faire elles-mêmes une idée de la solvabilité de l'emprunteur. Ainsi, bien que déclarée inopposable en principe, une clause exonératoire de responsabilité insérée dans un mémorandum d'information permettra, le cas échéant, de limiter la responsabilité de l'arrangeur puisque aussi bien elle sera considérée comme ayant été un avertissement donné aux banques sur la valeur de l'information qui leur a été communiquée. Insérée dans le contrat*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 14.

*de crédit, une telle clause n'aura, en revanche, aucune efficacité dans la mesure où elle ne pourra plus, alors, être considérée comme ayant incité les banques à se faire leur propre analyse de la situation financière de l'emprunteur avant de signer*²¹⁰. »

139. Une fois le contrat de crédit signé, le nouvel intermédiaire des parties est l'agent de crédit.

§2. Le rôle de l'agent de crédit : l'administration du crédit

140. Les créanciers faisant partie d'un syndicat bancaire désignent un représentant²¹¹, dont le statut est souvent celui du mandataire de droit français, et dont la mission consiste à administrer le crédit (A) ; il s'agit de l'agent de crédit ou, plus simplement, l'agent. Interlocuteur, intermédiaire ou facilitateur des relations entre les banques et le débiteur, l'agent de crédit est la personne par laquelle passent toutes les informations et décisions concernant le crédit, notamment les demandes du débiteur, des tirages de crédit. L'agent de crédit reçoit des informations concrètes et les transmet aux prêteurs qui remplissent leurs engagements d'octroyer le crédit, dans les limites contractuelles fixées pour chaque banque, à travers le compte de l'agent de crédit qui se chargera de transférer les fonds à l'emprunteur. Dès lors, son intervention permet de donner une certaine unicité économique à l'opération. Sa mission comprenant de multiples tâches, la qualification de son activité mérite d'être étudiée (B).

A. La mission de l'agent de crédit

141. La réalité économique du crédit syndiqué. D'un point de vue strictement juridique, un crédit syndiqué se caractérise par l'existence de relations parallèles entre les différentes banques du syndicat et l'emprunteur. Cependant, d'un point de vue économique, il s'agit d'une seule et même opération devant être traitée collectivement par les banques. La logique de

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Le terme « agent » en français fait référence au terme « *agent* » en anglais, qui signifie représentant ou mandataire. « *Facility agent* » est l'expression en droit anglais, alors qu'en droit de l'État de New York est préféré le terme « *administrative agent* ». V. A. Pesneau, *L'Agent des sûretés dans les financements appréhendé par les droits anglais et français : approche comparée* sous la direction de Bénédicte François. Thèse : droit privé : Tours, école doctorale Sciences de l'homme et de la société : 2017, p. 66.

fonctionnement du syndicat veut que tous les prêteurs soient traités de la même manière, c'est pourquoi il est indispensable que la gestion du crédit soit conduite par une seule et même entité. Concrètement, une telle gestion consiste à aider à la prise de décision, à la majorité ou à l'unanimité, des banques.

142. Les pouvoirs de l'agent de crédit. L'étendue des pouvoirs de l'agent de crédit est fixée en détail par le contrat de crédit : « *la définition des pouvoirs de l'agent se caractérise par des stipulations contractuelles générales et spécifiques relatives au fonctionnement du syndicat dans des conditions normales et en cas de survenance d'événements importants nécessitant une décision commune des membres du syndicat. Tel est le cas, notamment, lorsque l'emprunteur demande à modifier certaines clauses du contrat ou en cas de difficultés financières de l'emprunteur susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une procédure collective à son encontre*²¹². »

143. Suivant une approche théorique, l'agent du crédit a deux principales missions : centraliser les paiements et transmettre des informations entre les parties.

144. La centralisation des paiements. D'une part, en tant que centralisateur de tous les flux financiers, au moment des décaissements et remboursements des fonds qui se produisent entre les banques et l'emprunteur, l'agent doit « *percevoir pour compte des banques le principal et l'intérêt et, dès leur réception, de reverser dans les meilleurs délais aux banques les sommes leur revenant en fonction de leur participation*²¹³ ». Cette tâche d'intermédiaire ne pose en pratique aucun problème, sauf dans le cas où l'agent ferait l'objet d'une procédure collective. Si une telle hypothèse se présentait alors que des fonds remboursés par l'emprunteur se trouvent sur les comptes de l'agent en attendant d'être transférés aux prêteurs, ces derniers seraient considérés comme de simples créanciers chirographaires de l'agent sans droit particulier sur les fonds, sauf s'ils sont en mesure d'invoquer un droit réel. C'est afin d'éviter une telle situation que les membres du syndicat tentent de faire en sorte que l'agent de crédit ait la qualité de fiduciaire (« *trustee* ») lorsque le droit applicable à l'opération prévoit cette figure²¹⁴.

²¹² C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 155.

²¹³ V. CA Paris, 15^e ch., sect. B., 11 février 2000, SA Banque Harwanne c/ SA Banque privée Saint-Dominique et a. : Juris-Data n° 2000-11609.-Confirmation T. com. Paris, 2^e ch., 22 avril 1997, RG n° 1996/24534, inédit. Cité dans E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 23.

²¹⁴ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 23.

145. La transformation d'informations. D'autre part, dans le cadre de son rôle d'intermédiaire entre les parties, l'agent « reçoit, à ce titre, les diverses notifications contractuelles à l'occasion, notamment, des décaissements, des remboursements anticipés, en cas de survenances d'un cas d'exigibilité anticipée ou de circonstances nouvelles pouvant affecter la situation d'un ou des membres du syndicat²¹⁵ ». À première vue, la fonction décrite paraît purement formelle ; néanmoins, pour remettre des fonds à l'emprunteur, il est prévu que l'agent ait reçu tous les documents nécessaires, ces derniers devant être conformes, tant sur la forme que sur le fond, aux conditions exigées par le contrat. Afin d'accomplir ce devoir de vérification, les contrats prévoient en général que l'agent :

- peut consulter des experts, tels que des avocats, des experts-comptables, etc. ;
- peut se fier aux déclarations de l'emprunteur et au contenu des documents émis par une personne compétente ;
- n'a pas à engager des enquêtes ou des vérifications sur la bonne exécution des obligations de l'emprunteur, ni sur sa situation juridique et financière²¹⁶.

146. Exemple de la « clause agent ». De manière plus pratique, les banques cherchent à établir de manière très précise la mission de l'agent dans la clause du contrat le désignant (« clause agent »). À titre d'exemple, cette clause²¹⁷ peut être rédigée comme suit :

« Nomination de l'Agent

Chacune des Banques désigne l'Agent en qualité d'agent pour agir comme son mandataire [...] conformément aux stipulations de la Convention. À ce titre, l'Agent pourra prendre toute mesure et exercer tous les droits, pouvoirs et facultés discrétionnaires d'appréciation qui lui sont expressément confiés ou délégués aux termes du Contrat et des autres Documents de Financement Senior ainsi que ceux qui en seraient raisonnablement la conséquence. Ceux-ci sont de nature exclusivement technique et administrative.

Obligations spécifiques de l'Agent

L'Agent :

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 157.

- (a) *transmettra à chacune des Banques toutes informations reçues des Emprunteurs en exécution de la Convention, à l'exception de celles qui sont exclusivement destinées à une Banque spécifique ;*
- (b) *sauf s'il en est autrement stipulé dans la présente Convention, se conformera aux instructions de la Majorité des Banques ; et*
- (c) *dans les meilleurs délais, notifiera à chacune des Banques la survenance d'un Cas d'Exigibilité Anticipée ou d'un Cas d'Exigibilité Anticipée potentiel.*

Droits spécifiques de l'Agent

L'Agent pourra :

- (a) *déléguer tout ou partie de ses obligations à ses préposés ou à toute autre personne qu'il aura choisie ;*
- (b) *agir ou s'abstenir d'agir de la manière qu'il jugera la plus conforme aux intérêts de toutes les Banques ;*
- (c) *s'abstenir de toute action qu'il considère contraire à tout règlement, loi ou décision de justice ou de nature à engager sa responsabilité ou prendre toute action nécessaire au respect de ces lois, règlements ou décisions de justice ;*
- (d) *tant qu'un préposé de l'Agent en place dans le département concerné n'en a pas eu directement connaissance par notification d'un Emprunteur, considérer qu'aucun cas d'Exigibilité anticipée ou Cas d'Exigibilité Anticipée Potentiel n'est survenu ;*
- (e) *s'abstenir de prendre toute mesure pour préserver les droits des Banques au titre des Documents de Financement Senior ou faire exécuter les obligations des Emprunteurs au titre de ceux-ci, tant qu'il n'aura pas reçu de la part des Banques la garantie qu'il ne supportera pas à titre définitif les frais (y compris de conseil) qu'il pourrait engager à cet égard ;*
- (f) *se fier à tout document qu'il considère comme authentique et considérer que ce document a effectivement été signé ou expédié par l'expéditeur apparent ;*
- (g) *se fier, pour tous faits qui relèvent de la compétence des Emprunteurs, à toute déclaration des Emprunteurs ; et*
- (h) *obtenir tous avis de conseils qui lui paraissent nécessaires à se fier à ces avis. »*

147. La déclaration de la créance dans le cadre d'une procédure collective. Enfin, en plus de cette mission générale d'intermédiaire en ce qui concerne le mouvement des fonds et la transmission de notifications et informations entre les parties, les banques peuvent confier à l'agent de crédit une mission spéciale : déclarer la créance globale dans le cadre d'une procédure collective engagée contre l'emprunteur. Il s'agit bien d'une mission particulière, car la déclaration porte sur la totalité de la créance et pas uniquement sur la créance éventuelle de l'agent en tant que prêteur. Dès lors, la jurisprudence²¹⁸ exige qu'en l'absence de stipulation de solidarité active, pour procéder à cette déclaration, l'agent doit être muni, au moment de la déclaration des créances ou dans le délai légal de celle-ci²¹⁹, d'un mandat spécial et écrit.

B. La qualification juridique de l'activité de l'agent de crédit

1. La qualification de la relation de l'agent avec l'emprunteur

148. Il existe de toute évidence une relation entre l'agent et l'emprunteur. Malgré la présence de certains éléments expliqués ci-après, cette relation ne peut être qualifiée de mandat.

149. Les éléments en faveur de la qualification de mandat. Tout d'abord, l'agent de crédit est choisi par l'emprunteur et par les prêteurs pour administrer l'opération. Cette circonstance

²¹⁸ Cass. ass. plén., 26 janvier 2001, P. Pascual Homont, ès qual. c/ Sté Générale et autres : Bull. civ., ass. plén., n° 1. Cité par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 24. V. aussi : Cass. ass. plén., 4 février 2011. Cette jurisprudence se fonde sur l'actuel article L. 622-24 du Code de commerce selon lequel « la déclaration de créance peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix ». Comme l'affirme l'avocat général dans son avis dans l'affaire donnant lieu à l'arrêt de 2011 : « situé dans le prolongement de la jurisprudence que la chambre commerciale a forgée, tant sous le régime de la loi de 1967 que postérieurement à la réforme de 1985, l'arrêt rendu en 2001 par l'Assemblée plénière de la cour de cassation (Assemblée plénière-26/01/2001 – n° 99-15153) a, d'une part, rappelé le principe selon lequel "la déclaration de créance équivaut à une demande en justice" ainsi que la conséquence qui en est tirée et qui veut que " la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial donné par écrit" et il a, d'autre part, considéré, au regard des circonstances de l'espèce, que "la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne pouvait suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration des créances ou dans le délai légal de la déclaration".

La chambre commerciale synthétise cette position en un seul "attendu" de principe : "Attendu que la déclaration des créances équivaut à une demande en justice ; que la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, produire un pouvoir spécial donné par écrit lors de la déclaration de créance ou dans le délai légal de cette déclaration". (ainsi Cass. Com.-28 Juin 2005-№04-14651) ou encore "Attendu que la déclaration de créance équivalant..." (le reste inchangé) (Cass. Com.-27 Mai 2008-NO 07-10.167). » Disponible sur : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/588_4_18854.html [consulté le 11 mars 2021].

²¹⁹ Cass. com., 9 juillet 2002, Sté Marseillaise de Crédit c/ SA Symboise et autres : Juris-Data n° 2002-015395. Cité par E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 24.

pourrait faire penser qu'il exerce ses fonctions en représentation de l'emprunteur et des banques mais il n'agit en tant que tel que pour les banques²²⁰. Un autre élément susceptible de faire croire à l'existence d'un mandat est le paiement par l'emprunteur d'une commission d'agence (« *agency fee* »), cependant « *ce paiement ne constitue pas, toutefois et à proprement parler, une rémunération s'il s'agit du remboursement forfaitaire des frais généraux d'administration engagés par l'agent dans l'exercice de ses fonctions, frais pris en charge par l'emprunteur. On précisera ici que la charge par l'emprunteur de certains frais n'est nullement significative d'une relation juridique*²²¹ ». Un troisième élément en faveur de la qualification de mandat est le fait que les actions de l'agent profitent aussi à l'emprunteur. Cette situation ne peut pourtant pas être assimilée à celle dans laquelle l'agent représente à la fois les banques et l'emprunteur. En effet, si l'emprunteur bénéficie du travail de l'agent, il est dans la nature des choses que cela facilite ses relations avec les banques et profite donc aussi à ces dernières²²². Un quatrième et dernier indice en faveur de la qualification de mandat est la clause exonératoire de responsabilité, souvent consacrée par la formule suivante : « *Dans l'exercice de ses fonctions [sans autre précision] l'agent n'encourra aucune responsabilité envers les participants ou l'emprunteur, sauf en raison de ses fautes lourdes ou intentionnelles*²²³. » Le fait de prévoir, dans le contrat, d'exclure la responsabilité de l'agent envers les banques et à l'égard de l'emprunteur peut s'expliquer par l'existence d'un mandat. Si la responsabilité est ainsi exclue, cela signifie que les relations entre l'emprunteur et l'agent sont de nature extracontractuelle et sont alors soumises aux articles 1240 et 1241 du Code civil. Or, dans le régime de la responsabilité délictuelle (article 1240) et quasi-délictuelle, il n'est pas possible d'exclure contractuellement la responsabilité de l'auteur d'une faute (pour être exonéré de la responsabilité civile délictuelle, l'auteur du dommage doit être en mesure de prouver un cas de force majeure ou le fait de la victime)²²⁴.

150. Il est certain que les éléments précédemment présentés font planer un doute quant à la qualification de la relation entre l'emprunteur et l'agent, c'est pourquoi les parties tendent à écarter cette possibilité de façon expresse par des clauses du type : « *l'agent, dans l'exécution*

²²⁰ V. F. Marin et B. Gérard-Godard, *loc. cit.*, p. 59.

²²¹ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 22.

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

*de ses fonctions, agira uniquement en qualité d'Agent des banques et n'assumera, ni ne pourra être considéré comme ayant assumé, du fait de sa qualité d'Agent, des engagements particuliers vis-à-vis de l'emprunteur*²²⁵. »

151. L'agent de crédit n'étant pas le mandataire de l'emprunteur, la question se pose alors de savoir s'il agit avec cette qualité pour les banques.

2. La qualification du contrat conclu entre l'agent et les banques

152. La distinction entre les *pools d'engagement* et les *pools de concertation*. De manière générale, la doctrine²²⁶ distingue l'agent qui agit pour les banques en tant que mandataire (« *pools d'engagement* ») et celui qui n'est pas mandataire et dont la mission ne consiste qu'à administrer (« *pool de concertation* »). Dans le premier cas, la qualité de mandataire permet à l'agent d'accomplir des actes juridiques en représentation des banques ; dans le second, l'absence d'une telle qualité suppose que l'agent se limite à une coordination administrative sans pouvoir réaliser d'actes juridiques ni représenter les banques. En effet, le contrat de mandat « *est caractérisé par le pouvoir donné par le mandant au mandataire pour l'accomplissement d'un acte juridique au nom et pour le compte du premier*²²⁷ » (article 1984 du Code civil).

153. La qualité de mandataire. En droit français, la qualité de mandataire ne découle pas automatiquement de la désignation d'« agent » (un terme qui, en anglais, signifie « mandataire »). C'est ce qu'a décidé le Tribunal de commerce de Paris en indiquant : « *si l'intervention du chef de file est nécessaire pour que les banques participantes se refinancent à un coût préférentiel et puissent ainsi pratiquer un taux plus faible, le rôle du chef de file se limite à ces obligations administratives et n'en fait pas le mandataire des banques pour recouvrer les fonds prêtés en s'assurant de l'encaissement du produit à l'exportation et en répartissant celui-ci entre les banques*²²⁸ ». Une telle approche a été confirmée par la cour d'appel de Paris qui a précisé : « *les obligations d'un chef de file de pool bancaire ne peuvent être celles d'un mandataire que dans l'hypothèse où est démontrée l'existence d'une convention le chargeant d'une telle mission. Lorsqu'un chef de file se borne à recueillir l'accord des*

²²⁵ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 156.

²²⁶ V. Y. Zein, *Les Pools bancaires : aspects juridiques*, Paris : Economica, 1998, p. 269 et s. et p. 322 et s.; J. Bertran de Balanda, *loc. cit.*, p. 562.

²²⁷ D., juin 2021, fiches d'orientation « Mandat ».

²²⁸ T. Com. Paris, 1^{er} ch., 29 mai 1989 : D., 1991, somm. p. 36, obs. M. Vasseur, cité dans E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 22.

*banques pour un montant précis à une opération de préfinancement dont il annonçait les modalités et qu'il s'engageait à mettre en place, il a ainsi rempli son rôle de centralisateur et gestionnaire de la partie administrative, la matérialisation des droits à remboursement de chaque banque étant faite sous forme de billets à ordre que chacune d'entre elles pouvait présenter à l'encaissement à leur échéance, au bénéficiaire du crédit de préfinancement*²²⁹. »

154. En cas d'absence de précision, l'activité de l'agent est généralement celle d'un mandataire du Code civil. Cela est d'autant plus vrai « *lorsque les banques chargent l'agent d'effectuer de multiples opérations pour leur compte et en leurs noms, ce dernier apparaît, alors, fondamentalement comme leur mandataire et non comme un simple loueur d'ouvrage*²³⁰ ». Un tel régime s'applique au minimum à une partie de son activité et il n'est pas investi d'un pouvoir général de représentation. Par conséquent, si l'agent se voit appliquer les articles 1991 à 1997 du Code civil précisant les obligations du mandataire, il est surtout soumis aux obligations mentionnées dans la « clause agent » du contrat de crédit. Puisque ce sont les prêteurs qui donnent mandat à l'agent, celui-ci ne répond de ses actions qu'à l'égard des banques. L'agent de crédit n'agit donc pas pour l'emprunteur, raison pour laquelle les banques tiennent à préciser cette exclusivité dans une clause insérée dans le contrat de crédit qui peut prendre la forme suivante : « *l'agent, dans l'exécution de ses fonctions, agira uniquement en qualité d'Agent des banques et n'assumera, ni ne pourra être considéré comme ayant assumé, du fait de sa qualité d'Agent, des engagements particuliers vis-à-vis de l'emprunteur*²³¹. »

155. La responsabilité à l'égard des banques. En ce qui concerne sa responsabilité à l'égard des banques, « *elle est appréciée au regard des obligations principales mises à la charge de l'agent, mais également au travers des stipulations contractuelles qu'il est d'usage d'incorporer dans les conventions de crédit et visant à limiter et, le plus souvent, dans la mesure de ce qui est légalement possible, à exonérer l'agent de sa responsabilité*²³² ». Concrètement, l'agent doit suivre les instructions du syndicat bancaire et faire preuve de diligence et de

²²⁹ CA Paris, 3^e ch., sect. B, 21 nov. 1990, Republic National Bank of New York c/ Crédit industriel et Commercial de France, Juris-Data n° 1990-026087 cité dans E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 23.

²³⁰ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 23.

²³¹ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 156.

²³² C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 156.

loyauté²³³, une obligation qui implique notamment le devoir de veiller à l'efficacité des actes qu'il accomplit en tant que représentant des banques²³⁴. À cet égard, une cour d'appel a pu considérer qu'un agent de crédit qui a invité l'une des banques à procéder au paiement de sa *quote-part* sans s'assurer que les sûretés promises par le débiteur avaient été effectivement accordées commet une faute de nature à engager sa responsabilité²³⁵. L'obligation de diligence implique aussi une réalisation efficace de divers mouvements de fonds tels que le remboursement du capital, le versement des intérêts, le paiement des commissions, etc. Enfin, le devoir de loyauté qui pèse sur l'agent fait référence à la sauvegarde des intérêts de ses mandants²³⁶.

156. L'obligation de rendre compte de sa gestion. Par ailleurs, en tant que mandataire, l'agent est tenu de rendre compte de sa gestion (article 1993 du Code civil). À défaut d'accomplissement de cette obligation qui concerne l'exécution et le résultat de sa mission, sa responsabilité peut être engagée. Plus précisément, rendre compte de sa gestion implique d'informer les banques participantes : *« tout au long de sa mission, l'agent doit s'assurer d'informer son mandant, sans délai, en cas de survenance d'un fait majeur que l'on peut définir comme un événement important susceptible de déterminer une réaction des banques participantes. À l'inverse, en l'absence d'événement important, le mandataire n'est tenu d'informer son mandant qu'après que ce dernier ait formulé une demande d'information²³⁷. »*

157. La qualification de mandat spécial et exprès. En pratique, l'agent ne dispose pas d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de ses fonctions tant les contrats de crédit conclus, influencés par la culture juridique anglaise, sont détaillés²³⁸. C'est la raison pour laquelle le contrat peut être qualifié de mandat spécial et exprès. Dans ce cadre contractuel, sauf faute lourde ou intentionnelle, la logique veut que la responsabilité de l'agent ne puisse être engagée. Ce point est conforme au régime du mandat selon lequel, conformément à l'article 1992 du Code civil, « le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet

²³³ P. Petel, *Les Obligations du mandataire* sous la direction de Michel Cabrillac. Thèse doctorat : droit : Montpellier 1 : 1987. Cité dans C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 156.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Colmar, 15 févr. 1992, Juris-Data n° 046644 ; cité dans P. Petel, *op. cit.* Cité par C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 156.

²³⁶ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 157.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

dans sa gestion ». À titre d'exemple²³⁹, les contrats peuvent stipuler que ni l'agent, ni ses préposés ou mandataires ne seront responsables :

- (a) *du caractère suffisant ou exact de toute information ou de tout engagement ou garantie contenus dans l'un quelconque des Documents de Financement ;*
- (b) *de la validité, de la légalité, de la suffisance ou du caractère exécutoire des Documents de Financement ;*
- (c) *de s'enquérir de la survenance ou de la subsistance d'un Cas d'Exigibilité Anticipée ou d'un Cas d'exigibilité Anticipée Potentiel ;*
- (d) *de l'inexécution par un Emprunteur ou de l'une quelconque des Banques de ses obligations au titre des Documents de Financement ;*
- (e) *des conséquences des avis des conseils qu'ils auront choisis dans le contexte de l'opération objet des Documents de Financement ;*
- (f) *des actions entreprises qu'ils considèrent conformes à l'intérêt des Banques lorsqu'il n'a pas été possible, compte tenu des circonstances, d'obtenir des instructions de la Majorité des Banques ou, le cas échéant, des Banques, et*
- (g) *de leurs propres actions dans le contexte de l'opération objet des Documents de Financement, sauf faute lourde ou intentionnelle.*

L'Agent en tant que Banque

- (a) *L'Agent, en tant que Banque, aura les mêmes droits au titre des Documents de Financement Senior qu'une autre Banque et peut exercer ces droits sans tenir compte de sa qualité de mandataire des Banques.*
- (b) *Il peut recevoir pour son propre compte une commission d'Agent et toute autre somme stipulée pour son compte personnel aux termes des Documents de Financement Senior.*
- (c) *Il peut librement effectuer toutes opérations de banque et tous mandats de conseil au profit de l'une quelconque des parties à la Convention, sans avoir à en rendre compte aux autres parties.*

Informations

²³⁹ *Ibid.*, p. 158.

L'Agent n'est pas obligé de transmettre aux autres parties des informations concernant l'une quelconque d'entre elles qui n'ont pas été reçues par lui en cette qualité.

Évaluation par chaque membre du syndicat

Chaque banque reconnaît que sa décision de participer aux Crédits a été prise sur la base de son propre jugement, sans se fonder sur les déclarations de l'Agent ou de toute autre Banque, et qu'elle fera son affaire pendant la durée des Crédits de s'assurer de la situation financière de chaque Emprunteur, l'Agent n'ayant aucune autre obligation à cet égard que de transmettre aux Banques les informations reçues des Emprunteurs. À ce titre, les Banques ne pourront pas rechercher la responsabilité de l'Agent en cas d'inexactitude des documents remis par un Emprunteur.

Garantie à l'agent

Sans préjudice des obligations des Emprunteurs à ce titre, chaque Banque garantira l'Agent (proportionnellement à sa Participation dans le ou les Crédits concerné(s) ou, le cas échéant, à son Engagement relatif au(x) Crédit(s) concerné(s) par rapport à l'Engagement Global contre tous frais (y compris d'honoraires de conseils) ou toute responsabilité qu'il pourrait supporter à raison de l'exécution des instructions de la Majorité des Banques ou, le cas échéant, de l'ensemble des Banques ou de l'exécution de ses obligations au titre des Documents de Financement Senior, sauf faute lourde ou intentionnelle de sa part.

158. Si dans un crédit syndiqué sont prévues des sûretés, réelles ou personnelles, en plus de la gestion quotidienne du crédit, il convient d'encadrer la gestion de ces garanties. L'opération de financement requiert ainsi la nomination d'un agent des sûretés qui remplira cette fonction de gestion des garanties. L'agent de crédit peut exercer ce rôle, néanmoins il est plus prudent de bien distinguer les deux activités.

159. Conclusion de la section. La réception particulière de l'agent des sûretés par le droit civil a nécessité de le distinguer de deux figures proches que sont l'arrangeur et l'agent du crédit. Le risque de confusion existe puisqu'il se peut que la même entité soit investie de plusieurs missions, y compris celle d'agent des sûretés. Cependant, les missions et les qualifications de ces deux acteurs des crédits syndiqués ne correspondent pas à celles de l'agent des sûretés. Ce dernier devait être reconnu comme étant une figure autonome.

Section 2 : La réception de l'agent des sûretés en tant que figure autonome

160. La figure de l'agent des sûretés a été accueillie par la pratique française à travers la reconnaissance de sa mission (§1) qui s'est accompagnée d'une tentative de qualification juridique à partir des contrats du Code civil (§2).

§1. La reconnaissance de la mission de l'agent des sûretés

161. Dans la pratique des crédits syndiqués, le recours à un agent des sûretés est devenu de plus en plus nécessaire et fréquent alors que cette figure n'existait pas en tant que telle en droit français (A). Ainsi, la notion d'agent des sûretés a été progressivement incorporée au langage juridique civiliste (B).

A. La réception de la fonction spécifique d'agent des sûretés

162. Il est aujourd'hui fréquent que les entreprises diversifient leurs sources de financement qui sont effectivement devenues très variées. Une telle évolution n'a pas porté préjudice aux crédits syndiqués, cette technique étant très bien établie sur le marché (1). Par ailleurs, depuis 2012, il existe une tendance chez les investisseurs à avoir recours à des obligations dites sécurisées (2). Ces deux types de financement ont favorisé la réception de la fonction spécifique d'agent des sûretés en droit français.

1. À travers le syndicat bancaire

163. La gestion des sûretés. Bien connue des praticiens, des emprunteurs et des prêteurs, la technique de la syndication présente de nombreux avantages : simplicité, clarté dans les relations avec l'emprunteur et expertise des banques dans le domaine concerné. Actuellement, les crédits syndiqués constituent l'une des principales prestations que proposent les établissements bancaires aux grandes entreprises qui cherchent à obtenir des prêts d'un montant très élevé, et parfois dans plus d'une devise, pour financer leurs projets ou leurs frais de

fonctionnement. Or, le rôle des banques ne se cantonne pas au seul montage du financement ; il implique aussi la gestion du crédit (par l'agent de crédit) et la gestion des sûretés (par l'agent des sûretés). Les créanciers peuvent en effet exiger que des sûretés et des garanties leur soient consenties afin de garantir l'obligation de leur débiteur. Les crédits syndiqués étant caractérisés par des enjeux financiers très importants, la gestion des garanties et des sûretés est une tâche non négligeable. Par voie de conséquence, la fonction d'agent des sûretés est centrale et il est primordial de bien la distinguer des fonctions d'agent de crédit et d'arrangeur. Néanmoins, il se peut que pour certaines opérations, les créanciers jugent qu'un seul établissement peut être investi des fonctions d'agent de crédit et d'agent des sûretés. Ce « double agent » devra alors gérer et faire fonctionner au jour le jour le crédit syndiqué mais également suivre la gestion des sûretés. Dans le cas de financements faisant appel à une organisation simple (en termes de nombre de participants) et d'un faible montant, un « double agent » est tout à fait envisageable. Cependant, la pratique la plus répandue est de nommer deux établissements distincts pour que chacun assume une fonction spécifique. De fait, plus le marché des crédits syndiqués est développé, plus il devient primordial de distinguer les deux activités. Ainsi, comme il sera démontré par la suite, la réception de l'agent des sûretés par le droit français est le résultat d'une reconnaissance de sa spécificité. En effet, l'agent de crédit peut très bien être nommé dans le cadre d'un contrat de mandat mais il a été constaté que la fonction d'agent des sûretés méritait un régime spécial au regard de l'inadaptation des mécanismes de droit français pour qu'elle soit efficacement exercée.

164. La protection des prêteurs. L'activité de prêt au public exercée par les banques les expose au risque d'insolvabilité de leurs clients, c'est pourquoi elles cherchent à se protéger contre un tel écueil en exigeant que l'emprunteur leur octroie des sûretés et des garanties. Étant donné que le droit français reconnaît le principe d'égalité entre créanciers, la constitution de sûretés et de garanties permet également aux banques d'améliorer leur rang de priorité pour le paiement de leurs créances par rapport à d'autres créanciers du même débiteur. Outre un arrangeur et un agent de crédit, les banques participant à un crédit syndiqué désignent donc généralement un agent des sûretés qui peut être l'une d'entre elles, l'agent de crédit ou un établissement extérieur au groupe des prêteurs.

165. L'harmonisation de la gestion du crédit. En plus d'être un mécanisme adapté pour l'obtention de prêts d'un montant élevé, la syndication permet une répartition des risques entre

les prêteurs et ainsi un meilleur respect de la réglementation prudentielle. À cet égard, le rôle particulier et central de l'agent des sûretés est manifeste dans la constitution et la gestion des sûretés d'un crédit syndiqué. Cette question est extrêmement délicate, car les intérêts des différents prêteurs ne sont pas nécessairement compatibles. Pour autant, des intérêts communs existent, bien que l'on puisse distinguer différentes catégories de créanciers déterminées par leur rang dans la priorité des paiements. C'est la raison pour laquelle il importe de veiller à l'unité de l'opération de financement et au risque de réalisation de leurs sûretés par chaque prêteur. Les prêteurs étant nombreux, l'opération nécessite plusieurs sûretés de diverses natures. Ces sûretés sont recherchées au regard de leur efficacité qui est évaluée en fonction de l'assiette sur laquelle elles portent, leur simplicité de constitution et de réalisation ainsi que leur sort en cas de procédure collective.

166. Le transfert des participations. Fondamentalement, la mission d'agent des sûretés consiste donc à gérer des sûretés. Un nombre important d'intervenants et de garanties dans un financement syndiqué rend l'opération spécialement difficile à administrer ; d'autant plus qu'un syndicat bancaire est une entité dynamique dont la composition est amenée à évoluer étant donné que les prêteurs peuvent céder leurs parts dans le crédit. D'autres prendront ainsi leur place dans le syndicat et en tant que bénéficiaires des garanties. Ces transferts de participations dans le crédit représentent une difficulté dans la mesure où les bénéficiaires des sûretés ne sont alors pas les mêmes entre le jour de leur constitution et le jour de leur réalisation. Il en résulte un doute quant à l'efficacité des sûretés. Particulièrement dans une telle situation, l'intérêt de la figure de l'agent des sûretés est évident : il est l'interlocuteur des créanciers vis-à-vis de l'emprunteur sur tous les sujets touchant aux sûretés ; il administre les sûretés pour le compte des bénéficiaires – qui sont parfois très nombreux et ne peuvent donc être facilement réunis – ; il réalise toutes les formalités et actions en son nom pour le compte des créanciers ; il les consulte sur certaines questions importantes selon des règles de majorité fixées dans le contrat mais peut agir seul en cas d'urgence et peut inscrire la sûreté ; enfin, il agit en justice s'agissant des opérations directement liées à la prise, la conservation et la réalisation de la sûreté en son nom²⁴⁰. La mise en place d'un agent des sûretés suppose une dissociation entre le principal et l'accessoire. Un syndicat bancaire n'ayant pas de personnalité juridique, chacune des banques

²⁴⁰ Étude d'impact du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« loi Sapin 2 »).

qui le composent est titulaire des sûretés et des garanties attachées à sa créance. Or dans la pratique, l'agent des sûretés est titulaire de la sûreté sans être créancier. En principe, étant donné que chaque banque entretient un lien de droit direct avec l'emprunteur (dans le cas d'une syndication directe), la prise de sûretés devrait être effectuée au nom de chaque prêteur qui en a exigé une pour sécuriser sa participation dans l'opération de financement. En effet, le crédit syndiqué est une sorte de cumul de prêts bilatéraux et non pas un seul gros prêt octroyé par les banques agissant comme une seule entité. Malgré cette réalité, les choses ne sont pas aussi simples sachant que la réussite d'une opération de syndication repose en grande partie sur une gestion cohérente et une coordination des banques au sein du syndicat. Il est certain que chaque banque a un intérêt particulier dans l'opération mais il existe simultanément un intérêt collectif. Ainsi, chaque sûreté est prise au bénéfice d'un prêteur en particulier mais une gestion ordonnée de toutes les sûretés est nécessaire. Or, c'est précisément la raison d'être d'un agent des sûretés que d'organiser tout ce qui concerne les sûretés dans un crédit syndiqué. C'est également le cas dans le cadre d'une émission obligataire.

2. À travers la masse des obligataires

167. Les obligations sécurisées. Une autre technique qui a favorisé la réception de l'agent des sûretés en France a été l'émission d'obligations sécurisées²⁴¹. Dans ce cas, il est d'usage de nommer un agent des sûretés en tant que mandataire de la masse des obligataires. De façon schématique, il peut être affirmé que dans une émission obligataire sécurisée, les obligataires se trouvent « *représentés tant par un représentant de la masse pour la défense de leurs intérêts en général, que par un agent des sûretés pour la création et réalisation de leurs sûretés en particulier*²⁴² ». Comme dans le cas des crédits syndiqués, cette pratique est d'abord apparue à l'étranger : « *il y a là l'écho de ce que l'on trouve habituellement sur le marché pour les financements obligataires sécurisés soumis au droit anglais : à côté d'un bond trustee qui défend l'intérêt des obligataires en prenant des décisions, soit seul, soit le plus souvent après*

²⁴¹ « *Covered bonds* » en anglais. V. sur la réforme des émissions obligataires : G. Endréo, « Ordonnance du 10 mai 2017 visant à favoriser le développement des émissions obligataires régies par le droit français », *BJS*, 1^{er} juin 2017, n° 6, p. 416 ; Th. Bonneau, « La réforme 2017 des émissions obligataires », *JCP E*, 8 juin 2017, n° 23, act. 427 ; ANSA, Comité juridique, avis n° 17-021 mai 2017 : « Ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires. » V. également : L. Chammas et Ch. Sevennec, « Obligations. – Généralités. Émission. Souscription », *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, 2010, fasc. n° 1870 [dernière mise à jour : 26 avril 2018].

²⁴² G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347.

*avoir consulté ces obligataires, on trouve un security trustee qui est le titulaire des sûretés et qui les gère au bénéfice des obligataires*²⁴³. »

168. Le marché des LBO. Dans un premier temps, c'est sur le marché des LBO (*leverage buy-out*), dans lequel les opérations sont très souvent garanties par des sûretés réelles, que les obligataires ont nommé un représentant et un agent des sûretés dans la même structure de financement ; ce dernier étant en dehors de la masse des obligataires. Cette pratique était très utilisée mais limitée à un cadre privé puisque les obligations des LBO n'étaient pas cotées en bourse²⁴⁴. Ce n'est qu'au début des années 2010 que les opérations cotées ont commencé à être assorties de sûretés réelles. La pratique instaurée pour les LBO s'est ainsi développée pour les émissions cotées : la double nomination, par les obligataires, à la fois, d'un représentant et d'un agent des sûretés²⁴⁵. Ce mouvement consistant à sécuriser les émissions obligataires a attiré l'attention de l'Autorité des marchés financiers en 2012 qui constatait alors « *une tendance des investisseurs institutionnels à se tourner vers des obligations plus sécurisées comme en témoigne l'émission obligataire dans le domaine immobilier de Foncière des Murs (FDM), société d'investissement immobilier cotée (SIIC) dont le prospectus a été visé le 14 novembre 2012*²⁴⁶ ». Dans cette opération, la FDM « *est propriétaire d'un ensemble immobilier donné à bail au groupe Accor pour l'exploitation d'hôtels. Cet ensemble immobilier a été acquis grâce à des crédits bancaires. En 2012, Foncière des Murs décide de refinancer une partie de ces crédits bancaires par une émission obligataire sécurisée sur les actifs hôteliers loués au groupe Accor ; les sûretés consistent, notamment en privilèges de prêteurs de deniers et hypothèques conventionnelles gérées, du fait de leur technicité, par un agent des sûretés spécialement nommé à cet effet. Cette émission obligataire est cotée à Paris*²⁴⁷ ». Ainsi, ont été nommés un représentant de la masse des obligataires et un agent des sûretés, comme l'indique le prospectus

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ G. Endréo, « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014, n° 12, p. 609.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ AMF, Rapport annuel, 2012, p. 95. Cité dans G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347.

²⁴⁷ G. Endréo, « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014 n° 12, p. 609. Sur l'affaire *Foncière des Murs v. Prospectus Foncière des Murs*, 14 novembre 2012, visa n° 12-549. Disponible sur le site de l'émetteur : www.foncieredesmurs.fr ; B. de Roulhac, « Foncière des Murs innove avec son emprunt obligataire sécurisé », *L'Agefi*, 20 novembre 2012. Disponible sur : <https://www.agefi.fr/corporate/actualites/quotidien/20121120/fonciere-murs-innove-emprunt-obligataire-securise-109238> [consulté en septembre 2021] ; rapport AMF 2012, p. 95.

de cotation sur Euronext Paris : « *Par les présentes les porteurs d'obligations nomment X, en qualité d'agent des sûretés et, sans préjudice du pouvoir général de défense de leurs intérêts communs par le représentant de la masse*²⁴⁸. »

169. Le marché des Euro Placements Privés. La tendance à émettre des obligations sécurisées a connu une nouvelle dynamique à partir de 2012 grâce à la création du marché des Euro Placements Privés²⁴⁹, c'est-à-dire un marché d'émissions obligataires réalisées par des entreprises de taille intermédiaire (ETI) et plus concrètement d'émissions obligataires sécurisées par des nantissements portant principalement sur les actions des filiales de l'émetteur²⁵⁰. À cet égard, un auteur a pu prédire en 2014 qu'« *il n'est pas impossible que les émissions obligataires sécurisées se développent au fur et à mesure que la taille des entreprises accédant au marché de l'Euro Private Placement se réduira*²⁵¹ ». Dans ces opérations, les porteurs d'obligations nomment aussi un représentant de la masse des obligataires et un agent des sûretés. À titre d'exemple, on peut mentionner l'émission d'obligations sécurisées par des nantissements d'actions opérée par NGE en 2014 qui a constitué la première opération publique de ce type et la première à avoir octroyé aux obligataires les mêmes sûretés qu'aux banques. À cette occasion, l'avocat conseil de NGE expliquait : « *L'émetteur avait octroyé à ses créanciers bancaires des nantissements portant sur des actions de filiales. À défaut de bénéficiaire des mêmes sûretés, les investisseurs obligataires auraient en pratique été subordonnés. Des nantissements de second rang ont donc été consentis aux porteurs d'obligations et un "intercreditor agreement" a été conclu entre les deux blocs de créanciers pour leur assurer un*

²⁴⁸ Prospectus Foncière des Murs, 14 novembre 2012, visa n° 12-549. Disponible sur le site de l'émetteur : www.foncieredesmurs.fr. Cité dans G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347.

²⁴⁹ Un Euro Private Placement (« Euro PP ») est « *une opération de financement à moyen ou long terme entre une entreprise, cotée ou non, et un nombre limité d'investisseurs institutionnels, qui repose sur une documentation ad hoc négociée entre l'emprunteur (l'Emprunteur) et les investisseurs (les Investisseurs), avec généralement la présence d'un arrangeur (l'Arrangeur). Cette négociation du contenu de la documentation contractuelle est une caractéristique importante de l'Euro PP qui le distingue ainsi des émissions obligataires publiques et syndiquées de type Eurobond où l'investisseur ne fait que souscrire à une émission sans véritablement participer à la négociation des caractéristiques de l'émission. En ce sens, la mise en place d'un Euro PP se rapproche plus d'une documentation bancaire que d'une documentation obligataire cotée* ». Source : Banque de France et al., Financement des ETI – Charte relative aux « Euro Private Placements » ou « Euro PP », juin 2014, p. 3. Disponible sur <http://www.fbf.fr/fr/files/9HLKBC/Charte-Euro-PP-Mars-2014.pdf>.

²⁵⁰ G. Endréo, *loc. cit.*, p. 347

²⁵¹ G. Endréo, « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014, n° 12, p. 609.

*traitement égalitaire, ce qui a permis de réaliser l'opération*²⁵². » Par ailleurs, un commentateur de l'opération a pu signaler : « *Ce type de clauses de sûreté devrait être amené à se développer au fur et à mesure de la démocratisation des Euro PP auprès de sociétés de plus petites tailles. Compte tenu de la non-liquidité de ces titres, les investisseurs veulent s'assurer qu'ils ne seront pas subordonnés pendant toute la durée du crédit par rapport aux banques par exemple. Dans cette logique, la clause de negative pledge, qui donne à chaque catégorie de créancier le même niveau de sécurité, a eu tendance à s'étendre. Alors qu'il ne couvrait souvent que la dette obligataire dans les premiers Euro PP, le negative pledge concerne aussi de plus en plus les crédits bancaires. En cas de nouvelles garanties accordées aux banques, les obligataires peuvent également en profiter. Des exceptions au cas par cas sont néanmoins envisageables pour faciliter le fonctionnement opérationnel de l'émetteur*²⁵³. » Cette opération a été structurée à partir d'une double nomination : d'une part, un représentant de la masse des obligataires ; d'autre part, un agent des sûretés mandaté par la masse pour gérer les nantissements dont bénéficient les obligataires²⁵⁴. En l'espèce, la société « *a émis en juillet 2014, 70 millions d'euros d'obligations cotées à Paris. Les obligations sont munies de sûretés – des nantissements sur les actions des filiales – qu'un agent des sûretés a reçu mission de "créer, gérer et réaliser". En théorie, le représentant de la masse aurait pu jouer tant son rôle traditionnel que celui d'agent des sûretés mais on peut penser, cette fois encore, que la technicité de la matière des sûretés réelles s'y opposait*²⁵⁵. »

170. Les grands projets d'infrastructure. Enfin, la nécessité de financer de grands projets d'infrastructure²⁵⁶ a également été un facteur d'une utilisation croissante de la figure de l'agent des sûretés sur le marché obligataire. En effet, dans une telle opération, il est fréquent que la plupart des biens et revenus des sociétés de projet, présents et futurs, soient nantis au bénéfice de la masse des obligataires. C'est pourquoi il est plus adapté de nommer un représentant de la

²⁵² Marc-Étienne Sébire, avocat associé responsable de l'activité marchés de capitaux chez CMS Bureau Francis Lefebvre, conseil de NGE. Cité dans O. Pinaud, « Une nouvelle clause fait son apparition dans les contrats Euro PP », *L'Agefi*, 25 septembre 2014, p. 8. Disponible sur : <https://www.agefi.fr/corporate/actualites/quotidien/20140925/nouvelle-clause-fait-apparition-dans-contrats-euro-131285> [consulté en septembre 2021].

²⁵³ O. Pinaud, *loc. cit.*

²⁵⁴ Prospectus NGE, 25 juillet 2014, visa n° 14-438. Cité dans G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347. V. aussi O. Pinaud, *loc. cit.*

²⁵⁵ G. Endréo, « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014, n° 12, p. 609.

²⁵⁶ « *Project bonds* » en anglais.

masse et un agent des sûretés afin de mieux assurer les différentes fonctions, comme l'a notamment indiqué le prospectus de cotation sur Alternext des obligations refinançant l'autoroute A28 : « les sûretés [...] sont consenties aux masses des obligataires A1 et des obligataires A2, et sont acceptées par chacun des représentants des masses des obligataires, agissant respectivement au nom desdites masses [...]. Il est également indiqué qu'en acquérant et détenant les obligations, les obligataires sont réputés avoir désigné X en tant qu'agent des sûretés afin de "créer, gérer et réaliser lesdites sûretés"²⁵⁷. »

171. La distinction entre le représentant de la masse et l'agent des sûretés. Le mandat donné par la masse des obligataires à une entité afin d'exercer la fonction d'agent des sûretés est particulièrement pertinent pour illustrer la réception devenue de plus en plus nécessaire de cette figure en droit français dans la mesure où même si parfois une seule personne exerce les deux rôles, le contrat prend soin de bien distinguer la dualité existante entre le représentant de la masse et l'agent des sûretés. Comme dans la documentation contractuelle soumise au droit anglais, structurée autour d'un *bond trustee* (représentant de la masse) et un *security trustee* (agent des sûretés), « souvent les deux trustees appartiennent au même groupe voire au même établissement ; ils sont cependant distincts parce que les métiers sont distincts²⁵⁸ ». Une telle distinction est généralement consacrée par la clause « notifications » des prospectus qui précise que chaque fonction est exercée par des services différents au sein de la même entité²⁵⁹. À titre d'exemple, la clause notifications (article 18.1) du prospectus Foncière des Murs du 14 novembre 2012 indique que la banque HSBC France exerce aussi bien le rôle de représentant de la masse que celui d'agent des sûretés mais que chaque fonction dépend de services différents de la banque. La précision est opportune pour éviter tout risque de confusion. Précisément, en application de l'article L. 228-7 du Code de commerce, l'article 16.2 du prospectus désigne HSBC France, 103, avenue des Champs Élysées, 75008 Paris, en tant que représentant de la masse tandis que son article 16.7.1 prévoit que « les Porteurs d'Obligations nomment HSBC France, 103, avenue des Champs-Élysées, 75008 Paris, en qualité d'Agent des Sûretés, et, sans préjudice du pouvoir général de défense de leurs intérêts communs par le Représentant de la Masse, lui confient les missions qui lui sont dévolues par les présentes modalités, ce que l'Agent

²⁵⁷ Prospectus ALIS, 2 août 2016 (les obligations étant émises par ALIS-Autoroute de Liaison Seine-Sarthe, p. 60 et 110). Cité dans G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347.

²⁵⁸ G. Endréo, « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014, n° 12, p. 609.

²⁵⁹ G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347.

des sûretés a accepté [...] Dans l'exercice de ses missions, l'Agent des Sûretés agit en qualité de mandataire des Porteurs d'Obligations ». Autrement dit, les clauses de désignation du représentant de la masse des obligataires et de l'agent des sûretés ne permettent *a priori* pas de les distinguer ; cela est fait à travers la clause « notifications »²⁶⁰. La fonction d'agent des sûretés se caractérise alors par une prise d'autonomie vis-à-vis de la fonction de représentant de la masse. Par ailleurs, « *il faut dire aussi que la pratique actuelle qui consiste à nommer, comme représentant de la masse, une personne physique (souvent employé du chef de file) ou une SASU (société par actions simplifiée unipersonnelle) dotée d'une rémunération annuelle d'environ 500 euros ne favorise pas l'extension du rôle traditionnelle du représentant de la masse*²⁶¹ » (même si, à titre de comparaison, la clause 16.3 du prospectus Foncière des Murs stipule que « *le Représentant de la Masse recevra une rémunération annuelle de cinq mille Euros (5 000 €) hors taxes au titre de l'exercice de ses fonctions*²⁶² »). Si le représentant de la masse peut être une personne physique, il en va autrement s'agissant de l'agent des sûretés qui est toujours un établissement de crédit, que ce soit dans le cadre d'une émission cotée ou non²⁶³.

172. La justification de la nomination d'un agent des sûretés. On a pu reprocher à la structuration d'une opération obligataire fondée sur une double nomination de manquer de logique, car il aurait suffi « *que le représentant de la masse délègue les fonctions de prise, gestion et réalisation des sûretés à un agent des sûretés*²⁶⁴ ». Néanmoins, la double nomination se justifiait pour une partie de la doctrine qui « *considérait que le représentant de la masse ne pouvait déléguer ne serait-ce qu'une partie de ses pouvoirs à un tiers*²⁶⁵ », parce que « *le représentant de la masse est un mandataire tellement particulier que la faculté de délégation donnée par le Code civil au mandataire en général ne pouvait s'appliquer au représentant de la masse*²⁶⁶ ». Plus précisément, le comité juridique de l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA) était d'avis que l'« *on doit distinguer le pouvoir de présider l'assemblée de la*

²⁶⁰ Prospectus Foncière des Murs, 14 novembre 2012, visa n° 12-549. Disponible sur : <https://www.covivio-hotels.fr/wp-content/uploads/sites/4/2018/07/2014-Prospectus-final-avec-visa.pdf>. Exemple proposé dans G. Endréo, *loc. cit.*, p. 347.

²⁶¹ G. Endréo, *loc. cit.*, p. 347.

²⁶² La clause 16.7.2 du même prospectus prévoit que « *l'Émetteur sera tenu de payer à l'Agent des Sûretés une commission d'agent dont les montants et modalités de paiement font l'objet d'une lettre séparée signée à la Date de Règlement* ». C'est la raison pour laquelle la comparaison avec la rémunération de l'agent des sûretés n'a pas été possible.

²⁶³ G. Endréo, *loc. cit.*, p. 347.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

masse des autres prérogatives. Dans le premier cas, l'article L 228-64 impose une procédure à laquelle on ne peut déroger (c'est uniquement à l'AG de désigner un président de séance en l'absence du représentant de la masse). Pour les autres missions du représentant de la masse et bien que les textes n'abordent pas l'hypothèse du remplacement du titulaire, la majorité du Comité juridique considère qu'il ne peut pas désigner de mandataire. En effet, le représentant de la masse est un mandataire légal dont les conditions de nominations, le statut ainsi que les missions sont définis précisément par le code de commerce. Il n'est donc pas permis à ce mandataire de se substituer un tiers en l'absence d'autorisation légale²⁶⁷ ». Au sujet de cette interdiction, un auteur s'interrogeait en 2014 : « de lege ferenda on ne voit pas pourquoi, dans cette hypothèse, les dispositions légales relatives à la masse ne pourraient pas être supplétives et autoriser, pour des émissions obligataires sécurisées, la nomination de deux représentants de la masse, chacun doté de sa propre mission. Telle est du moins l'une des pistes de réforme²⁶⁸. » Et le même auteur de proposer : « on devrait pouvoir répliquer en droit français la dualité du bond trustee et security trustee précédemment mentionnée... Cette dualité est une des caractéristiques des financements sécurisés internationaux. S'agissant d'une émission wholesale²⁶⁹ destinée à des investisseurs institutionnels, pourquoi le contrat d'émission ne pourrait-il pas définir les pouvoirs du ou des représentants de la masse ? En cas de pluralité de représentants de la masse il devrait être possible de stipuler qu'ils auront chacun un domaine de compétence spécifique, l'un de ces domaines pouvant être l'acceptation et la gestion des sûretés constituées pour le compte de la masse²⁷⁰. »

173. La délégation du pouvoir du représentant de la masse. Ce débat a finalement été tranché par l'article 7 de l'ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017²⁷¹ ayant complété l'article L. 228-53 du Code de commerce qui dispose que le pouvoir du représentant de la masse

²⁶⁷ ANSA, Comité juridique, dossier n° 13-033 du 5 juin 2013 : « Le représentant de la masse des obligataires (ou des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital) peut-il se faire représenter ? », p. 3.

²⁶⁸ G. Endréo, « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014, n° 12, p. 609.

²⁶⁹ On distingue aujourd'hui les émissions « retail » offertes au public et les émissions « wholesale » réservées à des investisseurs institutionnels. C'est la distinction retenue par l'ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires. V. G. Endréo, « Ordonnance du 10 mai 2017 visant à favoriser le développement des émissions obligataires régies par le droit français », *BJS*, juin 2017, n° 116, m 5, p. 416.

²⁷⁰ G. Endréo, « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014, n° 12, p. 609.

²⁷¹ Ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires.

peut désormais être délégué à un tiers. Cette modification a été spécialement prévue pour que le représentant de la masse puisse déléguer une partie de ses pouvoirs à un agent des sûretés afin que ce dernier administre les sûretés²⁷². Ainsi, selon le système actuel, la masse des porteurs d'obligations nomme un « représentant de la masse » qui est leur interlocuteur avec l'émetteur et les tiers et qui délègue ses pouvoirs à un agent des sûretés pour que celui-ci gère les sûretés.

174. Résumé de la situation. La réception de la figure de l'agent des sûretés en France est liée à la reconnaissance de sa fonction spécifique qui consiste à résoudre les difficultés rencontrées en matière de sûretés dans le cadre des financements, bancaires ou obligataires, faisant intervenir une pluralité de prêteurs et caractérisés par de fréquentes transmissions pendant l'opération²⁷³. Pour ces deux techniques de financement, bancaire et obligataire, il est manifeste que la spécificité de son rôle tient à la technicité de la gestion des sûretés. Ainsi, l'agent des sûretés a dû « s'ouvrir un chemin » pour être bien distingué d'autres acteurs tels que l'agent de crédit dans le cas des crédits syndiqués et du représentant de la masse dans le cas des émissions obligataires.

175. La réception de la fonction d'agent des sûretés s'est aussi accompagnée d'une réception conceptuelle de la notion d'agent des sûretés.

B. La réception de la notion : du « security agent » à l'agent des sûretés

176. Dans la pratique contractuelle anglaise, la figure de l'agent des sûretés est principalement connue sous les appellations « *security agent* » et « *security trustee* ». La réception de la notion en droit français requiert d'analyser en particulier les termes « *agent* » (1) et « *security* » (2), car ce sont eux qui ont donné naissance à l'expression « agent des sûretés ». Enfin, la notion de « *trustee* » ne sera ici qu'évoquée puisque le chapitre suivant lui est consacré.

²⁷² G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347. V. chapitre 8 de cette thèse.

²⁷³ D. Robine, « Loi Sapin II : l'esquisse d'un nouvel agent des sûretés », *RDBF*, novembre 2016, n° 6, étude 6.

1. La réception du terme « agent »

177. Le terme « agent ». Le terme « agent » est employé en droit français aussi bien dans l'expression agent de crédit que dans celle d'agent des sûretés. En droit anglais, le premier reçoit la dénomination de « *facility agent* » ou « *agent bank* » tandis que le second se voit attribuer celle de « *security agent* ». Ce vocable « renvoie à la fonction tenue par un établissement, chargé par les autres établissements participant au syndicat, de gérer les flux financiers et les différentes relations juridiques entre les participants et l'emprunteur qui découlent de la signature et de la réalisation de l'opération financière²⁷⁴ ». D'autre part, « l'expression Security Agent désigne la fonction qui échoit à un établissement membre du syndicat ou à un établissement tiers agissant en qualité de trustee dans un contrat de droit anglais ou d'agent des sûretés dans un contrat de droit français. Cette mission consiste essentiellement dans l'exécution de différentes tâches relatives aux sûretés consenties et constituées en garantie du remboursement du financement considéré (i.e., prise des sûretés et formalités d'inscription et d'opposabilité aux tiers, mise en œuvre des sûretés après le prononcé en cas de défaut...)»²⁷⁵ ».

178. Le terme « agency ». En *commun law*, l'agency est un mécanisme de représentation. Précisément, en droit anglais, l'agent des sûretés est investi de sa mission dans le cadre d'un *trust*, c'est pourquoi on parle le plus souvent de *security trustee* pour désigner l'agent des sûretés fiduciaire. La pratique est cependant parfois plus complexe. Par exemple, on peut relever que dans le cadre des financements soumis au droit de l'État de New York, il est plus fréquent que l'activité de l'agent des sûretés soit encadrée par la figure de l'agency, mais « cette première approche ne saurait masquer une réalité qui combine à la fois agency et trust²⁷⁶ ». Ainsi, « le droit new-yorkais fait usage d'un concept d'agency, qui se rapprocherait du mandat de droit français, auquel il adjoint un caractère fiduciaire avec le “couple” agency-trust, qui ressemble au couple mandataire-fiduciaire²⁷⁷ ». En effet, « cette différence d'approche, non vérifiée dans le domaine des émissions d'obligations, tirerait son explication du contexte américain. L'on notera ainsi très succinctement que le trust de droit new-yorkais utilisé dans

²⁷⁴ Ch. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 161.

²⁷⁵ Ch. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 161.

²⁷⁶ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 65.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 72.

le cadre des émissions obligataires est soumis à des règles particulières. Les acteurs qui remplissent le rôle de trustee sont le plus souvent des acteurs spécialisés pour remplir cette tâche ou peuvent être des services dédiés à cette spécialité au sein de grandes banques américaines²⁷⁸ ». Dans les crédits syndiqués soumis au droit new-yorkais, ce sont ainsi les notions de *collateral agent* ou *administrative agent* qui sont choisies pour désigner l'agent des sûretés. Ces deux notions ne sont pourtant pas équivalentes, car « *le collateral agent peut exister indépendamment de tout autre partie aux documents de financement, mais son rôle peut être confondu avec celui de l'administrative agent, qui est l'agent du crédit. Il y a là une différence de pratique importante, dans la mesure où dans les conventions de crédits syndiqués sous l'empire des droits anglais et français il est constaté – sans pour autant que le contraire soit impossible – que ces rôles d'agent du crédit (facility agent) et d'agent des sûretés (security agent ou security trustee) sont clairement séparés, et ce même s'ils sont exercés par un même établissement financier*²⁷⁹ ». Ainsi « *l'administrative agent (connu sous le nom de facility agent dans le contexte du droit anglais ou "agent du crédit" dans le contexte du droit français) a un rôle de nature "administrative"*²⁸⁰ » ; de plus, il « *peut être chargé de prérogatives relatives aux sûretés. Le collateral agent n'est ni plus ni moins qu'un "agent" des prêteurs spécialisé dans la gestion des sûretés relatives à l'opération de financement*²⁸¹ ». En résumé, « *l'administrative agent assure le rôle de collateral agent en plus des prérogatives "administratives" propres au premier rôle qu'il assure (ex. gestion des notices de tirage du crédit envoyée par l'emprunteur)*²⁸² ».

179. Le « collateral » agent. Enfin, précisons que la notion de *collateral agent* a été reçue par le droit positif puisqu'elle a été consacrée dans le Code de commerce uniforme (*Uniform Commercial Code – UCC*) de l'État de New York. Une telle incorporation « *constitue véritablement une reconnaissance de la pratique américaine en matière de crédits syndiqués. Le collateral agent fait partie des "Secured Parties" (littéralement "Parties Sécourisées" qu'il*

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 66.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 66.

²⁸⁰ *Ibid.* L'auteur explique ici un argument tiré de Richard Wight (avec Warren Cooke et Richard Grey), *The LSTA's complete credit agreement guide*, New York : McGraw Hill, 2009, p. 457.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 66-67.

²⁸² *Ibid.*, p. 67.

*faut comprendre comme étant les bénéficiaires des sûretés) définies au sein du Code de Commerce Uniforme*²⁸³ ».

180. Le terme « agent » dans la pratique française. En droit privé français, la notion la plus proche de celle d'agent serait celle de mandataire, le contrat de mandat étant le contrat de représentation par excellence. En effet, le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu définit l'agent dans le cadre du droit des assurances comme étant un « *mandataire (personne physique) d'une société d'assurance qui, dans une circonscription déterminée, la représente pour la conclusion et éventuellement pour la gestion des contrats (il est rémunéré au moyen de commissions)*²⁸⁴ ». Cependant, puisque ni l'agent de crédit ni l'agent des sûretés n'est nécessairement un mandataire au sens strict, le terme « agent » a été préféré dans la pratique contractuelle française²⁸⁵. Il en va autrement de la jurisprudence qui emploie l'expression de « chef de file » pour qualifier l'arrangeur et l'agent de crédit²⁸⁶. Il convient ici de rappeler que l'arrangeur et l'agent de crédit sont des acteurs essentiels s'agissant de la mise en place de l'opération et de la gestion du crédit. Souvent, une même et seule banque joue les deux rôles, cependant les obligations juridiques et la responsabilité encourue ne sont pas les mêmes lors de la création de la syndication, puis lors de sa gestion^{287 288}. D'une part, l'arrangeur est généralement une banque qui agit pour le seul compte de l'emprunteur afin de monter le syndicat bancaire et la conclusion du contrat de crédit marque donc la fin de sa mission. D'autre part, l'agent de crédit est une banque du syndicat bancaire nommée par toutes les autres pour s'occuper de la gestion du contrat de crédit qui devient ainsi l'interlocuteur de toutes les banques face à l'emprunteur ; une action qui permet de donner une certaine unité économique à l'opération.

2. La réception du terme « security »

181. Le « security package ». Dans le cadre d'une opération ayant recours à un syndicat bancaire, chaque banque cherche à se prémunir contre le risque de défaillance inhérent à son

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 46.

²⁸⁵ E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 8.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ R. Davies, D.G. Halliday, « Risks and Responsibilities of the Agent and the Arranging Bank in Syndicated Credit Facilities », *JIBL*, 1997, vol. 12, n° 5, p. 183. Cité dans E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 8.

²⁸⁸ La différenciation entre les fonctions d'arrangeur et d'agent du crédit a été établie par un arrêt de la High Court d'Angleterre dans un contentieux sur la portée d'une clause exonératoire de responsabilité (Sumitomo Bank Ltd. vs. Banques Bruxelles Lambert SA : [1997] 1 Lloyd's Law Rep. 487. Cité dans E. Bouretz, *loc. cit.*, p. 8.

activité de prêt d'argent à un tiers. La particularité de ce mécanisme est que si l'intérêt de se protéger est d'abord individuel, il s'agit également d'une préoccupation collective. Les sûretés doivent alors être conçues comme un ensemble et c'est en tant que tel qu'elles doivent être gérées. Cet ensemble de sûretés consenties par les banques, connu dans la pratique internationale sous l'appellation de « *security package* », peut contenir, par exemple, un nantissement de parts sociales, un nantissement de solde du compte bancaire, un cautionnement consenti par la société mère, ou encore un gage sur les stocks²⁸⁹. Le rôle principal de l'agent des sûretés est d'administrer ce *security package*.

182. Le terme « *security* ». Il est important de préciser que le choix du terme « sûretés » dans l'expression « agent des sûretés » est clairement inspiré de l'anglais « *security* ». Néanmoins, étant donné que l'agent des sûretés a vocation à gérer des sûretés mais aussi des garanties, « *le terme security doit dans ce cas être entendu de la manière la plus large, pour désigner tout type de garantie. Une définition plus "restreinte" du terme security peut en effet exister. Dans les systèmes juridiques de common law, une distinction est opérée entre, d'une part, la security et, d'autre part, la quasi-security. La première catégorie de security correspond à une sûreté qui génère des droits en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires en relation avec des actifs (assets) sujets du security. La security s'apparente à la sûreté réelle que nous connaissons. La seconde catégorie de quasi-security, pourrait quant à elle être rapprochée des sûretés personnelles. En effet, les droits des bénéficiaires d'une quasi-security sont de nature personnelle. Il peut s'agir de quasi-security du type d'une garantie (guarantee and indemnity), une lettre de confort (comfort letter) ou encore un droit à compensation (set-off)²⁹⁰ ».*

183. Les opérations de financement comprenant un *security package* relèvent des *secured transactions*, terme employé par l'article 9 du Code de commerce uniforme de l'État de New York et qui fait référence à des transactions nécessitant d'être « assurées » par la prise de garanties. Le *security package* étant une notion large, elle s'adapte à chaque type d'opération et à chaque système juridique. C'est pourquoi, elle peut concerner des mécanismes variés tels que la délégation de paiement, la garantie autonome, le cautionnement, des lettres d'intention

²⁸⁹ E. Le Galloc'h, « Réforme de l'agent des sûretés : vers une modernisation et un renouvellement du régime », *Banque & Droit*, novembre-décembre 2016, n° 170, p. 17.

²⁹⁰ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 46.

(article 2322 du Code civil), des nantissements de parts sociales ou de droits de propriété intellectuelle, etc.²⁹¹

184. Par conséquent, le *security package* correspondrait à la notion française de garantie. Définie de façon plus extensive, cette notion dépasse cependant les catégories de sûretés traditionnelles pour englober « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire garanties du vendeur non payé, garantie de l'assureur, etc.*²⁹² ». En effet, « *cette référence aux “garanties” mérite d’être explicitée. La notion de garantie, usuellement confondue avec celle de sûreté, désigne tantôt les mécanismes “dont la finalité est de suppléer à l’exécution régulière d’une obligation ou d’en prévenir l’inexécution”²⁹³, tantôt uniquement ceux “qui n’ont pas été conçus pour cela, ou [sont] de pures créations de la pratique”. La première conception semble être la plus complète sans que la seconde ne soit fautive, en y ajoutant que la garantie ne remplit pas nécessairement les critères de la sûreté – notamment celui de sa finalité d’échapper au concours entre créanciers, qui n’est souvent pas sa raison d’être. Ainsi, il peut être affirmé que toutes les sûretés sont des garanties sans que toutes les sûretés ne soient des sûretés*²⁹⁴ ». Enfin, il convient aussi d’inclure dans le *security package* les engagements contractuels du débiteur qui font également partie des garanties bénéficiant aux parties financières et concernent souvent l’agent des sûretés²⁹⁵.

185. La notion « agent des sûretés ». Dès lors, puisque le terme « garantie » est plus vaste que celui de sûretés qu’il englobe, l’agent des sûretés aurait pu plus logiquement s’appeler « agent des garanties²⁹⁶ ». Cependant, c’est la qualification « agent des sûretés » qui a progressivement été retenue. Certes, elle était absente de l’article 2328-1 du Code civil (première réception légale de l’agent des sûretés en droit français ; v. chapitre 5 de cette thèse) étant donné que cette disposition se limitait à décrire succinctement le mécanisme sans le nommer mais malgré ce silence, la notion est entrée dans les mentalités grâce à son utilisation

²⁹¹ *Ibid.*, p. 47-48.

²⁹² G. Cornu, *op. cit.*, p. 487.

²⁹³ L’auteur cite P. Crocq, *Propriété et garantie*, Paris : LGDJ, 1995, n° 287.

²⁹⁴ Y. Berrada, *Le Nouvel Agent des sûretés français dans les schémas de crédit syndiqué* sous la direction de Monsieur le Professeur Pierre Crocq, Mémoire DJCE : droit privé : Panthéon-Assas Paris II : 2017, p. 17-18.

²⁹⁵ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 48.

²⁹⁶ En droit belge, la dénomination « agent de garantie » est également utilisée en plus de celle d’agent des sûretés. V. A. Pesneau, *op. cit.*, p. 280. Sur l’opportunité d’employer la formule « agent des garanties » v. D. Robine, *loc. cit.* ; v. également sur cette question G.-A. Likillimba, « L’agent des sûretés et des garanties en droit français », *RTD Com.*, 2019, p. 533.

par les praticiens ainsi que la doctrine juridique et économique. Les travaux préparatoires de l'article 2328-1 avaient aussi employé ce terme, par exemple lorsqu'il a été constaté que « *les usages bancaires internationaux consistent à confier à une entité spécifique – "l'agent des sûretés" – le soin de prendre, de gérer le cas échéant et de réaliser les sûretés au profit de l'ensemble des créanciers*²⁹⁷ ». Le terme a de nouveau été utilisé par le législateur dans le cadre de la préparation de la réforme²⁹⁸ de l'article 2328-1. En effet, le rapport de la commission spéciale du Sénat ayant rendu un avis sur la modification de l'article 2328-1 a pu préciser qu'« *en même temps qu'elle a introduit en droit français la fiducie, la loi du 19 février 2007 a créé dans notre droit "l'agent des sûretés". Il s'est agi, en s'inspirant de l'institution anglo-saxonne du security trustee, de faciliter la gestion de sûretés afférentes à une dette lorsque celle-ci est détenue par plusieurs créanciers, notamment dans le cadre d'opérations de financement complexe*²⁹⁹ ». Par ailleurs, la notion d'agent des sûretés a définitivement été consacrée par le droit OHADA³⁰⁰ en 2010. L'approche qui a alors été retenue est très précise puisque l'article 1^{er} de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés (AUS) du 15 décembre 2010 définit la sûreté comme étant « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ». En outre, l'article 5 de l'AUS énonce que « *toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation* » peut être administrée par un agent des sûretés. De son côté, le droit français a consacré la notion d'agent des sûretés à l'occasion de la réforme de 2017³⁰¹ (cette réforme constitue la réception définitive de l'agent des sûretés en droit français ; voir chapitres 7 et 8 de cette thèse), à l'article 2488-6 du Code civil. Cette disposition est toutefois moins exacte que les articles du droit OHADA mentionnés, car elle indique uniquement que « *toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés* ». Par conséquent, le législateur français a choisi de

²⁹⁷ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie).

²⁹⁸ L'article 2328-1 du Code civil, créé en 2007, a été légèrement modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (« LME »). V. chapitre 5 de cette thèse.

²⁹⁹ Rapport n° 413 (2007-2008) de M. Laurent Bêteille, M^{me} Elisabeth Lamure et M. Philippe Marini, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 24 juin 2008.

³⁰⁰ Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés (AUS) du 15 décembre 2010.

³⁰¹ Ordonnance du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés

mentionner les sûretés et l'agent des sûretés au lieu de n'évoquer que les garanties et de qualifier cette figure d'« agent des garanties ». La raison en est sans doute que « *le législateur y a probablement renoncé dans un souci d'exhaustivité, en se voulant rassurant quitte à risquer la redondance voire l'inexactitude, et probablement également pour légitimer l'usage de la traditionnelle expression d'“agent des sûretés”*³⁰² ». Dans tous les cas, la volonté du législateur est claire puisque le rapport accompagnant l'ordonnance précise bien que « *le champ d'application du texte est élargi à toutes les sûretés et garanties et n'est plus limité aux seules sûretés réelles : l'agent des sûretés pourra désormais également gérer les sûretés personnelles mais également les promesses de sûretés ou encore les sûretés de droit étranger, sans être limité aux sûretés énumérées dans le code civil, le code de commerce et le code monétaire et financier*³⁰³ ».

186. Pour être complète, la réception de l'agent des sûretés en tant que figure autonome passe par la reconnaissance de sa mission mais aussi par sa qualification juridique en droit français.

§2. La qualification de l'activité de l'agent des sûretés

187. L'activité de l'agent des sûretés étant variée, elle touche à plusieurs branches du droit. Cette diversité de fonctions a posé des difficultés quant à sa réception au moyen d'une figure spécifique du droit civil. Une considération générale liminaire conduit effectivement à se demander quelle figure permet à l'agent des sûretés de prendre des garanties, en son nom propre, au profit de créanciers. Dans un crédit bilatéral courant, chaque prêteur prend les sûretés et garanties en son nom propre. Le crédit syndiqué étant en quelque sorte une juxtaposition de plusieurs crédits bilatéraux, on pourrait simplement considérer que chaque membre du syndicat se charge des garanties qui lui sont consenties. Comme on l'a déjà relevé, la raison d'être de l'agent des sûretés est précisément de réaliser une gestion coordonnée et intelligente de l'ensemble des sûretés nécessaire à la réussite de l'opération structurée en tant que syndicat.

188. Le droit français étant dépourvu de mécanisme permettant qu'une personne prenne des sûretés pour un groupement de créanciers, les praticiens ont cherché à combler ce vide. En effet,

³⁰² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 18.

³⁰³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.

cette lacune ne signifiait pas que cela était interdit mais qu'il n'existait pas de procédé certain permettant de rendre ces sûretés opposables aux tiers.

189. Dans les pays de *common law*, le mécanisme utilisé est celui du *trust*. Cette figure possède des caractéristiques dont l'agent des sûretés a besoin pour être efficace, à savoir : la titularité des sûretés et des garanties lui permettant d'agir toujours de façon cohérente au bénéfice des créanciers ; l'existence d'un patrimoine d'affectation qui permet de séparer les sûretés et les garanties du patrimoine personnel de l'agent et de les protéger d'une éventuelle procédure collective ouverte contre lui ; enfin, la faculté de changer ou de remplacer l'agent des sûretés sans conséquence sur l'efficacité des sûretés. Pour toutes ces raisons, la réception de l'agent des sûretés par le droit français a été caractérisée par la recherche constante d'un mécanisme équivalent au *security trustee* du droit anglais. Plus particulièrement, avant la création d'un cadre légal français, les praticiens cherchaient à se rapprocher le plus possible des avantages du *trust* en ayant recours à certaines figures civilistes. La principale d'entre elles était le contrat de mandat (A) mais ce n'était pas la seule (B).

A. L'agent des sûretés, mandataire des créanciers

190. En l'absence de l'institution du *trust*, d'un mécanisme similaire ou d'un cadre juridique spécifique, l'agent des sûretés a été consacré en droit français sur le fondement du contrat de mandat prévu aux articles 1984 et suivants du Code civil : une banque membre du syndicat bancaire ou un tiers (mandataire) était nommée par les prêteurs (mandants) afin de gérer tout ce qui était en rapport avec les garanties de l'opération de crédit. Une telle structuration avait des atouts (1) mais aussi des faiblesses (2).

1. Les atouts du mandat

191. Le choix du mandat. L'agent des sûretés institué sous la forme d'un mandat était un dispositif intéressant³⁰⁴, car il permettait de prendre et de gérer tout type de sûretés : sûretés

³⁰⁴ Sur les atouts et les faiblesses du mandat v. rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie) ; P. Nabet, « Pour un agent des sûretés efficace en droit français. Ou comment donner un effet utile à l'article 2328-1 du code civil », *D.*, 2012, p. 1901 ; J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification du régime de l'article 2328-1 du code civil et de la fiducie des sûretés », *RD banc. et fin.*, septembre 2010, n° 5, étude 20 ; D. Robine, « Le sort de l'agent des sûretés », *Rev. proc. coll.* n° 3, mai 2013, dossier 18 ; E. Gentil et

réelles et personnelles, de droit français ou étranger. La figure du mandat est sans doute la plus proche de la notion d'*agency* du droit anglais. Enfin, le régime du mandat est très ouvert et permet de couvrir un grand nombre de missions confiées au mandataire. Cependant, le contrat de mandat ne permettant pas que le mandataire soit considéré comme le titulaire des sûretés dont doivent bénéficier les mandants, les sûretés devaient être prises au nom de chaque créancier, pour le montant de sa créance individuelle, afin de sécuriser l'opération en rendant les garanties opposables aux tiers. Les actes constitutifs de chaque sûreté devaient donc être signés par chaque créancier et devaient préciser que l'un des créanciers bénéficiait de la sûreté en sa qualité d'agent des sûretés pour le compte de tous les autres. Ainsi, lorsque des formalités de publicité étaient requises pour la validité et l'opposabilité de certaines sûretés, c'était le rôle de l'agent des sûretés que de les accomplir. En cas de négligence ou de faute dans l'accomplissement de sa mission, l'agent des sûretés, comme tout mandataire, pouvait voir sa responsabilité engagée.

192. Exemple de clause agent mandataire. Le statut et la mission de l'agent des sûretés étaient précisés dans des clauses insérées soit dans le contrat de crédit, soit dans la convention inter créanciers. Par exemple, il pouvait être indiqué :

« L'Agent des Sûretés

Chacune des banques désigne l'Agent des Sûretés en qualité d'agent des sûretés pour agir comme son mandataire conformément aux dispositions de la Convention, et des Documents de Sûretés. À ce titre, l'Agent des Sûretés détiendra tous les pouvoirs qui lui sont conférés aux termes des Documents de Sûretés Senior, ainsi que tous pouvoirs supplémentaires strictement nécessaires à l'exécution du mandat ainsi conféré.

Les dispositions des paragraphes [] relatifs aux Obligations spécifiques de l'Agent et à la Garantie à l'Agent s'appliqueront, dans les mêmes termes, à l'Agent des Sûretés, sauf lorsque le contexte l'exigera autrement.

Chaque Banque donne tout pouvoir à l'Agent des Sûretés pour signer en son nom les Documents de Sûretés Senior.

J. Delbard, « L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil », *Option Finance* n° 1050, p. 35 ; S. Laval, « Pour une réforme de l'agent des sûretés », *Dr. et patri.*, avril 2016, n° 257, p. 32-33 ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 25-26.

Agent des Sûretés

- (a) *L'Agent des Sûretés peut mettre fin à son mandat par notification aux Banques et aux Emprunteurs conformément au présent paragraphe.*
- (b) *La majorité des Banques désignera l'une des autres Banques en qualité d'Agent des Sûretés.*
- (c) *À défaut d'une telle désignation dans un délai de 30 jours à compter de la notification faite par l'Agent des Sûretés, celui-ci désignera lui-même son successeur qui sera un établissement de crédit de bonne renommée.*
- (d) *Le mandat de l'Agent des Sûretés qui se retire ne prendra fin que lorsque son successeur aura accepté sa désignation par écrit. Alors :*
 - i. *le successeur assumera l'ensemble des droits et obligations de l'Agent des Sûretés au titre des Documents de Financement Senior ;*
 - ii. *le mandat de l'Agent des Sûretés qui se retire prendra fin, sans préjudice des responsabilités dont le fait générateur est antérieur à ce moment ; et*
 - iii. *l'Agent des sûretés qui se retire sera libre de toute obligation à compter de ce moment³⁰⁵. »*

193. Malgré l'intérêt que présentait l'agent des sûretés nommé mandataire des banques, cette formule présentait des faiblesses non négligeables.

2. Les faiblesses du mandat

194. Le dispositif d'agent des sûretés-mandataire ne présentait pas les conditions minimales requises pour être efficace sur un marché des crédits syndiqués international. En effet, on peut relever certaines faiblesses de ce type de contrat dans une telle configuration :

° En premier lieu, le mandataire agit au nom et pour le compte des créanciers³⁰⁶ qui sont les véritables titulaires des sûretés. Ce régime exige ainsi que l'identité des créanciers bénéficiaires des sûretés soit indiquée dans l'acte de constitution de celles-ci et dans les actes assurant leur opposabilité. En cas de transfert de participation, il devient donc nécessaire de renouveler les formalités afin que les sûretés profitent aux nouveaux

³⁰⁵ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 161.

³⁰⁶ La réforme de 2017 complétera les défauts présentés par le mandat, notamment en ce qu'il agit en son nom propre au profit des créanciers, alors que le mandataire agit en leur nom et pour leur compte.

membres du syndicat bancaire. Or, cette formalité fragilisait l'opération en termes de sécurité juridique et de faisabilité, la rendant aussi plus compliquée et plus coûteuse. Face à cette problématique, certains ont proposé d'établir une formule permettant de consentir chaque sûreté à l'ensemble des prêteurs et de définir ce terme de façon large en incluant les futurs prêteurs ;

° Deuxièmement, en cas de faillite de l'agent des sûretés, l'ensemble des sûretés prises et gérées ainsi que les revenus générés dans le cadre de sa mission pouvaient faire l'objet de poursuites de la part de ses créanciers personnels, parce que le mandataire ne détenait pas de patrimoine spécialement consacré à l'exercice de sa mission d'agent ;

° Troisièmement, le mandataire étant limité par le contenu de sa mission, il n'a pas le droit d'ester en justice sans un mandat spécial (mandat *ad litem*) accordé par chaque mandant³⁰⁷. Cela signifie qu'il ne pouvait pas déclarer les créances en cas d'éventuelle procédure collective. Il s'agit d'un véritable problème pour un agent des sûretés qui doit réaliser un grand nombre d'actes et de nature assez variée ;

° Enfin, en vertu de l'article 2004 du Code civil, le mandant est révocable *ad nutum*. La possibilité est ainsi toujours ouverte à n'importe quel créancier de révoquer le mandat afin de procéder à la réalisation individuelle de ses sûretés. Dès lors, « *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'obligation garantie, dans la mesure où, en droit français, tout mandat peut être révoqué par le mandant, même s'il est consenti dans l'intérêt du mandant et du mandataire ou stipulé irrévocable*³⁰⁸ ».

195. Pour toutes ces raisons, le contrat de mandat ne présentait pas suffisamment d'avantages pour pouvoir encadrer efficacement l'activité de l'agent des sûretés. Les atouts et les faiblesses de l'agent des sûretés-mandataire ont été bien résumés dans le rapport de M. de Richemont à l'occasion de la discussion sur la création du premier cadre légal français de l'agent des sûretés :

³⁰⁷ Cass. ass. plén., 26 janv. 2001 (n° 99-15.153), Bull. ass. plén. 2001, n° 1

³⁰⁸ E. Gentil et J. Delbard, *loc. cit.*, p. 35.

« La théorie du mandat permet certes d'effectuer une telle opération. Dans ce cadre, l'agent des sûretés est mandaté par chaque créancier pour prendre, gérer et réaliser les sûretés. Toutefois, cette solution soulève plusieurs difficultés.

D'une part, les sûretés sont créées au bénéfice direct des mandants -seuls titulaires de la créance – et non au profit de l'agent lui-même. Or, l'opposabilité aux tiers des droits des mandants au titre de la sûreté présente des difficultés, notamment dans les cas où des mesures de publicité sont requises pour l'opposabilité des droits des bénéficiaires. En pratique, les garanties doivent en effet être prises systématiquement au nom de chaque mandant individuellement pour le montant de son risque, tandis que les contrats doivent être signés par chacun d'eux, ce qui présente une certaine lourdeur.

D'autre part, en cas de cession de participation dans le crédit syndiqué, le transport des sûretés accessoires découle de l'accomplissement des formalités requises pour la cession des créances à forme civile. L'opposabilité du transfert des sûretés accessoires nécessite le plus souvent l'accomplissement de formalités supplémentaires pour s'assurer que ces créanciers bénéficieront des sûretés initialement consenties par le débiteur³⁰⁹. »

196. Dans un tel contexte, les praticiens ont cherché à avoir recours à d'autres figures du droit civil français pour instituer l'agent des sûretés.

B. La mise en place de l'agent à travers d'autres mécanismes du droit civil

197. En plus du mandat, le droit français offrait deux autres figures pouvant servir de cadre à l'agent des sûretés : le contrat de commission constituait, comme le mandat, une autre forme de représentation (2), tandis que la solidarité active (1) proposait une solution en tant que forme d'obligation plurale.

³⁰⁹ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie), p. 103-104.

1. La solidarité active

198. La solidarité active du Code civil. La gestion collective des garanties d'un syndicat bancaire peut aussi être mise en place sur le fondement de la solidarité active³¹⁰. Ce mécanisme est décrit par l'article 1311 du Code civil aux termes duquel :

« La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous.

Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux. »

199. Les avantages de la solidarité active. La solidarité permet donc à chaque créancier d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement du débiteur à l'égard de l'un des créanciers le libère à l'égard de tous. Dans le cadre d'un crédit syndiqué, la stipulation d'une solidarité active entre les prêteurs³¹¹ est une façon de leur donner la possibilité de gérer collectivement les sûretés. La gestion collective est alors confiée à l'un des prêteurs agissant en tant qu'agent des sûretés. Un tel montage présente des avantages en termes de simplification et de réduction des coûts de gestion des sûretés mais son principal atout est que tous les créanciers, étant unis par la solidarité active, sont en droit de déclarer le montant total de la créance en cas de procédure collective. Ainsi l'agent des sûretés n'a pas besoin d'un mandat spécial pour exercer ce droit³¹².

200. Les faiblesses de la solidarité active. Toutefois, malgré ces avantages, la solidarité active entre créanciers n'est pas non plus la forme juridique idéale pour assurer une gestion optimale des sûretés dans le cadre d'un crédit syndiqué. En premier lieu, comme l'explique Jean-François Adelle³¹³, la solidarité active ne pouvant être stipulée qu'entre créanciers, l'agent

³¹⁰ Sur les atouts et les faiblesses de la solidarité active v. Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie) ; J.-F. Adelle, *loc. cit.* ; D. Robine, *loc. cit.* ; M. Bauer, « La solidarité active, *parallel debt* à la française, ou les vertus de la simplicité », *Banque & Droit* n° 163 septembre-octobre 2015, p. 15. Y. Berrada, *op. cit.*, p. 27-28.

³¹¹ La solidarité est soit légale ou conventionnelle, elle ne se présume pas (article 1310 du Code civil).

³¹² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 27. L'auteur fait référence à Cass. com., 20 mars 2001 (n° 98-13.961), Bull. civ. IV n° 61.

³¹³ J.-F. Adelle, *loc. cit.*,

des sûretés peut uniquement être l'un des membres du syndicat ; un tiers ne peut donc pas être désigné agent des sûretés.

201. En deuxième lieu, chaque prêteur étant en droit d'exiger du débiteur le paiement de la totalité de la créance, les autres créanciers ne sont pas assurés d'être payés par celui ayant reçu le paiement. Ils ne sont pas non plus protégés en cas de faillite du débiteur qui a été payé, car les actifs ne sont pas conservés dans un patrimoine spécialement affecté à cet effet avant la distribution du produit de la réalisation. Ce risque peut être limité par une clause prévoyant que le débiteur ne payera que l'agent des sûretés. Cependant, « *une telle clause n'empêcherait certes pas le débiteur de se libérer en payant un autre créancier, mais il est compté sur le risque d'engager sa responsabilité contractuelle pour être dissuasif, ce qui est insuffisant lorsque les financements, et donc les risques, sont d'envergure*³¹⁴ ». En cas de non-respect d'une telle clause, la responsabilité contractuelle du débiteur pourrait être engagée. Néanmoins, le paiement du débiteur, même en violation de la clause, est libératoire ce qui réduit l'effet de celle-ci.

202. En troisième et dernier lieu, l'effet de la chose jugée sur l'une des banques s'applique à tous les autres prêteurs ce qui rend la situation des banques particulièrement fragile dans l'hypothèse où l'une d'elles viendrait à entrer en conflit avec l'emprunteur.

203. Ces raisons expliquent que la solidarité active a de fait très peu servi pour exercer la fonction d'agent des sûretés, comme a pu l'expliquer le sénateur de Richemont dans le rapport précité :

« Les praticiens du droit ont entendu résoudre ces difficultés en instituant, le cas échéant, une solidarité active entre les créanciers. Par ce biais, chacun des créanciers étant investi de la totalité de la créance, celui d'entre eux qui aura été désigné pourra prendre, gérer et réaliser les sûretés en son propre nom, puis transmettra le produit de cette réalisation aux autres créanciers.

Cependant, dans un tel cadre, l'emprunteur peut rembourser la totalité du prêt entre les mains du prêteur de son choix, et se libérer ainsi à l'égard des autres, ce qui est problématique dans l'hypothèse où l'agent qui a reçu les fonds est insolvable. En outre, il existe un risque que les

³¹⁴ Y. Berrada, *op. cit.*, L'auteur fait référence à J. Bertran de Balanda, « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque & Droit*, 1997, n° 52, p. 3.

juridictions considèrent que la chose jugée à l'égard d'un des créanciers solidaires s'impose à tous les autres. Chacun des prêteurs prend donc le risque que les mesures intentées par l'un d'entre eux s'imposent à tous.

Le recours à la solidarité active ne peut donc fonctionner que dans des crédits où le nombre de prêteurs est limité et où la solvabilité de la banque chargée des sûretés n'est pas contestable. Il n'est donc pas adapté à des opérations internationales de plus grande envergure³¹⁵. »

204. Exemple d'utilisation de la solidarité active dans une clause agent. Néanmoins, en dépit d'une rare utilisation de ce dispositif, des clauses comme la suivante ont pu être rédigées :

« Les Parties Financières, créanciers solidaires, chargent l'un d'eux, l'Agent des Sûretés, de recevoir toute somme due par l'Emprunteur aux Parties Financières, au titre de l'un quelconque des Documents de Sûretés. L'Agent des Sûretés, qui accepte cette mission, devra ensuite répartir les sommes ainsi perçues entre les Parties Financières, selon les modalités convenues au sein de la Documentation de Financement. L'Emprunteur reconnaît le rôle de l'Agent des Sûretés et accepte de se libérer exclusivement pour toute somme due aux Parties Financières et au titre des Documents de Sûretés entre les mains de l'Agent des Sûretés³¹⁶. »

En commentant cette clause, Adrien Pesneau « remarque qu'il est fait mention de la qualité de "créanciers solidaires" qu'ont les parties financières. Le recours au mécanisme de la solidarité est identifié. Il est ensuite fait mention du respect des modalités contractuelles pour la répartition des sommes collectées par l'agent des sûretés-créancier solidaire. Rappelons que les documentations de crédit syndiqué font largement appel à la liberté contractuelle et que les modalités de répartitions des sommes collectées y sont précisément définies. Enfin, le système n'aurait pas été complet sans l'implication du débiteur, l'emprunteur. Ce dernier doit, par son acceptation du contrat contenant la stipulation susmentionnée, reconnaître le rôle de l'agent des sûretés-créancier solidaire³¹⁷ ».

205. Résumé de la situation. En résumé, Jean-François Adelle soutient que « la solidarité active évite l'accomplissement des formalités destinées à rendre opposable le transfert de la dette par un prêteur sauf changement d'agent. De plus, elle permet de couvrir tout type de

³¹⁵ Rapport précité, p. 104.

³¹⁶ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 186.

³¹⁷ *Ibid.*

sûretés, personnelles comme réelles et de droit français comme de droit étranger. Mais, le mécanisme de la solidarité active présente cependant des inconvénients significatifs [...]. Au regard de ces inconvénients, la solidarité active n'est concevable que dans le cas de dettes de faible montant, n'exposant les prêteurs à des risques significatifs. Cette solution, peu utilisée par la pratique, n'est pas à retenir si le seul mobile est de donner un cadre juridique à l'agent des sûretés³¹⁸ ».

2. La commission

206. Le contrat de commission. « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant³¹⁹ » ; son régime reprend les règles applicables au contrat de mandat (titre XIII du livre III du Code civil). Plus précisément, selon le doyen Cornu, le commissionnaire est l'« intermédiaire dont la profession est de faire des opérations de commission et qui, agissant en son propre nom, se distingue du mandataire ; se distingue aussi du courtier³²⁰ ». Au regard de sa définition et de sa proximité avec le mandat, la commission est un contrat qui a pu également servir de fondement légal à l'agent des sûretés³²¹. Dans ce cas, ce dernier est désigné commissionnaire par des commettants qui sont les créanciers membres d'un syndicat bancaire.

207. Les avantages de la commission. Plusieurs éléments méritent à cet égard d'être examinés. Le commissionnaire agissant en son propre nom mais pour le compte des commettants, la figure de la commission s'adapte bien au phénomène de la cession de participation au sein d'un syndicat bancaire. En effet, les noms des créanciers n'apparaissent ni dans les actes constituant les sûretés ni dans les actes rendant les sûretés opposables aux tiers. Ainsi, s'il arrive un nouveau créancier, il sera bénéficiaire des sûretés. Dès lors, selon Sarah Laval, « au-delà de la possibilité de gérer tout type de sûreté ou d'être choisi parmi les tiers, l'agent des sûretés commissionnaire présente un atout majeur par rapport à l'agent mandataire. L'agent commissionnaire n'agit pas au nom des créanciers membres du pool mais

³¹⁸ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

³¹⁹ L. 132-1 et s. du Code de commerce.

³²⁰ G. Cornu, *op. cit.*, p. 205.

³²¹ Sur les atouts et les faiblesses de la commission v. P. Nabet, *loc. cit.*, p. 1901 ; G. Ansaloni et I. Dursun, « L'agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un pool bancaire », *JCP E*, juillet 2009, n° 1671 ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 26-27.

*en son nom propre. Les créanciers ne sont pas nommés dans les actes constitutifs de sûretés ni dans les inscriptions. Dès lors, les cessions de participations peuvent avoir lieu sans modification. L'agent agit pour le compte des créanciers actuels et des créanciers futurs à qui les sûretés sont cédées par voie d'accessoire*³²² ».

208. La titularité des sûretés. Cependant, se pose la question du titulaire des sûretés : est-ce l'agent ou les créanciers ? Étant donné que le commissionnaire agit en son propre nom et pour le compte des créanciers, il peut être affirmé que l'« *effet réel de l'opération entre le commissionnaire et le tiers contractant, débiteur constituant de la sûreté, opère directement du patrimoine de ce tiers vers le commettant. Les sûretés sont donc détenues par les créanciers bénéficiaires commettants et non par l'agent commissionnaire*³²³ ». Les commettants étant donc les titulaires des sûretés, ils possèdent des droits réels sur les biens donnés en garantie, c'est pourquoi l'éventuelle ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'agent des sûretés est moins lourde de conséquence : « *la règle, commune au mandat, est sécurisante en cas de faillite de l'agent, dès lors que les créanciers, titulaires d'un droit réel et non simplement personnel, pourront revendiquer les biens détenus entre les mains de l'agent*³²⁴. »

209. Les inconvénients de la commission. Le principal inconvénient de la figure de la commission réside toutefois dans la titularité commune des sûretés. On peut alors s'interroger quant à l'organisation des créanciers s'agissant de l'administration de leurs sûretés communes, précisément « *comment concilier la titularité des sûretés par l'ensemble des créanciers syndiqués avec une gestion satisfaisante de ces sûretés ?*³²⁵ ». Certains commentateurs ont proposé que la situation soit qualifiée d'indivision étant donné que « *les sûretés sont prises de façon globale en garantie du crédit syndiqué. Suivant l'idée que les sûretés sont indivisibles, on pourrait d'abord considérer que la collectivité toute entière des créanciers est titulaire de chaque sûreté. Dès lors, chaque membre du pool serait propriétaire indivis de chacune des sûretés prises par l'agent commissionnaire*³²⁶ ». Dans le cadre d'une indivision, la règle est que les décisions nécessitent l'approbation de tous les indivisaires. Il existe alors le risque que cette règle soit violée au détriment de l'intérêt des autres créanciers ou que le syndicat soit bloqué :

³²² S. Laval, *loc. cit.*, p. 33.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*

« On retrouverait alors les difficultés de gestion et surtout de disposition des biens indivis. En vertu de l'article 815-3 du Code civil, le créancier qui voudrait faire réaliser la sûreté devrait recueillir l'accord de tous ses cocréanciers. En cas de désaccord entre les créanciers, la situation serait bloquée et l'intérêt individuel des membres du pool dépassé par l'intérêt collectif³²⁷. »

210. La révocabilité *ad nutum*. Un dernier problème posé par le contrat de commission est sa révocabilité *ad nutum*, ce qui pose la même difficulté que celle relevée au sujet du mandat. Associée à l'indivisibilité des sûretés, la révocabilité *ad nutum* n'est en effet pas sans conséquence : « l'indivisibilité des sûretés implique plutôt que chaque créancier, titulaire d'une créance propre, est titulaire individuel de la sûreté et peut agir pour le tout sans recueillir l'accord des autres créanciers. Dans ce cas, sachant que le contrat de commission est révocable *ad nutum* lorsqu'il est conclu à durée indéterminée, un des créanciers membres du pool pourrait résilier le contrat constitutif de l'agent et réaliser la sûreté qui garantit sa créance. Il mettrait alors ses cocréanciers devant le fait accompli alors que ceux-ci n'ont pas automatiquement intérêt à la vente du bien. Ici, c'est l'intérêt collectif qui risque d'être dépassé par l'intérêt individuel. À moins de conclure le contrat à durée déterminée ou d'y insérer des *sharing clauses* destinées à empêcher un exercice isolé et intempestif des sûretés. La protection des créanciers est alors dépendante des stipulations contractuelles. On le voit donc, l'agent des sûretés commissionnaire peine à instaurer l'équilibre entre la discipline collective et les droits individuels des membres du syndicat³²⁸. »

211. L'absence de patrimoine d'affectation. Le régime de l'agent des sûretés de droit anglais présente un élément commun important avec la commission qui est celui d'agir en son propre nom. Cependant, d'autres éléments importants les distinguent comme, principalement, le fait qu'un agent des sûretés efficace doit pouvoir bénéficier d'un patrimoine d'affectation. Ainsi, « le régime du commissionnaire trouve ses limites en ce qu'il n'existe pas de patrimoine d'affectation, véritable "refuge" des sûretés et garanties concédées aux parties financières dans le cadre des crédits syndiqués³²⁹ ». Ceci explique que dans la pratique, le contrat de

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*, p. 34.

³²⁹ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 181.

commission n'a pas été utilisé pour nommer un agent des sûretés³³⁰, car « *la figure de l'agent des sûretés-commissionnaire ne possédait que peu d'atouts pour être retenue par les praticiens des crédits syndiqués. Le mandat, plus souple et aux multiples utilisations, lui aura été préféré*³³¹ ».

212. Conclusion de la section. Le processus de réception de l'agent des sûretés est caractérisé par sa reconnaissance en tant que figure autonome : une telle autonomie se manifeste dans la spécificité de la fonction de l'agent des sûretés consistant à gérer des sûretés dans un cadre collectif, notamment dans un syndicat bancaire et dans une masse d'obligataires. Parallèlement à cette incorporation dans la pratique des financements, c'est la notion elle-même d'agent des sûretés, d'origine étrangère, qui est assimilée dans les contrats, la jurisprudence et la loi. Enfin, pour être complète, la reconnaissance de l'agent des sûretés devait passer par sa qualification en droit français. Cette qualification est restée assez théorique puisque des mécanismes civilistes tels que le contrat de mandat, le contrat de commission ou encore la solidarité active n'ont pas permis de donner un cadre légal approprié à l'agent des sûretés.

213. Conclusion du chapitre. La réception de l'agent des sûretés par le droit civil français peut être qualifiée de particulière, car elle a reposé sur la reconnaissance de la spécificité de cette figure. Une telle consécration a consisté, en premier lieu, à bien distinguer l'agent des sûretés de figures proches intervenant dans le cadre des crédits syndiqués, à savoir l'arrangeur mais surtout l'agent de crédit. Dès lors que cette distinction a été établie, l'agent des sûretés a clairement émergé comme une fonction mais également une notion autonome. La réalité précédant le droit, le droit civil français a ensuite essayé d'offrir un cadre juridique à cette nouvelle figure. Les praticiens ont tenté de faire fonctionner l'agent des sûretés avec des mécanismes tels que le mandat, la solidarité active ou le contrat de commission. Cependant, malgré leurs qualités, aucun de ces dispositifs n'était complètement adapté à la spécificité de la mission de l'agent des sûretés. Parmi ces figures, le mandat a été le plus utilisé, étant « *un puissant concept, qui ne répond certes pas à toutes les inquiétudes des parties financières, mais qui a le mérite d'exister pour se poser en alternative crédible d'un agent des sûretés efficace en droit français. En somme, ne s'agissait-il pas, dans l'attente de la réforme tant attendue de*

³³⁰ Adrien Pesneau affirme qu'« à notre connaissance cette figure n'aurait pas été employée », in A. Pesneau, *op. cit.*, p. 183.

³³¹ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 183.

l'agent des sûretés, de recourir à la plus performante des "rustines" ?³³² ». Devant une telle absence de mécanisme spécifique et approprié en droit français, les praticiens ont cherché à importer des solutions venues de droits étrangers.

214. Conclusion du titre I. Les contrats de droit français ont servi dans un premier temps comme cadre récepteur de droit français de l'agent des sûretés. D'une manière générale, l'agent des sûretés agissant dans un crédit syndiqué, c'est le contrat de crédit qui a été naturellement ce cadre de réception. En ce qui concerne la réception spécifique de la fonction de l'agent des sûretés, les mécanismes contractuels de droit civil ont pu être utilisés à cette fin, notamment le contrat de mandat, mais, n'ayant pas été totalement adaptés à la réalité de l'agent des sûretés, les praticiens ont essayé d'employer des mécanismes de droit étranger.

³³² A. Pesneau, *op. cit.*, p. 183. L'auteur emploie le terme « rustine » (patch), en relation avec le recours au mécanisme de dette parallèle, pour qualifier l'emploi de la figure de mandat dans l'attente d'une meilleure solution offerte par le droit français. V. A. Pesneau, « The New French Law Security agent: an efficient tool for syndicated loans », *RTDF*, 2017, n° 2, p. 78.

TITRE II : LA RECEPTION DE L'AGENT DES SURETES A TRAVERS L'EMPLOI DE MECANISMES ISSUS DE DROITS ETRANGERS

215. Les praticiens des crédits syndiqués, avant d'adopter une pratique contractuelle d'origine étrangère, ont tout d'abord cherché si le droit français offrait des mécanismes pouvant servir de cadre au dispositif de l'agent des sûretés. Celui-ci, comme on l'a déjà étudié, présente des particularités qui ne rendent pas forcément évidente sa réception en France. La réception contractuelle générale du contrat de crédit syndiqué devait cependant être complétée par une réception particulière adaptée à l'agent des sûretés. En effet, le droit civil français proposait au mieux le contrat de mandat qui restait insuffisant pour combler les besoins d'une opération de crédit syndiqué. En droit anglais, c'est le mécanisme du *trust* qui est employé car il est parfaitement adapté à la spécificité de la fonction de l'agent des sûretés. Il s'agit du *security trustee*. Cette notion représentait ainsi le modèle à suivre pour le droit français ; autrement dit, il fallait tenter d'importer le *trust* en droit civil (chapitre 3). Cependant, cette réception ne s'étant pas réalisée de manière complète³³³, la pratique a employé un autre mécanisme contractuel d'origine étrangère connu sous le nom de « dette parallèle » (chapitre 4).

³³³ V. F. Barrière, *La Réception du trust au travers de la fiducie*, Paris : Litec, 2004, t. 66.

Chapitre 3 :

La réception inachevée du *security trustee*

216. La figure de droit anglais connue sous le nom de *trust* a été traditionnellement utilisée sur le marché international des crédits syndiqués pour mettre en place un agent des sûretés efficace. Son succès en droit anglais et, de manière plus générale, sur le marché international, en plus de nombreux autres atouts, ont fait de ce mécanisme un exemple pour le droit français. Son importation apparaissait donc très logique (section 1). Néanmoins, cette notion a été difficilement accueillie en droit français et la démarche de réception s'est principalement centrée sur la question de la ratification par la France de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (section 2).

Section 1 : L'importation souhaitée du *trust*

217. L'agent des sûretés de droit anglais, le *security trustee*, repose sur le mécanisme du *trust*, inexistant en droit civil français. Cependant, compte tenu des qualités du *security trustee* (§1) et de sa compatibilité de principe avec le droit français (§2), son importation est apparue comme tout à fait pertinente.

§1. Les avantages du *security trustee*

218. La définition large du *trust* qui a été retenue (A) a pour conséquence que ce mécanisme permet d'exercer différents types de fonctions (B), notamment celle d'agent des sûretés.

A. La définition large du *trust*

219. Le *trust* peut être défini juridiquement (1) et économiquement (2).

1. La définition juridique

220. Approche historique. Comme le signalent Reinhard Damman et Vasile Rotaru³³⁴, l'institution du *trust* a émergé sur le fondement du droit des biens normands et le concept féodal de propriété « exportés » par Guillaume le Conquérant en Angleterre lors de la bataille d'Hastings en 1066. La distinction entre *legal* et *beneficial ownership* propre au *trust* a ensuite été progressivement instituée par l'*equity* afin d'assouplir la rigidité substantielle et procédurale de la *common law*. Cependant, un tel démembrement de la propriété n'était pas inconnu en droit romain et en droit médiéval et aurait pu très bien exister en droit français contemporain si la Révolution française n'y avait pas mis fin³³⁵. Celle-ci a en effet aboli la conception féodale de la propriété et les substitutions fidéicommissaires ont été interdites en 1792 car elles étaient considérées comme le véhicule permettant à l'aristocratie de monopoliser la richesse. Cette situation a duré durant deux siècles pendant lesquels « *le droit français s'est montré réticent, pour des raisons essentiellement doctrinales, à l'idée d'introduire une institution analogue au trust. Ce n'est que la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, complétée par loi 2008-776 du 4 août 2008, qui a franchi le pas. Cela étant le législateur n'a pas souhaité abandonner la conception traditionnelle de la propriété et s'est appuyé sur l'exemple de la fiducia cum creditore de droit romain, qui était conçue avant tout comme une fiducie-sûreté. Cela correspondait d'ailleurs aux principales préoccupations du législateur de l'époque, car il s'agissait de créer une sûreté efficace face à la procédure de sauvegarde*³³⁶ ».

221. Le *trust* et la fiducie. L'introduction de la fiducie en droit français en 2007³³⁷ a supposé un grand pas en avant dans la reconnaissance du *trust*, cependant elle a aussi soulevé la question de l'attractivité de la fiducie de droit français face à ce dernier³³⁸. La concurrence entre les deux mécanismes est effectivement un sujet majeur pour le législateur à l'heure de la mondialisation. Si cette question se pose, il convient toutefois de préciser que les deux mécanismes ne se font

³³⁴ R. Damman, V. Rotaru, « La fiducie et le *trust* : une concurrence inégale », *D.*, 2018, p. 1763.

³³⁵ V. A. Mages, M. Cheynet de Beaupré, « La fiducie-gestion : aspects historiques » [actes du colloque et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

³³⁸ V. R. Ibarra Garza, « La protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* : étude comparée droit français-droit anglais », *Dr. et patri.*, janvier 2014, n° 232, p. 2-6 ; dossier « L'enrichissement de la fiducie française par le *trust* », *Dr. et patri.*, mars 2019, n° 289, p. 24-38 ; H. Peisse, « Quelle est l'utilisation classique du *trust* anglo-saxon ? » ; B. Robin, R. Lantourne « L'utilisation des fiducies en France » ; F. Barrière, « *Trust* et fiducie : influences réciproques » ; B. Robin et R. Lantourne, « Quelles perspectives pour la fiducie ? ».

pas concurrence sur tous les fronts³³⁹. En effet, le *trust* de droit anglais est une figure très souple s'appliquant à de nombreuses matières alors que la fiducie du droit civil a été conçue dans un cadre bien plus strict et réduit. Ainsi, par exemple, « *il n'était pas envisageable d'accueillir le concept de fiducie-libéralité. On craignait, en effet, que celle-ci soit l'instrument de détournements des règles impératives en matière de droit des successions. On lui a donc préféré le mandat, qui ne fait pas peur, car il est judiciairement révocable et cesse si les héritiers aliènent les biens. L'administration fiscale, quant à elle, a toujours suspecté dans la fiducie un outil d'évasion, ce qui explique qu'elle soit soumise à de lourdes formalités ad validitatem et à des obligations d'enregistrement et de publicité*³⁴⁰ ».

222. La distinction *common law* et *equity*. Ainsi, même si la fiducie est un mécanisme proche, il est généralement admis que le *trust* du droit anglo-saxon est une figure étrangère au droit civil français. La nature même du droit trouve son fondement dans la distinction entre *common law* et *equity*. Or une telle différenciation n'existe pas en France. La *common law* désigne le « *corps de règles élaborées par les cours royales par opposition aux règles d'equity dégagées par la juridiction du Chancelier et à la législation (statute law)*³⁴¹ ». Plus précisément, comme l'explique Adrien Pesneau : « *Le trust tire ses origines de l'equity. L'on dit aussi qu'il s'agit d'un concept de common law. En réalité, ces deux affirmations sont correctes, mais tout dépend de l'angle par lequel la common law est appréhendée. Aussi convient-il de définir ce que sont l'equity et la common law. Dès qu'il s'agit de se référer à un système juridique de common law, une différence est classiquement opérée entre les Acts of Parliament (actes du Parlement) et les principes d'equity défendus par les juges. Cette distinction trouve son origine au sein de l'Angleterre féodale. L'equity, traduit littéralement l'“équité”, est un concept prétorien créé pour corriger les insuffisances ou la dureté des actes législatifs officiels. Il existe de nombreuses définitions de l'equity mais celle livrée par l'Oxford Dictionary of Law est certainement l'une des plus complètes : “la partie du droit anglais originellement administrée*

³³⁹ V. F. Barrière, « Fiducie, *trust*, mandat : quelle délimitation ? ». En ce qui concerne, par exemple, le recours à la fiducie dans des pratiques différentes, v. V. Thomas, « Fiducie sur titres sociaux : la qualité d'associé du constituant » ; J.-M. Garinot, « Pacte d'associés : préférez la fiducie ! » ; D. Parent, « La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission » ; N. Borga, « La fiducie-gestion et l'ouverture d'une procédure collective » ; R. Vabres, « La fiducie-gestion : quelle neutralité fiscale ? ». Tous ces articles sont tirés des actes du colloque « La fiducie-gestion : états des lieux et perspectives » et autres contributions, *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 205.

*par le Lord Chancellor et plus tard par la Cour du Chancelier, distincte de celle administrée par les cours de common law. La common law ne reconnaît pas certains concepts (par exemple, les uses (usages) et les trusts (propriétaires fiduciaires) et leurs remedies (modes de réparation) sont limités en termes de nombre et d'emploi, étant donné qu'ils reposent principalement sur l'attribution de damages*³⁴². »

223. Le droit de propriété. Anne-Marie Toledo-Wolfsohn considère pour sa part qu'afin de bien comprendre le droit de propriété dans le cadre du *trust*, il convient d'étudier le contexte historique d'apparition et d'évolution de ce procédé :

« Le trust, appelé dans sa conception use, était utilisé pour échapper aux lois de main-morte, afin de gratifier une personne, le cestui que use, à l'issue d'une certaine période pendant laquelle le bien donné était administré par le feoffee. Le use prit la forme juridique d'un legs ou d'une donation au profit du feoffee, qui était investi d'une mission de confiance. Lorsque le feoffee ne remplissait pas sa mission, son manquement ne pouvait être sanctionné par un tribunal de Common law car un simple devoir de conscience n'est pas créateur d'obligation pour la Common law.

Aux XIV^e et XV^e siècles, est apparu un ensemble de règles : l'Equity, pour compléter le système de la Common law devenu insuffisant. Lorsque les cours royales qui appliquaient la Common law ne pouvaient être saisies d'une affaire ou lorsqu'elles ne pouvaient offrir une solution appropriée, il était possible d'en appeler à la conscience du roi et de lui demander d'intervenir en justicier souverain. Ce pouvoir de statuer en équité a été délégué par le roi à la Court of Chancery. Cette juridiction a considéré que ce devoir de conscience créait un véritable droit en équité (equitable right) au profit du cestui que use, dont ce dernier pouvait obtenir respect devant elle. Le trust succéda au use en reprenant les principes de cette technique au XVI^e siècle. À cette époque, pour la Common law, il n'y a qu'un seul propriétaire, le trustee. Pour l'Equity, au contraire, le trustee n'est qu'un intermédiaire, chargé de l'administration des biens ; le propriétaire réel est le bénéficiaire. Si le trustee a un legal right alors que le bénéficiaire à un equitable right, il faut préciser qu'il est de principe qu'en Angleterre – et le Judicature Act de

³⁴² A. Pesneau, *L'Agent des sûretés dans les financements appréhendé par les droits anglais et français : approche comparée*. Thèse : droit privé : Tours, école doctorale Sciences de l'homme et de la société : 2017, p. 79. Traduction de la définition originale en langue anglaise de l'*Oxford Dictionary of Law* (*Oxford Dictionary of Law*, 6^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2006, p. 197-198).

1873, qui a opéré la fusion entre la Common law et l'Equity, le déclare expressément -, en cas de conflit entre la Common law et l'Equity, l'Equity l'emporte, ce qui atteste de la suprématie des droits des bénéficiaires sur ceux du trustee³⁴³. »

224. Plus spécifiquement, le rapport d'obligations personnelles entre le *trustee* et le bénéficiaire s'accompagne, on l'a vu, d'un démembrement de la propriété des biens qui est partagée entre les deux. Chaque partie dispose ainsi de droits réels spécifiques sur les biens du *trust* ce qui en droit français est difficile à imaginer compte tenu de la règle du *numerus clausus* selon laquelle les droits réels sont uniquement prévus et créés par la loi. Il est en effet difficile de concilier les droits réels générés par un *trust* avec une liste limitative de droits réels tel que l'envisage le droit français.

225. Approche théorique. Le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu³⁴⁴ définit le terme « *trustee* » comme la personne, dans les pays de *common law* et la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, à laquelle sont confiés les biens d'un *trust*. Selon le même ouvrage, le *trust* est un mot emprunté à la langue anglaise qui signifie « confiance », « administration », « gérance ». Le verbe « *to trust* » veut dire « confier » ou « faire confiance ». Il s'agit d'une institution typique du droit anglo-américain étrangère au système juridique français, présente sous des formes variées dans les pays de *common law* et qui a fait l'objet d'une reconnaissance par la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, non ratifiée à ce jour par la France. Cette convention définit le *trust* comme un arrangement patrimonial aux fins multiples établi par un acte entre vifs ou à cause de mort, à l'initiative d'une personne nommée constituant, dont l'objet est de placer certains biens, dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sous le contrôle d'un intermédiaire, nommé *trustee*, qui est investi du pouvoir et du devoir, à charge d'en rendre compte, de gérer ou de disposer conformément à son investiture et à la loi, des biens qui lui sont confiés, lesquels figurent à son nom sur les titres mais constituent une masse distincte qui ne fait pas partie de son patrimoine.

³⁴³ A.-M. Toledo-Wolfsohn, « Le *trust* et le droit civil français (1^{re} partie) », *RLDC*, septembre 2004, n° 8, p. 30. L'auteur renvoie à D.-Y. Hayton, *The Law of Trusts. Fundamental Principles of Law*, Londres : Sweet & Maxwell, 1989.

³⁴⁴ G. Cornu, *op. cit.*, p. 1045-1046.

2. La définition économique

226. Approche économique. Selon une approche plus économique du mécanisme, le *trustee* fait référence à « *celui qui se tient dans un rapport fiduciaire ou confidentiel avec un autre ; en particulier, celui qui, ayant la propriété juridique d'un bien, le tient en trust au profit d'un autre et est obligé en tant que fiduciaire à l'égard du bénéficiaire*³⁴⁵ ». Il est important de préciser que le *trust* est un instrument qui permet de dissocier la propriété entre la « *legal ownership* » (« propriété légale ») et la « *equitable ownership* » (« propriété économique »). L'agent des sûretés agissant en tant que *security trustee* reçoit la « propriété légale », qui lui permet principalement d'exercer sa fonction convenablement. Ce sont les créanciers membres du syndicat bancaire qui sont les titulaires de la « *equitable ownership* », celle-ci constituant une protection efficace contre une éventuelle violation de ses obligations par le *security trustee*. Ainsi, dans le cas où le *trustee* venait à céder irrégulièrement les biens qui lui ont été confiés (« *breach of trust* »), les titulaires de la « *equitable ownership* » sont en droit de faire valoir leur qualité de propriétaire. Ils peuvent ainsi exercer des droits réels sur les biens ou sur leur valeur s'ils ont été vendus. Dans ce dernier cas, ils peuvent exercer un droit de suite (« *right to trace* »). La « *equitable ownership* » protège également les biens confiés à l'agent des sûretés en cas de procédure collective ouverte à son encontre. Ainsi, Sarah Laval retient la définition suivante : « *le trust est l'opération par laquelle le constituant, ou settlor, transfère la propriété de biens au trustee qui les gère dans l'intérêt d'une troisième personne, le bénéficiaire. Les biens mis en trust font l'objet d'un patrimoine propre, une masse distincte dont le trustee est le legal owner tandis que les bénéficiaires sont les equitable owners. La propriété légale est la propriété au sens de la common law. Le trustee a le pouvoir d'administrer et de disposer des biens en trust. La propriété équitable résulte de l'equity et permet de protéger les bénéficiaires qui ont un droit de suite sur les biens*³⁴⁶. » Face à cette approche si souple du droit de propriété retenue par le droit anglais, le droit français est plus rigide puisqu'il ne permet pas un tel éclatement de ce droit ayant pour conséquence de disjoindre la propriété des sûretés répartie entre l'agent et les créanciers. Cette « *option d'une propriété des sûretés dissociées entre l'agent et les créanciers fait écho aux interrogations liées à la fiducie. En vertu de l'article 2011 du Code*

³⁴⁵ Cette définition se trouve en anglais dans Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 10^e éd., St. Paul : Thomson Reuters, 2014, V^o « *Trustee* », sens I. La version française a été traduite librement par M. Houssin, in « Une nouvelle utilisation des mécanismes fiduciaires dans la procédure collective », *LPA*, 16 avril 2018, n^o 135a5, p.7.

³⁴⁶ S. Laval, « Pour une réforme de l'agent des sûretés », *Dr. et patri.*, avril 2016, n^o 257, p. 34.

civil, la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. La définition rappelle le trust. La propriété des biens ou des droits mis en fiducie serait dès lors analysée comme une propriété éclatée entre le fiduciaire et les bénéficiaires de la fiducie. Le fiduciaire ne serait pas riche des biens mis en fiducie et sa propriété serait finalisée. Cette analyse est rejetée par le droit positif, qui s'en tient à une lecture stricte de l'article 544 du Code civil et refuse d'admettre toute distinction entre propriété légale et propriété équitable³⁴⁷ ». Une telle dissociation entre la propriété juridique du fiduciaire et la propriété économique du bénéficiaire de la fiducie aurait pu être introduite par la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises de 2009 afin d'adapter la fiducie à la finance islamique, par l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 2011 du Code civil disposant que « le propriétaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie ». Ce nouvel alinéa proposé a toutefois été déclaré contraire à l'article 45, alinéa 1^{er} de la Constitution par le Conseil constitutionnel au motif que « ces dispositions, qui ne présentent aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, ont été adoptées selon une procédure contraire à la Constitution³⁴⁸ ». En d'autres termes, le Conseil constitutionnel a considéré que la disposition proposée était un « cavalier législatif » et sa décision « permet ainsi de sauvegarder la conception traditionnelle de la propriété. Dès lors, les règles applicables au trust ne peuvent pas être transposées en droit français³⁴⁹ ».

227. Les caractéristiques particulières du *trust*, tant du point de vue juridique qu'économique, permettent une pratique souple de ce mécanisme.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 35. L'article 544 du Code civil dispose : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

³⁴⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009.

³⁴⁹ S. Laval, *loc. cit.*, p. 35.

B. Les différentes utilisations du trust

228. En plus d'avoir facilité son exportation en dehors du monde anglo-saxon (2), la souplesse du *trust* lui a valu sa pérennité dans le temps et son adaptation à différentes opérations, notamment à la finance moderne (1).

1. L'utilisation « classique » du trust

229. La classification de Lord Nottingham. Comme cela a déjà été souligné, le *trust* était initialement conçu pour préserver les biens d'une famille et sert aujourd'hui à plusieurs types d'opérations, par exemple, pour organiser des successions, monter des œuvres de bienfaisance (« *charitable trusts* »), etc. La nature même de du *trust*, relevant de l'*equity*, explique qu'il n'en existe pas de classification structurée, légale. La doctrine n'en a pas non plus proposé en raison du faible intérêt que les juristes anglais prêtent à cette source du droit³⁵⁰. La classification traditionnellement retenue est celle qui a été établie par Lord Nottingham dans la décision *Cook v. Fountain*³⁵¹ de 1676. À partir de celle-ci, Jean-Paul Béraudo a pu établir l'existence de trois types de *trusts* : les *trusts* créés par la loi (*statutory trusts*), les *trusts* créés par le constituant (*express trusts*) et les *trusts* implicites (*constructive trusts*). Plus précisément, l'auteur explique : « *tous les trusts sont soit, d'abord, des trusts exprès qui sont constitués ou créés par un acte des parties, soit, ensuite, des trusts implicites, qui sont constitués ou créés par un acte ou une interprétation de la loi, soit encore des trusts exprès ou déclarés oralement ou par écrit et ces déclarations sont établies par des preuves directes et manifestes ou des présomptions irréfragables et nécessaires. Ces derniers sont communément appelés des trusts présomptifs*³⁵². » Ce sont surtout les *trusts* exprès qui sont les plus répandus.

230. Le *Law Property Act*. Une autre source pour comprendre les différents types de *trusts* est le *Law Property Act* de 1925 qui ne fait globalement que reprendre la classification de Lord Nottingham : *express, resulting, constructives* et *implied trusts*. Une telle classification légale ne doit toutefois pas être considérée comme générale, car « *l'on n'oubliera pas de noter que la*

³⁵⁰ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 114. L'auteur affirme que les juristes anglais accordent assez peu d'importance et peu d'intérêt à la doctrine et aux coutumes, en citant R. Séroussi, *Introduction aux droits anglais et américain*, 4^e éd., Paris : Dunod, 2007, p. 15.

³⁵¹ *Cook v. Fountain*, 1676, 3, Swan, 585. Référence tirée d'A. Pesneau, *op. cit.*, p. 115.

³⁵² J.-P. Béraudo, *Les Trusts anglo-saxons et le droit français*, Paris : LGDJ, 1992, p. 35. Cité par A. Pesneau, *op. cit.*, p. 115.

classification proposée par cet acte législatif anglais ne vaut que pour les dispositions qu'elle concerne. Les juges anglais ne sont pas liés par cette classification en dehors du cadre de cette loi³⁵³ ».

231. Outre ces classements classiques, il en existe d'autres, telle la classification faisant la distinction entre les *trusts* constitués par une personne de son vivant (*trusts inter vivos*) et ceux dont le contenu est connu au moment du décès de la personne qui l'a créé (*trusts testamentaires*), etc. En somme, il convient de retenir qu'il existe une grande variété de *trusts*. En effet, « le trust répond à d'innombrables applications, aussi paraît-il finalement difficile de dénombrer les classifications possibles des *trusts*³⁵⁴ ».

232. Le trust en tant qu'agent des sûretés. Selon un auteur, le trust « intéresse le droit des sûretés à deux égards : il peut être utilisé comme sûreté mais surtout, il permet d'assurer une gestion des sûretés entre les mains d'une seule personne (le trustee) pour le compte de plusieurs autres, par exemple les banques. Cette méthode est particulièrement utilisée dans les financements de projet mais également dans les financements d'acquisition³⁵⁵ ». Cette dernière « méthode » correspond à la fonction de *security trustee*. Si l'on essaye de déterminer quel genre de *trust* est le *security trustee* au regard des quatre types de *trust* de la classification classique précitée, « l'on constate alors qu'il appartient à la catégorie des *trusts* exprès³⁵⁶ ». À la différence d'autres structures résultant d'une situation donnée, le *trust* exprès est « expressément créé par un constituant³⁵⁷ ». Ce type de *trust* est structuré de façon très simple, c'est-à-dire autour d'un constituant (*settlor*), d'un fiduciaire (*trustee*) et d'un bénéficiaire (*beneficiary*). Comme cela a déjà été évoqué, le *trust* divise en quelque sorte la propriété des biens, suivant une logique difficilement appréhendable pour un esprit formé par le droit civil. En effet, si le constituant est l'*absolute owner* (propriétaire absolu), il cède au *trustee* le *legal title* (propriété légale) des actifs et, enfin, les bénéficiaires reçoivent des *equitable interests* (propriété économique). Dès lors, le *security trustee* est un *trust* dont le but est de gérer les sûretés et garanties consenties dans un crédit syndiqué. Il s'agit d'une manifestation de la

³⁵³ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 116.

³⁵⁴ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 117.

³⁵⁵ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 29.

³⁵⁶ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 118.

³⁵⁷ *Oxford Dictionary of Law*, *op. cit.*, p. 250. Cité par A. Pesneau, *op. cit.*, p. 118 : Il existe une méthode pour établir cette volonté de créer un *trust* consistant à vérifier trois critères : *certainty of intention* (intention), *certainty of subject matter* (matière) et *certainty of objects* (bénéficiaires). Cette méthode a été dégagée par la jurisprudence *Knight v. Knight* (1849) 3 Beav 148.

souplesse du *trust* : le *security trustee* est à la fois le constituant du *trust* (patrimoine d'affectation), le gérant du *trust* (agent fiduciaire) et le bénéficiaire du *trust* (dans l'hypothèse où il est membre du syndicat bancaire).

2. L'utilisation « universelle » du trust

233. Le *trust* a été exporté partout dans le monde (a), y compris en France (b).

a) Dans le monde

234. Le « Commonwealth ». Sa grande souplesse et utilité expliquent en grande partie l'immense succès qu'a connu le mécanisme du *trust* dans le monde. L'un des plus importants vecteurs de l'exportation du *trust* a sans doute été la *common law*. Parmi les États de *common law*, ce sont en premier ceux faisant partie du « Commonwealth³⁵⁸ » qui ont été influencés par la pratique anglaise et ont étendu des mécanismes tel que l'agent des sûretés partout dans le monde : « [Le Commonwealth] participe à la diffusion des principes de *common law*, tels que le *trust*, à travers le monde. Il n'existe finalement pas un ambassadeur du *security trustee*, le droit anglais, mais plusieurs ! Le dispositif est soutenu par son utilisation au sein de nombreux systèmes de *common law* qui connaissent un agent des sûretés aussi efficace que celui que l'on connaît en droit anglais³⁵⁹. » Ainsi, au sein même des pays du Commonwealth, « on remarque que l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Inde présentent un *security trustee* aussi efficace que celui rencontré en droit anglais³⁶⁰ ». Le cas de l'Afrique du Sud est particulier étant donné que son système juridique n'est pas « *purement* » de *common law* mais s'est aussi construit à partir du modèle « civiliste » apporté par les anciens colons hollandais³⁶¹ », ce qui fait qu'il y ait « de nombreuses incertitudes sur la validité de la création d'une sûreté en faveur du *security trustee*³⁶² ».

³⁵⁸ Le « Commonwealth est une association volontaire de 54 pays indépendants et égaux. Elle abrite 2,4 milliards de personnes et comprend à la fois des économies avancées et des pays en développement [...]. Les racines du Commonwealth remontent à l'Empire britannique, mais aujourd'hui, n'importe quel pays peut rejoindre le Commonwealth moderne. Le dernier pays à rejoindre le Commonwealth a été le Rwanda en 2009 ». Disponible sur : <https://thecommonwealth.org/about-us> [consulté en mai 2021]. Traduction libre.

³⁵⁹ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 127.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 130.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 127.

³⁶² *Ibid.*, p. 131.

235. Les pays anglophones. D'autres pays anglophones, comme les États-Unis et Hong Kong, ne font pas partie du Commonwealth mais l'influence de ce dernier sur ces territoires est liée à leur histoire. Dans ces deux pays, le recours au *trust*, en particulier au *security trustee*, est une réalité pour les opérations de crédit syndiqué³⁶³.

236. D'autres systèmes juridiques. Enfin, le *trust* a également été accueilli dans des ordres juridiques vraiment différents de ceux des pays de *common law* ou de culture et influence anglaises. Une considération pragmatique en termes d'efficacité et de souplesse du droit a conduit nombre de pays à recevoir un tel mécanisme pour faciliter la mise en œuvre de différents types d'opérations. Un auteur commente ainsi : « *le trust est simple, clair, éprouvé et nécessaire aux activités humaines. Si l'on raisonne de manière logique on perçoit difficilement la raison qui pourrait pousser à l'exclure d'un système juridique donné [...]. L'attractivité de ce concept est telle qu'elle dépasse les frontières de la common law et vient se fondre, avec des aménagements plus ou moins significatifs, dans des systèmes juridiques qui n'y sont a priori pas ou peu sensibles*³⁶⁴. » À titre d'exemple³⁶⁵, peuvent être cités le Liechtenstein³⁶⁶, la république de Malte³⁶⁷, le Japon³⁶⁸ et la Chine.

b) En France

237. L'utilisation du *trust*. Le *trust* a donc connu un beau succès pour les opérations de crédit syndiqué et d'émission obligataire, même en France. En effet, comme l'a relevé le député Xavier de Roux, il y a eu une « *tentation des entreprises françaises de recourir aux facilités offertes par le droit de nos voisins* ». Et de regretter : « *Notre pays restant l'un des derniers à ne pas disposer d'une institution fiduciaire sur le continent européen, le risque est grand de voir les opérateurs économiques ou financiers hexagonaux se tourner hors de nos frontières*

³⁶³ *Ibid.*, p. 132.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 135.

³⁶⁵ Exemples cités par A. Pesneau, *op. cit.*, p. 137-141.

³⁶⁶ Loi sur le droit des personnes et des sociétés du 20 janvier 1926 (*Personen-und Gesellschaftsrecht*, PGR).

³⁶⁷ La république de Malte a ratifié la convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. Elle dispose également d'une loi spécifique : la loi sur les *trustees* et les *trusts* (« *Trusts and trustees Act* »), réformée en 2014.

³⁶⁸ Loi / Act. n° 108 de 2006 (voir en langue anglaise : <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2476&vm=02&re=02>). La première loi japonaise relative au *trust* est la Lli / Act. n° 512 de 1922. La Chine, Taiwan et la Corée ont été par la suite influencés par la législation japonaise relative au *trust*.

*pour mettre en place des projets mobilisant leurs capitaux*³⁶⁹. » Ce parlementaire étaya son propos par des exemples concrets :

- « *en 1987, le groupe Peugeot Société Anonyme s'est ainsi tourné vers le mécanisme américain du trust pour réaliser un transfert d'actifs et de dettes vers une structure de défaisance ("defeasance"), chargée de les gérer pendant que l'entreprise se concentrait, avec efficacité au demeurant, sur son redressement commercial et industriel ;*
- *plus récemment, dans le cadre de sa récente restructuration, le groupe Alstom, dont l'État français reprenait une partie du capital, créait lui aussi un trust anglo-saxon ;*
- *enfin, à l'occasion du lancement de son nouveau jeu "Euromillions", la société Française des Jeux se voyait contrainte de s'associer à ses homologues européennes dans le cadre d'un trust de droit anglais*³⁷⁰. »

238. La difficile utilisation du *security trustee*. Le mécanisme du *trust* de droit anglais constitue un cadre juridique performant pour l'exercice de la fonction d'agent des sûretés car il permet de transmettre efficacement à ce dernier la propriété légale des sûretés : « *Le droit anglo-saxon dispose d'institutions adaptées à la gestion des crédits syndiqués. Initialement utilisé pour la préservation des biens familiaux, le trust a progressivement fait son entrée dans les relations commerciales. Il constitue désormais un mode de gestion courant en cas d'emprunt obligataire ou de crédit syndiqué*³⁷¹. » En effet, « *le trust revêt de nombreux avantages par rapport aux qualifications traditionnellement envisagées pour l'agent des sûretés. Le trustee est propriétaire légal des sûretés. Contrairement au mandataire, il agit en son nom propre sans renouvellement des formalités d'opposabilité en cas de cession de participation. Le trust permet ainsi de sécuriser et de simplifier la constitution et l'inscription des sûretés. De surcroît, contrairement à l'agent créancier solidaire ou titulaire d'une dette parallèle, le trustee détient les biens ou droits mis en trust dans un patrimoine d'affectation. Dès lors les bénéficiaires sont protégés contre une procédure collective éventuelle d'un trustee. Par ailleurs, les bénéficiaires*

³⁶⁹ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux au nom de la commission des lois le 1^{er} février 2007, sur la proposition de loi instituant la fiducie.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ S. Laval, *loc. cit.*, p. 34.

*d'un trust sont titulaires d'une propriété équitable, qui leur confère davantage de protection qu'un simple droit personnel*³⁷² ».

239. La différence avec le mandat. Un autre auteur explique ce mécanisme dans des termes similaires, en mettant l'accent sur la différence nette qui existe entre celui-ci et le régime du mandat de droit français : *« les droits anglo-saxons font appel au mécanisme du trust pour permettre l'octroi des sûretés dans le cadre des opérations de financement syndiquées. Rappelons toutefois, comme nous l'avons déjà dit, que le trust ne peut être utilisé dans un contexte de droit français. Le mécanisme du trust permet à l'agent des sûretés de droit anglais (security trustee) de détenir personnellement les sûretés. À l'inverse, l'agent des sûretés qui utilise le mécanisme traditionnel du droit français [...] agit en qualité de mandataire des membres du syndicat lesquels seront, en tant que créanciers, chacun bénéficiaire de la sûreté et, de ce fait, partie au contrat de la sûreté. Le security trustee a également pour rôle d'administrer les sûretés et, le cas échéant, de les réaliser en son nom propre et pour le compte des bénéficiaires ultimes que sont les membres du syndicat*³⁷³. »

240. La force du security trustee. Cependant, depuis les années 2000, le droit des sûretés français a beaucoup évolué dans le sens d'une amélioration des conditions d'emprunt auprès des banques. Une telle évolution n'a toutefois pas eu lieu en considération des grandes opérations financées par des *pools* bancaires : *« pour les grandes opérations de crédit, qui sont généralement menées par un syndicat ou pool de banques, le droit français est souvent comparé désavantageusement au droit anglais quand il s'agit de prendre, de gérer et de réaliser des sûretés réelles au bénéfice ou pour le compte d'un pool bancaire*³⁷⁴. » Cette situation est bien illustrée par la figure de l'agent des sûretés : *« il est vrai que par le trust, le droit anglais semble avoir trouvé dans l'“agent des sûretés” le véhicule tout à fait adapté à la tâche de simplifier et de rendre plus efficace la prise des sûretés, ainsi que la gestion et la réalisation de celles-ci, dans l'intérêt d'un pool de prêteurs dont la composition peut évoluer avec le temps*³⁷⁵. »

241. La nature fiduciaire. La principale force du *security trustee* réside dans sa nature fiduciaire lui permettant de prendre, gérer et réaliser des sûretés en son propre nom. S'agissant

³⁷² S. Laval, *loc. cit.*, p. 34-35.

³⁷³ C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *Droit des financements d'entreprise*, 2^e éd., Paris : RB édition, 2018, p. 162.

³⁷⁴ J. Leavy, « En droit français, l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque & Droit*, mars-avril 2011, n° 136, p. 9.

³⁷⁵ *Ibid.*

des émissions obligataires, « *la mise en place de l'agent des sûretés en droit anglais est le résultat de l'adaptation de la figure du trustee des obligataires au contexte d'un prêt effectué par un pool de prêteurs. Parfois désignée sous l'appellation "security trustee", plus souvent sous celle de "security agent", cette entité est conçue, du moins en ce qui concerne les sûretés, comme un véritable fiduciaire*³⁷⁶ ». En tant que fiduciaire, il n'est donc pas le mandataire des bénéficiaires et l'identité de ces derniers n'a pas d'incidence sur les rapports que l'agent entretient avec les tiers ou avec le constituant. Toutes ces qualités permettent une grande souplesse dans la composition même du syndicat qui peut changer sans avoir d'effet sur les sûretés prises par l'agent.

242. La propriété du *security trustee*. La figure du *security trustee* conjugue bien les différents droits qui coexistent au sein du mécanisme de l'agent des sûretés. Si l'agent des sûretés a vocation à être titulaire des sûretés et de les détenir dans un patrimoine spécial, les bénéficiaires ont eux aussi des droits sur ces biens : « *Dans un trust de droit anglais les bénéficiaires ont des droits qui, pris dans leur ensemble, ressemblent beaucoup à un droit de propriété, et ces droits coexistent avec le droit de propriété du trustee*³⁷⁷. » Un tel droit est difficilement comparable au droit de propriété connu en France. Même si l'on peut être tenté de faire le rapprochement, il ne s'agit pas tout à fait d'un démembrement du droit de propriété car l'« *equitable ownership* » des bénéficiaires, qui se distingue du « *legal ownership* » du *trustee*, est d'une nature particulière. En effet, comme l'a expliqué un tribunal australien : « *Where a legal owner holds property on trust for another, he has at law all the rights of an absolute owner but the beneficiary has the right to compel him to hold and use those rights which the laws gives him in accordance with the obligations which equity has imposed on him by virtue of the existence of the trust. Although this right of the beneficiary constitutes an equitable estate in the property, it is engrafted onto, not carved out of, the legal estate*³⁷⁸. »

243. La stabilité juridique. Une autre caractéristique intéressante du *trust* concerne la stabilité juridique dont il fait preuve et que deux auteurs expliquent de la manière suivante : « *Les juristes anglais mettent en avant la sécurité juridique du trust. Cette dernière serait due à une case law séculaire ayant connu tous les problèmes envisageables et garantissant dès lors*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ Affaire Transphere Pty Ltd. (1986) 5 NSWLR 309, citée par J. Leavy, *loc. cit.*, p. 9.

une grande prévisibilité des solutions. Le revers de la médaille, qui est souvent passé sous silence, est la grande complexité du système qui en résulte. Les services de juristes très spécialisés et coûteux doivent donc systématiquement être sollicités »³⁷⁹.

244. Résumé de la situation. En résumé, la principale force du *trust* lorsqu'il est employé pour exercer la fonction d'agent des sûretés est sa nature fiduciaire qui permet notamment de constituer un patrimoine d'affectation. Comme on l'a déjà relevé, ce mécanisme permet de transférer la propriété du constituant au *trustee* (lorsque ce n'est pas la même personne évidemment), un transfert qui a comme conséquence le démembrement de la propriété qui est séparée entre le *trustee* (qui détient la propriété en *common law*) et le bénéficiaire (qui détient la propriété en *equity*). Si l'on transpose ce schéma à la figure de l'agent des sûretés, le résultat est le suivant : le constituant de la sûreté, c'est-à-dire le débiteur, transfère la propriété des sûretés à l'agent qui les détient dans un patrimoine séparé du sien propre. Ces sûretés sont légalement à l'agent mais sont destinées économiquement aux créanciers du constituant. L'existence du patrimoine d'affectation est le point clé du système car alors même que l'agent des sûretés, ou le *security trustee*, est reconnu comme propriétaire des sûretés, ces dernières sont tenues séparées de son patrimoine personnel et ne pourront donc constituer un gage pour ses créanciers. Dès lors, les créanciers, véritables propriétaires à terme des sûretés car bénéficiaires, peuvent donner des ordres au *trustee* sur la gestion de ce patrimoine affecté. Ce sont les intérêts des créanciers et non pas ceux de l'agent qui doivent toujours être prioritaires.

245. Ainsi, comme l'a résumé un auteur, « *il s'agit de noter que dans le cas de l'agent des sûretés, le trust permet :*

- *de simplifier la constitution, la gestion et la réalisation des sûretés pour un pool bancaire. Vis-à-vis des tiers, y compris le constituant, le trustee agit seul et pour son propre compte et, par conséquent, il n'est ni nécessaire, ni utile de faire intervenir les membres du pool bancaire aux actes de constitution, de perfection ou de modification des sûretés ;*
- *de garder le contenu et efficacité des sûretés consenties au trustee intacts en cas de changements dans la composition du pool bancaire. La sortie ou l'entrée d'une banque n'affecte nullement les relations entre le trustee, le constituant ou d'autres tiers ;*

³⁷⁹ R. Damman et V. Rotaru, *loc. cit.*

- de reconnaître quand même aux membres du pool bancaire un véritable droit qui se rapproche à un droit réel dans les sûretés ainsi consenties alors que dans la documentation relative à ces sûretés les noms des bénéficiaires pourraient ne pas apparaître du tout³⁸⁰ ».

246. Un modèle d'agent des sûretés. C'est pour toutes ces raisons que « *la pratique française a longtemps envié ce régime du security trustee et a cherché par des moyens divers à l'imiter sans jamais y parvenir*³⁸¹ ». En effet, les professionnels français voyaient dans le *trust* plusieurs avantages par rapport aux solutions offertes par le droit civil, surtout en termes de simplification de la prise des sûretés et de sécurité de leurs bénéficiaires car « *dans l'hypothèse où le security trustee ferait l'objet d'une procédure collective, les droits détenus par ce dernier au titre des sûretés et les éventuels produits provenant de leur réalisation ne peuvent pas, du fait du recours au trust, être appréhendés par les créanciers personnels du security trustee. Seuls les bénéficiaires ultimes de la sûreté qui ont confié au security trustee la mission de prendre les sûretés ont vocation à percevoir ces produits de réalisation*³⁸² ».

247. Il est donc évident que la figure du *trust*, et en particulier celle du *security trust*, est apparue très avantageuse. Il restait à savoir si ce mécanisme était compatible avec le droit français.

§2. La compatibilité du *trust* avec le droit français

248. Certaines caractéristiques du droit civil français ont été mises en avant pour affirmer que le *trust* ne pouvait être considéré comme compatible avec notre système juridique (A). Malgré cette situation, l'expérience récente a montré que le droit français est capable de recevoir ce mécanisme (B).

³⁸⁰ J. Leavy, *loc. cit.*

³⁸¹ Jusqu'à, comme on l'étudiera, l'ordonnance n° 2017-748 du 4 avril 2017. C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 162.

³⁸² C. Jacquemin, in Z. Sekfali, *op. cit.*, p. 162.

A. Des obstacles apparents

249. La question de la réception du *trust* en droit français pose surtout la question de sa compatibilité avec ce dernier. Une distinction est alors à opérer entre des obstacles très théoriques et des arguments plus concrets. Anne-Marie Toledo l'explique de la façon suivante : « *Le trust est une technique fondamentale du droit anglais, mais de nombreux obstacles ont été opposés par la doctrine à la création d'un trust en droit français. Classiquement, on invoque le fait que les pays de droit civil ne peuvent admettre le trust, car cette technique est trop marquée dans sa structure par la tradition des pays de Common law. Or certains pays (ou provinces), assez influencés par le droit civil, ont cependant admis le trust, ce qui prouve que l'argument n'est pas insurmontable*³⁸³. » On peut en effet citer le Japon, le Québec et la Louisiane. Et la même auteure de préciser : « *Mise à part la réflexion générale selon laquelle le droit français ne pourrait admettre la création d'un trust car c'est un concept très anglais, des arguments plus sérieux ont été avancés à l'encontre de l'accueil du trust, qui heurterait les données fondamentales du droit français, telles que la conception de la propriété, la règle du numerus clausus des droits réels et la notion de patrimoine*³⁸⁴. »

1. La conception de la propriété

a) La question de la dualité de la propriété dans le trust

250. L'un des arguments les plus pertinents contre la réception du *trust* en droit français se trouve dans la soi-disant incompatibilité de ce mécanisme avec la conception civiliste de ce dernier : la dualité de propriété, entre *legal* et *equitable ownership*, opérée par le *trust* ne serait pas appréhendable par le système français dans lequel il serait « *difficile de comprendre que le trustee ait, sur les biens constitués en trust, un droit de propriété au sens de la Common law, alors que le bénéficiaire du trust a un droit de suite sur les biens se trouvant dans le patrimoine d'un tiers qui les a acquis à titre gratuit ou de mauvaise foi*³⁸⁵ ». Un tel démembrement de propriété trouve ses origines dans l'histoire du *trust*³⁸⁶ et constitue la pierre d'achoppement de la réception de ce mécanisme en droit français. C'est semble-t-il la position d'éminents juristes

³⁸³ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 29.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 30.

³⁸⁶ *Ibid.* A.-M. Toledo renvoie à D.-Y. Hayton, *loc. cit.*

français tels que Henri Batiffol³⁸⁷ ou Henri Motulsky³⁸⁸ : « *la plupart des auteurs considèrent que l'on ne peut créer un trust en droit français car il n'existerait pas de "moule" de droit réel dans lequel on pourrait couler l'institution, les droits du trustee et ceux du cestui "étant inconnus du droit français"*³⁸⁹. » Cependant, une série d'arguments peuvent être soulevés pour contredire cette position.

b) Le « démembrement » de la propriété en droit français

251. Le droit de propriété a un caractère absolu en vertu de l'article 544 du Code civil aux termes duquel : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue.* » À l'aune de cette définition, il serait impossible de concevoir la distinction opérée dans le cadre d'un *trust* en matière de propriété. Toutefois, il est aujourd'hui accepté en droit français qu'un démembrement de la propriété peut s'effectuer. Ainsi, « *le principal argument opposé à la possibilité de constituer un trust selon la loi française, tenant au caractère composite des droits du trustee et du bénéficiaire, a singulièrement perdu de sa valeur aujourd'hui car notre droit connaît maintes situations de division des droits sur un même bien : l'exemple le plus éclatant en est fourni par la législation des baux, et on a magistralement démontré comment le droit personnel du preneur s'était progressivement "chargé de réalité" au point de devenir un droit concurrent de celui du propriétaire*³⁹⁰ ». Un autre exemple qui peut se rapprocher de la logique du *trust* en matière de propriété est celui de l'usufruit et de la nue-propriété. En effet, « *l'usufruitier a l'usus et le fructus, alors que le nu-propriétaire ne dispose que de l'abusus. Afin de comparer cette situation à celle du trustee, il est nécessaire de souligner que "étant un droit réel, le droit de l'usufruitier est opposable aux tiers. Il est ainsi muni du droit de préférence, car il peut exercer son droit sur la chose en quelques mains qu'elle se trouve"*³⁹¹ ». Plutôt qu'un démembrement de la propriété, le doyen Carbonnier³⁹² jugeait qu'il

³⁸⁷ *Ibid.* Fait référence à H. Batiffol, « *Trusts. The trust problem as seen by a French lawyer* », in H. Batiffol, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976, p. 239.

³⁸⁸ *Ibid.* fait référence à H. Motulsky, « De l'impossibilité de constituer un *trust* anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP*, 1948, p. 451.

³⁸⁹ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 30.

³⁹⁰ B. Oppetit, « Le *trust* dans le droit du commerce international », *Rev. crit. DIP*, 1973, p. 16. Cité par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 31.

³⁹¹ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 30. L'auteur cite Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil. Les biens*, Paris : Defrénois, 2003, n° 807, p. 243.

³⁹² J. Carbonnier, *Droit civil. 3, Les biens*, 16^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 1995, n° 104. Cité par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 30.

était plus précis de parler d'une limitation de la propriété quant aux fruits et quant à sa durée. Ce serait une sorte de propriété temporaire des fruits que l'on pourrait transposer au *trustee* : il aurait une propriété limitée sur certains biens. En effet, « *le trustee n'a pas une propriété pleine et entière puisque sa propriété est limitée dans le temps par l'acte du constituant et que son droit de propriété est en quelque sorte incomplet, puisque, à l'issue du trust, il devra transférer la propriété des biens au bénéficiaire du trust*³⁹³ ». D'autres auteurs préfèrent le terme de « dédoublement » de propriété à celui de « démembrement ». Pour sa part, pour se référer à la *legal ownership* et à l'*equitable ownership*, le professeur Pierre Crocq employait la formule suivante : « *superposition de droits sur le bien créé par le trust*³⁹⁴ ».

c) La manipulation de la propriété

252. La volonté des parties. Il est également admis que le droit français permet aux parties de « manipuler » la propriété. Cette dernière a acquis, dans la pratique actuelle très influencée par la volonté des parties, une certaine souplesse qu'elle n'avait pas dans sa conception la plus traditionnelle. Cette situation fait que « *rien ne devrait faire obstacle à ce qu'un constituant puisse "manipuler" la propriété et exercer son pouvoir de disposition que lui reconnaît l'article 537 du Code civil et donc, s'il entend transférer une legal ownership à un trustee et une equitable ownership à un bénéficiaire*³⁹⁵ ». C'est le cas de la clause de réserve de propriété ou de la clause d'inaliénabilité. Concernant le premier mécanisme, « *on dit classiquement que le vendeur conserve la propriété du bien jusqu'à paiement du prix ; or, on peut remarquer qu'il y a transfert de la possession au profit de l'acheteur et que c'est uniquement si le vendeur n'est pas payé, qu'il revendiquera la chose en qualité de propriétaire. Cette propriété du vendeur est cependant fragile, car si l'acheteur a donné le bien en gage, dans le cadre d'un gage avec dépossession, le créancier gagiste l'emporte sur le vendeur-bénéficiaire de la réserve de propriétaire, puisqu'il est protégé par l'[ancien] article 2279 du Code civil ; c'est donc que le vendeur ne disposait pas de la propriété de façon aussi absolue qu'on la conçoit en général*³⁹⁶ ».

³⁹³ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 30.

³⁹⁴ P. Crocq, *op. cit.*, p. 157, n° 186. Cité par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 31.

³⁹⁵ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 31.

³⁹⁶ *Ibid.*

253. La propriété à titre de garantie. Il existe aussi des figures du droit français proches de celle du *trust*, telle la cession des créances professionnelles par bordereau Dailly. Par ce mécanisme, le cessionnaire devient propriétaire, à titre de garantie, des créances cédées. Sa situation est ainsi comparable à celle du *trustee* : « à l'instar du trustee, le cessionnaire serait "propriétaire" d'une propriété particulière qui lui permettrait de pouvoir demander l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur. Par ailleurs, le cédant aurait une "sorte" de propriété sur la créance. En effet, comment expliquer, dans le cas contraire, que le cédant puisse recouvrer la propriété des créances ? Il semble que si le cédant rembourse l'emprunt, par exemple, qu'il a contracté auprès du cessionnaire, en principe, les créances reviennent au cédant qui pourrait les "revendiquer" ; dans le cas contraire, le cessionnaire se paierait par une sorte de compensation ou de dation en paiement³⁹⁷. » Il s'agit là encore d'une propriété transférée mais qui reste « incomplète » ou « limitée » puisque le cédant dispose toujours d'un droit de revendication³⁹⁸.

254. Proposition de méthode pour intégrer le *trust* en droit français. Après avoir analysé plusieurs obstacles à sa réception liés à la conception française du droit de la propriété, Anne-Marie Toledo renonce à trouver une institution équivalente au *trust* en droit français et propose, en revanche, une méthode pour intégrer le *trust*. Ainsi, en ce qui concerne les droits du constituant, ce dernier peut disposer de la propriété du bien (en vertu de l'article 537 du Code civil) étant donné que s'il existe un intérêt sérieux et légitime, la volonté peut limiter les facultés du propriétaire. S'agissant des droits du *trustee*, le schéma peut être analysé comme un transfert de propriété similaire à celui opéré par la cession Dailly. En effet, le constituant du *trust* peut toujours récupérer la propriété des biens suivant la même logique que celle qui permet au cédant dans une cession Dailly de recouvrer la propriété des créances cédées dans l'hypothèse où il rembourserait le cessionnaire. Enfin, la situation du bénéficiaire est comparable à celle de la clause de réserve de propriété dans le sens où il détient un droit de suite et de revendication sur les biens constitués en *trust*. Son droit est opposable à tous ceux à qui le *trustee* a pu soit transférer des biens mis en *trust* soit constituer des droits réels portant sur les biens du *trust* – sauf au tiers acquéreur, à titre onéreux, de bonne foi. Ce tiers de bonne foi³⁹⁹ qui a acquis des

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 32. Anne-Marie Toledo-Wolfsohn explique que ce tiers, « le *bona fide purchaser for value without notice* », est appelé l'« enfant chéri de l'*Equity* » (*Equity's darling*). L'auteur renvoie à C. Reymond, « Réflexions

biens du *trust* doit être en mesure de prouver qu'il ne connaissait pas et qu'il ne pouvait pas connaître le fait que ces biens étaient détenus en *trust*. La protection de ce tiers acquéreur de bonne foi, dont les droits priment ceux du bénéficiaire, peut être expliquée par la théorie de l'apparence. En effet, cette création jurisprudentielle est venue nuancer « *le principe général suivant lequel nul ne peut transmettre des droits qu'il n'a pas "lorsqu'une personne avait toutes les apparences du titulaire de certains droits, de sorte que des tiers ont traité avec elle sur la foi de cette apparence, la sécurité juridique exige qu'on les protège"*⁴⁰⁰ ». Cette théorie permet de « *transformer en un droit véritable ce qui n'est qu'une apparence trompeuse, pourvu toutefois que cette apparence ait revêtu une force suffisante pour égarer les tiers*⁴⁰¹ ». Suivant une telle logique, le tiers acquéreur de bonne foi d'un bien détenu en *trust* devient titulaire d'un droit de propriété opposable au bénéficiaire. Pour récupérer le prix de la vente, le bénéficiaire pourra tenter un recours contre le *trustee* fondé sur la subrogation.

2. La règle du numerus clausus

255. Si la règle du *numerus clausus* des droits réels (a) semble s'opposer à la réception du *trust* en droit français, c'est aussi le cas de la règle du *numerus clausus* des sûretés réelles (b) dans l'hypothèse où le *trust* serait utilisé en tant que garantie.

a) Le numerus clausus des droits réels

256. Le caractère limitatif des droits réels. En application de la règle du *numerus clausus* des droits réels, certains auteurs se sont prononcés contre la possibilité de créer de nouveaux droits réels tels que ceux existant dans le mécanisme du *trust*. Ainsi, Henri Motulsky a pu considérer : « *le numerus clausus s'oppose à la création conventionnelle d'un droit nouveau ayant les caractères hybrides qui sont ceux d'un trust*⁴⁰² ». Cette règle trouverait son fondement légal à l'article 543 du Code civil qui dispose : « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.* » Elle a cependant fait l'objet de débats doctrinaux afin de déterminer si la liste de l'article 543

de droit comparé sur la Convention de La Haye sur le *trust* », *Revue de droit international et de droit comparé belge*, 1991, vol. 68, p. 17.

⁴⁰⁰ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, L'auteur cite A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 8^e éd., Paris : Montchrestien, 2001, n° 500, p. 323.

⁴⁰¹ A. Bénabent, *loc. cit.*, n° 500, p. 323. Cité par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 32.

⁴⁰² H. Motulsky, *loc. cit.* Cité par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 32.

est limitative ou non. Ceux qui soutiennent qu'elle est exhaustive sont d'avis que « *les rédacteurs de ce texte désiraient ne pas voir réapparaître les multiples droits féodaux qui caractérisaient l'Ancien Régime. Ainsi, les seules formes de droits réels admises seraient celles qui auraient expressément été prévues par le législateur*⁴⁰³ ».

257. Exemples dans la doctrine. Parmi les auteurs partisans de ce caractère limitatif, Anne-Marie Toledo en cite deux particulièrement :

- Charles Demolombe⁴⁰⁴, dans son *Cours de Code Napoléon*⁴⁰⁵, « *remarque, à titre préliminaire, que la multiplicité des droits réels et le concours simultané, l'enchevêtrement de ces droits sur les mêmes biens sont sources de complications. Puis il s'attaque au principe par un syllogisme. Il soutient que la loi qui détermine et organise les droits réels intéresse au plus haut degré "les tiers", le "public", les "biens", le "mode de transmission des biens", la "sécurité des conventions". Or, la loi qui intéresse ces matières concerne l'ordre public ; et les parties ne peuvent, par leurs conventions, changer les lois qui ont trait à l'ordre public. Par conséquent, la loi dans l'énumération des droits réels qu'elle reconnaît doit nécessairement être considérée comme limitative. À l'appui de ce raisonnement, il [Demolombe] invoque l'article 2115 du Code civil, qui prévoit que "l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi", qui serait une application en matière d'hypothèque d'une règle générale également vraie pour tous les autres droits réels*⁴⁰⁶ » ;
- Pierre Voirin⁴⁰⁷ affirme : « *autoriser la création des droits réels, ce serait mettre l'ordre social à la discrétion de particuliers et favoriser la reconstitution du régime foncier de l'Ancien Régime, avec tous ses inconvénients* »⁴⁰⁸.

258. Par ailleurs, on peut relever les arguments soulignant la création libre de droits réels et mettant en cause le fait que le *trust* créé de nouveaux droits réels en droit français.

⁴⁰³ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 32.

⁴⁰⁴ Charles Demolombe (1804-1887), avocat et professeur à la faculté de droit de Caen. Il n'a pas terminé son *Cours de Code Napoléon*, commencé en 1845. Il a été continué par Jean Guillouard.

⁴⁰⁵ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris : Imprimerie générale, 18., t. IX, p. 447.

⁴⁰⁶ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁷ Pierre Voirin (1895-1973), juriste et professeur de droit à la faculté de Nancy (1923-1967).

⁴⁰⁸ R. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français. IV, Les Biens*, Paris : Rousseau, 1938, p. 63.

259. La possibilité de créer de nouveaux droits réels. Comme le signale Anne-Marie Toledo-Wolfshon, « *malgré la présence d'une doctrine minoritaire qui préconise un numerus clausus des droits réels, la position actuelle du droit français s'oriente vers la libre création des droits réels, qu'il s'agisse de la doctrine⁴⁰⁹ ou de la jurisprudence qui prend appui sur un arrêt ancien : l'arrêt Caquelard⁴¹⁰ »⁴¹¹. Cette position se trouve étayée par plusieurs arguments. Premièrement, l'objet de l'article 543 du Code civil était uniquement d'annoncer le plan du livre II du Code civil et non pas de limiter expressément le nombre de droits réels car, entre autres éléments avancés, il ne ferait pas mention de certains droits réels tels que l'hypothèque et l'emphytéose. Deuxièmement, et de manière plus fondamentale, il peut être avancé que la possibilité de créer de nouveaux droits réels relève plus simplement du droit de propriété selon lequel chacun peut disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, y compris de la démanteler à son gré. Il s'agit donc de faire primer la liberté contractuelle. Tous ces arguments permettent à Anne-Marie Toledo-Wolf de conclure : « *En conséquence, l'argument du numerus clausus en matière de droits réels est largement dépassé, aussi bien en droit positif que pour une bonne partie de la doctrine⁴¹².* »*

260. La création de nouveaux droits réels en droit français par le *trust*. Une autre façon d'aborder cette question est de se demander si le *trust* crée ou non de nouveaux droits réels en droit français. Si les droits réels utilisés par le *trust* sont ceux du droit français, « *ce ne serait que dans leur combinaison que le trust constituerait un concept qui n'existerait pas en droit français. En effet, le concept de trust utilise le droit de propriété comme droit réel qui est bien entendu connu du Code civil. Par ailleurs, on sait qu'il est possible, en vertu de la jurisprudence Caquelard, de décomposer la propriété de différentes manières. De plus, on peut dire que le démembrement de cette propriété en legal ownership et equitable ownership peut résulter, selon l'article 537 du Code civil, de la volonté du propriétaire des biens en trust, c'est-à-dire du constituant. Il n'est donc pas question de créer un droit réel nouveau : le trust ne fait qu'utiliser*

⁴⁰⁹ L'auteur fait référence à : Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 360, p. 86 ; F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, 6^e éd., Paris : Dalloz, 2002, n° 52, p. 59 ; J. Derrupé, *La Nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris : Dalloz, 1952, n° 256 ; J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris : LGDJ, 1981, n° 114

⁴¹⁰ Cass. req., 16 février 1834, DP 1834, 1, 128, S. 1834, 1, 205 ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2002, n° 60, p. 311.

⁴¹¹ A.-M. Toledo-Wolfsohn, « Le *trust* et le droit civil français (2^e partie) », *RLDC*, 1^{er} octobre 2004, n° 9.

⁴¹² *Ibid.*

*un droit réel connu, le droit de propriété ; ce n'est que le fractionnement de ce droit qui est nouveau*⁴¹³ ». En ce qui concerne ce dernier point, « *on peut même aller jusqu'à dire que le trust ne crée même pas une décomposition originale du droit de propriété : la décomposition de la propriété que réalise le trust reprend en fait le même schéma que celui d'une institution connue du droit français : la cession de créance fiduciaire par bordereau Dailly*⁴¹⁴ ».

261. Résumé de la situation. L'étude de ces raisonnements permet de conclure que les obstacles liés à la règle du *numerus clausus* des droits réels sont dépassés. En effet, « *la crainte de voir réapparaître les droits qui existaient sous l'Ancien Régime n'est pas l'argument principal justifiant la règle du numerus clausus*⁴¹⁵ ». Il est actuellement plus pertinent de faire référence « *aux éléments qui ont trait à l'opposabilité aux tiers de droits, fruits de la volonté des parties, ainsi que le rang de tels droits dans l'hypothèse des concours avec d'autres droits réels prévus par la loi*⁴¹⁶ ». C'est pour cette raison que la question se pose principalement au sujet des sûretés réelles plus que pour les droits réels.

b) Le *numerus clausus* des sûretés réelles

262. Le principe. Il est généralement admis que les sûretés réelles sont également soumises à un *numerus clausus* : seule la loi peut les instituer. En application de ce principe, le *trust* ne peut être utilisé en tant que sûreté car il n'a pas été prévu par une loi. Ce n'est pas exactement le même cas de figure lorsque le *trust* est utilisé pour nommer un agent des sûretés.

263. Les fondements du principe. La règle limitant le nombre des sûretés réelles trouve plusieurs fondements :

- Pour certains, les sûretés réelles étant assimilables aux droits réels accessoires, elles sont soumises à la règle limitative comme ces derniers ;
- Il convient de considérer l'articulation du principe d'égalité entre les créanciers (article 2092 du Code civil) et leur droit de gage général sur les biens du débiteur (article 2093 du Code civil) avec le traitement des créanciers privilégiés (article 2093 et 2094 du Code civil). Une telle articulation, exigeant seulement qu'une « cause

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ A.-M. Toledo-Wolfsohn, « Le *trust* et le droit civil français (1^{re} partie) », *RLDC*, septembre 2004, n° 8, p. 33.

⁴¹⁶ *Ibid.*

légitime de préférence » puisse tempérer le principe d'égalité, supposerait que ces causes doivent forcément être prévues par le législateur.

264. Le principe d'égalité entre créanciers. C'est surtout ce second argument qui pose problème. Ainsi, le *trust* serait un mécanisme allant à l'encontre de chacun de ces articles mentionnés. En premier lieu, ce mécanisme créé un patrimoine spécial échappant au droit de gage général de l'article 2092 du Code civil. En deuxième lieu, les biens dont la propriété est transférée au *trustee* échappent aux créanciers du constituant sans avoir une « cause légitime de préférence » et sans être soumis à la procédure collective. Il heurterait le principe d'égalité entre créanciers prévu à l'article 2093 du Code civil. Enfin, en troisième lieu, l'article 2094 de ce code énumérant les « causes légitimes de préférence », le *trust* serait en quelque sorte une « super cause de préférence⁴¹⁷ », non prévue par cette disposition.

265. Les réponses aux arguments. Marie-Anne Toledo-Wolfsohn a apporté une réponse à chacun de ces arguments. En ce qui concerne l'article 2094, elle constate : « *on a soutenu que l'article 2094 du Code civil énonçait les causes de préférence. On a pu en déduire que ces causes seraient limitatives. L'impossibilité d'accepter le trust sur ce fondement est contestable pour deux raisons. La première, classique, est que l'article 2094 cite les privilèges et les hypothèques et omet donc de mentionner le nantissement ; or, en vertu de l'article 2073 du Code civil, le gage confère également une cause de préférence (sauf à considérer que l'article 2073 confère un privilège au sens de l'article 2094) : c'est donc que cette liste n'est pas limitative. Par ailleurs, le trust ne crée aucune cause de préférence, bien au contraire, à l'instar de toute propriété utilisée à titre de garantie, il dépasse l'idée de concours et l'emporte sur toute cause de préférence, c'est, comme l'a soutenu le Professeur Crocq, la force de la propriété utilisée comme sûreté sur celle des sûretés réelles classiques. Ensuite, le trust utilisé comme sûreté ne fait que reprendre le schéma d'une autre institution bien vivante : la cession de créance fiduciaire par bordereau Dailly⁴¹⁸.* » Se référant à l'article 2093, elle soutient qu'« *il n'est pas davantage un argument pour combattre le trust. En vertu de cet article, on pourrait dire que les créanciers chirographaires sont soumis à la règle d'égalité et que l'exception à ce principe n'est valable que pour les créanciers munis de causes de préférence. Un tel*

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ A.-M. Toledo-Wolfsohn, « Le *trust* et le droit civil français (2^e partie) », *RLDC*, 1^{er} octobre 2004, n° 9. L'auteur fait référence à P. Crocq, *op. cit.*, p. 157, n° 186.

raisonnement n'est pas convaincant. En effet, cet article ne fait qu'énoncer une règle afin de résoudre les conflits entre créanciers : s'il existe des créanciers chirographaires et des créanciers munis de causes de préférence, alors ces derniers l'emporteront⁴¹⁹ ». Elle conclut que « ce n'est pas parce qu'existe la règle de l'article 2093, qu'à contrario, il est impossible d'envisager d'autres concours possibles entre les droits qui seraient résolus par d'autres règles. Ainsi, le conflit entre un créancier titulaire d'un droit de préférence et celui bénéficiant d'un droit de propriété fiduciaire se réglera selon une règle différente que celle prescrite à l'article 2093, car ce texte ne vise qu'à préciser, d'une part, le conflit entre créanciers chirographaires entre eux et, d'autre part, le conflit entre des créanciers chirographaires et ceux qui sont munis de droit de préférence⁴²⁰ ».

266. Un troisième obstacle à la compatibilité du *trust* avec le droit civil français semble être la théorie du patrimoine classique.

3. La théorie du patrimoine classique.

267. Il n'est pas simple de concilier le *trust* avec la théorie du patrimoine de l'article 2092 du Code civil. En effet, le mécanisme du *trust* permet de constituer un patrimoine spécial, différent de celui de parties au *trust* et échappant à leurs créanciers.

a) La portée de la théorie

268. Le droit de gage général. Le droit de gage général est formulé à l'article 2092 du Code civil de la façon suivante : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». En vertu d'une telle règle, on comprend que tous les biens d'un débiteur sont en principe à la disposition de ses créanciers. De plus, comme le relève Anne-Marie Toledo-Wolfsohn, certains auteurs considèrent que cette règle est d'ordre public⁴²¹, ce qui justifierait qu'« *il ne serait pas possible de faire échapper certains biens au droit de gage général des créanciers. Il serait en conséquence impossible de créer un trust en droit français, en raison de l'article 2092, car on*

⁴¹⁹ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ Elle cite, dans ce sens, Overstake, Rép. civ. Dalloz, 1974, Art. 2092-2094 : « *Ce caractère d'ordre public ressort du libellé même de l'article 2092 du Code civil, qui souligne que tout débiteur personnellement obligé est "tenu" de remplir son engagement sur l'ensemble de ses biens présents et à venir. Le terme tenu ne paraît pas laisser de place de telles conventions, sauf exception légale.* »

ne peut déroger des conventions particulières aux lois qui intéressent les règles d'ordre public et les bonnes mœurs, en vertu de l'article 6 du Code civil »⁴²². Suivant cette logique, seule une loi pourrait permettre l'insaisissabilité de certains biens ; un contrat seul ne suffirait pas.

269. Les conséquences de la théorie classique du patrimoine. Le *trust*, on l'a vu, permettrait de constituer un patrimoine d'affectation. Or, pendant longtemps, cette notion a été difficilement acceptée en droit français influencé par la théorie classique d'Aubry et Rau selon laquelle le patrimoine est un ensemble de droits et d'obligations appartenant à une personne et ayant une valeur pécuniaire. Trois propositions découlent de ce lien entre patrimoine et personnalité : 1) toute personne a un patrimoine ; 2) toute personne n'a qu'un patrimoine (le patrimoine étant indivisible) ; 3) tout patrimoine appartient à une personne⁴²³. En tenant compte de ces propositions, il est assez logique d'affirmer que « *le trust heurterait la conception classique du patrimoine à plusieurs égards. Une des caractéristiques classiques du patrimoine est qu'il est indivisible. Or, le constituant, lorsqu'il constitue des biens en trust, extrait un ensemble de biens de son patrimoine et divise donc ses biens en deux ensembles distincts : les biens composant son patrimoine qui, seuls, pourront être saisis par ses créanciers et les biens constitués en trust, formant un patrimoine d'affectation qui leur échappe. Du côté du trustee, on peut dire que le concept de trust s'oppose à l'idée selon laquelle une personne n'a qu'un patrimoine car, en quelque sorte, le trustee a deux patrimoines : son patrimoine personnel et celui constitué par les biens en trust sur lesquels il a la legal ownership*⁴²⁴ ».

270. Des théories compatibles avec le *trust*. D'autres théories, différentes de celle d'Aubry et Rau, ont été avancées pour permettre d'accepter le *trust* en droit civil français. C'est le cas, par exemple, de la théorie du patrimoine d'affectation de Saleilles et Duguit⁴²⁵. Inspirés par la doctrine allemande, ces auteurs pensaient qu'il était possible de concevoir un patrimoine affecté à un but déterminé mais sans être rattaché à une personne. Dans le même sens, Lepaulle écrivait que « *le droit positif contient un grand nombre d'institutions qui sont des patrimoines sans être*

⁴²² A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris : Rousseau, 1922, p. 478 et L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel. III, La Théorie générale de l'État (suite et fin)*, 2^e éd., Paris : E. de Boccard, 1913, p. 309. Cités par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

*des personnes morales*⁴²⁶ ». Des juristes, tel Henri Motulsky⁴²⁷, se sont cependant opposés à cette vision en mettant surtout en avant l'argument selon lequel seule la loi peut déclarer des biens insaisissables. Depuis lors, il semble que cette façon d'aborder la question a dominé la réflexion sur la réception du *trust* en droit français.

271. En tout état de cause, si l'unicité du patrimoine reste le principe, des exceptions sont possibles pour faire sortir des biens du patrimoine d'une personne.

b) Les exceptions à la théorie

272. Le caractère d'ordre public. Un premier argument à prendre en compte est que le caractère d'ordre public du principe n'est pas si clairement établi. En effet, depuis longtemps déjà, la jurisprudence⁴²⁸ admet qu'une personne peut limiter conventionnellement le droit de gage général de ses créanciers. Une telle approche ne suffit toutefois pas à affirmer que le *trust* est compatible avec le droit français, car l'arrêt évoqué concerne la volonté réciproque du débiteur et du créancier alors que dans le cas du *trust* c'est uniquement la volonté du constituant qui est concernée. Ce serait donc en quelque sorte une limitation unilatérale du droit de gage général.

273. L'évolution de la notion de patrimoine. Un argument plus général et pertinent est celui de l'évolution que la notion de patrimoine a elle-même connue avec le temps. Face à la rigidité de la théorie du patrimoine, le législateur a introduit nombre d'exceptions qui ont fait évoluer cette notion : la loi « relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle » du 11 février 1994 permet d'établir une différence entre les biens personnels du débiteur et ceux liés à son activité personnelle ; la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique donne le droit, à une personne physique, de déclarer insaisissable l'immeuble où il réside afin de le protéger contre ses créanciers professionnels ; la loi instituant la fiducie en 2007 a prévu qu'« *un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs*

⁴²⁶ Lepaulle P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris : Rousseau, 1932, p. 299. Cité par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

⁴²⁷ H. Motulsky, *loc. cit.*, p. 14. Cité par A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

⁴²⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 1972, n° 70-12.756, Bull. civ. I, n° 50

bénéficiaires » (article 2011 du Code civil) ; l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)⁴²⁹ permet aux entrepreneurs individuels de constituer un patrimoine d'affectation, dédié à leur activité professionnelle, sans constituer de société, dans le but de limiter l'étendue de leur responsabilité ; enfin, depuis 2013, il est possible d'établir des compartiments étanches dans les organismes de titrisation (en vertu de l'article L. 214-169 du Code monétaire et financier).

274. Une évolution dans le domaine de l'avoir. Il convient de souligner que ces modifications se font toujours dans le cadre de la loi et sont conçues comme des exceptions au principe de la théorie du patrimoine. Toutefois, il est indéniable qu'une évolution a bien eu lieu « *dans le domaine de la volonté de la personne et non dans la rigidité imposée par la théorie classique. L'avantage de la théorie du patrimoine d'affectation est que la personne a un pouvoir sur les choses : elle crée des patrimoines en fonction des buts qu'elle entend assigner à des biens*⁴³⁰ ». C'est en ce sens qu'Alain Sériaux affirme, selon une perspective plutôt philosophique, que « *la notion de patrimoine évolue dans le domaine de l'avoir, non dans celui de l'être. Il est ce qu'ont les personnes et non ce qu'elles sont [...]. Le noyau dur de la patrimonialité est donc constitué par tous les biens qui, même s'ils sont pourvus d'un légitime possesseur, ne sont pas rattachés à ce dernier au point de faire partie de son être. C'est la capacité qu'a le bien de changer indéfiniment de titulaire qui lui donne sa qualité de bien patrimonial*⁴³¹ ».

275. Des solutions contractuelles. Si l'on considère que seul le législateur peut prévoir l'existence d'un patrimoine d'affectation, il serait donc impossible d'admettre le *trust* en droit français sans une loi spécifique le permettant. Il est cependant possible d'imaginer des solutions contractuelles pour contourner cette règle : les clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité pourraient également servir de mécanisme pour mettre en place un *trust*, voire d'alternative. Les clauses d'inaliénabilité permettent au donateur d'imposer au donataire de conserver le bien reçu, qui n'a le droit ni de le vendre ni de le donner. La validité de ce genre de clause a fait l'objet de débats par le passé. Cependant, il est aujourd'hui admis qu'une telle clause n'est valable que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime (article 900-1 du

⁴²⁹ L'EIRL a été créée par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 et complétée par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010.

⁴³⁰ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

⁴³¹ A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801.

Code civil)⁴³². Ce mécanisme trouve son utilité uniquement en cas d'aliénation d'un bien car un propriétaire ne peut « *décréter purement et simplement sa chose inaliénable, entre ses mains et en dehors de tout acte translatif de propriété* »⁴³³. Compte tenu de cette définition, la clause d'inaliénabilité trouverait ses limites dans le cadre d'un *trust* : « *En effet, par la clause d'inaliénabilité, le propriétaire interdit à celui qui se voit transférer les biens de les aliéner pendant un certain temps ; or, le constituant du trust, lorsqu'il transfère la propriété des biens au trustee, ne souhaite pas lui interdire de les aliéner, puisque le principal intérêt du trust est précisément que le trustee peut disposer des biens en trust. Le mécanisme des clauses d'inaliénabilité, même s'il permet l'insaisissabilité [...] n'est donc pas adapté à la construction du trust*⁴³⁴ ». C'est pour cette raison que l'on peut se demander si les clauses d'insaisissabilité pourraient remplir ce rôle à la place des clauses d'inaliénabilité : « *dans ce schéma, le propriétaire, en transférant la propriété du bien au trustee, pourrait par une manifestation de volonté frapper ces biens d'insaisissabilité : ces biens ne seraient donc pas saisissables dans le patrimoine du trustee*⁴³⁵. » Si les clauses d'insaisissabilité ont l'avantage de ne pas être limitées dans le temps, elles présentent le défaut de ne pas donner automatiquement une justification à l'impossibilité, pour les créanciers du constituant, de saisir ces biens déclarés insaisissables. C'est la question de savoir « *s'il est possible pour un individu par sa propre volonté, de faire échapper des biens de son patrimoine*⁴³⁶ ». Comme on l'a déjà analysé, il semblerait qu'aujourd'hui cela soit uniquement possible si la loi prévoit un tel cas comme étant une exception au droit de gage général des créanciers.

276. Résumé de la situation. En conclusion, « *de nombreux arguments ont été invoqués pour refuser la possibilité aux parties de créer un trust en droit français. Il est probable qu'à une certaine époque, il était difficile d'admettre une telle technique en essayant de trouver un mécanisme équivalent, car elle semblait à première vue un peu "exotique", notamment en raison*

⁴³² Ces deux critères ont été énoncés par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 20 avril 1858 (Cass. civ., 20 avril 1858, DP 1858, 1, p. 154, S. 1858, 1, p. 589 ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 67, p. 341). Ils ont été par la suite repris par l'article 900-1 du Code civil (créé par la loi n° 71-526 du 3 juillet 1971) (V. Ph. Simler, *Les Clauses d'inaliénabilité*, D., 1971, lég., p. 416-1 ; M. Morin, *Les Clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments*, Paris : Defrénois, 1971, p. 1118. Ces références ont été tirées de A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

⁴³³ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.* L'auteur renvoie vers L. Josserand, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris : Dalloz, 1928, n° 224, p. 278

⁴³⁴ A.-M. Toledo-Wolfsohn, *loc. cit.*

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *Ibid.*

*des droits conférés par l'equity. Cependant, de nos jours, certaines institutions du droit français ont évolué, rendant le trust concevable, au moins dans certains domaines du droit*⁴³⁷ ».

B. Une reconnaissance récente

277. Le droit français a longtemps ignoré le *trust*, mises à part quelques références dans la jurisprudence (1). Il faudra attendre une norme de droit fiscal pour disposer d'une première définition légale du *trust* (2).

1. Une reconnaissance « au cas par cas » par le juge

278. La jurisprudence sur le *trust*. La position du droit français à l'égard du *trust* ces trente dernières années a été étudiée par Sarah Farhi qui a relevé que « *jusqu'à la fin des années 1990, le trust était un spectre qui planait au-dessus du droit français. Quelques rares décisions avaient été rendues afin d'appliquer les droits de mutation à certains trusts successoraux. Ces arrêts mis à part, le trust était ignoré*⁴³⁸ ». Ces arrêts montrent que ce n'est pas parce qu'une institution juridique n'existe pas en droit interne que le juge français ne sera pas confronté à celle-ci dans le cadre d'un litige. En effet, ce dernier a eu à connaître à plusieurs reprises un *trust* valablement constitué dans un ordre juridique étranger. Dans cette hypothèse, et d'une manière générale, les tribunaux et la doctrine ont tendance à procéder « *à l'élargissement des catégories connues, par une sorte d'assimilation de l'institution étrangère à une institution du for*⁴³⁹ ». Dans le cas plus précis du *trust*, les juges français ont soit essayé d'assimiler le *trust* à une notion de droit civil, soit cherché à appliquer le droit étranger. Dès lors, « *bien que rebelle à toute catégorie française, le trust n'est pas pour autant délaissé par le juge français. Ainsi qu'il a pu être observé, "parfois, à défaut de reconnaître dans l'institution étrangère un but propre, il se peut que l'ordre du for y voie néanmoins un intérêt digne de protection. Telle semble être l'attitude de l'ordre juridique français à l'égard du trust anglo-américain"* (H.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ S. Farhi, « *Trust et droit français : les petits pas du législateur* », *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n° 315b8, p. 12. L'auteur fait référence aux arrêts suivants : Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1996, n° 93-20254 ; Cass. 1^{re} civ., 20 février 1996, n° 93-19855 ; Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 1990, n° 89-11352.

⁴³⁹ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « *Qualification en droit international privé* », *Juris-Classeur Civil Code*, 17 août 2015, fasc. n° 20 [dernière mise à jour : 17 août 2015], point 102.

Muir Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois : Thèse, Paris II, 1985, spéc. n° 204 et 205, p. 264 et 265*)⁴⁴⁰ ».

279. La qualification du trust en droit français. Selon une perspective plus concrète, il importe de ne pas oublier qu'« *utilisé à des fins multiples, le trust n'est pas réductible à une catégorie unique. Dès lors, son assimilation à une institution connue du for varie au cas par cas, suivant la finalité qu'il poursuit*⁴⁴¹ ». D'après Estelle Fohrer-Dedeurwaerder⁴⁴², le juge français a ainsi opté pour une « qualification au cas par cas ». Un exemple célèbre de cette attitude est l'affaire de Ganay⁴⁴³ dans laquelle la cour d'appel de Paris, qui était invitée à se prononcer sur la validité de l'acte constitutif d'un trust, a considéré, après avoir étudié le but de la constitution de l'acte, qu'il « *constitue essentiellement un contrat synallagmatique faisant naître des obligations respectives entre les parties et, éventuellement, des droits au profit des tiers* ». La Cour en a déduit que la validité de l'acte relève de « *la loi d'autonomie [...] sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer* ». En application de cette loi, qui était américaine, la Cour a décidé que c'est dans les formes prévues par le contrat de trust que les libéralités résultant d'un tel contrat pouvaient être révoquées.

280. L'assimilation à « donation indirecte ». Un autre exemple de la méthode du cas par cas, cité par Estelle Fohrer-Dedeurwaerder, nous est donné par l'affaire *Zieseniss*⁴⁴⁴. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a assimilé la constitution d'un trust à une « *une donation indirecte*⁴⁴⁵ », ce qui lui a permis de « *fixer l'ordre de réductions des libéralités en application de la loi successorale française, certains héritiers ayant bénéficié d'une donation indirecte – le trust “habillé à la française” –, tandis qu'un autre avait profité de plusieurs donations préciputaires et avait été institué légataire de la quotité disponible. Mais, en assimilant le trust*

⁴⁴⁰ *Ibid.*, point 103.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Ibid.*, point 104 : CA Paris, 10 janvier 1970 : *Rev. crit. DIP*, 1971, p. 518, note G. A. L. Droz ; *D.*, 1972, p. 122, note Ph. Malaurie ; *JDI*, 1973, p. 207, note Y. Loussouarn. Cette affaire est connue également sous le nom *Princesse de Hénin*.

⁴⁴⁴ *Ibid.* Cass. 1^{re} civ., 20 février 1996 : *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 622, note G. A. L. Droz.

⁴⁴⁵ *Ibid.* La cour d'appel avait, contrairement à ce qu'a par la suite décidé la Cour de cassation, qualifié le trust de « dispositions testamentaires ».

à une notion connue du droit français, la Cour a dépouillé la situation litigieuse de ses éléments d'extranéité, pour ne raisonner que selon le droit français⁴⁴⁶ ».

281. Un assimilation difficile. La méthode de l'assimilation du *trust* à une catégorie civiliste ne fait toutefois pas l'unanimité⁴⁴⁷. En effet, elle est « souvent critiquée dans la mesure où cette institution étrangère [...] subit une déformation en même temps que la catégorie du *for* »⁴⁴⁸. Ainsi, certains auteurs sont d'avis que le *trust* anglo-saxon constitue un « cas épineux » puisqu'il serait irréductible à l'une des catégories du droit français, ce malgré l'introduction de la fiducie en 2007⁴⁴⁹. D'autres représentants de la doctrine juridique, comme Sarah Farhi, soutiennent cependant que la loi introduisant la fiducie en 2007 a initié un mouvement de reconnaissance : « l'utilisation massive du *trust* par les acteurs économiques internationaux et les particuliers ayant des intérêts patrimoniaux en France, ainsi que l'insertion de la fiducie dans notre Code civil, ont obligé le législateur à modifier sa position. Depuis 2011, une lente reconnaissance du *trust* a été amorcée en droit français⁴⁵⁰. » Ces avancées concernent surtout le droit fiscal.

2. Une reconnaissance par le droit fiscal

a) La première définition légale

282. L'article 14 de la loi de finances rectificative du 29 juillet 2011⁴⁵¹ a introduit la première définition du *trust* en droit français : « on entend par *trust* l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé⁴⁵². » Bien que cette loi ait constitué une étape importante

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ V. par exemple l'affaire *Wildenstein* dans laquelle la notion de *trust* a été une nouvelle fois discutée : F. Barrière, « L'appréhension du *trust*. À propos du jugement du tribunal correctionnel de Paris du 12 janvier 2017, affaire *Wildenstein* », *D.*, 2017, p. 1200.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, point 105.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, point 103. L'auteur renvoie en ce sens à P. Bourel, Y. Loussouarn, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2013, spéc. n° 265, p. 256 ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, 3^e éd., Paris : PUF, 2014, spéc. n° 387, p. 457.

⁴⁵⁰ S. Farhi, *loc. cit.*, p. 12.

⁴⁵¹ J.-P. Le Gall, « De l'arrêt *Belvédère* à la loi de finances rectificative pour 2011 : des visions concurrentes des *trusts* étrangers », *Dr. fisc.*, 12 avril 2012, n° 15, n° 252.

⁴⁵² Comme cela a déjà été dit, cette définition est celle de l'article 792 0 bis I-1 du Code général des impôts.

dans la reconnaissance de cet instrument, une telle définition reste cependant très pauvre quand on la compare à la réalité du *trust*. En effet, elle passe à côté de l'essentiel puisqu'elle oublie l'« âme du mécanisme », à savoir le patrimoine d'affectation. Il doit également être signalé que la disposition mentionnée assimile la figure du *trustee* à un simple administrateur alors qu'il est propriétaire des biens même si cela n'est pas au sens de l'article 544 du Code civil. Une dernière expression curieuse est celle selon laquelle les biens ou les droits sont « placés ». Le choix de ce terme est « énigmatique », « surtout en l'absence de précisions relatives au patrimoine affecté. En droit français, des biens simplement placés entre les mains d'un tiers sans transfert de propriété semblent donc pouvoir faire l'objet d'un trust⁴⁵³ ».

b) La soumission du *trust* à l'impôt

283. Un régime fiscal. La loi de finances rectificative du 29 juillet 2011 a également prévu un régime fiscal applicable au *trust*. C'est là une deuxième avancée concernant la réception de ce mécanisme en droit français permettant à la France de soumettre à l'impôt les *trusts* ayant des liens avec elle. À titre d'exemple, les biens du *trust* irrévocable sont soumis à l'impôt de solidarité sur la fortune du constituant en vertu de l'article 885 G ter du CGI : « *Les biens ou droits placés dans un trust défini à l'article 792-0 bis ainsi que les produits qui y sont capitalisés sont compris, pour leur valeur vénale nette au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, selon le cas, dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire qui est réputé être un constituant en application du II du même article 792-0 bis.* » Le Conseil constitutionnel, par une décision du 17 décembre 2017, a déclaré cette disposition conforme à la Constitution⁴⁵⁴. Alors même que l'impôt sur la fortune a par la suite disparu et a été remplacé par l'impôt sur la fortune immobilière par la loi de finances pour 2018⁴⁵⁵, qui devra s'appliquer au constituant d'un *trust*, une telle avancée ne consiste pas tant à développer le régime fiscal mais à encadrer également la question de l'imposition du *trust*. Pour certains auteurs, cette évolution menace l'existence du *trust*⁴⁵⁶ alors que pour Sarah Fahri, elle doit être saluée car « *pouvoir se reporter à un régime clair assure la sécurité juridique des acteurs économiques*⁴⁵⁷ ». D'un point de vue fiscal, « *la définition française du trust prend ailleurs tout son sens. Comment ne pas envisager*

⁴⁵³ S. Farhi, *loc. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁴ Cons. const., 17 déc. 2017, n° 2017-679 QPC.

⁴⁵⁵ Loi n° 2017-1837, 30 décembre 2017.

⁴⁵⁶ F. Tripet, « Loi du 29 juillet 2011 : c'est le *trust* qu'on assassine ! », *Gaz. Pal.*, 24 avril 2011, p. 6.

⁴⁵⁷ S. Farhi, *loc. cit.*

que les imprécisions évoquées soient volontaires ? Car, il n'échappe à personne que cette définition vague permet d'appréhender un plus grand nombre de trusts et par conséquent d'accroître les recettes fiscales⁴⁵⁸ ».

284. Le nouveau régime de l'agent des sûretés. Enfin, comme on le développera dans les chapitres suivants, le nouveau régime de l'agent des sûretés créé en 2017 peut être considéré comme une troisième avancée récente de la réception du *trust* en droit français. Ce mécanisme devient en quelque sorte l'équivalent du *security trustee* de droit anglais, « *car ce nouveau statut se drape des habits du security trustee⁴⁵⁹* ». Le régime antérieur, régi par l'article 2328-1 du Code civil, « *admettait qu'un représentant puisse gérer les sûretés de plusieurs créanciers, souvent regroupés en syndicat bancaire. Outre-Manche le security trust est utilisé en pareil cas, mais en France des doutes existent quant à l'utilisation de la fiducie ou du mandat⁴⁶⁰* ».

285. Conclusion de la section. Le mécanisme d'origine anglaise connu sous la dénomination de « *trust* » est doté de grands atouts justifiant qu'il soit importé en France afin de donner un cadre à l'exercice de la fonction d'agent des sûretés. Ces avantages sont liés à sa définition très large et à son utilisation multiforme et universelle. Cependant, ces mêmes qualités si particulières peuvent constituer des obstacles à l'heure de l'introduire dans le droit civil français. Si ces écueils semblent aujourd'hui dépassés, ils sont pourtant bien présents au point de ralentir cette réception qui se fait progressivement à travers l'action du juge et par la loi. Il s'agit donc d'une réception inachevée dont l'une des principales causes réside dans la non-ratification par la France de la convention de La Haye qui empêche d'intégrer complètement le *trust* au droit civil français.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ *Ibid.*

Section 2 : La réception politique : la convention de La Haye

286. Comme on l’a précédemment analysé, la voie la plus directe pour recevoir le *trust* en droit français semblait être l’adoption d’une loi nationale spécifique relative à ce mécanisme qui paraît idéal pour l’exercice de la fonction d’agent des sûretés. Mais cela n’a pas été aussi facile. D’où la remarque suivante d’Adrien Pesneau : « *Il est finalement assez paradoxal de constater que des sociétés provenant de systèmes juridiques peu favorables au trust en fassent usage. Tel est le cas de la France par exemple. Cet emploi nécessaire au monde des affaires n’aurait-il pas été suffisant pour amener le législateur des pays concernés à la réflexion ?*⁴⁶¹ » Et l’auteur de conclure que la question de la réception du *trust* a souvent été caractérisée par un manque de recherche d’« *efficacité et du pragmatisme* » et a été plutôt dominée par « *la crainte et la suspicion*⁴⁶² ». La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance est un exemple de prise en compte de cette appréhension puisqu’elle a permis une reconnaissance moins directe du *trust* dans des pays qui ne l’avaient pas consacré par une loi. En effet, « *le trust constitue une création de l’equity, et donc une construction juridique souple forgée par les tribunaux anglais qui ont su dégager des principes clairs autours desquels s’est construit un régime abouti du trust. Le trust a été par la suite largement diffusé comme concept de common law au sein de nombreux systèmes juridiques [...]. Le point d’orgue de cette consécration doctrinale fut sans doute l’adoption, par un large nombre d’États, de la “Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”*⁴⁶³ ».

287. Cependant, en dépit du grand intérêt que présente la convention de La Haye s’agissant du *trust* (§1), elle n’a toujours pas été ratifiée par la France (§2).

⁴⁶¹ A. Pesneau, *op. cit.* p. 90.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 85.

§1. L'intérêt de la Convention

288. L'intérêt de la Convention relative au *trust* réside dans les qualités propres à l'organisme qui l'a élaborée, la conférence de La Haye (A), mais surtout dans le fait qu'elle constitue un instrument qui favorise la réception du *trust* en droit interne (B).

A. La conférence de La Haye

289. La conférence de La Haye est une organisation intergouvernementale mondiale⁴⁶⁴ composée de 88 membres (87 États et l'Union européenne) ; s'y ajoutent 150 pays qui sont associés à ses travaux. En partant du constat que « *dans le monde moderne, les situations personnelles, familiales ou commerciales qui concernent plus d'un pays sont monnaie courante*⁴⁶⁵ », la Conférence se veut un « *creuset de traditions juridiques diverses*⁴⁶⁶ » qui se réunit afin de donner « *naissance à des instruments juridiques multilatéraux qui répondent à des besoins mondiaux, et en assure le suivi*⁴⁶⁷ ». Ainsi, « *le mandat statutaire de la Conférence est d'œuvrer à "l'unification" progressive de ces règles. Cela implique de trouver des approches reconnues internationalement de questions telles que la compétence des tribunaux, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution des jugements dans un grand nombre de domaines, du droit bancaire ou commercial à la procédure civil internationale, et de la protection de l'enfance aux questions de mariage et de statut personnel*⁴⁶⁸ ». D'un point de vue plus général, « *la vocation ultime de l'Organisation est d'œuvrer à un monde dans lequel, en dépit des différences entre systèmes juridiques, les personnes – individus comme sociétés – peuvent bénéficier d'une grande sécurité juridique*⁴⁶⁹ ».

1. Les conventions de la conférence de La Haye

290. Influence de la conférence de la Haye. La conférence de La Haye se réunit tous les quatre ans en session plénière pour négocier et adopter des conventions relevant du droit

⁴⁶⁴ En 1893, la conférence a tenu sa première réunion. En 1955, année de l'entrée en vigueur de son Statut, elle devient une organisation intergouvernementale permanente.

⁴⁶⁵ Source : <https://www.hcch.net/fr/about>.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ *Ibid.*

international privé⁴⁷⁰ qui, même lorsqu'elles ne sont pas ratifiées, ont une grande influence sur les systèmes de droit, des pays membres ou non, et « *constituent une source d'inspiration pour des efforts d'unification du droit international privé au niveau régional, comme au sein de l'Organisation des États Américains ou de l'Union européenne*⁴⁷¹ ».

291. Exemples de conventions. À ce jour, les conventions qui ont été ratifiées par le plus grand nombre de pays portent sur la suppression de la légalisation, la signification et la notification, l'obtention de preuves à l'étranger, l'accès à la justice, l'enlèvement international d'enfants, l'adoption internationale, les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, les obligations alimentaires, ou encore la reconnaissance des divorces. Plus récemment, ont été adoptées des conventions qui portent sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (1996), la protection internationale des adultes (2000), la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (2006), ou encore les accords d'élection de for (2005). On peut également mentionner la Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille ainsi que le Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires (2007) et la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale (2019). Les travaux en cours susceptibles de donner naissance à des conventions dans le futur portent sur les sujets suivants : la médiation transfrontière en matière familiale, le choix de la loi dans les contrats internationaux, l'accès au contenu du droit étranger et l'éventuelle nécessité d'élaborer un instrument mondial en la matière. D'autres thèmes, considérés comme moins prioritaires, sont également à l'étude : les questions de droit international privé soulevées par la société de l'information, y compris le commerce électronique ; les conflits de compétence, la loi applicable et la coopération judiciaire et administrative en matière de responsabilité civile pour les dommages causés à l'environnement ; la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de succession ; les questions de droit international privé liées aux couples non mariés ; l'évaluation et l'analyse des questions juridiques transfrontières soulevées par des titres tenus auprès d'un intermédiaire ; le droit des sûretés.

⁴⁷⁰ De 1893 à 1904, 7 conventions internationales ont été adoptées et, de 1951 à 2008, 38.

⁴⁷¹ Source : <https://www.hcch.net/fr/about>

292. Parmi toutes ces conventions, celle du 1^{er} juillet 1985 occupe une place prépondérante dans l'étude de la réception de l'agent des sûretés.

2. La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

293. **Instrument de réception du *trust*.** La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance aurait pu constituer l'instrument de réception juridique de l'agent des sûretés en France⁴⁷². Traité multilatéral adopté par la conférence de La Haye, il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992 et a été signé par 16 pays, à savoir : l'Australie, le Canada, la Chine, Chypre, les États-Unis, la France, l'Italie, le Liechtenstein, le Luxembourg, Malte, Monaco, le Panama, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, Saint-Marin et la Suisse⁴⁷³. En ce qui concerne la France, elle l'a signé le 26 novembre 1991. Ainsi, en tant que pays signataire, le pays a reconnu que « *le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de common law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications*⁴⁷⁴ » et s'est engagé, avec les autres pays parties à la Convention, à « *établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance*⁴⁷⁵ ».

294. **Spécificité de la convention.** Comme l'indique le rapport explicatif⁴⁷⁶, la Convention part du constat que le *trust* est « *une institution [...] connue de certains États membres de la Conférence, le plus souvent États de common law, mais qu'ignorent la plupart des États de*

⁴⁷² V. sur cette convention J.-P. Béraudo, « La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 7^e année, 1985-1986*, Paris : Éd. du CNRS, 1988, p. 21-46 ; E. Gaillard et D. Trautman, « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 1 ; C. Jauffret-Spinozi, « La convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985) », *JDI*, 1987, p. 23 ; M. Revillard, « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », *Deffrénois* 1986, n° 33731, p. 689.

⁴⁷³ Parmi ces pays, le Liechtenstein et Saint-Marin ne sont pas membres de la conférence de La Haye. V. statut de la Convention sur : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=59>.

⁴⁷⁴ Préambule de la Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. La Convention est disponible sur le site internet de la conférence de La Haye de droit international privé : www.hcch.net. V. aussi CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, « Actes et documents de la quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé. II, *Trust*, loi applicable et reconnaissance », *Revue internationale de droit comparé*, avril-juin 1987, vol. 39, n° 2, p. 502-503.

⁴⁷⁵ Préambule de la Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance.

⁴⁷⁶ Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck point 12.

civil law, membres de la Conférence⁴⁷⁷ ». C'est pourquoi, ce texte « *diffère essentiellement des autres Conventions de La Haye, qui règlent, sur le plan des conflits de lois, des conflits de juridictions ou de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, des institutions, telles que l'adoption, le divorce, le contrat de vente ou les obligations alimentaires, régies certes par des règles de droit international privé divergentes dans les divers États, mais connues partout*⁴⁷⁸ ». Dès lors, cette « *Convention est plus particulièrement destinée à jeter des ponts entre pays de common law et pays de civil law*⁴⁷⁹ ». Pour toutes ces raisons, ce texte pourrait être un instrument de réception du *trust* en France si elle le ratifiait.

B. La convention de La Haye, instrument de réception du trust

295. Tant par ses caractéristiques (1) que par ses objectifs (2), la Convention du 1^{er} juillet de 1985 est un instrument permettant la réception du *trust* en droit interne.

1. Les caractéristiques de la Convention

a) Les institutions visées

296. Trusts et institutions analogues. La Convention porte sur le *trust*, plus spécifiquement sur la loi qui lui est applicable et sur sa reconnaissance. Cependant, « *si l'application de la Convention au trust ne fait pas de doute, la question de savoir si des institutions analogues existant dans certains pays de civil law répondent encore aux critères de la Convention, sera plus difficile à résoudre*⁴⁸⁰ ». Ainsi, « *il faudra distinguer les institutions structurellement analogues au trust, qui tombent sous la Convention, de celles qui ne sont que fonctionnellement analogues et qui ne sont pas réglées*⁴⁸¹ ». Le rapport précité indique que les travaux de la conférence se sont focalisés en priorité sur le *trust* des pays de *common law*. Ainsi, les *trusts* créés par décision de justice sont exclus de la Convention. La question qui s'est naturellement posée était celle de savoir si les normes prévues dans la Convention étaient applicables à des institutions de droit civil, soit similaires au *trust* de droit anglais, soit partageant ses principales caractéristiques. Le texte final de la Convention a retenu des figures ne correspondant pas

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ *Ibid.*, point 13.

⁴⁸¹ *Ibid.*

strictement à la notion de trust dans la mesure où elles respectent les critères de l'article 2 qui énonce :

« Aux fins de la présente Convention, le terme "trust" vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;*
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;*
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust. »

297. Souplesse de la définition. Comme cela a déjà été signalé, le préambule de la Convention considère que le *trust* est une institution des pays de *common law* également « adoptée par d'autres pays avec certaines modifications ». Cependant, le rapport von Oberbeck précise que « cette phrase n'indique peut-être pas avec toute la clarté voulue que des institutions analogues répondant aux critères de l'article 2 sont incluses, même si elles ne constituent pas une réception du trust de *common law*⁴⁸² ». Malgré ce flou caractérisant la notion de *trust* et sa réception, il peut être affirmé, par une lecture combinée du Préambule et de l'article 2, que la convention de La Haye opère une véritable reconnaissance des institutions de droit civil qui respectent les conditions de l'article 2. Autrement dit, le texte assimile aux *trusts* de droit anglais toute institution de droit civil répondant aux critères de son article 2. Il s'agit de « la conclusion qui se dégage de l'ensemble des discussions de la Quinzième session.

⁴⁸² *Ibid.*, point 26.

En effet, dès l'entrée en matière, puis lorsque le problème a été repris, des voix favorables à l'inclusion des institutions analogues se sont fait entendre⁴⁸³ ».

298. Caractéristiques du trust. Dans le même rapport, il est expliqué que l'article 2 « *peut apparaître comme une définition du trust. En réalité, l'article 2 veut simplement indiquer les caractéristiques que doit présenter une institution – qu'il s'agisse d'un trust d'un pays de common law ou d'une institution analogue d'un autre pays – pour tomber sous le coup de la Convention⁴⁸⁴ ».* De plus, définir le *trust* aurait été une tâche impossible « *étant donné les nombreuses espèces de trusts et les définitions divergentes proposées par les auteurs des pays de common law⁴⁸⁵ ».* Et le document d'ajouter que l'alinéa premier de l'article 2 « *énumère les éléments considérés dans les doctrines anglaise et américaine comme essentiels pour qu'il y ait trust : le transfert de biens, le constituant, le trustee et les bénéficiaires. C'est surtout en pensant au charitable trust que l'on a ajouté que les biens peuvent être affectés à un but déterminé⁴⁸⁶ ».* Sur ce dernier point, il correspond tout à fait au *security trustee* qui agit toujours au profit des créanciers. Parmi ces éléments, la formule « relations juridiques » a posé quelques questions : « *La Commission spéciale avait envisagé les termes "fiduciary relationship". Cette formule était inspirée des fiduciary duties que les droits anglais et américain imposent au trustee. Certains experts de civil law avaient cependant des objections à l'encontre de l'usage du terme "fiduciaire", qui notamment ne signifierait rien en droit français. Ils ont préféré parler de "relations juridiques" ⁴⁸⁷.* » En outre, le choix du pluriel (« relations juridiques ») a pu également susciter une certaine confusion dans le sens « *de faire croire que le trust était une*

⁴⁸³ *Ibid.* Dans le sens de la reconnaissance par analogie, des exemples sont mis en avant : « *Ainsi, le Délégué égyptien et le Délégué polonais ont indiqué que leurs pays connaissaient l'équivalent du charitable trust ; les Délégués du Japon et du Luxembourg ont désiré que des institutions de leurs pays fussent englobées. Le Délégué du Venezuela exposa que son pays avait introduit le trust en 1956, mais que l'institution était rarement utilisée. Nombre de délégués d'autres pays ont également été favorables à l'inclusion des institutions analogues, inclusion qui a finalement été admise sans vote formel.* »

⁴⁸⁴ *Ibid.*, point 36.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, point 37.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, point 40. Un *charitable trust* est la personne ou le groupe de personnes qui contrôle et administre un organisme de bienfaisance (traduction libre de celle donnée par *Practical Law* : « *The persons who have the general control and management of the administration of a charity* »). À titre d'exemple, la définition de *security trustee* est : « *A trust can be used as a means of holding security over assets of a debtor for a number of creditors, for example, in a syndicated loan or a securitisation transaction. A security trustee is the entity holding the various security interests created on trust for the various creditors, such as banks or bondholders. This structure avoids granting security separately to all creditors which would be costly and impractical.* » Source : uk.practicallaw.thomsonreuters.com.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

opération triangulaire analogue à la représentation par exemple. En fait, l'essence du trust réside dans la relation fiduciaire entre le trustee et les bénéficiaires. Mais on a craint que l'usage du singulier ne conduise à méconnaître la complexité des relations qui naissent du trust, aussi le pluriel a-t-il finalement été préféré⁴⁸⁸ ».

299. La définition en droit français. Enfin, il est important de souligner que la définition de l'article 2 de la Convention a été reprise en matière fiscale en droit français à l'article 792 0 bis I-1 du CGI : « *Pour l'application du présent code, on entend par trust l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé.* »

b) Le trustee

300. Au sens de cette convention, le *trust* concerne les relations juridiques créées par une personne : le constituant du *trust*. Le constituant, tout comme le bénéficiaire, peut évidemment être une personne morale. Une telle qualité s'adapte bien à la fonction de *security trustee* : « *il va sans dire que le trustee peut également être une personne morale. La même chose vaut pour le bénéficiaire, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un charitable trust ou d'un trust destiné à créer des sûretés⁴⁸⁹.* »

301. Les pouvoirs du trustee. L'alinéa 2, c de l'article 2 de la Convention décrit les pouvoirs et les devoirs du trustee : « *le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi* ». Ces pouvoirs et devoirs sont appelés « *fiduciary duties* » dans le rapport von Overbeck, au point 46 :

« *La lettre c décrit les fiduciary duties du trustee. Elle exprime le droit et le devoir du trustee de gérer les biens et d'en disposer conformément à la volonté du constituant et aux règles légales.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ *Ibid.*, point 41.

En disant que le trustee doit rendre compte de ses actes, on exprime l'idée que les bénéficiaires ont contre le trustee des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice ainsi que le pouvoir de surveillance des tribunaux dans les pays de common law⁴⁹⁰. » En transposant ces droits et devoirs à la figure de l'agent des sûretés, l'on s'aperçoit, là encore, qu'ils correspondent parfaitement à la mission de ce dernier qui doit en effet gérer les sûretés en accord avec la volonté des créanciers. La contrepartie de ces prérogatives est de manière évidente le devoir d'en rendre compte et la possibilité que sa responsabilité soit engagée en cas de faute ou de négligence. Par ailleurs, l'alinéa 3 de l'article 2 prévoit l'hypothèse suivante : « le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ». Ce cas de figure n'est pas rare dans un financement syndiqué dans lequel l'agent des sûretés peut, en plus de son rôle de trustee, être également bénéficiaire de sûretés en tant que prêteur. À ce propos, le rapport précité explique : « contrairement à l'image "classique" du trust, les rôles des différents intéressés peuvent être confondus. En effet, le créateur du trust ne disparaît pas nécessairement complètement : il peut se réserver encore certaines décisions. À son tour, le trustee peut avoir certains intérêts qui font de lui aussi un bénéficiaire. Il a paru opportun de d'attirer l'attention sur ces possibilités qui semblent cependant rarement utilisées dans la pratique⁴⁹¹. »

c) Les biens du trust

302. Un patrimoine spécial. L'alinéa 2, a de l'article 2 de la Convention concerne les biens du trust : « les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee. » Il y est précisé que ces biens font partie d'un patrimoine spécial. La même indication est rappelée à l'article 11, alinéa 2 (dans le chapitre III concernant la reconnaissance), comme étant un élément important de la reconnaissance du trust : « la reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique ». Parmi les biens donnés en trust, « il se peut qu'un tiers soit titulaire de certains biens appartenant au trust, mais pour le compte du trustee⁴⁹² ». L'alinéa 2, b du même article reprend cette idée avec la formule suivante : « le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du

⁴⁹⁰ *Ibid.*, point 46.

⁴⁹¹ *Ibid.*, point 47.

⁴⁹² *Ibid.*, point 45.

trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ». S'agissant du *security trustee*, ces dispositions sont les bienvenues car il est nécessaire que les sûretés soient détenues dans un patrimoine séparé de celui de l'agent des sûretés. D'autre part, le fait que la propriété des biens soit établie au nom de l'agent des sûretés est très pratique pour faciliter l'inscription des sûretés et la cession de participations au sein du *pool*.

303. L'inscription des biens. Une question délicate posée par la réception du *trust* dans les pays ne le connaissant pas est celle de l'inscription dans un registre. À cet égard, l'article 12 de la Convention précise : « *le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi* ». En commentaire de cet article, le rapport von Overbeck indique : « *L'article 12 a trait à un problème susceptible de soulever des difficultés dans la pratique des États ne connaissant pas le trust : celui de refléter aussi fidèlement que possible dans les registres publics de ces États les particularités du trust*⁴⁹³. » Le même texte ajoute : « *Le trustee voulant faire inscrire un bien meuble ou un immeuble dans un registre pourra demander à figurer dans ce registre comme trustee ; dans les cas où cela ne serait pas possible, l'inscription pourrait avoir lieu de telle façon que l'existence du trust apparaisse par un autre moyen. Tout cela n'est possible que dans la mesure où la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu le permet*⁴⁹⁴. » Concrètement, « *le trustee devra produire, pour obtenir une inscription, les pièces justificatives et remplir les formalités prescrites par la loi du pays où l'inscription doit avoir lieu. C'est également la loi de ce pays qui décidera qui peut exiger que l'existence d'un trust soit révélée*⁴⁹⁵ ». La règle prévue par l'article 12 ne se limite pas aux registres publics ; elle s'applique également aux registres privés tel que les registres d'actionnaires⁴⁹⁶. Au regard de la mission de l'agent des sûretés, cette disposition concernant les inscriptions des biens trouve sens. La question se pose en effet de savoir qui doit apparaître dans les registres (l'agent ou les créanciers) lorsque les règles propres aux sûretés l'exigent. Ce mécanisme permet au *security trustee* d'inscrire en son propre nom les sûretés.

⁴⁹³ *Ibid.*, point 118.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, point 119.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, point 120.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, point 121.

Les caractéristiques de la Convention sont en cohérence avec ses objectifs.

2. Les objectifs de la Convention

304. Poursuivant le double objectif de déterminer la loi applicable au *trust* (a) et de régir sa reconnaissance (b), la convention de La Haye a été considérée comme une « *unique and historic opportunity* » de rapprocher les pays de droit civil de ceux de *common law*⁴⁹⁷.

a) **La détermination de la loi applicable au *trust***

305. Les règles de détermination de la loi applicable. La détermination de la loi applicable au *trust* passe par l'édition de règles en matière de conflit de lois : « *Des règles de conflit communes relatives à la loi applicable au trust sont établies sous les articles 6 à 10. L'article 6 consacre le principe de l'autonomie de la volonté. Le constituant a la faculté de choisir la loi applicable au trust sous réserve que la législation choisie connaisse l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause. En pratique, il est courant de constater que la loi applicable résulte de l'acte même de trust. Dans la majorité des cas les parties se réfèrent à un statut type de trust*⁴⁹⁸. »

306. Les éléments nécessaires à la détermination de la loi applicable. Les articles 6 et 7 de la Convention indiquent les éléments nécessaires à la détermination de la loi applicable. Précisément, l'article 6 prévoit :

« *Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin et à l'aide des circonstances de la cause.*

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable. »

Et l'article 7 de préciser :

⁴⁹⁷ *Ibid.*, point 18 : « *An English delegate had at the beginning of the session designated the discussions as a "unique and historic opportunity" to bring together the countries of civil law and common law. A Canadian delegate expressed at the end of the conference with enthusiasm his conviction that full advantage had been taken of this opportunity.* »

⁴⁹⁸ F. Varin et M. Revillard, « Pour la ratification par la France de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et sa reconnaissance », *Dr. et Patri.*, 1^{er} octobre 2019, n° 295.

« Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment :

- a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant ;
- b) de la situation des biens du trust ;
- c) de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee ;
- d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis. »

307. Intérêt de la détermination de la loi applicable. L'intérêt de la détermination de la loi applicable n'est pas le même pour tous les pays signataires de la conférence⁴⁹⁹. Effectivement, deux groupes peuvent être clairement établis : les pays qui connaissent le *trust* ou des institutions analogues et les États qui ne les prévoient pas dans leur droit⁵⁰⁰.

308. Les pays connaissant le *trust*. Pour le premier groupe, l'intérêt de la Convention est double : d'une part, « *le principal intérêt est évidemment de voir reconnaître les trusts de leur droit dans les pays qui ne connaissent pas l'institution*⁵⁰¹ » ; d'autre part, les règles de conflit de la Convention sont également apparues utiles dans les relations entre États de *common law* puisque leurs normes en matière de droit international diffèrent souvent⁵⁰². Autrement dit, « *la Convention semble avoir un intérêt pour les relations entre les États de common law ; en effet, des controverses existent sur le rattachement du trust, que la Convention pourrait utilement éliminer*⁵⁰³ ».

309. Les pays ne connaissant pas le *trust*. S'agissant du second groupe de pays, l'intérêt de ce texte est moins évident et peut même susciter quelques réticences. Les États ne prévoyant pas de *trust* dans leur droit pourraient « *craindre que les principes de leur système juridique ne*

⁴⁹⁹ Les pays représentés étaient les suivants : République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chypre, Danemark, Égypte, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Suriname, Tchécoslovaquie, Turquie, Uruguay, Venezuela, Yougoslavie.

⁵⁰⁰ Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck point 14.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, point 28.

*soient ébranlés par l'intrusion d'une institution étrangère quelque peu inquiétante*⁵⁰⁴ ». Pour éviter cet écueil, il a été important de rassurer les signataires en précisant que l'objectif n'était pas d'« *introduire le trust dans les pays de civil law, mais simplement de fournir à leurs juges les instruments propres à appréhender cette figure juridique*⁵⁰⁵ ». D'un point de vue pratique, il a été constaté qu'il n'était pas rare que les juges des pays de droit civil soient confrontés à des problèmes impliquant un *trust*. De la sorte, les règles prévues par ce texte se révèlent intéressantes pour déterminer la loi applicable à des *trusts* dont on ne sait pas à quelles règles ils doivent être soumis, ou lorsque plusieurs lois peuvent être appliquées. À cet égard, le rapport von Overbeck ajoute : « *De telles règles seront particulièrement utiles pour les États de civil law qui, ne connaissant pas le trust dans leur droit interne, n'ont pas non plus de règles de conflit pour l'appréhender. Ils sont donc réduits à des constructions parfois laborieuses pour essayer de capter cette institution inconnue dans leur système de conflit de lois, ainsi qu'un délégué français l'a bien expliqué*⁵⁰⁶. » Une fois ces doutes éclaircis, les États de droit civil ont pu se rendre plus nettement compte de l'intérêt de la Convention pour eux : « *l'institution n'étant pas prévue par leur droit matériel, ils ne possèdent pas non plus de règles de droit international privé qui puissent la régir et ils en sont réduits à chercher laborieusement à faire entrer les éléments du trust dans leurs propres concepts*⁵⁰⁷. » Ce texte leur a fourni des règles de conflit de lois relatives au *trust* et précisé en quoi consiste la reconnaissance du *trust* mais aussi ses limites.

b) La reconnaissance du *trust*

310. La notion de reconnaissance. Le deuxième objectif de la Convention est de régir la reconnaissance du *trust*. Or, la portée d'un tel but « *est plus difficile à saisir. On pourrait, en effet, soutenir que, du fait même qu'un trust est valable selon la loi désignée par les règles de conflit de la Convention, il doit être reconnu et déployer ses effets dans les autres États contractants*⁵⁰⁸ ». Cette question a suscité des doutes quant à l'utilité du chapitre III consacré à la reconnaissance du *trust* ; certains se sont même prononcés en faveur de la suppression du terme « reconnaissance » pour lui préférer l'expression « les effets du *trust* », car ils craignaient

⁵⁰⁴ *Ibid.*, point 14.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*, point 28.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, point 14.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, point 29.

« que la notion de reconnaissance n'implique que le trust ne saurait déployer d'effet que moyennant une sorte d'exequatur⁵⁰⁹ ». La notion de reconnaissance a finalement été retenue dans la mesure où il a été considéré que l'article 8 faisait référence aux effets du *trust*, mais dans un autre sens. Par ailleurs, s'agissant de la nécessité d'avoir recours à une *exequatur*, il était nécessaire de préciser que la notion de reconnaissance n'est pas uniquement utilisée pour parler des décisions de justice⁵¹⁰. Un autre argument en faveur de l'utilisation de la notion de reconnaissance portait sur les éléments rapprochant le *trust* d'une personne morale : « le fait a aussi été évoqué que le trust, sans être une personne morale, présente certaines analogies avec celle-ci, qui justifient l'usage du terme "reconnaissance"⁵¹¹. »

311. Le principe de reconnaissance. L'article 11 de la Convention pose le principe de reconnaissance du *trust* créé conformément à la loi déterminée par le chapitre II. Au sein de ce chapitre, comme cela a déjà été signalé, ce sont principalement les articles 6 et 7 qui donnent les éléments nécessaires à la détermination de la loi applicable. Ainsi, le principe de reconnaissance du *trust* contenu à l'alinéa premier de l'article 11 est simple : pour le reconnaître, il suffit que « le trust étranger ait été créé par la loi déterminée par le chapitre II⁵¹² », sans que cette loi soit nécessairement celle d'un État partie à la Convention. Un tel principe « n'allait pas absolument de soi ; il eût été concevable de reconnaître – à l'instar de la reconnaissance de jugements étrangers sans contrôle de la loi applicable – certains effets de trusts créés selon d'autres lois⁵¹³ ».

312. Les éléments essentiels du *trust*. Le deuxième alinéa de l'article 11 décrit les éléments essentiels que le *trust* doit réunir pour qu'il puisse être reconnu : la séparation des biens entre le *trust* et le *trustee* et la qualité pour agir ou défendre du *trustee*. Cet article précise : « la reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité

⁵⁰⁹ *Ibid.*, point 30. La proposition de ne pas parler de reconnaissance, mais d'effets des *trusts*, a été émise par les Pays-Bas.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² *Ibid.*, point 106.

⁵¹³ *Ibid.*

publique ». Dès lors, « les biens du trust sont distincts de ceux du trustee ; il y a là un élément essentiel du trust, sans lequel sa reconnaissance n'aurait pas de sens⁵¹⁴ ».

313. D'autres éléments importants. Le troisième alinéa du même article ajoute d'autres éléments devant être reconnus si la loi applicable l'exige :

« Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment :

- a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust ;
- b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci ;
- c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee ;
- d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. »

314. Les limites à la reconnaissance. L'institution du trust de droit anglais est particulière au regard du droit civil, car « elle se présente de manière différente de celles des institutions, telles que le mariage ou le contrat de vente, par exemple, qui sont connues dans tous les pays. Au contraire, le trust est une institution qui, en principe est ignorée des juges des pays de civil law. Ils resteraient perplexes devant l'affirmation pure et simple qu'un trust, du seul fait qu'il est conforme à la loi désignée par la Convention, doit déployer des effets dans leur pays⁵¹⁵ ». Comme l'explique le rapport von Overbeck, « l'application de [l'article 11] pourrait conduire à des atteintes inadmissibles à la loi matérielle du for ou à la loi applicable selon ses règles de conflit normales ; aussi l'article 15 réserve-t-il des règles impératives de ces lois⁵¹⁶ ». En effet, l'article 15 de la Convention offre des garanties aux pays de tradition civiliste qui consistent à limiter les effets qui doivent être reconnus. Précisément, cet article indique :

⁵¹⁴ *Ibid.*, point 107.

⁵¹⁵ *Ibid.*, point 31.

⁵¹⁶ *Ibid.*, point 105.

« La Convention ne fait pas d'obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes :

- a) la protection des mineurs et des incapables ;
- b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage ;
- c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement de la réserve ;
- d) le transfert de propriété et les sûretés réelles ;
- e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité ;
- f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques. »

315. Dans le même but de protection, l'article 13 de la Convention prévoit une autre limite à la reconnaissance du trust : « *aucun État n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause*⁵¹⁷. »

316. Le droit français avait la possibilité de trouver un instrument de réception du *trust* en la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1895 relative à la loi applicable au *trust* et sa reconnaissance. Ce texte, qui présente un intérêt certain grâce à la façon dont il a été élaboré, est aussi caractérisé par un certain équilibre au regard de ses caractéristiques et objectifs afin de ne pas bousculer les principes civilistes. Malgré tous ces atouts, la France a cependant décidé de ne pas ratifier cette convention.

§2. La non-ratification de la Convention par la France

317. La France a signé la convention de La Haye le 26 novembre 1991. À ce moment-là, « *les autorités françaises entendaient subordonner sa ratification à la création en droit français*

⁵¹⁷ *Ibid.*, point 105.

*d'une institution apte à concurrencer le trust*⁵¹⁸ ». C'est en ce sens que le député Roux affirmait dans son rapport sur la proposition de loi instituant la fiducie : « *D'ores et déjà, le contexte juridique communautaire et international pousse à l'évolution de notre droit interne. Tout d'abord, la France, qui a signé la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, ne pourra éternellement repousser l'échéance de la ratification de cet instrument juridique international*⁵¹⁹. » Certains ont cru que cette évolution était la vocation de la fiducie créée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 : « *depuis sa création [...], la fiducie aurait pu avoir le temps de prendre son envol et de devenir en mesure de concurrencer le trust*⁵²⁰. » En effet, l'absence de *trust* en droit français aurait été la cause de nombre de délocalisations d'entreprises françaises : Peugeot en 1987, Alstom et la Société française des jeux (lors de la mise en place de son jeu « Euromillions ») auraient probablement eu recours un *trust*⁵²¹.

318. Pour autant, la France n'a toujours pas ratifié la Convention et ce pour plusieurs raisons (A). Malgré ce refus persistant, il n'est pas inintéressant de se pencher sur les conséquences d'une éventuelle ratification (B).

A. Les motifs de non-ratification

319. Deux réponses du garde des Sceaux au Parlement ont expliqué pourquoi le gouvernement a préféré ne pas ratifier la Convention sur le *trust*.

1. La nécessité de « développer » le mécanisme

320. La réponse du ministère de la Justice du 8 janvier 2009⁵²². Dans une question posée en 2009, le sénateur Philippe Marini⁵²³ demandait au gouvernement de préciser les perspectives de ratification de la convention de La Haye en relevant que « *la loi n° 2007-211 du 19 février*

⁵¹⁸ A. Druot, « Quelles seront les conséquences de la ratification de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 pour les créanciers titulaires d'une fiducie sûreté ? », *Revue OFIS*, janvier 2014.

⁵¹⁹ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux au nom de la commission des lois le 1^{er} février 2007, sur la proposition de loi instituant la fiducie.

⁵²⁰ A. Druot, *loc. cit.*

⁵²¹ A. Druot, *loc. cit.* L'auteur cite comme source le projet de loi instituant la fiducie du 19 février 1992, doc. Ass. nat., session de printemps 1992, n° 2583 ; proposition de loi présentée par M. Marini, Sénat, n° 178, annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2005.

⁵²² Question écrite n° 06210 de M. Philippe Marini (Oise-UMP) publiée dans le JO du Sénat du 13 novembre 2008 (p. 2258). La réponse du ministère de la Justice a été publiée dans le JO du Sénat du 8 janvier 2009 (p. 74).

⁵²³ Philippe Marini a été le sénateur à l'origine de la loi instituant la fiducie de 2007.

2007 instituant la fiducie a permis à notre pays de disposer d'un outil comparable au trust, qui a encore été amélioré par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. En outre, certains articles du code général des impôts font explicitement référence au trust. Plusieurs conditions sont donc réunies pour parfaire la reconnaissance de cet instrument de tradition anglo-saxonne dans notre droit, et ainsi améliorer la sécurité juridique des opérateurs ». La réponse donnée à cette interrogation par le gouvernement a été la suivante : « la Chancellerie est attentive à la question de la ratification de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. En effet, la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 qui a instauré la fiducie a permis de doter la France d'un dispositif inspiré du trust anglo-saxon. Toutefois, cet instrument fait encore l'objet de développements. Ainsi, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a, d'une part, ouvert la fiducie aux particuliers et, d'autre part, permis aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire. Cette loi a par ailleurs habilité le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance avant le 1^{er} février 2009, les mesures d'adaptations complémentaires rendues nécessaires par l'extension de la fiducie. Ces mesures devraient offrir au droit français un cadre favorable et attractif pour le développement d'opérations de financement international. Leur adoption définitive constitue donc un préalable à la ratification de la convention de La Haye. Elle permettra en outre d'évaluer avec pertinence les avantages et les inconvénients d'une telle ratification sur la base d'un dispositif interne aux contours clairement définis. » Une telle position de la part du gouvernement de l'époque pouvait être comprise étant donné que la fiducie avait été consacrée seulement deux ans auparavant. Ainsi, il était mis en avant que la fiducie devait encore faire l'objet de développements. Le sujet de la ratification est revenu sous la forme d'une autre question parlementaire plus de 6 ans après.

2. La nécessité d'une « réflexion approfondie » sur les risques de la ratification

a) La réponse du ministère de la Justice du 5 mai 2016⁵²⁴.

321. Les années ont passé et la Convention n'ayant toujours pas été ratifiée, le sénateur Grosdidier a pris l'initiative d'interroger une nouvelle fois le gouvernement : « sur la non-

⁵²⁴ Question écrite n° 21035 de M. François Grosdidier (Moselle-Les Républicains) publiée dans le JO du Sénat du 31 mars 2016 (p. 1255). La réponse du ministère de la Justice a été publiée dans le JO du Sénat du 5 mai 2016

ratification par la France de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. La France a signé le 26 novembre 1991 cette convention qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie a permis de doter la France d'un dispositif inspiré du trust anglo-saxon. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a ouvert la fiducie aux particuliers et a permis aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire. Le nouveau contexte législatif semble propice à la ratification de la convention de La Haye. Il lui demande si le Gouvernement a l'intention de soumettre sa convention à ratification et, si oui, quand. » La question était cette fois-ci peut-être plus pertinente qu'en 2008, le contexte législatif encadrant la fiducie ayant déjà été stabilisé. Cependant, malgré cette nouvelle situation, la réponse tant attendue a déçu. En effet, il a seulement été indiqué : « *La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée par la France le 26 novembre 1991, contient des dispositions sur la loi applicable au trust et règle certaines difficultés relatives à sa reconnaissance. Son objectif est de faciliter le traitement du trust par les juges des pays qui ignorent cette institution. Si l'objet principal de la convention de La Haye est le trust des pays de common law, la définition large retenue à l'article 2 de la convention permet de l'appliquer à des institutions structurellement comparables, existant dans des pays de tradition civiliste. Ainsi, au regard de la définition posée dans la convention de La Haye, la fiducie introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 et complétée et modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, est assimilable au trust puisqu'elle répond bien aux critères énoncés : des biens sont placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ; les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ; le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ; le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. Il en ressort que la fiducie française devrait bénéficier de la reconnaissance prévue par la convention de La Haye au profit du trust et des institutions qui lui sont apparentées. La décision de ratifier la convention de La Haye nécessite*

(p. 1905). La question avait été posée pour la première fois le 28 mai 2015 sous le titre « Ratification de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* » (question n° 16451, publiée dans le JO du Sénat du 28 mai 2015), mais n'ayant pas reçu de réponse le parlementaire a dû reposer sa question en 2016.

une réflexion approfondie. En effet, les trusts constitués à l'étranger devant alors être reconnus en droit interne, il convient de s'assurer que cela n'aboutira pas à une reconnaissance sans réserve, en France, de trusts de droit étranger qui ne seraient pas soumis aux mêmes règles – notamment de transparence, de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment – que celles imposées à la fiducie de droit français, dans des conditions qui viendraient concurrencer cette institution. La mesure de sauvegarde prévue à l'article 13 de la convention, permettant de ne pas reconnaître un trust dont les éléments significatifs sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ne pourrait être invoquée par la France, dès lors qu'elle possède désormais une institution, la fiducie, répondant aux caractéristiques posées par l'article 2 de la convention. Il est alors à craindre que la ratification n'entraîne une fuite à l'étranger d'opérations internes qui relèveraient du droit français et qui seraient ainsi soumises à un droit étranger que la France devrait reconnaître. Pour ces raisons, la question de la ratification de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 fera l'objet d'une analyse précise dans les mois qui viennent. » Il ressort de la lecture de cette position du ministère de la Justice que la fiducie de droit français correspondrait la définition du *trust* de l'article 2 de la Convention. Ce n'est donc plus une question d'adaptation du mécanisme en lui-même qui se pose mais plutôt de s'assurer que des *trusts* de droit étranger ayant pu servir à constituer des fraudes, à l'évasion fiscale ou au blanchiment d'argent, puissent être reconnus sans réserve sur le territoire français. C'est dans ce but qu'il a été tenté de mettre en place un registre des *trusts* dès 2013.

b) Les tentatives de surveillance des *trusts*

322. Comme l'affirment les notaires de France dans un rapport, il peut être déduit de la réponse ministérielle du 5 mai 2016 que « *le ministre de la Justice ne souhaite pas que la ratification puisse avoir pour effet d'échapper aux règles de transparence, et de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment*⁵²⁵ ». C'est pourquoi une logique de surveillance des *trusts* a été mise en place avec l'instauration d'un registre des *trusts* et une obligation de déclaration.

323. Le registre des *trusts*. La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a prévu la création d'un

⁵²⁵ CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (2-5 juin 2019, Bruxelles), Rapport du 115^e congrès, p. 650.

registre public devant recenser les *trusts*, le nom des *trustees*, des constituants, des bénéficiaires et la date de constitution du *trust*. Seules quelques autorités devaient pouvoir y avoir accès : Tracfin⁵²⁶, certains services judiciaires et les agents de l'administration des douanes. Un auteur considère que la création d'un tel registre marque une nouvelle hésitation face au *trust*, caractérisée par une attitude un peu paradoxale consistant à le reconnaître mais tout en le surveillant fortement : « *Afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, le législateur français a institué un registre public des trusts par la loi du 6 décembre 2013. En accédant aux informations personnelles du constituant, du trustee et du bénéficiaire, plus aucun trust ne pouvait échapper à la vigilance de l'administration fiscale. Plus encore, comme ce fichier était public, en cas de défaillance du fisc, toute personne munie d'un identifiant pour déclarer ses revenus électroniquement pouvait remédier à son éventuelle carence*⁵²⁷. » En application de la loi du 6 décembre 2013, le décret n° 2016-567 du 10 mai 2016 relatif au registre public des *trusts* a créé, à l'article 1649 AB du Code général des impôts, ce registre. Comme l'explique un auteur⁵²⁸, « *cet article énonce les champs d'application matériel et spatial de mise en œuvre du registre public des trusts, liste les éléments qui doivent y être mentionnés et enfin entrevoit ses modalités de contrôle et de consultation. Nonobstant la présence d'alinéas relatifs à l'accès du registre public des trusts par des tiers à l'institution anglo-américaine, il faut regretter une absence totale de précision. En effet, le deuxième alinéa de l'article 1649 AB du Code général des impôts, dans sa rédaction de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, dispose que ce registre soit placé sous la responsabilité du ministre chargé de l'Économie et des Finances et que les modalités de consultation soient précisées par décret en Conseil d'État* ». Devant ce manque de précision quant aux modalités d'accès au registre, le Conseil d'État⁵²⁹ a, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (article 61-1 de la Constitution), saisi le Conseil constitutionnel afin qu'il détermine si le deuxième alinéa de l'article 1649 AB du Code général des impôts était conforme aux droits et libertés constitutionnels. La teneur de la

⁵²⁶ Tracfin (traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) est un service de renseignement placé sous l'autorité du ministère de l'Économie. Il concourt au développement d'une économie saine en luttant contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le service est chargé de recueillir, analyser et enrichir les déclarations de soupçons que les professionnels assujettis sont tenus, par la loi, de lui déclarer. Source : <https://www.economie.gouv.fr/tracfin>

⁵²⁷ S. Farhi, *loc. cit.*, p. 12.

⁵²⁸ E. Bendelac, « Le registre public des *trusts* et sa saga législative », *LPA*, 17 février 2017, n° 124a9, p. 7.

⁵²⁹ CE décision n° 400913 du 22 juillet 2016.

disposition était la suivante : « *Il est institué un registre public des trusts. Il recense nécessairement les trusts déclarés, le nom de l'administrateur, le nom du constituant, le nom des bénéficiaires et la date de constitution du trust.* » Le Conseil constitutionnel a cependant déclaré cette norme contraire à la Constitution, dans les termes suivants : « *La mention, dans un registre accessible au public, des noms du constituant, des bénéficiaires et de l'administrateur d'un trust fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine. Il en résulte une atteinte au droit au respect de la vie privée. Or, le législateur, qui n'a pas précisé la qualité ni les motifs justifiant la consultation du registre, n'a pas limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, placé sous la responsabilité de l'administration fiscale. Dès lors, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi*⁵³⁰. » L'objectif du législateur était celui de lutter contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent mais la disposition concernée ne respectait pas suffisamment le droit au respect de la vie privée. En effet, sans précisions sur les modalités d'accès au registre, toute personne pouvait prendre connaissance d'informations privées se rapportant au patrimoine d'une autre personne. Il ne s'agissait donc pas de remettre en cause le registre en lui-même mais ses modalités de consultation. Ainsi, prenant en compte la décision du Conseil constitutionnel, l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 a mieux précisé les conditions d'accès au registre. Cependant, ce registre a finalement disparu après un arrêt du Conseil d'État rendu en 2018⁵³¹ dans lequel il a été rappelé « *qu'en principe la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et que la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de sa décision* ». En conséquence, le Conseil d'État a annulé pour excès de pouvoir le décret n° 2016-567 du 10 mai 2016 relatif au registre public des *trusts* au motif qu'il avait été adopté pour la mise en œuvre de dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles.

⁵³⁰ Cons. const., décision n° 2016-591 QPC du 21 octobre 2016.

⁵³¹ CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 30 mai 2018, n° 4009912 annulant le décret n° 2016-567 du 10 mai 2016, relatif au registre public des *trusts*.

324. Un nouveau registre. Un nouveau registre de ce type a vu le jour en 2021⁵³². C'est ce que prévoyait un auteur : « *il faut noter que les juges ne censurent que le caractère public du registre et non le registre lui-même. Il est alors à parier qu'un registre des trusts remanié verra rapidement le jour. À l'instar du registre des fiducies, le nouveau registre des trusts ne devrait pas avoir de caractère public*⁵³³ ». Il convient cependant de relever que sa nécessité n'était pas évidente puisque ce type de registre n'existe ni aux États-Unis, ni au Canada, ni au Royaume-Uni. Ce sont les clients ou les avocats qui sont tenus de conserver les documents relatifs aux trusts⁵³⁴.

325. L'obligation de déclaration des trusts. Toujours inspiré par le souci de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, le législateur a prévu dans la loi de finances rectificative du 29 juillet 2011 une obligation déclarative pesant sur le *trustee*. L'idée sous-jacente à ce dispositif était de connaître tous les trusts présentant une certaine attache avec la France. Cette obligation déclarative concernait les informations liées à la « *constitution, la modification ou l'extinction, ainsi que le contenu des termes du trust ; les informations relatives aux nom, prénoms, adresse, date, lieu de naissance et nationalité des bénéficiaires effectifs des trusts, qui s'entendent comme toutes personnes physiques ayant la qualité d'administrateur, de constituant, de*

⁵³² Il s'agit du décret n° 2021-1127 du 27 août 2021 relatif aux modalités de consultation des informations contenues dans les registres des trusts et des fiducies. La notice du site internet www.legifrance.gouv.fr le décrit de la façon suivante : « *Le décret est pris pour l'application de l'article L. 167 du livre des procédures fiscales (LPF), créé par le 2° de l'article 14 de l'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans le cadre de la transposition de la directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du conseil du 30 mai 2018, dite "AML5". Cette ordonnance revoit les dispositions relatives à la transparence des informations concernant les trusts et des autres montages juridiques qui présentent des structures et fonctions similaires. L'article L. 167 du LPF prévoit les conditions de la consultation du registre des trusts mentionné à l'article 1649 AB du code général des impôts et du registre national des fiducies prévu par l'article 2020 du code civil. Le décret précise les modalités de consultation de ces registres par les autorités visées au I de l'article L. 167 du LPF, les modalités de consultation à l'initiative des personnes visées au II du même article, ainsi que les modalités d'accès aux informations contenues dans ces registres par les autorités compétentes des États membres de l'Union européenne et les informations à fournir à l'administration fiscale à l'appui de leurs demandes.* » V. X. Delpech, « Précisions réglementaires sur la consultation des informations contenues dans les registres des trusts et des fiducies », *D. Actualité*, 10 septembre 2021.

⁵³³ S. Farhi, *loc. cit.* En ce qui concerne le registre national des fiducies (prévu à l'article 2020 du Code civil), le décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 a autorisé à y avoir accès : les agents de la direction générale des Finances publiques chargés de la mise en œuvre du traitement individuellement désignés et spécialement habilités à cette fin (art. 4), le juge d'instruction, le procureur de la République, les officiers de la police judiciaire, les agents des douanes mentionnés à l'article 28-1 du Code de procédure pénale, les agents du service Tracfin et les agents habilités de la direction générale des finances publiques chargés du contrôle et du recouvrement en matière fiscale (art. 5).

⁵³⁴ CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (2-5 juin 2019, Bruxelles), Rapport du 115^e congrès, p. 652.

bénéficiaire et, le cas échéant, de protecteur ainsi que de toute autre personne physique exerçant un contrôle effectif sur le trust ou exerçant des fonctions équivalentes ou similaires ». Ce dispositif, consacré à l'article 1649 AB du Code général des impôts, prévoyait en l'absence de déclaration le paiement d'une amende proportionnelle de 5 % du montant du patrimoine affecté et une amende forfaitaire de 10 000 euros. Ces seuils ont été élevés à 12,5 % et 20 000 euros par la loi du 6 décembre 2013. La logique de reconnaissance du *trust* s'accompagnait encore d'une surveillance et de sanctions sévères. L'intervention du Conseil constitutionnel a une nouvelle fois été dans le sens d'un assouplissement du régime fiscal du *trust*. Fidèle à sa jurisprudence, il a jugé que l'amende qui sanctionne une obligation déclarative est contraire au principe de proportionnalité des peines⁵³⁵ : « *En prévoyant une amende dont le montant, non plafonné, est fixé en proportion des biens ou droits placés dans le trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés, pour un simple manquement à une obligation déclarative, même lorsque les biens et droits placés dans le trust n'ont pas été soustraits à l'impôt, le législateur a instauré une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer.*

*Dès lors, les mots "ou, s'il est plus élevé, d'un montant égal à 5 % des biens ou droits placés dans le trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés" figurant au paragraphe IV bis de l'article 1736 du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi du 29 juillet 2011 ainsi que les mots "ou, s'il est plus élevé, d'un montant égal à 12,5 % des biens ou droits placés dans le trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés" figurant au même paragraphe IV bis, dans sa rédaction résultant de la loi du 6 décembre 2013 doivent être déclarés contraires à la Constitution, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs dirigés contre ces dispositions*⁵³⁶. »

326. Résumé de la situation. Cependant, la réticence la plus visible à l'égard du *trust* est le refus de ratifier la convention de La Haye de 1985. En effet, comme l'explique Sarah Fahri, « *pour assurer la pleine reconnaissance du mécanisme, il suffirait de ratifier cette convention que la France a déjà signée le 26 novembre 1991. Depuis une dizaine d'années, plusieurs sénateurs ont d'ailleurs demandé aux ministres de la Justice successifs cette ratification. Tous*

⁵³⁵ Cons. const., 16 mars 2017, n° 2016-618 QPC. V aussi. Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC.

⁵³⁶ Cons. const., 16 mars 2017, n° 2016-618 QPC, points 8 et 9.

sont restés sourds. Pourtant, ratifier cette convention permettrait d'appliquer une définition du trust conforme à ses utilisations dans les pays anglo-saxons, d'éviter les conflits de lois et de doter le mécanisme d'un régime juridique autre que fiscal⁵³⁷ ». Un tel refus *a priori* inexplicable pourrait trouver une raison générale assez simple : le législateur ne veut pas que le trust bénéficie d'un régime plus attractif que celui de la fiducie. En effet, si la Convention était ratifiée, « la fiducie française pourrait parfaitement intégrer la définition du trust prévue à l'article 2 de la convention, celle-ci disposant d'un patrimoine d'affectation rattaché au fiduciaire chargé de gérer cette masse. Et comme l'article 6 du texte précise que le constituant du trust peut choisir la loi applicable, la loi française et plus précisément le régime de la fiducie pourraient être choisis. Les trusts soumis à la loi française se verraient alors appliquer le régime fiscal de la fiducie, plus souple que celui instauré pour le trust⁵³⁸ ». Il nous paraît donc intéressant d'étudier plus en détails les conséquences d'une éventuelle ratification de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985.

B. Les conséquences d'une éventuelle ratification

327. À ce jour, 14 pays ont ratifié la Convention⁵³⁹ : l'Australie, Chypre, le Canada (8 provinces), la Chine (Hong Kong uniquement), l'Italie, le Luxembourg, le Liechtenstein, Malte, Monaco, les Pays-Bas, le Panama, Saint-Marin, la Suisse et le Royaume-Uni. La France et les États-Unis sont donc les seuls pays signataires à ne pas avoir ratifié cette Convention. Deux cas de figure peuvent se présenter : la ratification avec des réserves (1) et la ratification sans réserve (2).

1. La possibilité de ratifier avec des réserves

328. Les réserves en droit international. Au lieu de refuser catégoriquement la ratification de la Convention, la France aurait pu choisir de la ratifier tout en émettant une ou plusieurs réserves. Il est en effet généralement admis dans la pratique internationale que lors de la négociation, la signature ou la ratification des traités, des réserves peuvent être émises par les parties. Selon la définition de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969,

⁵³⁷ S. Farhi, *loc. cit.*

⁵³⁸ S. Farhi, *loc. cit.* L'auteur renvoie à S. Fahri, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficultés – Étude de l'efficacité du mécanisme*, Paris : LGDJ, 2016, t. 6, p. 308 et s., n° 416 et s.

⁵³⁹ Source : <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>.

l'expression « réserve » désigne « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État*⁵⁴⁰ ». Ainsi, par exemple, comme on l'a déjà évoqué, la Chine n'applique la Convention que dans la région administrative de Hong Kong en vertu des dispositions de la Déclaration conjointe de la Chine et du Royaume-Uni sur la question de Hong Kong qui prévoient que les traités applicables à Hong Kong, auxquels la Chine n'est pas partie, continueront d'être applicables à Hong Kong une fois que la Chine reprendra l'exercice de la souveraineté sur ce territoire à partir du 1^{er} juillet 1997⁵⁴¹. Selon une logique similaire, le Canada a émis des déclarations indiquant que la Convention est applicable dans la province de la Nouvelle-Écosse (déclaration du 17 février 2006) et dans la province de l'Ontario (déclaration du 12 février 2018). En plus des réserves concernant les territoires dans lesquels la Convention est applicable, certains pays ont déclaré que les dispositions de la Convention étaient étendues au *trust* créé par une décision de justice (déclarations émises par Chypre, Monaco, le Luxembourg et le Royaume-Uni). En employant la technique des réserves et suivant la volonté du gouvernement exprimée dans la réponse ministérielle du 5 mai 2016 précitée, la France aurait pu, et peut toujours, faire une déclaration selon laquelle elle se réserve le droit de ne pas reconnaître de *trusts* de droit étranger qui ne seraient pas soumis aux mêmes règles (principalement de transparence, de lutte contre la fraude, d'évasion fiscale et de blanchiment) que celles imposées à la fiducie de droit français.

2. La ratification sans réserve

329. Dans l'hypothèse où l'État français ratifierait la Convention sur le *trust* sans émettre de réserves, des conséquences dans plusieurs domaines sont à prévoir.

⁵⁴⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, a. 2, al. 1 *d*.

⁵⁴¹ La section XI de l'annexe I de la Déclaration conjointe du Gouvernement de la République populaire de Chine et du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur la question de Hong Kong signée le 19 décembre 1984, « Élaboration par le Gouvernement de la République populaire de Chine de ses politiques fondamentales concernant Hong Kong » et l'article 153 de la loi fondamentale de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine, adoptée le 4 avril 1990 par le Congrès national populaire de la République populaire de Chine, prévoient que les conventions internationales auxquelles la Chine n'est pas partie, mais qui sont applicables à Hong Kong, continueront d'être applicables à la Région administrative spéciale de Hong Kong. Source : note en date du 3 juin 1997 de l'ambassadeur de la République populaire de Chine à La Haye concernant Hong Kong. Disponible sur : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/print/?cid=59>).

a) Les conséquences sur le droit de propriété

330. Si un jour la Convention venait à être ratifiée par la France, l'une de ses principales conséquences porterait sur le droit de propriété. Comme on l'a déjà évoqué, le *trust* opère une distinction entre le titre de propriété légale du *trustee* et un autre de type économique pour les bénéficiaires : « reconnaître le *trust* pourrait conduire, par voie d'influence, à l'émergence d'un droit de propriété différent du droit de propriété classique de l'article 544 du Code civil. En effet, si la doctrine majoritaire considère que le fiduciaire est propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire et que le bénéficiaire n'est titulaire d'aucun droit réel sur les biens contenus dans ce patrimoine mais seulement d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire, une partie de la doctrine considère, comme cela avait été prévu par la réforme de l'article 2011 alinéa 2 du Code civil, votée à l'occasion de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 avant d'être censurée par le Conseil constitutionnel, que le fiduciaire exerce « la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire au profit du ou des bénéficiaires »⁵⁴². » De la sorte, une propriété fiduciaire serait reconnue « différente de la propriété de l'article 544 du Code civil, correspondrait à un droit de propriété juridique tel que celui déjà consacré par le droit anglo-saxon en matière de *trust* et appelé *legal ownership*, tandis que le bénéficiaire aurait une propriété économique (*beneficial ownership*). Il est alors possible de se demander si la ratification de la Convention de La Haye, obligeant à reconnaître les conceptions étrangères du *trust* et favorisant ainsi leur usage en France, ne va pas rendre difficile le maintien de la position majoritaire⁵⁴³ ».

b) Les conséquences sur la fiducie

331. L'article 2 de la Convention définit le *trust* et en donne les principales caractéristiques. Au regard de cette définition, nous l'avons déjà relevé, la fiducie-sûreté de droit français semble

⁵⁴² A. Druot, *loc. cit.* L'auteur cite comme étant la doctrine majoritaire : Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les Biens*, 4^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso, 2010, n° 764. L'auteur fait référence à la réforme de l'article 2011 alinéa 2 du Code civil, votée à l'occasion de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 avant d'être censurée par le Conseil constitutionnel.

⁵⁴³ *Ibid.* L'auteur renvoie à R. Dammann, « Fiducie-sûreté et conflit de lois », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 19^e année, 2008-2010, 2011, p. 17-54.

correspondre à la notion de *trust*⁵⁴⁴, raison pour laquelle « *c'est de cette convention que relèvera, après sa ratification, la détermination de la loi applicable au contrat de fiducie*⁵⁴⁵ ».

c) Les conséquences sur l'agent des sûretés

332. En l'absence de régime légal spécifique d'agent des sûretés en droit français, le recours à la convention de La Haye aurait pu s'avérer être une excellente solution. Si les praticiens français ont cherché en vain un équivalent du *trust* dans les figures du mandat ou de la solidarité active, c'est le *security trustee* lui-même qu'ils auraient pu obtenir en France par la ratification de la Convention. Comme l'a signalé un auteur en 2014 : « *un des apports concrets de la ratification de la convention concernerait les montages utilisant l'institution du trust pour mettre en place un agent des sûretés [...]. En droit français, différentes techniques permettent de constituer un agent des sûretés [...]. Si les différentes techniques utilisables permettent à l'agent des sûretés de représenter les intérêts des différents créanciers dont il gère la créance, elles présentent tout de même certaines faiblesses dans d'autres aspects : la question du pouvoir de l'agent de déclarer la créance est incertaine et doit faire l'objet d'une stipulation express ; seule la fiducie, en ce qu'elle implique l'existence d'un patrimoine fiduciaire, permet de protéger les créanciers contre la défaillance de l'agent des sûretés ; et la mise en place de ces montages peut s'avérer lourde de formalités [...]. À l'opposé, plusieurs techniques étrangères permettent d'élaborer un montage qui pallie les faiblesses de la loi française. Les praticiens emploient notamment le trust. Cependant, son utilisation est risquée dans la mesure où un doute subsiste sur son efficacité réelle. En effet, tant que la ratification de la Convention de La Haye de 1985 n'est pas intervenue, sa reconnaissance dans le cadre d'une procédure collective ouverte en France est incertaine*⁵⁴⁶. »

⁵⁴⁴ V. par exemple, Ph. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA*, 16 avril 2010, p. 7. Cet auteur affirme : « *C'est également la volonté de doter le droit français d'un "outil" souple et efficace, miroir du trust de common law, qui a motivé la récente consécration de la fiducie-sûreté en droit français. Celle-ci est intervenue à petits pas : reconnue d'abord à demi-mot par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, la fiducie vit son domaine considérablement élargi par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie avant que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie ne fasse véritablement accéder la fiducie-sûreté à la pleine lumière.* »

⁵⁴⁵ A. Druot, *loc. cit.*

⁵⁴⁶ A. Druot, *loc. cit.* L'auteur renvoie à D. Robine, « Le sort de l'agent des sûretés », *Rev. proc. coll.*, mai 2013, n° 3, dossier 18.

333. Pour autant, il semblerait qu'aujourd'hui la ratification de la Convention aurait un effet limité sur la pratique de l'agent des sûretés en droit français en raison de l'intervention de la Cour de cassation mais aussi du législateur.

334. L'intervention de la Cour de cassation en faveur du trust. En premier lieu, il convient de reconnaître que, de manière générale, et ce malgré le refus de la France de ratifier la Convention, « *la Cour de cassation accueille le trust avec beaucoup de bienveillance. En effet, depuis plusieurs années, l'institution est reconnue en tant que telle, sans être soumise à la traditionnelle méthode de l'équivalence aboutissant à des requalifications en mandat ou encore donation directe. Tel fut notamment l'enseignement de l'arrêt Belvédère, qui a reconnu implicitement le concept de legal ownership du trustee. La Cour faisait ainsi, semble-t-il, une application avant l'heure de la Convention de La Haye, laissant entendre que la lex contractus avait vocation à régir la validité, les effets ainsi que l'administration du trust*⁵⁴⁷ ».

335. En ce qui concerne plus spécifiquement le *security trustee* de l'affaire *Belvédère*, comme on l'étudiera plus en détail dans le chapitre suivant, « *la ratification de la Convention ne devrait pas entraîner de grands bouleversements dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de cassation a déjà anticipé sur cette ratification en admettant, dans son arrêt Belvédère du 13 septembre 2011, l'efficacité dans le cadre d'une procédure collective française d'un trust constitué selon le droit américain et où, par ailleurs, la convention n'imposera pas à la France de reconnaître des trusts qui ne sont pas prévus par le droit français dès lors que les éléments significatifs du contrat en cause sont rattachés à la France [...]. En l'espèce, le trust avait été constitué sur des biens situés en Angleterre et il n'est pas certain que la solution aurait été la même si le trust avait porté sur des biens situés en France. Le principal apport qui résulterait de la ratification de la convention serait alors de lever l'incertitude qui subsiste quant à la question de savoir si le trust étranger constitué sur des biens situés en France sera efficace ou non. Pour autant, il est important de souligner que dans cette affaire, le trust constitué en vertu du droit américain a été reconnu en tant que tel sans être requalifié en un mécanisme de droit français et la Cour a considéré que le trust de droit américain pouvait produire en France les effets que lui attache le droit américain. Cette solution anticipe sur la ratification de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985*⁵⁴⁸ ».

⁵⁴⁷ R. Damman, V. Rotaru, *op. cit.*, p. 1763.

⁵⁴⁸ A. Druot, *loc. cit.* V. Com. 13 septembre 2011 (10-25.633 ; 10-25.731 ; 10-25.908).

336. L'intervention du législateur en faveur du *trust*. En second lieu, au moins en ce qui concerne le régime légal de l'agent des sûretés, il semblerait que la ratification de la Convention ne soit plus nécessaire. Comme on le verra dans la seconde partie de la thèse, le législateur français a créé de toutes pièces un mécanisme de droit civil équivalent au *security trustee* de droit anglo-saxon à travers l'ordonnance du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés⁵⁴⁹. Comme l'explique le rapport accompagnant ce texte, il a été pris justement afin de « *doter le droit français d'un régime juridique de l'agent des sûretés efficace, permettant de concurrencer les dispositifs existants dans les pays anglo-saxons*⁵⁵⁰ ». Ainsi, différents commentateurs⁵⁵¹ sont arrivés à la conclusion optimiste selon laquelle la réforme avait atteint le but poursuivi. Par exemple, Mathias Houssin a écrit : « *À n'en pas douter, le mécanisme de l'agent des sûretés aura suscité des commentaires après sa révision par l'ordonnance du 4 mai 2017. Nouvelle exception à la règle de l'unicité du patrimoine, aux côtés de la fiducie, il faut admettre que la technique s'érige en un concurrent crédible du "security trustee" anglo-saxon, ce qui était d'ailleurs l'objectif affiché par le rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance*⁵⁵². » Dans la même ligne, Maxime Julienne a considéré : « *L'agent des sûretés ne doit pas être compris comme autre chose qu'un security trustee "à la française", c'est-à-dire comme un personnage dont l'intervention tend uniquement à simplifier le régime des sûretés en présence d'une multiplicité de créanciers, et particulièrement dans le cadre des crédits syndiqués ou d'émissions obligataires*⁵⁵³. » Enfin, le titre d'un article rédigé par Jean-François Adelle et Étienne Gentil est évocateur de l'évolution opérée par le droit français en matière d'agent des sûretés : « *Le régime ad hoc de l'agent des sûretés français devient l'égal du security trustee anglo-saxon dans les financements syndiqués*⁵⁵⁴. » Les auteurs relèvent

⁵⁴⁹ Ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.

⁵⁵⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés. L'échec de l'article 2328-1 du Code civil a conduit rapidement la préparation d'une nouvelle réforme. Cette réforme ne devait pas perdre de vue l'objectif de celle de 2007 : doter le droit français d'un mécanisme comparable au *security trustee*, capable de faire concurrence aux droits étrangers. V. chapitre 6 de cette thèse.

⁵⁵¹ V. D. Robine, « Agent des sûretés et procédure collective : une interaction désormais maîtrisée », Act. proc. coll. 2017, comm. 165 ; D. Robine, « Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur », *RD banc. et fin.*, 2017, étude 12 ; L.-J. Laisney, « Changement de régime pour l'agent des sûretés », *AJ Contrat*, 2017, p. 273 ; B. Mallet-Bricourt, « Un agent très spécial », *RTD civ.*, 2017, p. 740 ; M. Julienne, « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC*, sept. 2017, n° 114m2, p. 461 ; Ph. Dupichot, « Ordonnance du 4 mai 2017 : un régime attractif pour l'agent des sûretés », *LEDEN*, juin 2017, n° 110t5, p. 2 ; G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, n° 116z7, p. 347.

⁵⁵² M. Houssin, *loc. cit.*, p.7.

⁵⁵³ M. Julienne, *loc. cit.*, n° 3, p. 461.

⁵⁵⁴ J.-F. Adelle et E. Gentil, « Le régime *ad hoc* de l'agent des sûretés de droit français devient l'égal du *security trustee* agent anglo-saxon dans les financements syndiqués », *RTDF*, 2017, n° 2, p. 68.

notamment : « *L'introduction du nouveau régime se fait par la création d'un nouveau Titre III du Code civil [...] dénommé "De l'agent des sûretés", consacrant ainsi la dénomination utilisée par les praticiens. Celle-ci se réfère à la fonction et non au régime juridique du dispositif, qui précisément rompt avec plusieurs règles du mandat de droit commun, et institue, comme l'énonce le rapport au Président de la République, un régime de fiducie spéciale. Elle suit en cela la pratique anglo-saxonne qui, sous couvert de security agent, utilise aussi bien le mécanisme de trust que celui de la parallel debt.* » De façon plus précise, ils avancent l'argument selon lequel « *dans les financements internationaux, régis par un droit étranger, mais impliquant des constituants de sûretés immatriculés en France, des actifs situés en France, ou des sûretés et garanties soumises au droit français, on pourra envisager de dépecer le contrat pour soumettre les clauses relatives à l'agent des sûretés aux articles 2488-6 et suivants du Code civil : seraient évitées ainsi les inévitables réserves dans les avis juridiques quant à la validité des sûretés consenties en droit français en faveur d'un trustee ou d'un créancier de parallel debt, et renforcée ainsi la sécurité juridique*⁵⁵⁵ », avant de conclure que « *l'on peut se féliciter du travail réalisé et du texte adopté pour moderniser le régime de l'agent des sûretés*⁵⁵⁶ ».

337. Enfin, pour Sarah Farhi, l'ordonnance relative à l'agent des sûretés de 2017 a constitué une troisième avancée récente (avec la définition du *trust* et l'édiction de son régime fiscal⁵⁵⁷) de la réception du *trust* par le droit français : « *Le régime de l'agent des sûretés a permis de franchir un pas supplémentaire quant à la reconnaissance du trust en France, car ce nouveau statut se drapait des habits du security trustee. En effet, comme le trustee, l'agent des sûretés peut déclarer les créances du syndicat lors d'une procédure collective [...]*⁵⁵⁸. »

338. Il est toutefois remarquable qu'aucun des commentateurs cités n'ait souligné qu'à la suite de l'ordonnance de 2017, il fallait encore ratifier la convention de La Haye pour que le droit français soit doté d'un mécanisme d'agent des sûretés efficace, moderne et équivalent au *security trustee*. Au contraire, pour eux, l'agent des sûretés est devenu en 2017 l'égal de cette figure de droit anglo-saxon. Devant un tel constat unanime, à quoi bon continuer à demander la ratification de la convention de La Haye ? Si la pratique des crédits syndiqués ne devrait plus

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ Voir *infra*.

⁵⁵⁸ S. Farhi, *loc. cit.*, p. 12.

exiger la reconnaissance pleine du *trust* en France, d'autres en auraient besoin. C'est le cas de la pratique notariale.

d) Les conséquences sur la pratique notariale

339. La publicité foncière. Les juristes français sont souvent confrontés à la question de la reconnaissance du *trust* en France et ce en dehors même du domaine des crédits syndiqués. En particulier, les notaires ont affaire à des successions internationales impliquant un *trust* testamentaire car ce mécanisme représente une solution efficace pour organiser les successions. L'un des problèmes qui se présente à ce sujet concerne l'exécution d'un *trust* testamentaire qui, constitué valablement selon un droit étranger, porte sur des biens se trouvant sur le territoire français. C'est surtout la publicité foncière qui pose difficulté. Des auteurs se posent ainsi la question : « *l'institution du trust n'étant pas connue en France : comment assurer l'inscription du trustee vis-à-vis de la publicité foncière ?*⁵⁵⁹ » En effet, dépourvu de personnalité juridique ce n'est pas le *trust* en tant que tel qui est concerné. Les bénéficiaires du *trust* ne sont pas non plus visés puisqu'ils n'ont pas le contrôle des biens. Il s'agit surtout du titre du *trustee*. Or, les services de la publicité foncière s'opposent souvent à inscrire un immeuble au nom du *trustee*. Dans la pratique, tout dépendra du service sollicité mais aussi de la stratégie suivie. Ainsi, certains praticiens ont recours à une « dénaturation » du *trust* en inscrivant le *trustee* comme exécuteur testamentaire ou légataire universel. On parle de dénaturation car en aucun cas le *trustee*, étant juridiquement propriétaire des biens, ne peut être assimilé à un exécuteur testamentaire. Suivant la même logique, « *il n'est pas non plus un légataire universel qui serait considéré comme un héritier ayant accepté purement et simplement la succession et qui serait par conséquent tenu des dettes successorales sur ses biens propres. Un tel résultat est contraire à la notion de trust qui sépare complètement le patrimoine personnel du trustee de celui du trust qu'il administre*⁵⁶⁰ ». Cette situation de dénaturation peut être considérée comme inadmissible compte tenu de l'existence de la convention de La Haye sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance : « *elle représente une réponse concrète pour assurer l'inscription du trustee vis-à-vis de la publicité foncière, il est urgent d'envisager sa ratification par la France.* » Une étude rapide de la liste des pays ayant ratifié ce texte permet de conclure que « *la majorité de*

⁵⁵⁹ F. Varin et M. Revillard, *loc. cit.*

⁵⁶⁰ *Ibid.*

ces pays sont des États frontaliers et de droit latin » ce qui rend encore plus incompréhensible la position de la France.

340. Si l'État français se décidait à ratifier la Convention, la situation serait très différente en ce qui concerne la publicité foncière. En effet, ses articles 11 et 12 prévoient une solution intéressante. Comme on l'a déjà vu, l'article 11 consacre le principe de reconnaissance d'un *trust* créé conformément à la loi déterminée par le chapitre 10 de la Convention. Ce même article en explique les effets : « *La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.* » L'intérêt de ce texte devient ainsi évident pour le *trustee* : « *L'admission de la qualité de trustee est un effet direct de la reconnaissance du trust. Le notaire devra faire comparaître le trustee en tant que tel dans les actes auxquels celui-ci participe*⁵⁶¹. » Plus concrètement, des auteurs⁵⁶² mettent en avant plusieurs éléments :

- les créanciers personnels du *trustee* ne pourront pas saisir les biens du *trust* ;
- les biens du *trust* sont séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité de ce dernier ;
- les biens du *trust* ne font pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*.

341. Les registres officiels. Une autre conséquence sur la pratique d'une éventuelle ratification de la Convention concerne l'article 12 qui prévoit l'inscription du *trustee* dans les registres officiels : « *Le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.* » La dernière partie de l'article apporte une précision importante selon laquelle « *pour obtenir son inscription le trustee devra produire les pièces justificatives et remplir les qualités requises par la loi du pays où a lieu l'inscription*⁵⁶³. » Dans ce sens, « *des mesures d'accompagnement peuvent être nécessaires pour l'inscription du trustee sur des registres officiels*⁵⁶⁴ », comme

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*

cela a été le cas dans certains pays de droit civil lors de leur ratification de la Convention tels que l'Italie, les Pays-Bas, la Suisse ou le Luxembourg⁵⁶⁵.

342. La réserve héréditaire. Si la possible ratification de la Convention est en général conçue comme une étape positive, elle a aussi réveillé chez certains praticiens la peur qu'elle porte atteinte au principe de la réserve héréditaire en droit français. Cependant, les articles 13 et 15 prévoient la protection de celle-ci. Premièrement, l'article 13 mentionne la possibilité pour un État de ne pas reconnaître un *trust* dont les éléments significatifs sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du *trust* ou la catégorie de *trust* en cause. Une telle clause de sauvegarde permet de se prémunir contre la constitution de *trusts* frauduleux. Deuxièmement, l'article 15 dispose que « *la Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes [...]* » parmi lesquelles se trouve expressément la réserve héréditaire. D'une façon plus générale, il peut être affirmé que « *par ces deux mécanismes la convention met en place une technique permettant de respecter l'institution spécifique du trust, tout en évitant que celui-ci soit utilisé dans des buts frauduleux, pour échapper par exemple aux dispositions de lois applicables à un autre titre, telle que la réserve reconnue par la loi successorale*⁵⁶⁶ ».

343. Un instrument indispensable. Enfin, même si elle « *ne règle pas tous les problèmes susceptibles de surgir et laisse une place à une certaine adaptation*⁵⁶⁷ », la convention de La Haye « *représente néanmoins un instrument indispensable pour le notariat en apportant des solutions conformes aux nécessités de la vie internationale comme l'ont bien compris les pays de droit latin qui l'ont ratifiée*⁵⁶⁸ ». Selon une perspective plus générale, la ratification de ce texte devrait avoir des conséquences intéressantes en termes économiques car « *il est certain que la reconnaissance des effets du trust contribue au développement économique de leur pays. Les trustees anglo-saxons investissent largement aux Pays-Bas, en Italie, au Luxembourg, ou en Suisse et ne viennent pas faire fructifier leur patrimoine en France où la Convention de*

⁵⁶⁵ *Ibid.* Les auteurs renvoient à H. van Loon, « L'Actualité de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Paris : Defrénois 2007, p. 323 et s.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.*

*La Haye sur le trust n'est pas en vigueur. La ratification de la convention par la France permettra de développer de nouvelles activités économiques en attirant des fortunes gérées et des investissements opérés par le biais d'un trust soumis à un droit étranger*⁵⁶⁹ ».

344. La proposition de ratification du 115^e congrès des notaires de France. À deux reprises, le congrès des notaires de France⁵⁷⁰ a émis une proposition tendant à ratifier la convention de La Haye. La première fois en 1987 lors d'une session à Toulouse. La seconde proposition est plus récente puisqu'elle a été présentée lors du 115^e congrès des notaires de France de 2019 qui s'est tenu à Bruxelles. Ce congrès, dont le sujet était « L'international. Famille et patrimoine français dans un contexte international », a permis de réaliser un travail important de réflexion sur le *trust* à partir du constat suivant : « *Le trust est une institution utilisée dans les États de common law, mais qu'ignorent la plupart des États de civil law. Cette institution étrangère semble pour certaines personnes quelque peu inquiétante ; elle est d'ailleurs inconnue de notre droit. On l'appréhende parfois comme un serpent anglo-saxon, difficilement identifiable et consistant en un montage créé dans un intérêt exclusivement fiscal ou juridique. En ce sens, un auteur indique avec pertinence : "Actuellement, c'est surtout en raison des excès auxquels il peut conduire en permettant d'occulter les bénéficiaires réels et en facilitant la fraude ou l'évasion fiscales internationales que le trust est stigmatisé par nombre d'administrations fiscales nationales à la recherche de transparence aux fins de leur propre contrôle fiscal"*⁵⁷¹. »

345. Durant ce congrès, les notaires ont essayé de démontrer l'intérêt du *trust* à travers l'étude de son fonctionnement, des obligations déclaratives et de son régime fiscal. Il a notamment été relevé qu'en France, le *trust* étant reconnu comme une institution originale du droit anglais, il n'est pas nécessaire de rechercher une quelconque assimilation à un cadre juridique français. Il est seulement requis qu'il soit constitué conformément aux lois en vigueur du pays où il a été créé et qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public français. Ainsi, « *le fait que la France n'ait pas ratifié la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 et sans impact quant à la validité sur notre territoire des trusts valablement constitués à l'étranger. Rien n'interdit à un contribuable*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ À propos du rôle des congrès des notaires de France, v. chapitre 6 de cette thèse.

⁵⁷¹ CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (2-5 juin 2019, Bruxelles), Rapport du 115^e congrès, p. 632. L'auteur cité est B. Gouthière, *Les Impôts dans les affaires internationales*, 11^e éd., Levallois-Perret : Éd. Francis Lefebvre, 2016, p. 747.

français de constituer un trust à l'étranger. Il devra être soumis à une loi étrangère connaissant cette institution. En revanche, à ce jour, il n'est pas possible de constituer en France un trust, tant que la France n'aura pas ratifié la convention de La Haye⁵⁷² ».

346. En résumé, le 115^e congrès des notaires a considéré :

° *« Que la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance a pour objectif principal de fixer les conditions et les limites de la reconnaissance des trusts valablement constitués à l'étranger et qu'elle ne permet pas de constituer des trusts en France ;*

° *Qu'il sera possible de donner effet en France aux trusts valablement constitués à l'étranger, et ainsi de résoudre les nombreuses difficultés rencontrées par la pratique notariale au stade de la publicité foncière ;*

° *Qu'elle met en place une technique permettant de respecter l'institution spécifique du trust, tout en évitant par trois mécanismes que celui-ci soit utilisé dans des buts frauduleux, pour échapper par exemple aux dispositions de lois applicables à un autre titre, telle que la réserve reconnue par la loi successorale ;*

° *Que cette Convention représente, comme l'ont bien compris les États européens de droit latin qui l'ont ratifiée, un instrument indispensable pour le notariat en apportant des solutions conformes aux nécessités de la vie internationale ;*

° *Qu'il est certain que la reconnaissance des effets du trust contribue largement au développement économique d'un pays en favorisant les investissements par les trustees⁵⁷³. »*

⁵⁷² *Ibid.*, p. 649-650.

⁵⁷³ CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (2-5 juin 2019, Bruxelles). Propositions du 115^e congrès. Proposition de la 3^e commission : « Pour la ratification par la France de la convention de La Haye sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », p. 17. V. C. Nourissat, « Retour sur le 115^e congrès [des notaires de France] : les propositions commentées par son rapporteur de synthèse, le professeur Cyril Nourissat », *Defrénois*, 13 juin 2019, n° 149p2, p. 13.

347. Pour toutes ces raisons, la 3^e commission de ce congrès a proposé que la France ratifie la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 et que « *soient prévues des mesures législatives d’accompagnement et notamment une adaptation des textes relatifs à la publicité foncière*⁵⁷⁴ ».

348. Conclusion de la section. Comme l’expliquent certains auteurs, la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 « *n’a jamais eu pour but d’introduire le trust dans les pays de droit civil. Elle vise à offrir à leurs juges, leurs notaires et praticiens les éléments essentiels leur permettant de mieux appréhender cette institution et d’en accueillir les effets sur leur territoire*⁵⁷⁵ ». À partir d’une telle considération, il peut être affirmé que ce traité international constitue un cadre légal intéressant pour recevoir la figure du trust en France. Dans le cadre du processus de réception de l’agent des sûretés, la convention de La Haye aurait pu signifier une étape importante : elle a suscité de l’espoir dans un premier temps mais une déception dans un second temps. De l’espoir parce que son contenu très équilibré permettait d’espérer que le *security trustee* ait toute sa place en droit interne ; une déception car ce traité n’a jamais vraiment existé en droit français puisqu’il n’a pas été ratifié. La France a invoqué plusieurs raisons, plus ou moins justifiées, pour ne pas procéder à la ratification mais toutes peuvent être comprises comme étant révélatrices d’une certaine peur des risques que le mécanisme du *trust* peut générer s’il est utilisé de manière illégale. Une telle appréhension peut se comprendre mais elle est difficile à justifier compte tenu du succès de la Convention dans d’autres pays de droit latin mais également des évolutions françaises en matière de lutte contre la fraude et le blanchiment d’argent. Il s’agit donc d’une approche politique du *trust*. Pour terminer, un point positif doit être relevé : si la Convention aurait pu être l’élément définitif de la réception de l’agent des sûretés en droit français, et ce il y a plusieurs années déjà, il s’avère qu’actuellement cela n’est plus utile en vertu du nouveau régime, créé en 2017, de l’agent des sûretés qui est très complet et qui n’a pas besoin de la Convention pour être efficace.

349. Conclusion du chapitre. Le *trust* de droit anglais, sous la forme de *security trustee*, est en quelque sorte l’origine et le modèle de l’agent des sûretés en droit français. C’est le début car c’est sous cette forme que les professionnels français ont fait sa connaissance dans le cadre d’opérations internationales. C’est aussi son modèle car la figure anglaise est performante, moderne, souple et très adaptée à la fonction. C’est pour ces raisons qu’il était intéressant de

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ F. Varin et M. Revillard, *loc. cit.*

réaliser tous les efforts possibles pour importer le *security trustee* en droit français. Un processus de réception a ainsi été initié afin de pouvoir bénéficier des avantages du *security trustee* sans renier ses différences avec certains concepts civilistes qui ne devaient cependant pas être un obstacle déterminant à son incorporation en France. En dépit de ces efforts, la reconnaissance du *trust* à travers la consécration de l'agent des sûretés français est inachevée car elle n'a jamais été complète. Il s'est agi d'une reconnaissance indirecte par la loi mais surtout par la jurisprudence. En effet, c'est principalement un arrêt de la Cour de cassation qui a accordé une reconnaissance aux effets du *trust* en France à travers le mécanisme de la dette parallèle qui est une autre figure de droit étranger au service de la réception de l'agent des sûretés en droit français.

Chapitre 4 :

La réception partielle de la dette parallèle

350. L'identité et le nombre de participants peuvent changer au sein d'un *pool* car il n'est pas rare que les banques cherchent à céder leurs participations. Cette situation s'explique par la nécessité de réduire leurs parts dans les financements afin de respecter la réglementation prudentielle imposée par le comité de Bâle. Cependant, une cession de participation au sein d'un syndicat bancaire n'est pas anodine du point de vue du droit, surtout lorsque le débiteur a consenti des sûretés et des garanties aux créanciers : le transfert de participation, en opérant un changement de prêteur, peut poser des problèmes juridiques délicats en ce qui concerne la constitution, la gestion et la réalisation des sûretés. Les principales questions qui surgissent à cet égard sont les suivantes : d'une part, dans quelle mesure le nouveau membre du syndicat (la banque cessionnaire) pourra être titulaire des sûretés attachées aux créances cédées ; d'autre part, ces sûretés seront-elles opposables aux tiers. Il est important de souligner qu'une cession de participation efficace opère une cession de la créance et de ses accessoires, c'est-à-dire des sûretés attachées à cette créance : la banque cessionnaire recherche logiquement à être titulaire de la fraction de la participation et des garanties qui la protègent. La difficulté réside alors essentiellement dans le nombre élevé de prêteurs, bénéficiaires des sûretés, qui doivent en théorie procéder à l'inscription de ces dernières et aux formalités pour les rendre opposables aux tiers. La pratique anglaise a opté pour la figure juridique du *trust*. Ce mécanisme s'est révélé très efficace en matière de cession de participation car il permet que les inscriptions de toutes les sûretés soient prises au nom du *trustee* et, par conséquent, il n'est plus nécessaire de réinscrire la sûreté au nom d'un autre bénéficiaire en cas de cession de participation. L'identité du cessionnaire de la fraction de la créance au sein du *pool* n'a ainsi pas d'importance au regard de l'opposabilité des sûretés car ce sera le *trustee*, en sa qualité d'agent des sûretés, qui sera toujours le bénéficiaire de celles-ci. Toutefois, la France n'ayant pas ratifié la convention de La Haye sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, conclue le 1^{er} juillet 1989, le droit français ne reconnaît pas cette figure. Il était donc impératif de développer des mécanismes pouvant compenser cette lacune en droit français afin d'assurer une transmission efficace des sûretés dans le cadre des crédits syndiqués. L'un de ces mécanismes a été la dette parallèle qui s'est montrée très attractive pour combler les lacunes du droit français afin d'encadrer l'agent

des sûretés (section 1). Elle a ainsi été utilisée à grande échelle, surtout dans des opérations combinant une dette bancaire avec une dette obligataire de type *high yield bonds*. Cependant, sa reconnaissance par la jurisprudence n'a pas été pleinement aboutie (section 2).

Section 1 : L'attractivité de la dette parallèle

351. Mis au service d'opération complexes, l'agent des sûretés exerçant ses fonctions dans le cadre du dispositif de la dette parallèle a résulté être un mécanisme présentant de nombreux atouts (§2) dus à la qualité de créancier de l'agent qui repose sur une fiction juridique (§1).

§1. Une fiction juridique

352. Du fait de son caractère fictif, la dette parallèle a suscité des interrogations et interpellé les juristes de droit français : « avec un tel système, l'on se retrouve en présence d'une partie, l'agent des sûretés, qui se retrouve titulaire d'une créance qui n'est à l'origine pas la sienne. Et au nom de quel mécanisme juridique en devient-il créancier ? Sur quel fondement ? Pis encore, avec cette créance il va pouvoir bénéficier de sûretés, alors qu'il n'est pas le créancier originel de l'obligation garantie !⁵⁷⁶ » Malgré ces questionnements, l'agent des sûretés fondé sur une créance parallèle « a été favorablement perçu ces dernières années que ce soit par le biais de certaines décisions de justice ou encore par son utilisation en Allemagne ou aux Pays Bas⁵⁷⁷ ».

A. La définition de la dette parallèle

353. Une dette « miroir ». La « *parallel debt* » correspond à la « *pratique anglo-saxonne de création sous droit étranger d'une "dette parallèle" portée par un créancier "parallèle" pour*

⁵⁷⁶ A. Pesneau, *L'Agent des sûretés dans les financements appréhendé par les droits anglais et français : approche comparée* sous la direction de Bénédicte François. Thèse : droit privé : Tours, école doctorale Sciences de l'homme et de la société : 2017, p. 199.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

*le compte des créanciers originels et de leurs successeurs et seul titulaire des sûretés, la créance parallèle et les créances originels étant, vis-à-vis du débiteur, dans un rapport de substitution en termes de montant*⁵⁷⁸ ». Ainsi la dette parallèle « *consiste pour le débiteur à prendre directement en faveur de l'agent des sûretés un engagement de payer à ce dernier un montant égal à tout moment à celui qu'il doit aux parties financières au titre de l'opération de crédit*⁵⁷⁹ ». Elle a pu aussi être définie comme « *un montage juridico-financier souvent utilisé dans des financements consortiaux internationaux. C'est un mécanisme qui permet d'exiger d'un constituant d'une sûreté réelle ou personnelle, déjà débiteur envers un groupe de créanciers, de se reconnaître également débiteur envers l'agent des sûretés d'une seconde dette ayant les mêmes caractéristiques que la première*⁵⁸⁰ ». Un autre auteur propose une définition plus complète : « *la dette parallèle est une dette jumelle, miroir de la dette contractée au titre de l'opération de financement considérée (dite sous-jacente). Cette dette parallèle a donc exactement les mêmes caractéristiques que la dette sous-jacente : même montant, même taux d'intérêt, mêmes échéances de remboursement. La seule différence réside dans le fait que le seul et unique créancier de cette dette parallèle est l'agent des sûretés, non pas en tant que security trustee, mais en tant que créancier de cette créance particulière qu'est la dette parallèle*⁵⁸¹ ». À travers ce dispositif, l'agent des sûretés se voit conférer la qualité de créancier de l'ensemble de la dette de l'emprunteur et non pas uniquement de sa quote-part dans le crédit.

354. En vertu de ce mécanisme, l'agent des sûretés est donc créancier d'une dette inventée, fictive, copiée sur l'existence de la dette principale. En tant que créancier, il est titulaire des sûretés consenties dans l'opération et peut exercer tous les droits sur elles. Le principal intérêt de la dette parallèle est d'établir un unique bénéficiaire des sûretés dans une opération à plusieurs créanciers. Cette structuration de l'opération est en réalité une simplification de la procédure de constitution et de gestion des sûretés notamment en cas de transfert de participation dans le syndicat bancaire. L'agent des sûretés est ainsi institué créancier parallèle et, en tant que tel, il agit en son nom propre. Il n'est par conséquent pas nécessaire de modifier les inscriptions des sûretés. Dans un montage de dette parallèle, la dette principale est

⁵⁷⁸ M. Bauer, « La solidarité active, *parallel debt* à la française, ou les vertus de la simplicité », *Banque & Droit*, septembre-octobre 2015, n° 163, p. 15.

⁵⁷⁹ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie sûreté », *RD banc. et fin.*, septembre 2010, n° 5, étude 20.

⁵⁸⁰ G.-A. Likillimba, « La consécration de la *parallel debt* en droit français », *RLDC*, janvier 2012, n° 89, p. 27.

⁵⁸¹ E. Fiszelson, « L'arrêt *Belvédère* et la gestion des sûretés de droit français », *RLDC*, décembre 2012, supplément au n° 90, p. 52.

dupliquée. Comme cela a déjà été mentionné, la dette parallèle est ainsi une sorte de « dette miroir » qui a les mêmes qualités et accessoires que la dette principale mais il s'agit de dettes distinctes. En effet, l'emprunteur, qui est débiteur des prêteurs faisant partie du syndicat bancaire, se reconnaît aussi débiteur de l'agent des sûretés au titre de la dette parallèle. Le créancier de la dette parallèle est le seul créancier garanti car les sûretés sont consenties uniquement afin de garantir la dette parallèle. Le but principal de la dette parallèle est ainsi atteint : la simplification de la gestion des sûretés qui entraîne une réduction du coût du crédit.

1. Une dette autonome

355. La dette parallèle est le fruit de la liberté contractuelle et de l'imagination des acteurs du marché. Il convient de préciser que la dette parallèle n'est pas l'accessoire de la dette principale ; il s'agit d'une dette autonome. La naissance de la dette parallèle trouve son origine dans la duplication de la dette principale en vue de permettre une gestion des sûretés plus simple. Un tel dédoublement est fictif au sens où il est hors de question pour le débiteur d'accepter que son engagement réel soit doublé. L'emprunteur doit s'assurer qu'il ne paiera pas deux fois (le montant du crédit et de la dette parallèle). Cette dernière n'est donc pas assimilable à la dette principale. Les deux dettes ne s'identifient pas : juridiquement, la dette parallèle est distincte et indépendante de la dette principale. Cette indépendance est caractérisée par le fait que les défauts de l'une n'ont aucun effet sur l'autre, et vice-versa.

356. Cependant, l'autonomie de la dette parallèle n'est pas absolue. Elle reste liée à la dette principale à travers la clause de *pro tanto* qui est prévue pour éviter un double paiement et que le débiteur s'engage à payer à l'agent des sûretés un montant égal à sa dette envers les membres du syndicat bancaire. Il est contractuellement établi que les sommes dues à l'agent des sûretés (créancier parallèle) n'excéderont pas le montant dû aux prêteurs. Pour s'assurer de l'efficacité du montage, cette clause stipule que toute somme versée par le débiteur à l'agent des sûretés au titre de la dette parallèle a pour conséquence immédiate de diminuer sa dette à due concurrence à l'égard des membres du syndicat bancaire.

2. La naissance de la dette parallèle

357. En France. Dans le cadre d'une dette parallèle, l'agent des sûretés n'a pas le statut de mandataire de droit civil et encore moins celui de *trustee* de droit anglais. Il accomplit son rôle

en tant que créancier autonome. Dans un crédit syndiqué, il est préférable que le régime choisi permette de transmettre et de réaliser avec succès les sûretés. Ainsi, un agent des sûretés efficace, à l'instar du *security trustee*, peut procéder aux formalités de constitution, de renouvellement et de réalisation des sûretés⁵⁸². Il a le pouvoir de représenter tant les créanciers initiaux que ceux qui viendraient les remplacer au sein du *pool*. Le marché français a vu naître le mécanisme de la dette parallèle pour pallier l'absence de *trust* en droit français. En effet, le constat selon lequel le droit français n'était pas très adapté en matière de gestion des sûretés dans le cadre de crédits syndiqués a favorisé son élaboration « *au milieu des années 1990 par certains avocats du barreau d'affaires sous l'égide de feu Michael Elland-Goldsmith*⁵⁸³ ». Ce sont principalement les cabinets d'avocats anglais qui l'ont importé pour des opérations garanties par des sûretés portant sur des immeubles en France et ayant des effets sur le territoire français. Un auteur écrivait ainsi en 1997 : « *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 "ès 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 réserve de la fraude à la loi) ne peut interdire au trustee,*

⁵⁸² V. Terzic, *La Dette parallèle, un mécanisme de gestion intermédiée pragmatique dans le cadre des crédits syndiqués*. Master : droit des affaires internationales et management : ESSEC Business school : 2013. Ce travail ou « thèse professionnelle », dirigé par M. le professeur Hugues Bouthinon-Dumas et par M^e Jacinthe Etter, constitue une synthèse et une analyse sur la dette parallèle. Plusieurs idées du présent chapitre sont tirées du travail de recherche de M^{me} Terzic.

⁵⁸³ E. Fiszelson, « La transmission des sûretés françaises consenties dans le cadre de crédits syndiqués de droit étranger », *RD banc. et fin.*, juillet 2011, n° 4, prat. 5.

valablement titulaire de l'intégralité de la créance, de prendre une sûreté garantissant 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 anglais⁵⁸⁴. » Cependant, malgré une telle innovation encouragée par les avocats, il semblerait que les notaires français, chargés d'instrumenter et de faire publier les garanties portant sur des immeubles, n'aient pas voulu suivre la pratique de la dette parallèle l'ayant jugée trop artificielle au regard du droit civil: « *il y a environ une dizaine d'années, plusieurs cabinets anglo-saxons ont proposé d'y recourir dans le cadre de financements ayant vocation à déployer les effets en France, garantis sur des immeubles sis en France [...]. Au contraire, les juristes de tradition civiliste – et singulièrement les notaires français chargés d'instrumenter et de faire publier les garanties hypothécaires assortissant ces syndications – ont, à notre connaissance, été dans l'ensemble réservés à l'égard d'une technique de parallel debt tenue pour formidablement artificielle : l'agent des sûretés est donc plus volontiers institué mandataire des banques prêteuses, à moins qu'une solidarité active ne soit stipulé entre co-créanciers ...*⁵⁸⁵ »

358. L'utilisation de la dette parallèle dans d'autres pays. Ce sont surtout deux pays européens qui acceptent de façon assez générale le recours à la dette parallèle : l'Allemagne et les Pays-Bas. En effet, comme le souligne Jean-François Adelle : « *Le mécanisme de la parallel debt est couramment utilisé aux Pays-Bas et en Allemagne, où ses effets sont généralement acceptés tant par la doctrine que par les cabinets d'avocats spécialisés*⁵⁸⁶. » De même, un rapport parlementaire constate : « *La pratique recourt également parfois à la technique de la "parallel debt", usitée en Allemagne et aux Pays-Bas, qui permet de demander au constituant de la sûreté, déjà débiteur d'une dette auprès de l'ensemble des créanciers, de se reconnaître débiteur envers l'agent des sûretés d'une seconde dette ayant les mêmes caractéristiques que la première*⁵⁸⁷. » Dans le même sens, Philippe Dupichot affirme que la dette parallèle est utilisée « *essentiellement dans les crédits syndiqués soumis aux droits anglais ou, comme en l'espèce [arrêt Belvédère], new-yorkais mais également en droits allemand et néerlandais*⁵⁸⁸ ». S'il

⁵⁸⁴ J. Bertran de Balanda, « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque & droit*, mars-avril 1997, n° 52, p. 5.

⁵⁸⁵ Ph. Dupichot, « La *parallel debt* vue du Belvédère » dans « L'actualité des sûretés vue du Belvédère », *Dr. et patri.*, février 2012, n° 211, p. 79.

⁵⁸⁶ J.-F. Adelle, *loc. cit.*, p. 8.

⁵⁸⁷ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie).

⁵⁸⁸ Ph. Dupichot, *loc. cit.*, p. 79.

s'agit *a priori* d'une réception ouverte, elle n'en reste pas moins limitée s'agissant de certains aspects.

359. La dette parallèle allemande. Le droit allemand reconnaît la figure de l'agent des sûretés qui « *peut être, selon les cas, soit un fiduciaire, soit une sorte de mandataire. Il y a une distinction entre les “sûretés accessoires” et les “sûretés non accessoires”. En ce qui concerne les “sûretés non accessoires”, celles-ci tomberaient dans la masse de sûretés gérées par le Treuhand de droit allemand. En revanche, concernant les sûretés dites “accessoires”, elles ne pourraient pas, en principe, être affectées au patrimoine d'affectation de la figure du Treuhand, et par conséquent devraient entrer dans le champ d'application des stipulations de dette parallèle. Le droit allemand permet en effet la création d'un rapport contractuel fiduciaire à travers la figure du Treuhand. Un patrimoine d'affectation peut donc être créé et géré par l'agent des sûretés de droit allemand. Cet agent est débiteur d'obligations “fiduciaires” vis-à-vis des parties financières. Les détails concernant la conservation et la gestion du patrimoine fiduciaire doivent être précisés contractuellement. Le régime du Treuhand n'est pas codifié, mais a été reconnu par la Cour de justice allemande (Bundesgerichtshof). L'agent des sûretés de droit allemand, qui agit en faveur des créanciers nantis à la date de signature de la documentation de sûreté, est censé aussi agir en faveur des futurs créanciers nantis (c'est-à-dire, des nouveaux prêteurs au titre de la convention de crédit qui bénéficieraient également des sûretés). Dans un tel schéma il s'agit, en effet, pour les créanciers nantis de sélectionner une partie (l'agent des sûretés qui est, en pratique, l'un des créanciers nantis) amenée à “porter”, dans un patrimoine séparé, les sûretés pour le bénéfice final des parties financières. Cependant, une partie de la doctrine allemande s'interroge sur le fonctionnement réel de ce mécanisme, notamment le fait que les actifs placés en fiducie ne soient pas directement transférés du constituant au fiduciaire, mais indirectement (à titre de sûreté). Toutefois, et en l'absence de tout jugement ou position de la doctrine allemande qui ne reconnaîtrait explicitement pas ce mécanisme sous droit allemand, les praticiens y ont fréquemment recours dans les conventions de sûretés sous l'empire du droit allemand⁵⁸⁹ ».*

360. Par ailleurs, Adrien Pesneau observe que des praticiens ont pu émettre des doutes en ce qui concerne « *le bénéfice d'une réalisation des sûretés en faveur de créanciers qui ne sont pas*

⁵⁸⁹ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 205-206.

parties à la convention de sûreté ainsi réalisée mais qui ont un bénéfice indirect de la sûreté par le biais d'un accord inter-créanciers et le jeu de la parallel debt⁵⁹⁰ ». Ces doutes ou « réserves figurent souvent dans les avis juridiques traitant du mécanisme de l'agent des sûretés sous droit allemand. Il n'en demeure pas moins que ce type d'argument n'aurait pas encore été soumis à l'appréciation des juridictions allemandes et que pour l'instant ce type de structure est largement utilisé par les praticiens. Elle constitue ce que l'on appelle "une pratique de marché"⁵⁹¹ ». Une telle pratique « est, en l'espèce, un engagement pris par les débiteurs de l'obligation de paiement dans la documentation de financement en utilisant le mécanisme juridique allemand une reconnaissance "abstraite" de la dette (abstraktes Schuldanerkenntnis), de se libérer entre les mains de l'agent des sûretés (en tant que créancier agissant pour son propre compte et non en tant que mandataire des prêteurs, bénéficiaires des sûretés) pour des sommes équivalentes à celles qui sont dues aux prêteurs⁵⁹² ».

361. La dette parallèle hollandaise. En tant que signataire de la convention de La Haye de 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, les Pays-Bas acceptent « *sous certaines conditions l'existence de trusts de droit étranger et leurs effets. Cependant, et malgré l'existence d'une structure de type fiduciaire (bewind), il n'y a pas un droit du trust néerlandais. L'existence d'un patrimoine d'affectation spécifique (afgescheiden vermogen – trad. litt. "fond distinct") pour l'agent des sûretés n'est pas reconnu. Les créanciers sont par conséquent exposés au risque de faillite de l'agent des sûretés de droit néerlandais. Le remède pratique qui est fréquemment utilisé dans les financements internationaux est d'avoir recours au couple mandat-dette parallèle, même si la validité d'une telle technique n'a jamais été confrontée aux juridictions néerlandaises⁵⁹³ ».*

B. La qualification de la dette parallèle

362. La dette parallèle est sur certains aspects proche du *trust* (1) et sur d'autres voisine de certains mécanismes de droit civil (2).

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 206.

⁵⁹¹ *Ibid.*, dans la note en bas de page.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 206-207.

1. Une alternative au trust en droit français

363. N'ayant pas été ratifiée par la France, la convention de La Haye sur le *trust* n'y est pas applicable. Dans une telle situation, le juge éventuellement saisi d'un litige devra rechercher la loi applicable au *trust* constitué sous l'empire d'un droit étranger en ayant recours aux règles de conflit de lois du droit international privé français. La qualification juridique retenue par les juges entraînera donc des conséquences très importantes sur les effets que le *trust* pourra produire. Même si la jurisprudence est caractérisée par une tendance générale à faire respecter la volonté des parties au *trust*, il est évident que cette situation s'accompagne d'une absence de sécurité juridique défavorable à l'attractivité du droit français.

364. L'article 2 de la Convention adopte une définition large du trust et y voit une opération triangulaire : « *le terme trust vise les opérations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.* » Le *trustee* conserve les biens qui lui ont été confiés dans un patrimoine distinct du sien. La masse des biens faisant l'objet du *trust* constituent un patrimoine d'affectation. Le *trustee* reçoit une mission générale de gérer et de rendre compte des biens qui lui sont confiés, en accord avec la volonté des parties et des normes légales. Le *trustee* n'est généralement pas l'un des créanciers faisant partie du syndicat bancaire. Il s'agit souvent d'un tiers au contrat de crédit, par exemple une société spécialisée dans la gestion de *trusts*. Dans un prêt syndiqué, l'identité des prêteurs est fluctuante car les participations dans le crédit ont vocation à être cédées. Cette pratique, inhérente à ce type de marché, n'est pas en soi un problème car toutes les sûretés et garanties sont prises au bénéfice du *security trustee*. Cependant, comme on l'a étudié dans le chapitre précédent, la reconnaissance en droit français de ce mécanisme n'est pas acquise. En effet, en droit civil, les sûretés constituent l'accessoire de la créance : toute sûreté est liée à une créance, son existence en dépend. Autrement dit, il n'y a pas de bénéficiaire d'une sûreté qui ne soit pas simultanément créancier de la créance garantie par ladite sûreté. Il est ainsi inconcevable de constituer une sûreté en faveur d'une personne qui ne soit pas créancier. La dissociation entre la figure de créancier et celle de bénéficiaire de la sûreté opérée par le *trust* n'existe pas dans le mécanisme de la dette parallèle : celui qui devient créancier parallèle est réellement créancier de l'emprunteur et bénéficie logiquement en tant que tel des sûretés. La dette parallèle est ainsi conforme au droit civil français en ce qu'elle ne rompt pas le lien entre

le créancier et le bénéficiaire de la sûreté. Envisagée sous cet angle, la dette parallèle constituait donc une solution palliant l'incompatibilité du *trust* avec le droit civil français et permettait de soumettre l'opération à ce dernier, ce qui était impossible avec le *trust* qui présente pourtant de nombreux avantages par rapport à celle-ci⁵⁹⁴.

a) Les avantages du *trust* par rapport à la dette parallèle

365. Le *trust* présente trois grands avantages au regard de la dette parallèle : le patrimoine d'affectation, les règles prudentielles qui lui sont applicables et le type de sûretés qu'il permet de gérer.

i. Le patrimoine d'affectation

366. En premier lieu, le *security trustee* dispose d'un patrimoine d'affectation qui comprend tous les droits et produits qu'il détient dans le cadre de sa fonction d'agent des sûretés. Ce patrimoine d'affectation est par définition distinct du patrimoine personnel du *trustee* et insaisissable par ses créanciers personnels s'il venait à connaître une faillite. À la différence du régime du *trust*, la dette parallèle ne crée pas un nouveau patrimoine (patrimoine d'affectation) au bénéfice du créancier parallèle dans lequel il pourrait conserver les biens affectés à sa mission. Sans ce patrimoine autonome et distinct du patrimoine propre du créancier parallèle, les autres créanciers de l'opération ne sont donc pas protégés contre de possibles actions intentées par des créanciers personnels du créancier parallèle qui sont tiers à l'opération de crédit syndiqué mais qui pourraient saisir des droits et produits détenus par ce dernier dans le cadre de sa fonction d'agent des sûretés.

367. Les inconvénients de la dette parallèle. La principale faiblesse structurelle de la dette parallèle se révèle donc dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'agent des sûretés. En effet, l'agent des sûretés détenant les garanties octroyées pour garantir l'opération dans son propre patrimoine, en cas de procédure collective, celui-ci est le gage commun de ses créanciers personnels à défaut de patrimoine d'affectation. Si le créancier parallèle venait à connaître une faillite, ses créanciers personnels pourraient saisir, par exemple, les biens dont il est titulaire dans le cadre de sa mission d'agent des sûretés. Afin de se protéger contre un tel risque, il n'est pas rare d'octroyer des sûretés également pour la dette principale

⁵⁹⁴ V. V. Terzic, *op. cit.*, p. 9-10, 22-23.

avec l'inconvénient de rendre l'opération plus chère et plus compliquée et ainsi, en pratique, priver le mécanisme de son intérêt.

368. Comme on l'étudiera (section 2), un autre problème majeur de la dette parallèle concerne sa validité. Le mécanisme reste actuellement une notion de droit étranger, qui n'est reconnue que partiellement en droit français. Par exemple, dans le très célèbre arrêt *Belvédère*⁵⁹⁵, la Cour de cassation a accepté qu'une dette parallèle, née dans un ordre juridique étranger soit garantie par des sûretés de droit français et que ses effets soient valables dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en France.

ii. Les règles prudentielles

369. D'autre part, dans le cadre d'une mise en *trust* des sûretés, le *security trustee* devient titulaire de celles-ci mais n'en est pas pour autant créancier de toute la dette. En effet, il reçoit le bénéfice juridique des sûretés (*legal ownership*) mais non pas la dette (*beneficial ownership*) qui appartient aux prêteurs. Le mécanisme du *security trustee* ne rentre ainsi pas dans le cadre de la réglementation prudentielle (Bâle III). En revanche, le créancier parallèle se voit appliquer ces exigences puisqu'il est détenteur de toute la dette. Les règles du comité de Bâle III exigent que les banques renforcent leur bilan en augmentant leurs capitaux propres et en améliorant leur qualité⁵⁹⁶. Les banques sont ainsi amenées à réduire leurs participations dans des financements trop risqués et coûteux. Or, la participation d'une banque en tant que créancier parallèle est de nature à porter préjudice à son bilan au regard des règles prudentielles. En effet, la dette parallèle étant fictive, elle est dépourvue de caractère réellement économique et son montant peut être très élevé puisqu'il correspond au montant global du financement.

⁵⁹⁵ Cass. com., « Belvédère », 13 septembre 2011 (n° 10-25.533), JurisData n° 2011-018623. V. *infra*.

⁵⁹⁶ Les accords de Bâle, élaborés par le comité de Bâle, sur le contrôle bancaire, ont pour objet de garantir un niveau minimum de capitaux propres des banques avec le but d'assurer leur solidité financière.

Suite à la crise financière de 2007, les accords de Bâle III ont été publiés le 16 décembre 2010 et ont été transposés dans l'Union européenne par la directive CRD IV (directive 2013/36/UE du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013). Cette directive vise à améliorer la quantité et la qualité des fonds propres, à mettre en place deux ratios de liquidité et un ratio de levier.

iii. La titularité de certaines sûretés

370. Enfin, le créancier parallèle peut théoriquement être titulaire aussi bien de sûretés réelles que de sûretés personnelles, comme le *security trustee*⁵⁹⁷. Cependant, cette possibilité ne signifie pas que toutes les sûretés peuvent être octroyées dans le cadre d'une dette parallèle. En effet, certaines normes applicables aux sûretés exigent une qualité spécifique du titulaire. Par exemple, la cession de créances professionnelles à titre de garantie (« cession Dailly »), très utilisée en matière de crédit syndiqué, surtout en raison de sa simplicité, ne peut être consentie au créancier parallèle. Cette interdiction est tirée de la définition qui en est donnée par l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier⁵⁹⁸ selon laquelle seul un établissement de crédit ayant accordé un prêt peut bénéficier d'une cession Dailly de la part de son débiteur. La qualité du cessionnaire de créances professionnelles étant une condition de la validité de leur cession, il est essentiel de déterminer si le créancier parallèle peut avoir la qualité requise. Or, la technique de la dette parallèle étant une fiction juridique qui permet de gérer les sûretés dans un syndicat bancaire, le créancier parallèle ne peut être un créancier au sens de l'article L. 313-23 précité. Le créancier parallèle n'octroie, en réalité, aucun crédit au débiteur et ne peut donc pas bénéficier d'une cession Dailly. Si les acteurs d'une opération de financement désirent garantir une partie de celle-ci par une cession de créances professionnelles, ils devront veiller, d'une part, à ce que l'agent soit effectivement un établissement de crédit au sens de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier⁵⁹⁹ et, d'autre part, que le créancier parallèle soit muni d'un mandat spécial afin qu'il puisse réaliser toutes les formalités requises par cette garantie, notamment agir « *au nom et pour le compte des bénéficiaires* ».

⁵⁹⁷ En ce qui concerne la faculté d'être titulaire d'une cession Dailly pour l'agent des sûretés issu de la réforme de 2017, v. chapitre 8 de cette thèse.

⁵⁹⁸ Cet article dispose : « *Tout crédit qu'un établissement de crédit ou qu'une société de financement consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement ou de cette société, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale.* »

⁵⁹⁹ Cet article dispose :

I. – Les établissements de crédit sont les entreprises dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1.

II. – Les sociétés de financement sont des personnes morales, autres que des établissements de crédit, qui effectuent à titre de profession habituelle et pour leur propre compte des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément. Elles sont des établissements financiers au sens du 4 de l'article L. 511-21.

b) Les avantages de la dette parallèle par rapport au *trust*

371. La caractéristique essentielle de la dette parallèle est que dans le cadre de ce mécanisme, l'agent des sûretés est le créancier du montant total de la dette. C'est sur cette particularité que repose son principal avantage. Ainsi, l'agent des sûretés est titulaire de la créance et des sûretés et dispose de tous les droits sur ces dernières, qu'elles soient réelles ou personnelles : il peut donc librement les prendre, les gérer et les réaliser. De plus, il a le droit de déclarer lors d'une procédure collective la totalité du montant du prêt sans avoir besoin d'un pouvoir spécial de la part des créanciers.

372. Ces sûretés sont l'accessoire de la créance du créancier parallèle qui en est le titulaire. Leur validité et existence ne sont donc pas menacées en cas de changement d'identité des prêteurs. Ainsi, les éventuelles modifications qui se produisent au sein d'un syndicat bancaire n'impliquent pas de réaliser des actes afin d'y inclure les noms des nouveaux prêteurs.

2. Une alternative aux mécanismes de droit interne

373. Difficilement qualifiable en droit français, la dette parallèle apparaît comme un mécanisme *sui generis* (c) susceptible d'être encadré par certaines institutions de droit civil (a) alors que d'autres ne semblent pas appropriées (b).

a) Les mécanismes favorisant la réception de la dette parallèle

374. Plusieurs figures de droit civil rendent possible le montage d'une dette parallèle.

i. La solidarité active

375. Les convergences entre la solidarité active et la dette parallèle. La solidarité active⁶⁰⁰ a pu servir pour appréhender, en droit français, le mécanisme de la dette parallèle⁶⁰¹. En vertu de cette notion, chaque créancier d'un groupe de créanciers détenant la même créance à l'égard d'un même débiteur a le droit d'exiger le paiement de l'intégralité de la dette au débiteur. La dette parallèle et la solidarité active ont ainsi un but commun qui est celui de simplifier les relations entre un groupe de créanciers et leur débiteur commun afin de recouvrer les créances

⁶⁰⁰ L'article 1311 du Code civil dispose :

« La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous.

Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux. »

⁶⁰¹ V. V. Terzic, *op. cit.*, p. 24.

par l'intermédiaire du paiement effectué à l'un d'entre eux, ce paiement étant libératoire pour le débiteur à l'égard des autres créanciers. Ainsi, selon Adrien Pesneau, « *comme dans le cadre de la dette parallèle, la solidarité active permet à l'emprunteur qui se libère entre les mains de l'agent des sûretés, co-créancier solidaire, d'être également libéré vis-à-vis des autres créanciers, parties financières. Le risque de "double paiement" pour l'emprunteur est alors écarté. Le système des "vases communicants" fait partie de l'essence même de la solidarité active. Cela est automatique, puisque la "masse" des créanciers constitue un "créancier" au regard du débiteur. Et le paiement effectué entre les mains d'un démembrement de cette "masse" de créancier (soit un créancier en particulier) vaut désintéressement de l'intégralité de la masse. Le mécanisme dit de pro tanto (ou "vases communicants") n'a donc pas à être obligatoirement mentionné au sein de la convention de crédit syndiqué puisque le Code civil français contient les dispositions relatives à la solidarité active*⁶⁰² ». Ce raisonnement qui considère la finalité des deux institutions a été retenu par les juges d'appel dans l'affaire *Belvédère*. En effet, la cour d'appel de Dijon a dégagé deux éléments communs à celles-ci en affirmant que la dette parallèle « *se rapproche du mécanisme de la solidarité active qui, en présence de plusieurs détenteurs d'une même créance, confère le droit à chacun d'eux de demander le paiement du total de la créance, et en conséquence de la déclarer en totalité au passif de la procédure collective du débiteur, le paiement fait à l'un libérant le débiteur à l'égard des autres*⁶⁰³ ». L'approche ainsi adoptée par les juges s'explique par le besoin de trouver en droit français une figure proche d'un mécanisme qui lui est inconnu. Selon Guy-Auguste Likillimba, la solidarité active et la dette parallèle se rapprochent tant du point de vue juridique qu'économique : « *Les deux mécanismes précités ont incontestablement des points communs. Le paiement fait auprès d'un créancier solidaire ou du créancier parallèle est libératoire pour le débiteur à l'égard des cocréanciers. Par ailleurs, ces techniques constituent des créances à titre principal. La parallel debt est une créance en soi, en ce qu'elle est parallèle à la créance originaires ou primaire, l'une ne se substituant pas à l'autre dans leurs rapports respectifs avec la dette. La solidarité active est, elle aussi, une juxtaposition de créances de plusieurs personnes sur un même débiteur. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu que*

⁶⁰² A. Pesneau, *op. cit.*, p. 197-198.

⁶⁰³ CA Dijon, 21 septembre 2010, RG n° 09/02078, n° 09/02080 et n° 09/02082. Cité par la Cour de cassation dans l'arrêt *Belvédère* (Com. 13 sept. 2011, FS-P+B, n° 10-25.533).

l'engagement du débiteur envers le créancier parallèle n'est pas accessoire mais indépendant. En revanche, si le créancier solidaire agit sur mandat au-delà de sa quote-part dans la créance à recouvrer, tel n'est pas le cas du créancier parallèle, titulaire de l'intégralité de celle-ci⁶⁰⁴. » Cet auteur rappelle par ailleurs que le contrat de dette parallèle « doit stipuler “expressément” l'existence d'une créance parallèle, car la solidarité active ne se présume pas, même en matière commerciale⁶⁰⁵. Cette dernière exigence est d'autant plus importante que l'agent des sûretés n'acquiert son droit de créance direct qu'avec l'accord conjoint de la collectivité des cocréanciers et – surtout – du débiteur parallèle ; contrairement à la technique de la solidarité active, où l'existence d'une créance propre à chacun des cocréanciers est une condition préalable au jeu de cette technique⁶⁰⁶ ».

376. Les divergences entre la dette parallèle et la solidarité active. Pour autant, les deux éléments communs à la dette parallèle et à la solidarité active – à savoir, d'une part, le droit dont dispose chaque créancier d'exiger le paiement de l'intégralité de la dette et, d'autre part, le caractère libératoire du paiement par un débiteur à l'égard des autres créanciers – ne suffisent pas à déduire que la dette parallèle et la solidarité active correspondent à la même notion juridique. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans l'affaire *Belvédère*, n'a pas confirmé le rapprochement entre les deux notions suggéré par les juges du fond. Comme l'explique Jean-François Adelle : « *La parallel debt évite les écueils de la solidarité active, qui implique en effet que l'agent des sûretés doit nécessairement un des prêteurs, chaque prêteur prenant alors le risque d'insolvabilité de la banque qui recevrait les fonds avant de les avoir rétrocédés à ses coprêteurs. Elle évite aussi les limitations du mandat, qui prescrit l'accomplissement des formalités de publicité des sûretés au cas de transfert de la dette garantie. Le régime de la parallel debt impose toutefois la rédaction de clauses contractuelles très précises évitant le risque de double paiement, à défaut desquelles toutefois elle ne serait probablement pas licite⁶⁰⁷.* » En ce sens, dans la figure de la solidarité active, lorsque l'un des créanciers agit pour les autres créanciers, c'est-à-dire au-delà de sa quote-part dans le crédit syndiqué, il le fait en tant que mandataire de ceux-ci. Cela s'explique par le fait que le créancier solidaire est

⁶⁰⁴ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*, point 6.

⁶⁰⁵ L'auteur renvoie aux références suivantes : Cass. com., 9 mai 1994, n° 92-11.842 et Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1992, n° 90-18.209.

⁶⁰⁶ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*, point 13.

⁶⁰⁷ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : la jurisprudence consacre la validité de la *parallel debt* », *Option Finance*, novembre 2010, n° 1100, p. 41.

nécessairement un membre du groupe de prêteurs, ce qui n'est pas nécessairement le cas du créancier parallèle étant donné que « *la parallel debt est une créance en soi, en ce qu'elle est parallèle à la créance originale ou primaire, l'une ne se substituant pas à l'autre dans leurs rapports respectifs avec la dette. La solidarité active est, elle aussi, une juxtaposition de créances de plusieurs personnes sur un même débiteur. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu que l'engagement du débiteur envers le créancier parallèle n'est pas accessoire mais indépendant. En revanche, si le créancier solidaire agit sur mandat au-delà de sa quote-part dans la créance à recouvrer, tel n'est pas le cas du créancier parallèle, titulaire de l'intégralité de celle-ci*⁶⁰⁸ ». En effet, le principe même du mécanisme de la dette parallèle est de créer une nouvelle dette : la dette parallèle. Cette dette, autonome par rapport aux créances des autres créanciers, constitue le fondement de l'action du créancier parallèle contre le débiteur. Contrairement au créancier solidaire, qui n'est titulaire que de sa quote-part dans le crédit, le créancier parallèle est titulaire de l'intégralité de la créance parallèle et peut même être un tiers l'égard de l'opération principale, en n'étant pas prêteur dans le cadre du syndicat bancaire. C'est ce qu'a expliqué un sénateur dans un rapport : « *L'agent des sûretés devient ainsi titulaire, à l'encontre du constituant de la sûreté, d'une obligation distincte de l'obligation initiale et qui lui est propre. Il peut dès lors prendre à la garantie de cette "parallel debt" des sûretés en son nom et pour son compte, et non en qualité de simple mandataire des créanciers*⁶⁰⁹. » Suivant ce raisonnement, il peut donc être affirmé que « *le créancier parallèle agit donc en son nom propre et non pour le compte d'autrui. C'est ainsi d'ailleurs qu'il ne lui était pas fait obligation dans cette convention de disposer d'un patrimoine distinct du sien pouvant accueillir les sommes à recevoir des débitrices. Le créancier parallèle est en droit, à l'instar du créancier solidaire, de faire une déclaration de créance au passif du débiteur défaillant*⁶¹⁰ ».

377. Il n'est donc pas possible d'affirmer que le mécanisme de la dette parallèle et la figure de la solidarité active constituent une seule et même notion juridique. Une autre façon de présenter cette différence est de signaler les avantages que présente la dette parallèle par rapport à la solidarité active.

⁶⁰⁸ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*, point 6.

⁶⁰⁹ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie).

⁶¹⁰ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*, point 13.

378. Les avantages de la dette parallèle par rapport à la solidarité active. Une caractéristique importante de la solidarité active est de placer les créanciers solidaires dans une situation de dépendance vis-à-vis des autres créanciers, leurs cocréanciers, en ce qui concerne le recouvrement de la créance. Cette situation peut conduire à différentes actions de la part d'un créancier qui sont susceptibles de porter préjudice aux autres. Ainsi par exemple, en cas de solution donnée à un litige entre un créancier et le débiteur, l'autorité de la chose jugée s'étend à l'ensemble des créanciers solidaires. De plus, l'un des créanciers peut refuser de partager avec ses cocréanciers le bénéfice des sûretés ou accorder des délais de paiement au débiteur sans avoir consulté au préalable les autres créanciers. Dans le cadre d'une dette parallèle, au contraire, les créanciers sont mieux protégés car ils réussissent à préserver leurs intérêts et à ne pas dépendre les uns des autres comme dans le régime de la solidarité active.

ii. Le mandat

379. Les inconvénients du mandat corrigés par la dette parallèle. Comme on l'a déjà signalé (chapitre 2), les praticiens du droit ont considéré que la figure du mandataire était la plus adéquate, en droit français, pour exercer la mission d'agent des sûretés. La figure du mandat présente en effet des caractéristiques particulièrement adaptées aux besoins d'une opération de financement : c'est un mécanisme qui est reconnu partout dans le monde et qui permet de gérer des sûretés de toute sorte, réelles ou personnelles, de droit français ou étranger. Pour toutes ces raisons, le contrat de mandat a dans les faits été le plus utilisé pour encadrer l'ensemble des pouvoirs détenus par l'agent des sûretés, les conditions de l'exercice de sa mission et sa responsabilité. Malgré ces atouts, le mandat présente plusieurs inconvénients dont certains sont cependant en mesure d'être corrigés par le mécanisme de la dette parallèle⁶¹¹.

380. La multitude des formalités liées à l'inscription des sûretés. L'agent des sûretés agissant en qualité de mandataire n'a pas la capacité d'inscrire uniquement son nom dans les actes des sûretés. Les noms de tous les créanciers doivent impérativement apparaître dans les actes de constitution et dans les registres de publicité. Ces inscriptions supposent une augmentation du coût de l'opération, notamment dans l'hypothèse d'un transfert de participation au sein du crédit syndiqué car il faudra alors faire mentionner dans des actes les noms des nouveaux bénéficiaires de la sûreté. Dans un tel cas, le risque supporté par les prêteurs

⁶¹¹ V. Terzic, *op. cit.*, p. 25.

augmente étant donné la possibilité de se retrouver sans sûreté inscrite à leur nom. Le montage de la dette parallèle permet cependant de contourner le problème de la multiplicité des formalités. En effet, le créancier titulaire d'une créance parallèle est, contrairement au simple mandataire, vraiment créancier de la totalité de la créance. Il est, par conséquent, en droit d'inscrire son nom sur les registres sans avoir besoin d'inscrire celui des autres créanciers. Le nom du créancier parallèle est donc le seul qui apparaît sur lesdits actes et registres. En diminuant le nombre de formalités, la dette parallèle devient un outil attractif pour réduire le coût du crédit⁶¹².

381. Le pouvoir spécial d'ester en justice. L'agent des sûretés agissant en qualité de mandataire dispose d'un pouvoir général pour inscrire, gérer et réaliser les sûretés. Il ne dispose pour autant pas du droit d'ester en justice pour le compte des mandants⁶¹³. Pour ce faire, il est impératif qu'il soit investi d'un pouvoir spécial. Le mandat spécial est particulièrement important en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur afin de pouvoir déclarer les créances des mandants aux organes compétents. Une telle solution a été confirmée par la jurisprudence qui a exigé que l'agent des sûretés dispose d'un mandat spécial pour déclarer les créances ne lui appartenant pas, à défaut de quoi la déclaration serait irrégulière⁶¹⁴. Au contraire, le créancier parallèle peut déclarer la totalité de la créance aux organes de la procédure collective en cas de défaillance du débiteur. Cela n'est en réalité pas surprenant puisque le créancier dit parallèle est titulaire de l'intégralité de la créance et est donc en droit de la déclarer.

382. La révocabilité *ad nutum* du mandat. Le mandat est révocable à tout moment. Cette caractéristique du contrat de mandat constitue une source d'instabilité pour l'opération de financement soumise au droit français. En droit anglais, l'insécurité liée à la révocabilité du mandat n'existe pas car dans un *trust*, le patrimoine du *trustee* est transféré de façon automatique à son successeur. Le contrat de mandat sert dans la pratique à pallier l'absence de *trust* en droit civil mais il présente des faiblesses qui ont conduit les praticiens vers l'utilisation de la dette parallèle⁶¹⁵.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ *Ibid.* L'auteur cite l'arrêt Cass. com., 9 juillet, n° 98-23044.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 26.

iii. La délégation

383. La délégation est l'opération, prévue à l'article 1336 alinéa 1^{er} du Code civil, « *par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur* ». Autrement dit, cette opération permet à un débiteur (le délégant) de donner au créancier (le délégataire) un nouveau débiteur (le délégué). Le délégué s'engage donc envers le délégataire sur le fondement de la relation préalable entre le délégant et le délégataire. Ainsi, le mécanisme de la dette parallèle pourrait être instauré sur le fondement d'une délégation mais ce serait en réalité une sorte de « délégation inversée »⁶¹⁶ : au lieu d'établir un nouveau débiteur au profit du créancier, la dette parallèle crée un nouveau créancier pour le débiteur.

iv. L'obligation abstraite

384. Par ailleurs, certains ont soulevé l'argument selon lequel la dette parallèle serait un contrat dépourvu de cause, cependant il existe des obligations abstraites qui ont pour unique fondement la volonté du débiteur : il est obligé parce qu'il l'a ainsi désiré. Dès lors, l'absence de cause ne peut être un argument valide invoqué par le débiteur pour ne pas exécuter son obligation. La loi prévoit en effet des cas d'obligations abstraites dans lesquels le débiteur d'une obligation ne peut opposer à son créancier des exceptions affectant l'obligation principale. C'est, par exemple, le cas de la garantie autonome : dans le cadre de ce mécanisme, le garant s'engage à verser au créancier un montant d'argent déterminé⁶¹⁷. Comme le dispose l'article 1100 du Code civil : « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi* », et l'alinéa 1^{er} de l'article 1100-1 du même code ajoute que les actes juridiques peuvent être conventionnels ou unilatéraux. En commentant ces dispositions, Alain Sériaux précise que « *les actes unilatéraux sont le produit de la volonté d'un seul, dont les autres doivent (ou peuvent) seulement "prendre acte", comme on dit. L'acte unilatéral par excellence est le testament [...]. Dans certains cas, la jurisprudence admet qu'une personne puisse être tenue par son seul engagement unilatéral. Elle le fait souvent à la charge d'un employeur vis-à-vis des salariés de son entreprise*⁶¹⁸ ». Cependant, le même auteur considère que « *la théorie de l'engagement unilatéral ne trouve guère d'espace propre : soit la promesse*

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 39.

⁶¹⁸ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2020, p. 23.

*a été connue et acceptée par son bénéficiaire, et c'est un contrat ; soit la promesse a fait naître au moins chez autrui une espérance légitime en son exécution, et ne pas la respecter constitue tantôt une faute source de responsabilité extracontractuelle, tantôt une infraction aux règles sur l'apparence*⁶¹⁹ ».

v. L'effet relatif des conventions

385. Le principe de l'effet relatif des conventions, selon lequel un contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties⁶²⁰, participe également à la réception de la dette parallèle en droit français. Si l'on prend l'exemple de la garantie autonome, cette dernière ne constitue pas l'accessoire de la créance et ne suit donc pas l'obligation principale qu'elle garantit : elle est, comme son nom l'indique, autonome. Il s'agit en réalité de deux contrats différents : d'un côté, le contrat principal (un contrat de prêt, par exemple) entre le débiteur et le créancier et, de l'autre, la garantie autonome (garantissant le prêt) liant le garant au créancier principal. Il est pourtant évident que ces deux contrats sont liés par la même opération. Malgré cela, il s'agit bien de deux contrats distincts et autonomes l'un de l'autre. Dès lors, l'inopposabilité des exceptions trouve son fondement dans le principe de l'effet relatif des conventions. De façon analogue, l'effet relatif des conventions a lieu de s'appliquer à la dette parallèle. En effet, dans ce mécanisme, le débiteur conclut deux conventions différentes, le contrat principal et la dette parallèle, ce qui explique que le débiteur ne puisse opposer les exceptions de la dette principale au créancier parallèle⁶²¹.

vi. La cause subjective

386. La cause subjective d'un engagement dans le cadre d'un ensemble contractuel peut également être évoquée comme un élément du droit français favorable à la réception de la dette parallèle⁶²². La Cour de cassation avait tendance à rechercher la cause d'un contrat dans l'économie générale d'une opération de financement développant ainsi une vision subjective de la cause⁶²³. D'après cette logique, la cause de l'engagement du débiteur d'une dette parallèle

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ Le principe de l'effet relatif des conventions est contenu à l'article 1199 du Code civil, dans la formule : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.* »

⁶²¹ V. Terzic, *op. cit.*, p. 40.

⁶²² *Ibid.*, p. 37-40.

⁶²³ Cass. com., 15 février 2000, n° 97-19793. Dans cette décision la Cour de cassation constate que « *l'arrêt [de la cour d'appel] retient que le crédit-bailleur était informé que le matériel pris à bail était destiné à être exploité par*

est à rechercher dans le contexte plus ample de l'opération dans laquelle il s'inscrit plutôt que dans la seule relation existante entre le débiteur et l'agent des sûretés. La suppression de la cause opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 est un nouveau facteur plaidant en faveur de la réception de la dette parallèle en droit français. En effet, au regard de l'article 1128 du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations, la cause n'est plus un élément de validité du contrat. Cet article énonce comme conditions uniquement le consentement, la capacité des parties et un « objet licite et certain ». Ainsi, le mécanisme de la dette parallèle pourrait trouver aux yeux de la jurisprudence un objet licite et certain qui lui permettrait de s'intégrer harmonieusement au droit français. Cependant, tant qu'aucun arrêt n'aura été rendu sous l'empire du nouveau droit des obligations, on ne peut affirmer avec certitude que la dette parallèle a un objet licite et certain⁶²⁴.

vii. La liberté contractuelle

387. Le fait que la cause de la dette parallèle puisse se trouver dans l'économie générale de l'opération de financement semble s'expliquer par le poids important de la liberté contractuelle en droit français⁶²⁵. Sur le fondement de ce principe, l'accord des parties instituant le mécanisme de dette parallèle et rendant ce contrat indivisible peut être considéré comme valable. Même si la cause subjective ne suffit pour établir l'existence et la validité d'un contrat, elle présente un intérêt en ce qui concerne la caractérisation de la cause du contrat. La cause d'un contrat de dette parallèle serait alors simplement la volonté des parties⁶²⁶.

la société de publicité, qu'en tant que de besoin le crédit-bailleur autorisait cette exploitation, qu'il s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat de crédit-bail était constituée par le contrat de prestations d'images, ce dont il déduit que les deux contrats étaient interdépendants et, par suite, que l'exploitation devenant impossible du fait de la défaillance de la société de publicité, la résiliation du contrat de crédit-bail devait être prononcée ; qu'ainsi, et dès lors que le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat, la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné critiqué par le moyen, a légalement justifié sa décision ».

⁶²⁴ V. Terzic. *op. cit.*, p. 41.

⁶²⁵ La liberté contractuelle est un principe qui inspire l'intégralité du droit civil et du droit des affaires en France. Il est exprimé particulièrement dans deux articles. L'article 6 du Code civil le fait de façon négative, dans la formule : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » Positivement, l'article 1103 du même code définit ce principe ainsi : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* »

⁶²⁶ V. Terzic, *op. cit.*, p. 40.

b) Les mécanismes ne pouvant pas structurer une dette parallèle

i. Le contrat de prêt

388. Le prêt est une convention en vertu de laquelle le prêteur remet une somme d'argent à l'emprunteur afin que celui-ci s'en serve, à charge de restitution⁶²⁷. La jurisprudence a précisé que le prêt octroyé par une banque est un contrat consensuel et synallagmatique, et non pas un contrat réel⁶²⁸, ce qui veut dire que les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres⁶²⁹. Il est légitime de se demander si le mécanisme de dette parallèle correspond à la qualification juridique de prêt. Dans le cadre d'une dette parallèle, l'emprunteur se reconnaît débiteur du créancier parallèle agissant en tant qu'agent des sûretés pour le montant de la dette principale. Cependant, la relation n'est pas réciproque puisque l'agent des sûretés n'est pas tenu de remettre l'intégralité⁶³⁰ de la somme d'argent à l'emprunteur. Dès lors, les obligations n'étant pas synallagmatiques, l'opération ne peut être qualifiée de prêt⁶³¹.

ii. La reconnaissance de dette

389. Une reconnaissance de dette est un « *acte écrit par lequel une personne se reconnaît débitrice envers une autre*⁶³² ». Cet acte peut constituer un « billet non causé » si l'écrit portant engagement unilatéral de payer une certaine somme n'indique pas l'origine de la dette⁶³³. Le débiteur d'une dette parallèle pourrait être assimilé au débiteur d'un agent des sûretés sur le fondement d'une reconnaissance de dette. Cependant, la qualification de reconnaissance de dette n'est pas applicable à l'opération de la dette parallèle car la reconnaissance de dette a pour cause une dette préalable due par le débiteur à celui qu'il reconnaît comme étant son créancier. La reconnaissance de dette peut avoir également comme cause l'intention libérale. Or, aucun de ces deux fondements n'est présent dans l'engagement du débiteur parallèle⁶³⁴. D'une part, en ce qui concerne la dette préexistante entre le débiteur et le créancier parallèle, la dette

⁶²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 799.

⁶²⁸ V. Civ. 1^{re}, 27 juin 2006, n° 05-16905. Dans cet arrêt, la Cour de cassation affirme « *qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel, de sorte que la preuve du contrat de prêt requiert seulement que soit établi l'accord de volontés, le tribunal n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a inversé la charge de la preuve* ».

⁶²⁹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 1010. V. aussi l'article 1106 du Code civil.

⁶³⁰ Le mot « intégralité » présente ici une importance particulière. En effet, il est probable que l'agent soit réellement créancier pour une partie de la créance, mais pas pour son intégralité.

⁶³¹ V. Terzic, *op. cit.*, p. 38.

⁶³² G. Cornu, *op. cit.*, p. 864.

⁶³³ V. « billet non causé », dans G. Cornu, *op. cit.*, p. 130.

⁶³⁴ V. Terzic, *op. cit.*, p. 38-39.

parallèle porte sur le montant global du financement octroyé par le *pool* bancaire et n'est pas une dette bilatérale entre le débiteur et l'agent des sûretés. Ce dernier pourra effectivement être créancier d'une partie de la dette parallèle mais non de son intégralité. La dette parallèle n'est donc pas une reconnaissance de dette mais une « fiction de dette ». D'autre part, le but lucratif étant omniprésent dans les opérations de financement, les engagements animés d'une intention libérale sont rares dans le monde des affaires. Spécifiquement, dans le cas d'un débiteur parallèle, l'intention n'est pas libérale puisqu'elle a un but bien précis qui est de payer sa dette aux prêteurs. Par conséquent, la dette parallèle n'est pas une reconnaissance de dette⁶³⁵.

c) Un contrat *sui generis*

390. Il est fréquent que les juges français analysent les notions de droit étranger par analogie avec des mécanismes de droit français. Cette opération consiste à rechercher l'équivalent en droit civil d'un procédé juridique étranger. C'est ce raisonnement qui a été suivi par les juges du fond dans l'affaire *Belvédère*. Une autre façon de procéder est d'analyser la figure juridique étrangère comme étant une réalité inconnue du droit français, ce qui a pour conséquence de ne pas forcer une qualification juridique en droit civil. En effet, « *le Code civil réglemente en particulier un certain nombre de contrats dits nommés (vente, échange, louage de choses, d'ouvrage ou d'industrie, société, prêt, dépôt, jeu, rente viagère, mandat, etc.) ou renvoie aux règles commerciales pour fixer cette réglementation (courtage, commission, transport, par exemple). Mais il fixe aussi un véritable droit commun à tous les contrats au sens, ici, d'un ensemble de règles qui valent pour tous les contrats, même nommés, et à plus forte raison pour les contrats innomés multiformes créés par la pratique*⁶³⁶ ».

391. C'est la méthode qui a été employée par la Cour de cassation dans cette même affaire lorsqu'elle a envisagé la dette parallèle comme un contrat *sui generis*. L'approche ainsi choisie par la Cour révèle une ouverture à une réception pleine de la dette parallèle en droit français. Les juges de cassation n'ont en effet pas cherché à déterminer la catégorie de droit français à laquelle devait être rattaché ce mécanisme.

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ A. Sériaux, *op. cit.*, p. 38.

i. Un mécanisme de « créances liées »

392. Il doit être souligné qu'il n'existe pas en France de régime exhaustif quant aux formes possibles que peut prendre l'activité de gestion de sûretés, un constat qui permettrait de conclure qu'il n'y aurait *a priori* aucun obstacle à utiliser un mécanisme de droit étranger inexistant en droit français, telle la dette parallèle, pour l'exercer. En ce sens, deux professeurs ont proposé l'admission d'un mécanisme de « créances liées » : *« le droit français offre déjà des régimes variés pour l'agent des sûretés : mandat, solidarité active, fiducie. La question d'avenir suscitée par l'arrêt Belvédère est celle d'une alternative complémentaire, née de l'admission d'un mécanisme de "créances liées" inspiré des parallel debts. L'intérêt serait de créer au profit de l'agent des sûretés un droit de créance supplémentaire, le cas échéant assorti de garanties propres tant réelles que personnelles. Seraient ainsi évitées toutes les difficultés que l'on connaît en matière de crédit syndiqué et liées au transfert des sûretés lorsqu'un banquier cède sa créance au sein d'un pool. Cette admission pourrait s'opérer, sui generis, et reposer seulement sur le principe de la liberté contractuelle ; et les enseignements traditionnels du droit français, attestés par l'arrêt Belvédère, suffisent à reconnaître la validité de principe d'engagements abstraits, c'est-à-dire d'obligations dotées d'une cause existante, mais qui demeure normalement sans influence sur leur régime juridique. Reste à imaginer comment devraient se comporter, les uns envers les autres, les divers engagements ainsi constitués (la créance fondamentale, la créance abstraite décalquée d'elle). La pratique contractuelle gagnerait ici à s'alimenter à la source du droit des sûretés personnelles et plus encore de la théorie générale des obligations. Nombreuses sont en effet les hypothèses de pluralité de liens de droit, indépendants au plan de la cause, et néanmoins convergents au stade de l'exécution volontaire : la garantie à première demande ; en certains cas, la délégation imparfaite ; et surtout la figure du codébiteur solidaire adjoint de l'article 1216⁶³⁷ du code civil ici renversée en celle d'un cocréancier solidaire, non intéressé à la dette. Cette dernière figure inédite, plus que toute autre, présente une parenté éclairante avec le mécanisme tel qu'il est pratiqué sous le nom de parallel debt. Certes, la proximité entre parallel debt et solidarité active est le plus*

⁶³⁷ Il s'agit de l'ancien article 1216 du Code civil qui disposait : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions. » Cet article a été remplacé par l'article 1318 du Code civil qui dispose : « Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui. » Ce changement a été opéré par l'article 3 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

souvent écartée, au motif que le créancier adjoint au prêteur devrait, pour être qualifié de “solidaire”, avoir lui-même contribué au prêt. L’argument n’est toutefois pas dirimant dès lors que l’on repousse l’analyse traditionnelle de la solidarité caractérisée par l’unicité de dette et la pluralité de liens obligatoires. Cela engendrerait toutefois l’application du régime primaire de la solidarité, effet dont on ne jurerait pas qu’il traduise les aspirations exactes de la pratique. La question apparaît alors comme étant celle d’une éventuelle supplétivité du régime français de la solidarité, tant sur le terrain de l’opposabilité des exceptions que sur celui de la représentation mutuelle, ce que rien n’empêche rationnellement. N’existe-t-il pas, au fond, pluralité possible du régime des créances liées par une communauté d’objet ; régime qui serait dicté en arrière-plan par le droit commun de la solidarité et aménagé dans toute la mesure de la non-atteinte aux intérêts étrangers au rapport des cocréanciers ? Quoi qu’il en soit de ces hypothèses, le plus simple serait sans doute, à l’avenir, d’instituer fiduciaire au sens du code civil le créancier adjoint ; sauf que, pour la parfaite commodité de l’opération, il faudrait pouvoir admettre que la créance parallèle contre le débiteur ou un garant de ce dernier soit directement constituée sur la tête du fiduciaire, sans en passer par le “transfert” que semble imposer la lettre de l’article 2011. En cette hypothèse, les droits des créanciers prêteurs seraient d’ailleurs renforcés dans l’hypothèse de l’insolvabilité de l’agent des sûretés (art. 2024 c. civ.)⁶³⁸. »

ii. Un engagement contractuel non accessoire

393. La dette parallèle est bien un mécanisme augmentant les possibilités de remboursement d’une créance mais cela ne fait pas d’elle une sûreté au sens strict. Ainsi, elle ne constitue pas l’accessoire d’une créance principale. C’est ce qu’a relevé la Cour de cassation dans l’arrêt *Belvédère* : « Mais attendu qu’après avoir décrit le système de la dette parallèle (parallel debt), consacrée par l’article 8.24 de la convention de partage des sûretés, consistant pour l’émetteur de l’emprunt et ses garants à prendre, envers les agents des sûretés, afin de faciliter la constitution, l’inscription, la gestion et la réalisation de celles-ci directement au nom de ces agents, un engagement contractuel non accessoire équivalent à celui dont ils sont tenus dans leurs rapports avec les porteurs des titres de créance ou le trustee. » Comme la Cour l’indique, le mécanisme crée un engagement parallèle du débiteur à l’égard du créancier parallèle. Ce

⁶³⁸ L. d’Avout et N. Borga, « Belvédère : les “dettes parallèles” de droit étranger reconnues dans la faillite française », *D.*, 2011, p. 2522.

dernier est titulaire d'un droit personnel pour obtenir le paiement de la dette parallèle dont il est titulaire. La dette ainsi établie afin de garantir un autre engagement n'est donc pas une sûreté mais un autre engagement, parallèle, différent et autonome par rapport à la dette garantie. La règle selon laquelle « *l'accessoire suit le principal* » n'a donc pas lieu de s'appliquer à la dette parallèle. Cela a pour conséquence que le débiteur ne peut opposer au créancier parallèle les exceptions inhérentes à la dette principale. L'agent des sûretés, créancier parallèle, est le seul titulaire des sûretés et garanties octroyées dans l'opération de financement. Paradoxalement, ces sûretés sont donc l'accessoire de la dette parallèle et elles continueront d'exister en cas de vice affectant la dette principale⁶³⁹.

394. Cette qualité de créancier fictif de l'agent des sûretés dont l'activité repose sur le mécanisme de la dette parallèle a plusieurs atouts.

§2. Les atouts de la dette parallèle

395. Le mécanisme de la dette parallèle employé pour réaliser la mission d'agent des sûretés a deux principaux atouts : une simplification du transfert de participation au sein du *pool* bancaire (A) et une facilitation du traitement des créances en cas de procédure collective (B).

A. La simplification du transfert de participation

396. La mise en place d'une dette parallèle est propice à la cession de participations au sein du *pool*. Ce mécanisme protège l'intérêt commun des créanciers (1) grâce à un cadre contractuel souple (2).

1. La protection des intérêts communs des créanciers

397. Plusieurs objectifs louables. Face aux risques qu'une gestion des sûretés inadéquate peut entraîner, la pratique contractuelle des banques s'est efforcée, à travers le recours à la dette parallèle, de mettre en place un agent des sûretés habilité à procéder à toutes les formalités nécessaires à l'inscription et à l'opposabilité des sûretés. En résumé, la « *stipulation d'une dette parallèle répond à plusieurs objectifs louables : simplification de la prise, du renouvellement*

⁶³⁹ V. Terzic, *op. cit.*, p. 46.

et de la réalisation des sûretés, ainsi centralisées entre les mains du seul agent des sûretés ; limitation corrélative des risques de poursuites intempestives par l'un des membres du pool bancaire ; économie de coûts d'inscription ; dispense de recours au mandat, nécessairement révocable (même à titre onéreux) ; souplesse, afin de faciliter les cessions de participations en risque et/ou trésorerie au sens du pool⁶⁴⁰ ».

398. La simplification du transfert de participation. Le but principalement recherché est de simplifier au maximum le transfert de participations dans le *pool*. Ainsi, par exemple, l'agent des sûretés devra pouvoir, sans l'intervention des banques prêteuses, procéder à l'inscription d'une hypothèque au service de la publicité foncière ou d'un nantissement de fonds de commerce sur un registre spécial. Ces inscriptions doivent être réalisées au nom de chaque créancier bénéficiant de sûretés selon la quote-part de la créance dont ils sont titulaires. Toutefois, la faculté octroyée à l'agent de gérer tout seul les sûretés peut parfois entrer en conflit avec des dispositions légales du droit des sûretés. En effet, en droit français, les sûretés constituent l'accessoire d'une créance et ne peuvent donc en principe pas être consenties à une personne autre que le créancier. Selon cette logique, l'agent des sûretés doit nécessairement être un créancier. C'est là l'une des raisons pour lesquelles le mécanisme du *trust* ne fonctionne pas en France et l'un des arguments justifiant d'avoir recours à la figure de la dette parallèle. Effectivement, dans le cadre d'une dette parallèle, on l'a vu, l'agent des sûretés est le titulaire de toute la créance et, par conséquent, de toutes les sûretés.

399. Une gestion homogène des sûretés. Au sein d'un *pool* bancaire, chaque établissement est titulaire d'une créance garantie par une sûreté consentie par l'emprunteur : chaque établissement prêteur a ainsi le droit d'exercer une action visant le recouvrement de sa créance en cas de défaillance de l'emprunteur. Cette situation est de nature à provoquer une divergence dans les intérêts des créanciers et, par conséquent, dans la gestion du syndicat. Un tel risque pourrait conduire à un blocage dans la prise de décisions et, à terme, à l'échec de la syndication. Ce serait paradoxal puisque l'objectif même de ce dispositif est de faciliter l'effort collectif des prêteurs. Cela peut se produire, par exemple, si une banque décide de lancer une action contre l'emprunteur en difficultés financières alors que le reste du syndicat serait plutôt favorable à la recherche d'un accord avec lui. Il est donc d'une très grande importance de trouver une façon

⁶⁴⁰ Ph. Dupichot, *loc. cit.*, p. 79.

efficace de gérer le syndicat afin d'éviter des actions individuelles qui pourraient porter préjudice à l'intérêt commun des créanciers membres du syndicat. La prévention de cette sorte de conflit passe surtout par une gestion correcte, c'est-à-dire homogène, des sûretés qui garantissent l'opération. Comme on l'a déjà étudié, il s'agit de la mission et de la raison d'être de l'agent des sûretés que de permettre une gestion cohérente des sûretés au sein d'un *pool*. Enfin, une gestion homogène et efficace des sûretés implique le choix d'une loi souple et adaptée à ce type de financement. En pratique, les banques optent régulièrement pour la loi new-yorkaise. La loi choisie par les parties a vocation à s'appliquer de façon générale aux relations contractuelles, sauf lorsque l'un des éléments de l'opération est régi par une loi de police⁶⁴¹. Ainsi, par exemple, si un bien, immeuble ou meuble, situé en France sert d'assiette à une sûreté consentie par l'emprunteur, ce sera la loi française qui devra s'appliquer en vertu de la règle *lex rei sitae*. Par conséquent, en cas de cession de participations au sein d'un syndicat bancaire, les conditions de transfert et d'opposabilité des sûretés portant sur des biens situés en France seront déterminées par la loi française⁶⁴².

2. Un cadre contractuel souple

400. La convention inter-créanciers. La dette parallèle repose sur un accord entre un agent des sûretés et un créancier dans lequel sont décrits le mécanisme et les obligations de chaque partie. De manière générale, cette convention est régie par le droit commun des contrats et par le régime de chaque sûreté consentie en garantie de la dette parallèle. Cet accord sur l'existence d'une dette parallèle figure généralement au sein de la convention inter-créanciers⁶⁴³ car toutes

⁶⁴¹ Les lois de police sont des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique et qui excluent l'application des lois étrangères ». Dans ce sens, elles peuvent être considérées comme des « lois d'application immédiate », c'est-à-dire, des « lois dont l'application, dans les rapports internationaux, serait commandée par leur contenu sans considération des règles de conflit ». G. Cornu, *op. cit.*, p. 626.

⁶⁴² V. Terzic, *op. cit.*, p. 13-14.

⁶⁴³ Dans une opération de financement, il est fréquent que les créanciers d'un débiteur commun signent un accord entre eux connu sous sa dénomination anglaise de « *Intercreditor Agreement* » (accord ou convention inter-créanciers), dans lequel ils conviennent de l'ordre suivant lequel leurs créances respectives seront payées. Cet accord conduit à établir une subordination entre les créanciers : il y aura ainsi des créances prioritaires ou « *seniors* » et des créances subordonnées ou « *juniors* ». V. I. Urbain-Parléani, *Les Comptes courants d'associés*, Paris : LGDJ, 1986, p. 339-348 ; M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre créanciers », dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris : Dalloz, 1991, p. 31-39 ; A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance* sous la direction d'Hervé Synvet. Thèse : droit : Paris II : 2002 ; Ph. Dupichot, *Le Pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris : Éd. Panthéon Assas, 2005, p. 528-537 ; M. Houssin, *La Subordination de créance*, Paris : LGDJ, 2018 ; B. Andriani, « La technique de subordination dans les financements structurés », dans Z. Sekfali, *Droit des financements d'entreprise*, 2^e éd., Paris : RB édition, 2018,

les parties financières la signent, ce qui n'est pas forcément le cas d'un contrat de crédit. La dette parallèle résulte ainsi de l'accord entre les prêteurs et le débiteur. Le créancier parallèle (l'agent des sûretés) acquiert de cette façon un droit de créance sur l'emprunteur. L'article 8.14 de la convention de partage des sûretés qui était en cause dans l'affaire *Belvédère* constitue un bon exemple de l'indépendance qui caractérise la dette parallèle. Le document précisait : « *La société Mère et chaque débiteur gagiste s'engage à titre irrévocable et inconditionnel à payer à chaque Agent des Sûretés, agissant en qualité de créancier en son nom propre et non en qualité de représentant des autres parties Privilégiées, des sommes égales, dans la devise concernée, aux sommes dues par la Société Mère et/ou par les Débiteurs Gagistes à chacune des Parties Privilégiées en vertu de chacun des Documents de Dette garantie par voie d'un extrait de reconnaissance de dette (la "dette parallèle").* »

401. La relation entre l'agent des sûretés et les créanciers. L'agent des sûretés, créancier parallèle, reçoit le paiement de la part du débiteur. La relation contractuelle unissant l'agent aux autres créanciers implique que l'agent a le devoir de transmettre les sommes perçues aux autres

p. 63-95 ; L. Chammas, D. Marcheteau, C.-M., Hurel, P.-L. Sevegrand, Ch. Moreau., « LBO (*Leverage buy out*). Création », *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, 2008, fasc. n° 2310, n° 105-112 [dernière mise à jour : 19 juin 2019] ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 10^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso, 2013, n° 651, p. 459 ; Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris : Economica, 2010, n° 115 ; A. Couret, « Comptes courants d'associés et entreprises en difficulté », *Revue Banque*, décembre 1981, n° 412, p. 1422 et s. ; L. Faugérolas, « La subordination des créances », in *Les Activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris : GLN-Joly ; Litec, 1991, p. 227-243 ; Z. Sekfali, « La technique de subordination dans les financements internationaux d'acquisitions d'entreprises, de projets et d'actifs », *Banque & Droit*, juillet-août 1999, n° 66 ; P. Delmotte « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », in *Rapport de la Cour de cassation 2003* ; M. Galland, « La subordination de dernier rang : régime et finalités des titres super-subordonnés », *BJS*, 2006 n° 10, p. 1111 et s. ; P.-M. Le Corre, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.*, 2010, p. 839 ; G. Ansaloni, « Retour sur la subordination des créances », *Banque & Droit*, janvier-février 2012, n° 141 ; R. Dammann, G. Podeurs, « Éclairage – Affaire Thomson-Technicolor : le clap de fin », *BJE*, 1^{er} mars 2012, n° 2, p.78 ; G. Plantin, D. Thesmar, J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites », *Les notes du conseil d'analyse économique*, juin 2013, n° 7 ; F.-X. Lucas, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.*, mai 2013, n° 3, dossier 19 ; R. Dammann et G. Podeurs, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752 ; M. Houssin, « Le droit français est-il *creditor friendly* ? », *International Journal on Insolvency Law*, 2017, vol. 1, p. 69 ; M. Houssin, « Pour une consécration de la subordination de créance par le Code civil », *BJE*, janvier 2018, n° 1, p. 67. V. en droit espagnol et des pays d'Amérique latine : M. Peña Briseño, « La subordinación de créditos en Derecho Concursal Comparado. El caso mexicano », *Perspectiva Jurídica*, n° 4 ; J.L. Goldenberg Serrano, *La subordinación voluntaria de créditos con especial referencia a los derechos español y chileno* sous la direction de Mercedes Curto-Polo et de José Ramón García Vicente. Thèse : droit privé : Universidad de Salamanca : 2010 ; J.-L. Goldenberg Serrano, « Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720 », *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, n° 2, p. 91-116. V. dans la pratique anglo-saxonne : Loan Market Association, « Intercreditor Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions (Senior/Mezzanine) », 2014 ; Loan Market Association, « Users guide to Form of Intercreditor agreement for real estate finance transactions (Senior/Mezzanine) », 2014 ; Practical law finance, « Intercreditor deeds: overview », 2016.

membres du *pool* bancaire. Le but principal de la dette parallèle étant de simplifier la gestion des sûretés, les créanciers acceptent que celles garantissant leurs créances soient prises uniquement au nom de l'agent. De plus, les créanciers renoncent à intenter des actions individuelles de recouvrement de leurs créances tant que l'agent des sûretés peut le faire. Cette dernière précision est importante puisque dans l'hypothèse où l'agent des sûretés serait défaillant, les créanciers récupéreraient leur droit d'agir en recouvrement de leur créance. La relation entre créanciers ainsi établie permet de gérer de façon homogène et ordonnée le crédit et les sûretés, en évitant les actions individuelles des banques qui viendraient déstabiliser l'équilibre établi entre elles⁶⁴⁴.

402. La relation des créanciers avec le débiteur. Comme cela a déjà été évoqué, la clause de *pro tanto* d'un contrat prévoit les liens entre la dette parallèle et la dette principale. Autrement dit, c'est la relation entre les créanciers (y compris l'agent des sûretés) et le débiteur qui est régie par cette clause en vertu de laquelle le montant de chaque créance diminue en fonction des paiements opérés par le débiteur. Ainsi, concrètement, si le débiteur paie une somme à l'agent des sûretés, ce montant est déduit de la créance des autres créanciers et ce paiement fait naître une obligation à l'égard de l'agent qui doit distribuer la somme entre les créanciers selon ce qui leur est dû. D'autre part, réciproquement, un paiement opéré aux créanciers par le débiteur vient diminuer d'autant la créance parallèle qui lie le débiteur à l'agent. La question qui se pose est celle du titre en vertu duquel l'agent des sûretés a le droit de conserver les sommes reçues en paiement avant de les distribuer à ses cocréanciers. Dans l'arrêt *Belvédère*, la Cour de cassation a constaté que « *la convention prévoit que toute somme versée entre les mains de l'un des agents ou d'un autre créancier privilégié s'imputera sur le montant total de la dette et que les agents ne conserveront les sommes encaissées qu'à titre fiduciaire*⁶⁴⁵ ». La référence à la fiducie ne renvoie pas dans ce cas à l'institution portant ce nom dans le Code civil mais plutôt à la notion d'administration. En effet, ce code prévoit un régime spécifique propre à la fiducie caractérisé notamment par l'existence d'un patrimoine d'affectation, inexistant dans la figure de la dette parallèle⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ V. Terzic, *op. cit.*, p. 19-20.

⁶⁴⁵ Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

⁶⁴⁶ V. Terzic, *op. cit.*, p. 19-20.

B. La facilitation du traitement des créances en cas de procédure collective

403. Un autre des principaux atouts de la dette parallèle est qu'elle permet à l'agent des sûretés de déclarer les créances de tous les membres du syndicat aux organes compétents dans le cadre d'une procédure collective (1), ces derniers pouvant en outre consulter l'agent (2).

1. La déclaration des créances

404. Besoin d'un mandat exprès. Tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de leur débiteur, à l'exception des salariés, doivent déclarer leurs créances au mandataire judiciaire à partir de la publication de ce jugement⁶⁴⁷. Une telle déclaration peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix⁶⁴⁸. *A contrario*, la déclaration des créances opérée par une autre personne que le créancier et ne disposant pas de l'habilitation requise sera inopposable à la procédure. Il ressort de ce régime que l'habilitation donnée à l'agent des sûretés de déclarer la créance de l'ensemble des prêteurs a une importance particulière. Dans un arrêt de la Cour de cassation réunie en assemblée plénière, il a été jugé que « *la déclaration des créances équivaut à une demande en justice ; que la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration des créances ; qu'en cas de contestation, il peut en être justifié jusqu'au jour où le juge statue*^{649 650} ».

405. Il aurait pu être envisageable que le chef de file d'un syndicat bancaire soit tacitement mandaté pour déclarer les créances de tous ses membres en cas de procédure collective ouverte contre l'emprunteur. La jurisprudence a cependant considéré, dans un arrêt de 2000, que le syndicat n'ayant pas la personnalité juridique, « *la preuve d'un mandat donné au chef de file d'agir en justice pour recouvrer les sommes dues aux autres créanciers ne peut, en l'absence de mandat écrit, résulter des seules usages de la profession*⁶⁵¹ ». Par ailleurs, le modèle de

⁶⁴⁷ Article L. 622-24 du Code de commerce.

⁶⁴⁸ Article L. 622-24 al. 2 du Code de commerce.

⁶⁴⁹ Ass. plén., 4 février 2011, n° 09-14.619.

⁶⁵⁰ V. Terzic, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵¹ Cass. com., 21 mars 2000, n° 95-20.155.

contrat de crédit de la LMA exclut la possibilité d'ester en justice pour l'agent des sûretés. Il en résulte que les prêteurs sont obligés de donner à l'avance un tel mandat à l'agent afin de ne pas se retrouver confrontés à la situation d'urgence dans laquelle le débiteur serait en faillite et que personne ne puisse déclarer les créances à la procédure⁶⁵².

406. La déclaration de plein droit par le créancier parallèle. Au regard de l'absence de mandat tacite d'ester en justice au bénéfice de l'agent des sûretés, il est certain que la dette parallèle présente des avantages incomparables. En effet, dans l'affaire *Belvédère*, les juges ont accepté la déclaration des créances opérée par le créancier parallèle en procédant à un raisonnement en plusieurs étapes. Tout d'abord, il a fallu identifier la loi déterminant les règles relatives à la déclaration des créances. Pour résoudre cette question, les juges ont appliqué l'article 4.2 h du règlement (CE) n° 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁶⁵³ qui établit que les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances sont celles de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte⁶⁵⁴. Ensuite, afin de déterminer la qualité des créanciers, les magistrats ont retenu la loi sous l'empire de laquelle le contrat avait été conclu. Par cette façon de procéder, les agents des sûretés ont pu légalement déclarer l'ensemble des créances dont ils étaient titulaires en vertu du mécanisme de la dette parallèle. Ainsi, sans avoir de mandat exprès, ils se sont vu reconnaître la capacité de déclarer l'intégralité de la créance. Il s'agit d'une simplification remarquable de la procédure de déclaration des créances qui bénéficie aux prêteurs⁶⁵⁵.

2. La consultation de l'agent des sûretés

407. Une fois que la créance de l'agent des sûretés a été admise à la procédure collective, il est important de déterminer quels créanciers seront consultés afin d'accorder des remises et des

⁶⁵² V. Terzic, *op. cit.*, p. 42-43.

⁶⁵³ Ce règlement a été remplacé depuis par le règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité

⁶⁵⁴ La loi applicable à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et à ses effets est appelée *lex concursus*. V. considérant 66 du règlement (UE) 2015/848 précité : « *Le présent règlement devrait, dans les matières visées par celui-ci, établir des règles de conflit de lois uniformes qui remplacent, dans le cadre de leur champ d'application, les règles nationales du droit international privé. Sauf disposition contraire, la loi de l'État membre d'ouverture de la procédure devrait être applicable (lex concursus). Cette règle de conflit de lois devrait s'appliquer tant à la procédure d'insolvabilité principale qu'aux procédures locales. La lex concursus détermine tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés. Elle régit toutes les conditions liées à l'ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité.* »

⁶⁵⁵ V. Terzic, *op. cit.*, p. 43.

délais de paiement au débiteur. Cette interrogation trouve sa réponse dans l'admission solidaire des créances. Or, la Cour de cassation a clairement établi dans l'arrêt *Belvédère* la solidarité entre les créanciers comme condition d'admission de leurs créances en constatant que « *les sociétés débitrices, libérées à due concurrence par tout règlement ou autre mode d'extinction de la dette, n'étaient pas exposées à un risque de double paiement et que toute création d'un passif artificiel était exclue dans la mesure où la créance de chacune des sociétés Bony Mellon, Natixis et Raiffeisen n'est admise, conformément à la loi française de la procédure collective régissant les conditions de l'admission, que solidairement avec celle des deux autres* ». Dès lors, ce sera l'agent des sûretés qui sera consulté⁶⁵⁶. Comme le signale Virginie Terzic, « *cette solidarité permet de prévenir tout risque de double paiement et de création de passif artificiel qui viendrait empêcher l'apurement du passif du débiteur soumis à la procédure collective. Si, a priori, il semble s'agir d'une condition restreignant l'admission des créances issues de dette parallèle, il convient de noter que les mêmes effets sont atteints en suivant les dispositions contractuelles mettant en place la dette parallèle puisque le paiement réalisé dans les mains de l'un des créanciers éteint la dette du débiteur à due concurrence vis-à-vis de l'autre créancier. On peut donc assumer que la créance issue d'une dette parallèle est par nature admissible à la procédure collective et peut ainsi pleinement produire ses effets et assurer que les créanciers principaux soit en mesure de recouvrer leur créance malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de leur débiteur*⁶⁵⁷ ».

408. Conclusion de la section. Institué en tant que créancier parallèle, l'agent des sûretés a suscité un intérêt à la fois en raison de son caractère fictif, toujours attractif pour l'esprit juridique français très attaché aux abstractions, mais également de ses liens étroits avec certains mécanismes civilistes ainsi que plusieurs atouts pratiques. Un tel agent a pu se révéler être une possible alternative au *security trustee* et aux mécanismes de droit civil. Cependant, en droit français, la dette parallèle ne trouve pas de qualification précise si ce n'est celle de mécanisme *sui generis* dont le but est de faciliter la constitution et la gestion de sûretés dans le cadre d'un crédit syndiqué et de protéger les prêteurs. Le rôle de la dette parallèle au regard de la réception de l'agent des sûretés en France est donc importante comme on peut le relever de l'arrêt

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 43-44.

⁶⁵⁷ V. Terzic, *op. cit.*, p. 44

Belvédère rendu par la Cour de cassation en 2011 qui a déterminé les conditions de validité et les effets de ce mécanisme en France.

Section 2 : L'apport de l'arrêt *Belvédère* à la réception de l'agent des sûretés

409. La prolifération des montages recourant au mécanisme de la dette parallèle en Allemagne et aux Pays-Bas a été favorisée par le fait que la validité d'un tel mécanisme n'y a pas été contestée. Il en est allé autrement en France où la dette parallèle a été utilisée de façon plus modérée en raison des doutes générés quant à sa validité, du moins jusqu'à l'arrêt *Belvédère*⁶⁵⁸. En effet, cet arrêt rendu le 13 septembre 2011 par la Cour de cassation est venu donner un fondement juridique plus solide à la dette parallèle en inspirant ainsi une plus grande confiance des praticiens dans le mécanisme.

410. La situation avant *Belvédère*. Avant que la Cour de cassation ne rende cet arrêt, les conseils juridiques avaient l'habitude d'émettre des réserves dans leurs avis en précisant que la validité de la dette parallèle ne pouvait être affirmée de façon catégorique au motif qu'aucune jurisprudence n'avait étudié la question. En ce qui concerne la pratique des cabinets d'avocats français, l'adoption de la dette parallèle s'est ainsi faite progressivement. Les praticiens qui ont importé cette technique travaillaient dans des cabinets d'avocats d'origine anglaise installés à Paris et ont surtout cherché à rendre plus sûr le transfert de participations dans le cadre d'opérations employant des sûretés, par exemple afin d'éviter l'inscription en marge en cas de changement de participation dans un financement garanti par une hypothèque. Cependant, certains notaires n'étaient pas disposés à accepter le mécanisme et ont refusé de le considérer⁶⁵⁹, un comportement qui a eu pour conséquence de ralentir son processus de réception en droit français. Ainsi, en raison de cette situation, il n'était pas rare que certains avocats aient fait le choix de ne pas proposer la dette parallèle à leurs clients en mettant en avant la raison officielle selon laquelle les tribunaux français ne s'étaient jamais prononcés sur la question.

⁶⁵⁸ Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

⁶⁵⁹ Ph. Dupichot, « *La parallel debt* vue du *Belvédère* » dans « L'actualité des sûretés vue du *Belvédère* », *Dr. et patri.*, février 2012, n° 211, p. 79.

Logiquement, cette situation a conduit à une inquiétude parmi les praticiens qui prenaient le risque de recourir à la dette parallèle. Cette période d'incertitude toucha à sa fin lorsque la Cour de cassation a enfin eu l'occasion de se prononcer sur ce mécanisme à travers trois pourvois⁶⁶⁰ soulevés contre trois décisions de la cour d'appel de Dijon du 21 septembre 2010⁶⁶¹. Il s'agit du très célèbre arrêt *Belvédère*.

411. Dans cet arrêt rendu par la chambre commerciale le 13 septembre 2011⁶⁶², la Cour de cassation a considéré qu'un mécanisme de dette parallèle, valablement constitué dans un droit étranger applicable au contrat, n'est pas contraire à l'ordre public international français et peut produire des effets en France. Cette solution a constitué une étape clé dans la réception de l'agent des sûretés mais n'a malheureusement pas permis de déterminer si la dette parallèle était valable en droit français. Par conséquent, il peut être affirmé que cet arrêt a permis de recevoir la dette parallèle de droit étranger (§1), mais pas une dette parallèle de droit français (§2).

§1. La réception de la dette parallèle de droit étranger

412. L'affaire *Belvédère* concernait un montage soumis à un droit étranger (A), déclaré par la Cour de cassation comme étant conforme à l'ordre public international français (B).

⁶⁶⁰ Pourvois n° K 10-25.533, A 10-25.731 et T. 10-25.908. Très liés entre eux, ces pourvois ont été unis pour que la Cour de cassation statue en une seule fois sur les trois.

⁶⁶¹ CA Dijon, 21 septembre 2010, RG n° 09/2078, pour le pourvoi n° 10-25.533, CA Dijon, 21 septembre 2010, RG n° 09/02080, pour le pourvoi n° 10-25.731 et CA Dijon, 21 septembre 2010, RG n° 09/02082, pour le pourvoi n° 10-25.908.

⁶⁶² Cet arrêt a été très commenté. V. par exemple : « Intervention dans une procédure collective française d'un *trustee* et d'un agent des sûretés », *BRDA*, 16 septembre 2011 ; « Prise en compte de la qualité d'un *trust* dans une procédure collective », *JCP E*, 22 septembre 2011, n° 38, act. 484 ; J.-F. Adelle et E. Naulais, « Financements internationaux : reconnaissance en droit français du *trust* et de la *parallel debt* », *Option Finance*, 10 octobre 2011, n° 1143 ; J.-L. Vallens, « La qualité de créancier est déterminé par la loi du contrat », *RTD Com.*, 2011, p. 801 ; F.-X. Lucas, « Déclaration de créance par un *trustee* et traitement des *parallel debts*, l'exotique dossier *Belvédère* », *LEDEN*, octobre 2011, n° EDED-411147-41109, p. 1 ; F. Jault-Seseke, « *Trust*, "dettes parallèles" et procédures d'insolvabilité : une alchimie réussie », *RDLA*, décembre 2011, n° 66 ; J.-P. Reméry, « Reconnaissance des dettes parallèles dans la faillite française », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 870 ; M. Menjucq et Th. Mastrullo, « Affaire *Belvédère* : qualité de créancier, *trust* et dette parallèle », *Rev. proc. coll.*, novembre 2011, n° 6, comm. 173 ; R. Libchaber, « Le *trust* et la dette parallèle devant la Cour de cassation », *BJS*, décembre 2011, n° JBS-0509, p. 987 ; Ch. Garcia et A. Bebe Epale, « L'apport de l'arrêt *Belvédère* », *Banque & Droit*, mars-avril 2012, n° 142 ; B. Fages, « Reconnaissance de la *parallel debt* », *RTD civ.*, 2012, p. 116 ; S. Vermeille, R. Bourgueil et A. Bezert, « L'affaire *Belvédère* ou les effets contre-productifs du droit français des entreprises en difficulté – Plaidoyer pour une réforme ambitieuse », *RDTF*, 2013, n° 3.

A. Un montage de droit étranger

413. Le litige présentait plusieurs éléments d'extranéité : le droit applicable était celui de l'État de New York, la société mère était française alors que plusieurs de ses filiales étaient polonaises, les agents des sûretés et les banques étaient aussi de plusieurs nationalités et la procédure collective en question a été ouverte en France.

414. Le montage objet du litige. L'affaire concernait la procédure collective ouverte contre la société *Belvédère*, une entreprise française dont le siège social se trouve sur le territoire français (immatriculation faite au registre du commerce et des sociétés de Beaune). Certaines de ses filiales polonaises ont également été concernées par une procédure collective en France.

415. L'opération litigieuse, soumise au droit de l'État de New York, a été lancée par des banques françaises et étrangères le 24 mai 2006 dans le but de financer *Belvédère* sur les marchés internationaux. Elle consistait en une émission obligataire sous la forme de titres de créances négociables à taux variable ou *floating rate notes*. Les obligations de *Belvédère*, soumises au droit new-yorkais, étaient garanties par des sûretés octroyées par six filiales du groupe de la société et par les sociétés *Marie Brizard* et *Roger International*. Le *security package* avait pour bénéficiaire la banque américaine *The Bank of New York Mellon* qui agissait en tant que *trustee* pour les créanciers. Les créanciers étaient donc les bénéficiaires du *trust* de droit new-yorkais qui contenait les garanties.

416. La « convention de partage des sûretés ». De plus, une « convention de partage des sûretés », prévue dans la documentation financière (la convention de partage des sûretés était donc également soumise au droit de l'État de New York), mentionnait en tant qu'agents des sûretés la banque française *Natixis* et la banque polonaise *Raffaisen Bank Polska*. Précisément, l'article 8.14 de ce contrat mettait en place un mécanisme de dette parallèle au profit des agents des sûretés dans les termes suivants :

« a) *La société mère et chaque débiteur gagiste s'engagent à titre irrévocable et inconditionnel à payer à chaque agent des sûretés, agissant en qualité de créancier en son nom propre et non en qualité de représentant des autres parties privilégiées, des sommes égales, dans la devise concernée, aux sommes dues par la société mère et/ou par les débiteurs gagistes à chacune des parties privilégiées en vertu de chacun des documents de dette garantie par voie d'un extrait*

de reconnaissance de dette (la “dette parallèle”). » L’existence autonome de la dette parallèle ne faisait ainsi aucun doute, ce qui a pour conséquence que « le créancier parallèle agit donc en son nom propre et non pour le compte d’autrui. C’est ainsi d’ailleurs qu’il ne lui était pas fait obligation dans cette convention de disposer d’un patrimoine distinct du sien pouvant accueillir les sommes à recevoir des débitrices. Le créancier parallèle est en droit, à l’instar du créancier solidaire, de faire une déclaration de créance au passif du débiteur défaillant⁶⁶³ ».

417. La clause de pro tanto. L’article 8.14 prévoyait aussi une clause de pro tanto aux termes de laquelle : « c) Toute somme due ou à payer par la société mère ou par tout débiteur gagiste en faveur d’un agent des sûretés en vertu de la présente clause 8.24 sera réduite dans la mesure où les autres parties privilégiées auront perçu (et seront en mesure de conserver) le règlement intégral du montant correspondant en vertu des autres dispositions des documents de la dette garantie, et toute somme due ou à payer par la société mère et/ou par les autres débiteurs gagistes aux autres parties privilégiées en vertu de ces dispositions sera réduite dans la mesure où un agent des sûretés a perçu (et sera en mesure de conserver) le règlement intégral du montant correspondant en vertu de la clause 8.24. » Cette disposition contractuelle faisait ainsi état du droit des agents des sûretés d’être payés directement par le ou les débiteurs : « Il en ressort une reconnaissance explicite pour chacune des catégories de créanciers – cocréanciers (“autres parties privilégiées”) ou créancier parallèle (“agent des sûretés”) – d’un même droit à paiement de tout ou partie de leur créance sur leur débiteur commun⁶⁶⁴. »

418. Confrontées à des problèmes financiers, la société *Belvédère* et ses six filiales garantissant l’emprunt ont été soumises à des procédures de sauvegarde de droit français ouvertes sur le fondement du règlement européen « Insolvabilité »⁶⁶⁵ au tribunal de commerce de Beaune. Le *trustee* (*Bony Mellon*) et les agents des sûretés (*Natixis* et *Raiffeisen*) ont procédé à la déclaration de leur créance dans le cadre de la procédure de sauvegarde. La déclaration portait sur un montant égal à la totalité de l’emprunt et les créances ont été admises solidairement par un arrêt de la cour d’appel de Dijon⁶⁶⁶.

⁶⁶³ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*, point 13.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ À l’époque de cette affaire, il s’agissait du règlement (CE) n° 1346-2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité. Depuis, le cadre juridique est celui du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du conseil du 20 mai 2015 qui a révisé celui du 29 mai 2000. Il est entré en vigueur le 26 juin 2017.

⁶⁶⁶ CA Dijon, 21 septembre 2010, RG n° 09/02078, n° 09/02080 et n° 09/02082.

419. La décision de la Cour de cassation. La société *Belvédère* et ses filiales ont cependant formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel. La chambre commerciale de la Cour de cassation l'a rejeté en considérant qu'un mécanisme de dette parallèle, valablement constitué dans un droit étranger applicable au contrat, n'est pas contraire à l'ordre public international français et peut, par voie de conséquence, produire des effets dans le cadre d'une procédure collective de droit français si l'imputation des paiements ou l'admission solidaire des créances sont respectées.

B. La conformité à l'ordre public international

420. L'ordre public international. L'ordre public international désigne l'« *ensemble des principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée (C. civ., a. 6) mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères (en quoi il est dit parfois ordre public d'éviction) [...] ; lorsque les principes apparaissent comme reflétant, non pas les conceptions particulières d'un ordre juridique, mais la conviction dans celui-ci que ces principes sont en fait, ou devraient être, consacrés dans le monde entier ("principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue")*, il est parlé d'« *ordre public véritablement international* »⁶⁶⁷ ».

421. L'accessoire et le principal. La notion de dette parallèle empruntant l'un de ses termes aux mathématiques, un auteur a pu avoir recours à la géométrie pour s'interroger sur la compatibilité de la dette parallèle à l'ordre public international : « *La géométrie classique enseigne que deux droites parallèles ne se rencontrent jamais ; à l'inverse, le droit des sûretés commande l'établissement d'un lien entre la créance garantie et la sûreté. Or, si deux créances sont véritablement parallèles, comment l'une pourrait-elle être la garantie de l'autre ? Où situer l'accessoire et le principal ? Comment une telle dette parallèle – à la supposer causée (ou reposant sur une considération) – pourrait-elle servir de fondement à des voies d'exécution engagées du chef de l'agent des sûretés ? En un mot comment en cent : la parallel debt n'était-elle pas contraire à l'ordre public international français ? Ce dernier tend à l'éviction de la loi*

⁶⁶⁷ G. Cornu, *op. cit.*, p. 721.

étrangère désignée par la règle de conflit et à la substitution de la lex fori dans la mesure où seraient heurtées les conceptions fondamentales du for : du contenu plus exigeant que l'ordre public interne, on le définit depuis le célèbre arrêt Lautour du 25 mai 1948 comme l'ensemble des "principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur nationale absolue" auxquels il ne saurait être dérogé⁶⁶⁸. »

422. Les effets de la dette parallèle soumise au droit étranger. Dans son arrêt *Belvédère*, la Cour de cassation a reconnu qu'une dette parallèle constituée selon un droit étranger pouvait produire des effets en France parce qu'un tel mécanisme n'est pas contraire à l'ordre public international, en précisant : « *Mais attendu que la conception de la cause des obligations contractuelles retenue par le droit français n'est pas, dans tous ses aspects, d'ordre public international ; que l'absence de constitution par certaines sociétés débitrices de sûretés réelles au profit des agents des sûretés ne fait pas nécessairement obstacle, dans le cadre d'une opération globale de financement soumise à un droit étranger admettant l'existence d'une dette parallèle envers eux, à leur admission aux passifs de ces sociétés qui sont personnellement garantes de l'exécution de l'ensemble des engagements ; que la cour d'appel en a exactement déduit que le respect de l'ordre public international au sens du droit international privé français était suffisamment assuré par le caractère chirographaire de l'admission des sociétés Natixis et Raiffeisen aux passifs respectifs des filiales de la société Belvédère établies en Pologne et de la société Marie Brizard ; que le moyen n'est pas fondé* »⁶⁶⁹. Ainsi, comme l'expliquent deux auteurs, « *au regard de la technique du droit international privé, il faut faire observer que la pratique à l'œuvre est celle d'une véritable "application" du droit étranger, non pas d'une simple prise en compte en tant qu'élément de fait dans le cadre de la mise en œuvre de la loi locale. Ceci est de nature à offrir aux demandeurs en justice plus de garanties encore quant au respect du droit étranger en question. L'affirmation pourra paraître paradoxale car la Cour de cassation n'effectue en l'espèce qu'un contrôle lâche de l'établissement, par les juges du fond, de la teneur du droit étranger. Dans l'affaire Belvédère, elle s'en tient aux termes du contrat, réputés aux conformes au droit de New York, en l'absence de contestation suffisamment étayée de ce point par la partie y ayant intérêt* »⁶⁷⁰. »

⁶⁶⁸ Ph. Dupichot, *loc. cit.*, p. 80. L'auteur cite la référence suivante : Cass. civ., 25 mai 1948, Lautour : *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 89, note H. Batiffol.

⁶⁶⁹ Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

⁶⁷⁰ L. d'Avout et N. Borga, *loc. cit.*, p. 2518.

423. L'analyse de la Cour de cassation. Le rapport annuel de la Cour de cassation de 2013 a d'ailleurs analysé l'affaire *Belvédère* sous l'angle de sa conformité à l'ordre public international en indiquant : « *La modernisation du droit national n'est pas non plus étrangère à l'acclimatation, dans l'ordonnement juridique français, d'institutions étrangères, auxquelles l'on n'oppose pas ou plus la conception française de l'ordre public international. C'est ainsi que, dans un arrêt du 13 septembre 2011 (pourvoi n° 10-25.731, Bull. 2011, IV, n° 131, RCDIP 2011 n° 4, 1^{er} mars 2012, p. 870, rapp. J.-P. Rémy), la chambre commerciale, par application d'un contrat d'émission d'un emprunt international sous forme de titres de financement négociables à taux variable, conforme au droit de l'État de New York, reconnaît au trustee désigné pour "gérer" l'emprunt et aux agents des sûretés constituées en garantie la qualité directe de créanciers, aptes à déclarer leur créance à la procédure collective ouverte en France à l'égard de l'emprunteur, sans avoir à justifier d'un mandat des porteurs finaux des titres, ces derniers pouvant apparaître a priori comme les "véritables" créanciers. La Cour de cassation considère, en effet, que la qualité de créancier s'apprécie au regard de la loi de la source de la créance, ici la loi du contrat, et que la conception française de l'ordre public international ne s'oppose pas à l'admission des agents des sûretés, en tant que créanciers personnels au titre d'une dette parallèle ("parallel debt"), miroir de celle existant à l'égard des porteurs de titres ou du trustee, pourvu que les conventions passées entre les parties et une admission solidaire des différents créanciers permettent d'éviter tout risque de double paiement ou création d'un passif artificiel. Selon l'arrêt, "[...] sous cette réserve, le droit de l'État de New York applicable aux crédits syndiqués, en ce qu'il admettait le principe d'une dette parallèle envers les agents des sûretés, n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international". L'arrêt n'ignore pas que le législateur français a lui-même fait un pas, quoique limité, dans le sens de la reconnaissance d'un statut d'agent des sûretés, puisqu'il résulte de l'article 2328-1 du code civil, créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie et modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, que "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", ce qui implique que l'agent des sûretés, puisque c'est de lui qu'il s'agit, peut inscrire et gérer les sûretés en son nom (ce qui le*

distingue d'un mandataire). L'existence de ce texte n'était sans doute pas indifférente, compte tenu de la règle, déjà vue, de l'actualité de l'ordre public international »⁶⁷¹.

424. Les demandeurs au pourvoi cherchaient cependant à démontrer la contrariété de la dette parallèle à l'ordre public international sur les fondements du non-respect de l'égalité des créanciers (2) et d'absence de cause (1).

1. La cause de l'engagement du débiteur

425. L'existence de la cause. La Cour de cassation a décidé qu'une opération de crédit syndiqué, soumise à un droit étranger et prévoyant l'existence d'une dette parallèle au profit d'un agent des sûretés, peut produire des effets en France si le prêt est garanti par des sûretés de droit français. La question de la validité de l'opération se posait en l'espèce au regard de l'existence d'une cause de l'engagement du débiteur. En effet, l'article 1131 du Code civil, avant sa modification par l'article 2 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, disposait à l'époque que « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Une telle disposition légale limitait l'utilisation de la dette parallèle en France.

426. La cause avant la réforme de 2016. Dans le régime du droit des contrats antérieur à la réforme de 2016, l'article 1108 du même code énumérait quatre conditions de validité des conventions parmi lesquelles figurait la cause. Dans l'affaire *Belvédère*, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, les demandeurs au pourvoi ont soulevé l'argument selon lequel la dette parallèle est une obligation sans cause. La cause correspond à la raison d'être du contrat, à « *l'intérêt de l'acte juridique pour son auteur qui correspond [...] s'il s'agit de vérifier l'existence de la cause, à l'effet de droit inhérent à l'acte, considération abstraite plus objective et invariable dans un même type d'acte (ex. pour l'acquéreur, l'acquisition de la propriété ; pour le vendeur, la réception du prix)*⁶⁷² ». De manière générale, l'absence de cause était considérée comme une « *imperfection entraînant la nullité absolue de l'acte juridique* »⁶⁷³ ; plus spécifiquement, dans un contrat synallagmatique, la cause résidait dans l'exécution réciproque des obligations des parties. Comme l'explique Alain Sériaux, « *le sérieux de la*

⁶⁷¹ Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, p. 137-138.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*

*promesse qui fait le contrat se vérifie objectivement à travers la cause de l'engagement*⁶⁷⁴ ». Ainsi, l'absence de cause dans un contrat synallagmatique avait pour conséquence la nullité absolue de la convention compte tenu du lien d'interdépendance entre les obligations des parties.

427. La cause d'un contrat de droit étranger. La cause était une notion de droit civil français (qui a, certes, des notions proches dans d'autres systèmes de droit) mais le pourvoi demandait aux juges de cassation de la faire appliquer à une réalité juridique créée dans un ordre juridique étranger (le droit de l'État de New York). Selon les demandeurs, la cause de l'engagement du débiteur à l'égard des agents des sûretés était le consentement de garanties au profit de ces derniers. Or, étant donné qu'aucune garantie n'avait été consentie par le débiteur au bénéfice des agents de sûretés, l'opération n'avait selon eux pas de cause au regard du droit français et était donc nulle. Précisément, le pourvoi indiquait : *« le principe selon lequel l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet est d'ordre public interne et international ; que l'agent des sûretés a pour fonction de constituer, gérer et réaliser des sûretés ; que la seule raison d'être, et partant la cause de la dette "parallèle" envers l'agent des sûretés, est l'existence des sûretés consenties à son profit ; qu'en l'espèce, il résulte des propres contestations de la cour d'appel que les filiales polonaises de la société Belvédère n'avaient constitué aucune sûreté au profit de la société Natixis ; que la créance "parallèle" de la société Natixis à l'encontre des filiales polonaises était ainsi dépourvue de toute cause juridique*⁶⁷⁵. »

428. La cause dans l'ordre public international. La chambre commerciale de la Cour de cassation a cependant écarté l'argument du pourvoi tendant à faire déclarer nulle la dette parallèle pour absence de cause en affirmant que *« la conception de la cause des obligations contractuelles retenue par le droit français n'est pas, dans tous ses aspects, d'ordre public international ; que l'absence de constitution par certaines sociétés débitrices de sûretés réelles au profit des agents des sûretés ne fait pas nécessairement obstacle, dans le cadre d'une opération globale de financement soumise à un droit étranger admettant l'existence d'une dette parallèle envers eux, à leur admission aux passifs de ces sociétés qui sont personnellement garantes de l'exécution de l'ensemble des engagements ; que la cour d'appel en a exactement déduit que le respect de l'ordre public international au sens du droit international privé*

⁶⁷⁴ A. Sériaux, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁷⁵ Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

français était suffisamment assuré par le caractère chirographaire de l'admission des sociétés Natixis et Raiffeisen aux passifs respectifs des filiales de la société Belvédère établies en Pologne et de la société Marie Brizard ». La Cour a donc écarté l'argument des demandeurs sans toutefois préciser pourquoi la notion française de cause ne relève pas de l'ordre public international. D'une manière générale, cette décision semble suggérer que celle-ci n'est pas applicable à une opération de financement internationale⁶⁷⁶ : *« l'arrêt ouvre ainsi la voie à un contrôle à "géométrie variable" de la valeur de la théorie de la cause en droit international privé : si la cause n'est pas, dans tous ses aspects, d'ordre public international (les financements internationaux et syndiqués ont leur raisons...), c'est que, a contrario, certains aspects de la cause des obligations (cause objective) le seraient : on brûle de savoir ce qui reste de cette citadelle assiégée, de ce village causaliste et gaulois dans un droit mondialisé !⁶⁷⁷ »*

429. L'enrichissement sans cause. En suivant le raisonnement de la chambre commerciale dans cette affaire, il peut être déduit que les obligations nées sous l'empire d'un droit étranger ayant vocation à produire des effets en droit français doivent présenter moins quelques aspects essentiels de la cause. Si la constitution de sûretés au profit du créancier parallèle n'est pas apparue aux yeux des juges de cassation comme un aspect essentiel de la cause de l'opération de financement utilisant un mécanisme de dette parallèle, les paiements intervenus dans le cadre de l'opération doivent toujours présenter une justification⁶⁷⁸. L'élément déterminant de la réception de la dette parallèle en droit français semble être ainsi le respect de la prohibition de l'enrichissement sans cause : *« si la dette parallèle n'est pas évincée sur le fondement de l'ordre public international français, c'est parce qu'un système de "vases communicants" et d'imputations des paiements sur la créance "principale" avait été contractuellement institué entre les créances parallèles et respectives des porteurs, de Bony, Natixis et Raiffeisen : tout risque de double paiement était ainsi écarté par le schéma de financement⁶⁷⁹. »* C'est ce qu'affirme aussi Adrien Pesneau : *« Ainsi le concept même de dette parallèle ne heurte pas le système juridique français au point qu'il faille le refuser. Les hauts magistrats posent toutefois une condition à la validité d'un tel mécanisme (au regard de l'ordre public international français) : la présence de la clause pro tanto ou dite de "vases communicants". Il est en effet*

⁶⁷⁶ V. Terzic, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁷⁷ Ph. Dupichot, *loc. cit.*, p. 82.

⁶⁷⁸ V. Terzic, *op. cit.*, p. 33-34.

⁶⁷⁹ Ph. Dupichot, *loc. cit.*, p. 82. Quand l'auteur emploie le terme « vases communicants », il fait référence à A. Bordenave, obs. précitées sous Cass. com., 13 sept. 2011, aff. jtes n^{os} 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

*nécessaire que, d'une part, aucun passif artificiel ne soit constitué et que, d'autre part, il ne résulte pas d'un tel montage contractuel (de dette parallèle) un risque de double paiement. La nécessité d'un tel mécanisme de pro tanto est telle qu'elle fait partie intégrante du système de dette parallèle, de sa définition*⁶⁸⁰. »

430. La volonté exprimée par la Cour de cassation de se détacher d'une conception trop rigoureuse de la cause préfigurait peut-être la suppression de celle-ci en tant que condition de validité des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016⁶⁸¹.

431. L'appréciation globale de la cause de la dette parallèle. La rédaction du pourvoi concernant la cause de l'obligation de la dette parallèle se limitait à la relation existant entre le créancier et le débiteur. En revanche, la Cour fait le choix de l'examiner en tenant compte de tous les liens de droit entre les parties à l'opération, ce qui lui a permis de constater que *« l'absence de constitution par certaines sociétés débitrices de sûretés réelles au profit des agents des sûretés ne fait pas nécessairement obstacle, dans le cadre d'une opération globale de financement soumise à un droit étranger admettant l'existence d'une dette parallèle envers eux, à leur admission aux passifs des sociétés qui sont personnellement garantes de l'exécution de l'ensemble des engagements*⁶⁸² ». En examinant l'équilibre de l'ensemble de l'opération, les juges ont vu au-delà de la relation créancier-débiteur. Ils ont ainsi considéré que la cause d'une convention particulière intégrant une structure de financement plus élaborée peut s'expliquer en tenant compte de la logique et du but de l'ensemble du montage. Autrement dit, l'engagement du débiteur parallèle de payer le créancier parallèle agissant en tant qu'agent des sûretés ne se trouvait pas dans cette relation particulière mais dans le prêt que le syndicat des banques avait octroyé au débiteur. En contrepartie, ce dernier et ses filiales avaient constitué des sûretés au bénéfice de l'agent des sûretés⁶⁸³.

⁶⁸⁰ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁸¹ Virginie Terzic affirmait, avant la réforme du droit des obligations de 2016, en allant dans ce sens : *« La cause semble ainsi devoir être cantonnée, dans le cadre de la réception des mécanismes contractuels de droit étranger, à sa conception la plus essentielle, c'est-à-dire la prohibition des paiements dépourvus de toute justification. Elle n'apparaît plus comme une valeur fondamentale du système juridique français, certains avant-projets tels que celui de la Chancellerie prévoyant d'ailleurs sa suppression. Si elle n'a pas disparue du droit interne il semble désormais possible d'affirmer que l'ordre juridique français ne se trouve pas perturbé par l'admission d'obligations dont la cause ne réside pas dans l'obligation réciproque de l'autre partie. »* V. Terzic, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁸² Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

⁶⁸³ V. Terzic, *op. cit.*, p. 36. Dans l'affaire *Belvédère*, les agents de sûretés n'étaient pas bénéficiaires des sûretés garantissant la dette parallèle. Cependant, la Cour de cassation considère que l'ordre public français est respecté si les créances des agents des sûretés sont admises au moins à titre chirographaire.

432. La logique de la dette parallèle. La cour d'appel avait essayé de comprendre l'opération suivant la logique du droit français qui à l'époque n'admettait pas la dissociation entre la créance et la sûreté. La Cour de cassation, en revanche, a compris la logique financière et juridique de la technique de la dette parallèle qui sépare intellectuellement, et partiellement, la créance des sûretés qui la garantissent. Cette acceptation de la dette parallèle en tant que telle est légitime et conforme au droit puisqu'il ne s'agit pas tant d'apprécier la conformité au droit français de la structure même de l'opération de droit étranger mais de déterminer si ses effets sont ou non permis et proportionnés en droit français. L'arrêt *Belvédère* a dans une certaine mesure rassuré les acteurs des crédits syndiqués en France qui jusqu'alors n'étaient pas rassurés sur le fait de savoir s'il était possible que des sûretés de droit français puissent garantir une dette parallèle valablement constituée selon un droit étranger⁶⁸⁴.

2. Le respect du principe d'égalité des créanciers

433. Le risque de double paiement. Dans l'affaire *Belvédère*, la Cour de cassation a été confrontée à la délicate question de savoir si les agents des sûretés, titulaires des créances parallèles, étaient en droit de déclarer leurs créances dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur. La haute juridiction a décidé de reconnaître le droit du *security trustee* de droit étranger de déclarer des créances à la procédure collective française au nom des membres du syndicat bancaire. C'est l'un des principaux apports de l'arrêt puisque l'utilisation de la dette parallèle était en grande partie motivée par la non-reconnaissance de cette qualité au *security trustee* en droit français. Or, selon les débiteurs, la reconnaissance d'une telle prérogative en faveur des agents des sûretés conduisait à un double paiement. Leur pourvoi en cassation soulevait plusieurs éléments dans ce sens⁶⁸⁵ :

« que le principe d'égalité des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture est d'ordre public interne et international ; que le mécanisme des dettes "parallèles" autorise le créancier parallèle à obtenir paiement de sa créance alors même que la dette résultant de l'opération fondamentale serait éteinte ; que le mécanisme des dettes "parallèles" fait ainsi obstacle à l'apurement du passif du débiteur et rompt l'égalité des créanciers dans la procédure collective ; qu'en l'espèce, les créances "parallèles" des porteurs

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 32.

de notes, de la société Bony Mellon et des sociétés Natixis et Raiffeisen procédaient toutes de la même cause juridique, le contrat d'émission ; que l'article 8.24 du contrat de partage des sûretés prévoyait pourtant que la seule exception que la société Belvédère et ses filiales pouvaient opposer aux sociétés Natixis et Raiffeisen était le paiement des porteurs de Notes et de la société Bony Mellon ; qu'ainsi, le mécanisme des dettes "parallèles", qui n'autorise pas la société Belvédère et ses filiales à opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette, compromet l'apurement du passif et rompt l'égalité des créanciers ; qu'en appliquant pourtant le droit de l'État de New York qui admet le mécanisme des dettes "parallèles", la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil et les principes du droit international privé. »

434. Les arguments du pourvoi. Deux principaux arguments peuvent être dégagés de ces considérations : le premier relevait que le mécanisme de la dette parallèle est contraire au principe d'opposabilité de toutes les exceptions inhérentes à la dette tandis que le second invoquait la violation du principe d'égalité des créanciers⁶⁸⁶. Ce dernier, reconnu comme étant un principe d'ordre public, tant en droit interne qu'au niveau international, constitue l'un des fondements du droit des procédures collectives français applicable même lorsque le contrat n'a pas été soumis au droit français. Il conduit donc à traiter de façon égalitaire tous les créanciers titulaires d'une créance née avant le jugement d'ouverture d'une procédure collective affectant leur débiteur commun. Or, en permettant le paiement de la créance du créancier parallèle malgré l'extinction de la dette principale, le mécanisme de la dette parallèle empêchait en l'espèce l'apurement du passif du débiteur et était, par conséquent, selon les demandeurs au pourvoi, contraire au principe d'égalité des créanciers⁶⁸⁷. Dans ce sens, un auteur constate : « *En matière de faillite, la jurisprudence a rarement admis la contrariété à l'ordre public international. Mais le garde-fou du respect de l'ordre public international permet théoriquement de limiter les risques d'atteinte aux règles fondamentales comme celle de l'égalité des créanciers. En effet la jurisprudence considère comme relevant de l'ordre public international certaines règles essentielles du droit des procédures collectives. Dans un arrêt du 4 février 1992, la Cour de*

⁶⁸⁶ Sur ce sujet v. A. Chapon-Le Brethon, *Le Principe d'égalité entre créanciers*, Paris : LGDJ, 2021.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 33.

Cassation a reconnu expressément que le principe d'égalité des créanciers chirographaires relevait de l'ordre public international⁶⁸⁸. »

435. La clause d'imputation des paiements. Les demandeurs au pourvoi faisaient également valoir que la dette parallèle avait pour effet un enrichissement sans cause du créancier. Cependant, la Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement qui suggérait que l'opération portait atteinte au principe d'égalité des créanciers en constatant « *qu'après avoir décrit le système de la dette parallèle (parallel debt), consacrée par l'article 8.24 de la convention de partage des sûretés, consistant pour l'émetteur de l'emprunt et ses garants à prendre, envers les agents des sûretés, afin de faciliter la constitution, l'inscription, la gestion et la réalisation de celles-ci directement au nom de ces agents, un engagement contractuel non accessoire équivalent à celui dont ils sont tenus dans leurs rapports avec les porteurs des titres de créance ou le trustee, l'arrêt relève que la convention prévoit que toute somme versée entre les mains de l'un des agents ou d'un autre créancier privilégié s'imputera sur le montant total de la dette et que les agents ne conserveront eux-mêmes les sommes encaissées qu'à titre fiduciaire ; qu'ayant ainsi retenu que les sociétés débitrices, libérées à due concurrence par tout règlement ou autre mode d'extinction de la dette, n'étaient pas exposées à un risque de double paiement et que toute création d'un passif artificiel était exclue dans la mesure où la créance de chacune des sociétés Bony Mellon, Natixis et Raiffeisen n'est admise, conformément à la loi française de la procédure collective régissant les conditions de l'admission, que solidairement avec celle des deux autres, la cour d'appel en a exactement déduit que, sous cette réserve, le droit de l'État de New York applicable aux crédits syndiqués, en ce qu'il admettait le principe d'une dette parallèle envers les agents des sûretés, n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international⁶⁸⁹ »*. La Cour s'est ainsi attachée à la lettre de la clause d'imputation des paiements contenue dans la convention et donc à la volonté contractuelle des parties, mais plus fondamentalement elle a respecté la nature de la dette parallèle qui n'est pas d'être un accessoire de la dette principale mais un engagement autonome ou « parallèle » par rapport à celle-ci. Sur le fondement de l'existence d'une clause d'imputation

⁶⁸⁸ A. Benhamou-Gabriel, *Les Financements structurés et le droit des entreprises en difficultés* sous la direction de François-Xavier Lucas. Thèse : droit : Paris I Panthéon-Sorbonne : 2017, p. 89. L'arrêt mentionné (Cass 1^{re} civ., 4 février 1992, n° 90-12.569) affirme : « *Attendu que le principe de l'égalité des créanciers dans la masse, qui résulte des deux derniers de ces textes, est à la fois d'ordre public interne et international.* »

⁶⁸⁹ Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

des paiements, qui permet que les paiements réalisés au titre de la dette principale soient imputés du montant de la dette parallèle et que, inversement, les paiements effectués au titre de la dette parallèle aient pour conséquence de réduire la dette principale, la Cour a donc décidé que le mécanisme de la dette parallèle n'est pas contraire à l'ordre public international⁶⁹⁰.

436. L'identité de la dette principale et de la dette parallèle du point de vue économique.

La dette principale et la dette parallèle ont la même origine, à savoir un rapport d'obligation entre un débiteur et ses créanciers. Toutefois, malgré cette origine commune, il s'agit bien de deux dettes distinctes du point de vue du droit. Il en va autrement en termes économiques : « dans la parallel debt, même si juridiquement sa dette s'est dédoublée, économiquement le débiteur ne consent à une dette parallèle que parce qu'il est persuadé de n'avoir à payer que le seul montant dû aux cocréanciers. En l'espèce, la convention de partage des sûretés stipulait précisément que : “À toutes fins utiles, il est précisé que le montant total de la dette due par la société mère et/ou les débiteurs gagistes à chacune des parties privilégiées en vertu de chacun des documents de dette garantie ne sera pas modifié par l'application de la présente clause 8.24 [...]”. C'est ainsi que dans son arrêt du 13 septembre 2011, la Cour de cassation a rappelé “que les sociétés débitrices, (sont) libérées à [...] concurrence (de) toute somme versée entre les mains de l'un des agents ou d'un autre créancier privilégié [...] par tout règlement ou autre mode d'extinction de la dette, (elles) n'étaient pas exposées à un risque de double paiement et que toute création d'un passif artificiel était exclue”⁶⁹¹. » En effet, dans le cadre d'une procédure collective et dans le respect du principe d'égalité des créanciers, tous les créanciers doivent supporter de la même manière les pertes du débiteur : il n'est donc jamais envisageable de déclarer deux fois la même créance aux organes de la procédure sans que cette double déclaration ne soit limitée par l'imputation des paiements. Autrement dit, si une même créance est admise deux fois dans le cadre de la même procédure, il faut impérativement qu'une procédure d'imputation des paiements soit prévue. La Cour de cassation reconnaît ainsi la dette parallèle si celle-ci respecte l'égalité des créanciers, ce qui requiert deux éléments : d'une part, qu'une clause d'imputation des paiements soit prévue dans le contrat ; d'autre part, que l'admission de la créance parallèle à la procédure collective soit subordonnée à une solidarité

⁶⁹⁰ V. Terzic, *op. cit.*, p. 33-34.

⁶⁹¹ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*, point 17.

avec les autres créanciers. Ainsi, tout en respectant la liberté contractuelle des parties, la Cour conseille de rédiger attentivement les clauses servant de fondement à un tel mécanisme⁶⁹².

437. Résumé de la situation. En résumé, la Cour de cassation a déclaré qu'un contrat de dette parallèle, valablement constitué dans un droit étranger et quand il n'existe pas de risque de double paiement pour le débiteur, n'est pas contraire à l'ordre public international français et peut produire des effets en France. Cependant, malgré son grand apport dans le sens d'une réception de la dette parallèle en droit français, l'arrêt ne peut être interprété comme étant une reconnaissance pleine de ce mécanisme. Effectivement, la Cour n'a pas pris de décision concernant la validité de la dette parallèle dans l'ordre juridique français, c'est-à-dire qu'il n'a pas été déterminé qu'une dette parallèle puisse être constituée selon le droit français. Cette situation explique qu'il soit fréquent que les praticiens se protègent en émettant des réserves dans ce sens dans leurs avis juridiques.

§2. La réception incertaine de la dette parallèle de droit français

438. L'arrêt *Belvédère* ne s'étant pas prononcé sur la validité d'un mécanisme de dette parallèle créé sous l'empire du droit français, on peut alors se demander quel est le type de réception que le droit français a opéré (A) mais également essayer de comprendre quel est l'avenir de la dette parallèle (B).

A. Les types de réception possibles

439. La flexibilité du droit français. Souvent critiqué comme étant trop rigide, le système juridique français peut toutefois faire preuve d'une grande souplesse et d'une grande ouverture. Cela a été le cas s'agissant de « *la délicate affaire Belvédère, dont l'issue était attendue sur la place française et à l'étranger, [qui] donne à la chambre commerciale l'occasion de rendre un arrêt d'importance, techniquement pertinent dans l'accueil qu'il réserve aux créanciers étrangers dans les procédures d'insolvabilité et plus généralement révélateur de l'esprit flexible du droit français des affaires. Sont ainsi simultanément jugées recevables et admises*

⁶⁹² V. Terzic, *op. cit.*, p. 34.

*les déclarations de multiples créances, communes à raison de leur objet (dites parallel debts), et émanant d'un trustee et deux "agents des sûretés", investis d'un droit propre et abstrait au recouvrement de l'équivalent de la créance garantie*⁶⁹³ ». Cet arrêt montre que les juges sont capables de s'adapter en comprenant l'importance économique que des outils, telle la dette parallèle, revêtent dans la pratique des crédits syndiqués. Ainsi, comme le résume Adrien Pesneau, « *par le biais de l'arrêt Belvédère, le juge français a envoyé un signal positif aux praticiens favorables à une évolution de l'agent des sûretés en droit français. Cependant, il paraît nécessaire de relativiser la portée de cet arrêt concernant des faits antérieurs à la réforme de 2007 et relatif à une structure de droit étranger (droit new-yorkais)*⁶⁹⁴ ». Si l'arrêt du 13 septembre 2011 constitue bien une reconnaissance de l'agent des sûretés reposant sur le mécanisme de la dette parallèle, il est intéressant de se poser la question de savoir de quel type de réception il s'agit précisément.

1. La consécration

440. À la lecture de cet arrêt, les auteurs les plus optimistes ont parlé de « *consécration du trust et de la dette parallèle*⁶⁹⁵ », ou encore de « *réception du Trust et de la Parallel Debt en droit français*⁶⁹⁶ », en précisant que « *l'arrêt Belvédère de la Cour de cassation du 13 septembre 2011 confirme la réception du Trust sans le requalifier de mandat et consacre la validité d'une parallel debt soumise au droit New Yorkais. Il met ainsi terme à l'insécurité juridique, favorisant la mise en place d'emprunts internationaux en faveur des entreprises françaises*⁶⁹⁷ ». Pour ces commentateurs, « *l'apport essentiel de cet arrêt réside dans le fait que la Cour de cassation se montre respectueuse des spécificités du Trust en le reconnaissant directement, sans chercher à l'assimiler directement à une institution nationale équivalente*⁶⁹⁸ ». Cependant, ils précisent aussi que « *cette reconnaissance du Trust n'implique pas nécessairement la possibilité de constituer un Trust sur des biens situés en France*⁶⁹⁹ ».

⁶⁹³ L. d'Avout et N. Borga, *loc. cit.*, p. 2518.

⁶⁹⁴ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁹⁵ E. Fiszelson, « L'affaire *Belvédère* : la consécration du *trust* et de la dette parallèle », *RD banc. et fin.*, novembre 2011, n° 6, étude 32.

⁶⁹⁶ R. Damman et A. Albertini, « L'arrêt *Belvédère* : la réception du *Trust* et de la *Parallel Debt* en droit français », *JCP E*, 17 novembre 2011, n° 46, 1803.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ *Ibid.*

S'agissant de la dette parallèle, ces auteurs considèrent que la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la validité du mécanisme du *security agent* et de la dette parallèle sans les assimiler à des mécanismes de droit français : « *l'admission du mécanisme de la dette parallèle repose sur la seule liberté contractuelle découlant de l'article 1134 du Code civil*⁷⁰⁰. » À partir de ce constat, ils se sont posés « *la question de savoir si une consécration législative de la dette parallèle est aujourd'hui nécessaire* », avant de conclure qu'« *avec l'arrêt Belvédère, il ne semble pas nécessaire de la consacrer législativement*⁷⁰¹ ».

2. L'adaptation

441. D'autres auteurs sont d'avis que l'arrêt de la Cour signifie plus une « adaptation » qu'une « consécration » du mécanisme en constatant que « *s'agissant de la parallel debt, la volonté des parties aux contrats d'émission et de partage des sûretés n'est pas aussi fidèlement respectée par le for qu'elle l'a été au plan des droits et pouvoirs du trustee*⁷⁰² ». Dès lors, ils voient « *dans l'arrêt "Belvédère" une nouvelle illustration du mécanisme de l'adaptation : le juge français se garde de censurer brutalement, au nom de l'ordre public international, un rapport juridique constitué valablement sous l'empire d'une loi étrangère ; il préfère adapter discrètement mais fermement la lex concursus (une solidarité active non intéressée est présumée...) et remodeler la volonté des parties pour en rendre les effets tolérables pour le for*⁷⁰³ ». Ainsi, il peut être affirmé que la réception de la dette parallèle par le juge a été réalisée par « adaptation » qui est de fait une sorte de consécration avec de légères interprétations de la loi et du contrat.

3. L'application du droit étranger

442. L'arrêt *Belvédère* a permis de donner une solution aux problèmes liés aux effets en France d'une dette parallèle constituée valablement dans un système de droit étranger. La portée de cette jurisprudence est importante puisqu'elle a rassuré les acteurs du financement international quant à leur pratique. Cependant, la Cour de cassation n'a pas donné d'éléments pour déterminer si une dette parallèle pouvait être conclue valablement en droit français étant donné qu'elle a limité sa décision à la détermination de la conformité de la dette parallèle à

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² Ph. Dupichot, *loc. cit.*, p. 81.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 82-83.

l'ordre public international français et non pas à l'ordre public interne. Dans aucun cas le juge français n'est dispensé d'examiner un mécanisme parce qu'il est constitué en droit étranger. En effet, une telle application peut provoquer un conflit avec une loi française, c'est ce que signale Jean-Pierre Le Gall au sujet de cet arrêt en le confrontant au droit fiscal : « *l'arrêt Belvédère du 13 septembre 2011 s'inscrit en total contrepoint par rapport à la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011. En bref, le premier, pour régler une situation placée sous l'empire du droit français, épouse l'économie d'un trust étranger – américain en l'espèce. La seconde reconstruit intégralement les trusts étrangers – en un mot les francise – en les défigurant pour les besoins de l'application de la loi fiscale française [...]. L'affaire soumise à la chambre commerciale, de nature commerciale, donc privée, comme on le verra par la suite, posait une question d'interprétation de la loi américaine. En matière fiscale en revanche, s'applique en principe exclusivement la loi française, traditionnellement traitée comme étant d'ordre public [...]. Si la loi fiscale française disloque l'institution étrangère, comment la concilier avec la loi étrangère régissant l'institution ? Cessera-t-on de consulter cette dernière ? Une double analyse alternative devra-t-elle être menée selon que la matière relève du droit international privé ou du droit public pris dans sa branche fiscale ? On imagine le grand écart imposé à la chambre commerciale de la Cour de cassation, appelée un jour à appliquer la loi du trust étranger pour décider, par exemple, comme dans l'affaire Belvédère, que le trustee a la qualité de créancier, et le lendemain à appliquer la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 pour décider, par exemple encore, que le constituant d'un trust irrévocable et discrétionnaire est redevable de l'ISF sur les biens en trust parce que la loi fiscale française le considère comme encore propriétaire de ces biens, ce qu'il n'est plus, en aucune manière, sous l'empire de la loi étrangère du trust*⁷⁰⁴. »

443. Cependant, les demandeurs au pourvoi n'ayant pas invoqué la non-conformité du montage au droit de l'État de New York, les juges français n'ont pas eu à se poser cette question. Pour toutes ces raisons il peut être considéré que la réception de la dette parallèle en droit français n'est en réalité que l'application pure et simple d'un mécanisme de droit étranger. Deux auteurs l'expliquent de la façon suivante : « *au regard de la technique du droit international privé, il faut faire observer que la pratique à l'œuvre est celle d'une véritable "application" du*

⁷⁰⁴ J.-P. Le Gall, « De l'arrêt *Belvédère* à la loi de finances rectificative pour 2021 : des visions concurrentes des trusts étrangers », *Dr. fisc.*, 12 avril 2012, n° 15, n° 252.

droit étranger, non pas d'une simple prise en compte en tant qu'élément de fait dans le cadre de la mise en œuvre de la loi locale. Ceci est de nature à offrir aux demandeurs en justice plus de garanties encore quant au respect du droit étranger en question. L'affirmation pourra paraître paradoxale car la Cour de cassation n'effectue en l'espèce qu'un contrôle lâche de l'établissement, par les juges du fond, de la teneur du droit étranger. Dans l'affaire Belvédère, elle s'en tient aux termes du contrat, réputés aux conformes au droit de New York, en l'absence de contestation suffisamment étayée de ce point par la partie y ayant intérêt⁷⁰⁵. »

4. L'« acclimatation »

444. Commentant cet arrêt, le rapport annuel de la Cour de cassation de 2013 a mis en avant la notion d'« acclimatation » : *« La modernisation du droit national n'est pas non plus étrangère à l'acclimatation, dans l'ordonnement juridique français, d'institutions étrangères, auxquelles l'on n'oppose pas ou plus la conception française de l'ordre public international. C'est ainsi que, dans un arrêt du 13 septembre 2011, la chambre commerciale, par application d'un contrat d'émission d'un emprunt international sous forme de titres de financement négociables à taux variable, conforme au droit de l'État de New York, reconnaît au trustee désigné pour “gérer” l'emprunt et aux agents des sûretés constituées en garantie la qualité directe de créanciers, aptes à déclarer leur créance à la procédure collective ouverte en France à l'égard de l'emprunteur, sans avoir à justifier d'un mandat des porteurs finaux des titres, ces derniers pouvant apparaître a priori comme les “véritables” créanciers⁷⁰⁶. »* Le même terme a été employé par deux commentateurs qui signalent : *« Par une naturelle propagation des solutions du commerce international à leurs homologues de droit interne, l'arrêt Belvédère pourrait fertiliser aussi le droit français des sûretés, en y acclimatant ce “security trustee” que réclament les opérateurs professionnels et qu'ils pratiquent déjà⁷⁰⁷. »* Dès lors, la réception semble correspondre à une sorte d'adaptation progressive du mécanisme au droit français.

445. Toutefois, si cette jurisprudence a été accueillie en 2011 avec optimisme quant à l'avenir du dispositif en France, dix ans plus tard le constat est tout autre.

⁷⁰⁵ L. d'Avout et N. Borga, *loc. cit.* Cet extrait a été aussi cité dans le §1 B de cette section.

⁷⁰⁶ COUR DE CASSATION, Rapport annuel, 2013, p. 137-138. Cet extrait a été aussi cité dans le §1 B de cette section.

⁷⁰⁷ L. d'Avout et N. Borga, *loc. cit.*

B. L'avenir de la dette parallèle

446. Le principal défaut de la dette parallèle est l'incertitude quant à sa validité en droit français et ce n'est pas le seul. Mais malgré ses limites (1), il est évident que la technique de la dette parallèle telle qu'elle a été reconnue dans l'affaire *Belvédère* présentait un certain intérêt. Cependant, avec la création d'un régime légal complet consacré à l'agent des sûretés, elle a été mise de côté. La dette parallèle aura toutefois aidé à préparer ce nouveau régime (2).

1. Un mécanisme limité

447. La technique consistant à désigner un agent des sûretés en tant que créancier parallèle a été marquée par plusieurs limites qui ont rendu difficile son utilisation pratique et son développement.

448. Les règles de Bâle III. Dans le cadre de l'application des recommandations de Bâle III, les banques cherchent à diminuer leurs participations afin de pouvoir respecter ces règles prudentielles. Comme l'explique l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) : « *L'accord de Bâle III vient compléter l'accord de Bâle II ; il a été publié en décembre 2010. Il constitue la réponse du comité de Bâle à la crise financière de 2007-2008, avec pour objet de renforcer la réglementation, le contrôle et la gestion des risques dans le secteur bancaire. Il comprend des dispositions permettant notamment de : renforcer le niveau et la qualité des fonds propres ("tier one et core tier one") ; mettre en place un ratio de levier ("leverage ratio") ; améliorer la gestion du risque de liquidité par la création de deux ratios de liquidité (ratio de liquidité à un mois "Liquidity Coverage Ratio [LCR]" et ratio de liquidité à un an "Net Stable Funding Ratio [NSFR]") ; [et] renforcer les exigences prudentielles concernant le risque de contrepartie [...]. Depuis 2010, l'accord de Bâle III a été complété sur de nombreux points, notamment : la titrisation, le risque de taux d'intérêt, le risque de crédit, le risque opérationnel, le risque de contrepartie, les obligations de publication de pilier 3 (standard phase I, standard phase II), ou encore sur la capacité d'absorption des pertes en cas de résolution des banques systémiques ("Total Loss Absorbing Capacity [TLAC]"). Des travaux sont en cours pour, notamment, renforcer la comparabilité des risques pondérés découlant des modèles internes [...]. En Europe, le dispositif international de Bâle III est mis en œuvre par le*

paquet CRD IV, composé d'une directive (dite "CRD4") complété par un règlement européen (dit "CRR")⁷⁰⁸. »

449. En fonction de ces règles, l'agent des sûretés et, d'une manière générale, toutes « *les banques cherchent à réduire leurs participations afin de se conformer à cette nouvelle réglementation, la mise en place d'une dette parallèle risque donc de devenir problématique pour l'agent des sûretés créancier parallèle. En effet il s'agit pour l'agent des sûretés de savoir de quelle façon cette dette parallèle sera comptabilisée dans son bilan. Cette dette n'ayant pas de véritable fondement économique elle risque d'impacter de façon particulièrement négative le bilan de l'agent des sûretés sans véritable contrepartie pour ce dernier. Le montant de la dette parallèle, qui reflète l'intégralité de la dette principale, qui est, elle, morcelée entre les différents participants, peut atteindre des montants éminemment élevés et se chiffrer en millions voir en milliards et ainsi peser fortement sur les ratios prudentiels de l'établissement de crédit désigné comme agent des sûretés dans le cadre d'une dette parallèle. Ces normes n'ayant pas encore fait l'objet d'application, la question reste pour le moment entière et risque de peser de façon négative sur l'avenir de la dette parallèle⁷⁰⁹ ».*

450. Le patrimoine d'affectation. En cas de procédure collective ouverte contre l'agent des sûretés, créancier parallèle, le fait qu'il ne dispose pas d'un patrimoine d'affectation est de nature à porter un préjudice grave aux créanciers de l'opération de financement pour laquelle il a reçu la mission d'agir. Dans une telle situation, tout le patrimoine de l'agent pourrait être appréhendé dans le cadre de la procédure et les créanciers membres du *pool* bancaire seront considérés comme de simples créanciers chirographaires. Afin de prévenir ces difficultés, il est fréquent que les créanciers membres du syndicat prévoient que les sûretés sont aussi constituées pour garantir la dette principale, et non pas uniquement la dette parallèle. De cette façon, chaque créancier continue de bénéficier de la sûreté qui lui a été octroyée pour garantir sa propre créance. Un tel accord n'est pas dépourvu de défauts car il existe un risque de réalisation

⁷⁰⁸ Site internet de l'ACPR : <https://acpr.banque-france.fr/accords-de-bale> [consulté le 21 octobre 2021]. La directive dite « CRD4 » correspond à la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE. Le règlement « CRR » est le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

⁷⁰⁹ V. Terzic, *op. cit.*, p. 48-49.

individuelle des sûretés par l'un des créanciers. Afin de le limiter, les créanciers insèrent généralement dans le contrat une clause de *pro tanto* applicable aux sûretés en fonction de laquelle la réalisation d'une sûreté par l'agent des sûretés réduit à due concurrence la dette principale et inversement. Malgré ces mesures de prudence, il est certain que l'absence de patrimoine d'affectation dans ce mécanisme était de nature à compromettre son avenir en droit français⁷¹⁰, car contrairement à la fiducie, la dette parallèle n'assure pas « *une protection robuste des éléments transférés qui constituent un patrimoine d'affectation, placé à l'abri des créanciers, du constituant (sauf clause contraire) comme ceux du fiduciaire*⁷¹¹ ». De son côté, Sarah Laval considère que l'agent titulaire d'une créance parallèle manque de souplesse : « *l'agent ne peut pas être un tiers et les autres créanciers ne sont pas protégés lorsqu'il fait l'objet d'une procédure collective*⁷¹². »

451. Le changement d'agent. Le créancier parallèle étant titulaire de l'intégralité de la créance, il est réellement créancier et non pas uniquement une sorte d'administrateur mandaté par les créanciers. La question de son remplacement se pose par conséquent dans des termes délicats. Il convient que dans un tel cas, le nouvel agent soit également créancier puisque cette qualité lui permet de continuer d'être bénéficiaire des sûretés en son nom propre. Autrement dit, il importe d'éviter à tout prix que le changement d'agent entraîne la disparition des sûretés pour les créanciers. Dans cette situation, l'agent des sûretés doit impérativement transférer à son successeur tous les droits et intérêts qu'il détient au titre de la dette parallèle, c'est-à-dire qu'il tire de sa qualité de créancier. Ce faisant, les créanciers sont sûrs de pouvoir continuer à bénéficier des sûretés car le transfert de la créance parallèle d'un agent à un autre entraîne également le transfert des sûretés qui la garantissent puisqu'elles en sont l'accessoire⁷¹³.

452. Des défauts « pratiques ». En plus de limites « structurelles » qui viennent d'être exposées, doivent être signalés deux défauts « pratiques ». Le premier, c'est le coût élevé du mécanisme. Comme le remarquait un parlementaire en 2007, avant l'arrêt *Belvédère* : « *l'absence de jurisprudence française sur ce mécanisme juridique rend son application*

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 49-50.

⁷¹¹ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie sûreté », *RD banc. et fin.*, septembre 2010, n° 5, étude 20.

⁷¹² S. Laval, « Pour une réforme de l'agent des sûretés », *Dr. et patri.*, avril 2016, n° 257, p. 32.

⁷¹³ V. Terzic, *op. cit.*, p. 50.

*difficile. De surcroît, cette technique apparaît, en pratique, fort coûteuse*⁷¹⁴. » Le second, déduit de l'arrêt *Belvédère*, a amené un auteur à affirmer que « *le régime de la parallel debt présente l'inconvénient d'imposer des clauses contractuelles évitant efficacement le risque de double paiement, à défaut de quoi elle ne serait probablement pas licite*⁷¹⁵ ».

453. Toutes ces limites peuvent expliquer que malgré le progrès opéré par l'arrêt précité de la Cour de cassation, « *les praticiens, d'un naturel prudent, n'ont pas immédiatement bouleversé leurs habitudes. L'on n'a pas remarqué de changement radical dans les pratiques de marché. Aussi considère-t-on que la France continuait de faire partie des pays assez peu enclins à ce genre de mécanisme*⁷¹⁶ ».

454. Résumé de la situation. Au lendemain de l'arrêt *Belvédère*, l'avenir de la dette parallèle était clairement incertain ; sa situation pouvait être résumée de la façon suivante : « *Le système de la dette parallèle est séduisant. Il est né de la pratique, et l'on ne peut que se féliciter de cette vigueur contractuelle, de l'imagination des praticiens. Toutefois, même si une telle structure est acceptée dans tel ou tel système juridique, elle ne résout pas certains points sensibles du dispositif de l'agent des sûretés. D'une part, aucun patrimoine d'affectation n'est créé par ce mécanisme qui a pour but de rendre l'agent des sûretés titulaire des sûretés mais pas d'en faire un fiduciaire. L'on regardera alors du côté du droit applicable à cet agent des sûretés. En pratique, le système de dette parallèle vient bénéficier à un security trustee de droit anglais qui est déjà un fiduciaire. Aussi le système pourrait-il bénéficier au nouvel agent des sûretés-fiduciaire spécial dans le cadre d'opérations de financement internationales. D'autre part, ce mécanisme permettant la création d'une dette "artificielle" n'est en principe pas reconnu dans les systèmes juridiques "civilistes". A contrario, le droit anglais, non enfermé dans certaines considérations doctrinales, accepte volontiers une telle configuration décidée par les parties. Pourquoi d'ailleurs s'y opposer tant qu'un mécanisme de pro tanto y est prévu ? Au-delà de l'approche comparatiste, le système contractuel ainsi mis en place semble assez justement construit. Le rôle du juge, quel qu'il soit, serait-il alors de venir perturber l'accord des parties qui ne vient troubler aucun grand principe de justice ? Il résulte de cette situation, l'incertitude du traitement de cet agent des sûretés-créancier d'une dette parallèle dans un cas*

⁷¹⁴ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie).

⁷¹⁵ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁷¹⁶ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 204.

de procédure collective par exemple. La configuration existante dans l'affaire "Belvédère" nous apporte du confort sur ce point. Pour autant, est-ce que le système de dette parallèle est franchement reconnu en droit français ? Même si un faisceau d'indices positifs nous amène à le croire, il est permis d'en douter. Rappelons que le juriste a horreur du doute, et apprécie les situations clarifiées⁷¹⁷. »

2. La préparation de la réception légale

455. L'examen de la dette parallèle par le juge français a été une étape intermédiaire dans le long processus de réception juridique de l'agent des sûretés. La jurisprudence *Belvédère* a permis de la préparer : « *Par une naturelle propagation des solutions du commerce international à leurs homologues de droit interne, l'arrêt Belvédère pourrait fertiliser aussi le droit français des sûretés, en y acclimatant ce "security trustee" que réclament les opérateurs professionnels et qu'ils pratiquent déjà*⁷¹⁸. » En effet, les faits de l'affaire *Belvédère* sont intervenus avant la première introduction du régime d'agent des sûretés en droit français, à l'article 2328-1 du Code civil, en 2007, mais la décision de la Cour de cassation a été rendue après, en 2011. Une telle situation a sans doute permis de nourrir la réflexion concernant la place de la dette parallèle par rapport à l'article 2328-1 et à son éventuelle réforme.

456. Un complément de l'article 2328-1. Il est intéressant de signaler que l'arrêt ne se limite pas à considérer que la figure qui lui était présentée correspondait à celle décrite par l'article 2328-1 du Code civil, introduite peu avant qu'il soit rendu. Dans ce sens, on peut considérer que l'arrêt *Belvédère* est une étape intermédiaire entre le régime légal créé en 2007 (voir chapitre suivant) et celui créé dix ans après (voir chapitres 7 et 8). Il semblerait ainsi que les juges étaient conscients que la situation n'était pas figée mais dynamique, qu'elle était destinée à évoluer. En effet, comme l'explique la Cour de cassation dans le rapport précité, « *l'arrêt n'ignore pas que le législateur français a lui-même fait un pas, quoique limité, dans le sens de la reconnaissance d'un statut d'agent des sûretés, puisqu'il résulte de l'article 2328-1 du code civil, créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie et modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, que "toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation*

⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 207-208.

⁷¹⁸ L. d'Avout et N. Borga, *loc. cit.*

garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation», ce qui implique que l'agent des sûretés, puisque c'est de lui qu'il s'agit, peut inscrire et gérer les sûretés en son nom (ce qui le distingue d'un mandataire). L'existence de ce texte n'était sans doute pas indifférente, compte tenu de la règle, déjà vue, de l'actualité de l'ordre public international⁷¹⁹ ». Dès lors, l'article 2328-1 du Code civil, « propre aux sûretés réelles, était rationnellement inapplicable à un montage du type de celui de l'affaire Belvédère et la Cour de cassation ne succombe pas, dans l'arrêt commenté, à la tentation de réduire l'agent des sûretés à la figure consacrée par le législateur. En matière internationale, et pourquoi pas aussi en matière interne, le tiers institué agent des sûretés pour le compte des créanciers peut très bien gérer des garanties de type réel ou personnel, accessoires ou abstraites, et faire valoir dans la faillite des garants une créance propre de nature chirographaire. L'approche restrictive ne doit pas être de mise ici ; il n'y a, en droit interne français, nul *numerus clausus* des formes de gestion intermédiée des sûretés réelles et personnelles⁷²⁰ ». Selon les arguments qui viennent d'être exposés, la technique connue sous l'appellation de dette parallèle était en quelque sorte envisagée comme une nouvelle forme pour instituer un agent des sûretés, en complément de celles déjà proposées par le droit français : « le droit français offre déjà des régimes variés pour l'agent des sûretés : mandat, solidarité active, fiducie. La question d'avenir suscitée par l'arrêt Belvédère est celle d'une alternative complémentaire, née de l'admission d'un mécanisme de "créances liées" inspiré des *parallel debts*⁷²¹. »

457. Un concurrent de l'article 2328-1. D'autres auteurs ont vu dans la dette parallèle un possible concurrent à l'article 2328-1 du Code civil compte tenu des faiblesses de ce dernier. Un auteur a ainsi fait remarquer, à l'époque où l'article 2328-1 du Code civil ainsi que la fiducie venaient d'être créés, que « l'arrêt Belvédère renforce les possibilités de choix. L'avenir dira si les praticiens privilégient leur création ou s'ils adoptent l'un des modèles légaux. L'arrêt démontre que la Cour de cassation n'est pas hostile aux créations de la pratique qui répondent à des besoins. Elle est aussi prête à accueillir des mécanismes étrangers. Il est loin le temps où au nom de la prohibition du pacte commissaire tout mécanisme étranger était sanctionné. Plus fondamentalement, le droit anglo-saxon, essentiel s'agissant des montages financiers semble

⁷¹⁹ COUR DE CASSATION, Rapport annuel, 2013, p. 137-138.

⁷²⁰ L. d'Avout et N. Borga, *loc. cit.*

⁷²¹ *Ibid.*

*pouvoir pénétrer assez facilement en droit français. La Cour de cassation, gardienne du temple, semble devenir pragmatique et compréhensive. Même notre théorie de la cause ne constitue plus un barrage insurmontable*⁷²² ».

458. L'exclusivité du régime légal. En tenant compte du cadre légal français de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 et de la fiducie, d'autres auteurs ont au contraire pensé que la dette parallèle n'était plus nécessaire en France, qu'elle ne pouvait faire concurrence à ces deux mécanismes légaux. Jean-François Adelle affirmait que « *ce régime, imaginé par la pratique pour produire en droit français les effets du trust anglo-saxon, devrait toutefois décliner face aux régimes nouveaux de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie*⁷²³ ». Dans la même ligne, le même auteur a considéré que « *la construction contractuelle examinée par la cour de Dijon [arrêt Belvédère], datait de 2006. Depuis cette date, deux régimes ont été introduits en droit français qui visent aussi à transposer en droit français les effets du trust : le régime de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil et celui de l'agent fiduciaire, tous deux introduits en droit français en 2007. [...] On le voit, le droit français des financements syndiqués est doté de mécanismes sécurisés facilitant l'administration et la réalisation des sûretés de droit français dans les opérations domestiques et internationales. On s'en félicitera pour l'attractivité de la place de Paris*⁷²⁴ ». Un autre auteur appelait donc « *à la plus grande prudence : on est toutefois à cent lieues de la consécration urbi et orbi de la parallel debt triomphalement annoncée par les gazettes et autres newsletters ! En dernière analyse, et même constituée valablement sous l'empire d'une dette étrangère, la dette parallèle n'est ni une dette propre et distincte ni – au cas d'espèce au moins – une dette privilégiée : seule l'était celle du trustee...*⁷²⁵ ». C'est la raison pour laquelle il conseillait « *aux contractants de se couler dans les nouveaux moules nommés du nouveau droit français. L'institution du mécanisme de l'agent des sûretés à l'article 2328-1 du Code civil, par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, a précisément eu pour but de remédier aux inconvénients respectifs des techniques du mandat (révocabilité, opposabilité des sûretés constituées au profit des mandants,*

⁷²² D. Legeais, « Affaire Belvédère : validité du mécanisme du “parallel debt” », *RD banc. et fin.*, novembre 2011, n° 6, comm. 201.

⁷²³ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : la jurisprudence consacre la validité de la *parallel debt* », *Option Finance*, novembre 2010, n° 1100, p. 41.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ Ph. Dupichot, *loc. cit.*, p. 83.

complexité des cessions de participation dans le pool, etc.) de la solidarité active (paiement intempestif du solidum, représentation mutuelle, insolvabilité de l'agent ou d'un co-créancier, etc.) et de la parallel debt (artifice et, selon le rapport précité de M. Henri de Richemont, coût excessif)⁷²⁶ ».

459. L'urgence d'une réforme. D'autres ont vu dans l'arrêt *Belvédère* le signe que le législateur devait prendre les choses en main et réformer le régime prévu à l'article 2328-1 du Code civil qui n'avait pas été à la hauteur des attentes et ce malgré une réforme opérée un an après sa création : *« On sait toutefois qu'en dépit de l'amendement intervenu par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 confirmant expressément la possibilité d'une constitution directe et ab initio de sûretés réelles au profit de l'agent, ce texte n'a pas rencontré le succès escompté : la technique de l'agent des sûretés serait même en concurrence avec celle, autrement plus lourde, de la fiducie de sûretés soumise aux articles 2011 et suivants. Aussi plusieurs groupes de travail ont-ils proposé des modifications de l'article 2328-1 (3^e proposition du 107^e Congrès des notaires de France, Europlace, Fédération bancaire française, etc.) en faveur d'un assouplissement des modalités de désignation de l'agent, d'une extension aux sûretés personnelles et d'une sécurisation du dispositif. La révision de l'Acte uniforme de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) portant organisation des sûretés a d'ailleurs permis, sous l'influence notamment de Pierre Crocq, d'en arrêter un régime précis, plus conforme aux canons civilistes que la parallel debt⁷²⁷. »* Ainsi, cet arrêt annonçait surtout que l'*« heure d'une refonte d'ensemble du régime de l'agent des sûretés pourrait sonner prochainement⁷²⁸ »* et il était considéré que *« la Chancellerie s'orienterait, semble-t-il, vers l'abrogation de l'article 2328-1 et l'insertion d'un nouveau titre dédié à l'agent des sûretés, à la suite des textes relatifs à la fiducie immobilière (art. 2488-6 et s.) : ce nouveau régime serait logiquement généralisé aux sûretés ou garanties (réelles ou personnelles), l'agent des sûretés en étant réputé titulaire ; quant aux sommes provenant de la réalisation des sûretés, elles seraient tenues séparées du patrimoine personnel de l'agent, ainsi préservées des affres de la procédure collective... Affaire à suivre donc⁷²⁹ »*. La réforme de l'agent des sûretés commençait à être un sujet de plus en plus pressant pour le législateur :

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ *Ibid.*

« l'arrêt commenté intervient d'ailleurs au moment où le législateur envisage une réforme de l'article 2328-1 du Code civil qui avait introduit l'agent des sûretés en droit français sans toutefois convaincre les praticiens des financements internationaux⁷³⁰. » De manière très directe et précise, certains auteurs étaient d'avis que « l'arrêt *Belvédère* pourrait inspirer le législateur à l'occasion de la prochaine réforme de l'article 2328-1 du Code civil, en consacrant le mécanisme du Trust Agent, qui semble plus efficace que celui de la dette parallèle⁷³¹ ».

460. Conclusion de la section. L'arrêt *Belvédère* a produit chez les praticiens un certain optimisme alors même qu'ils étaient conscients que ce mécanisme n'était pas complètement admis en droit français. La place financière parisienne était donc toujours à la recherche d'un agent des sûretés disposant d'un régime souple, efficace et adapté au marché des crédits syndiqués. L'emploi de la dette parallèle illustre bien l'audace des praticiens bancaires afin de combler les lacunes de la législation française. Ce mécanisme ne peut toutefois être vu comme étant une solution parfaite par les juristes français : d'une part, la dette parallèle n'existe que si elle est conclue sous l'empire d'un droit qui en reconnaît la validité, ce qui n'est pas le cas du droit français malgré l'arrêt *Belvédère* ; d'autre part, elle ne garantit pas une protection efficace en cas de procédure collective ouverte contre l'agent des sûretés. Ces arguments montrent que la dette parallèle ne pouvait être qu'une solution transitoire en attendant l'adoption en droit français d'un régime légal en adéquation avec la réalité de la mission de l'agent des sûretés. En effet, comme le signale Adrien Pesneau, « même si la dette parallèle est validée dans un système juridique donné, ce mécanisme ne résout pas l'intégralité des problématiques du praticien dans le cadre de l'agent des sûretés⁷³² ». L'arrêt *Belvédère* n'a donc pas permis de procéder à une réception pleine de l'agent des sûretés de droit étranger mais « il apparaît que les hauts magistrats français ne sont pas hermétiquement fermés à tout mécanisme de droit étranger qui propose des solutions pratiques intéressantes et non répréhensibles sur le plan moral. Il s'agit en effet d'une organisation "commode". L'agent des sûretés mène des actions de nature "administrative" et "technique". L'on espérait que le législateur fasse preuve de discernement pour une institution telle que l'agent des sûretés⁷³³ ».

⁷³⁰ R. Damman et A. Albertini, *loc. cit.*

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² A. Pesneau, *op. cit.*, p. 199-200.

⁷³³ *Ibid.*, p. 203.

461. Conclusion du chapitre. Présentant de nombreuses qualités, le mécanisme de la dette parallèle a été introduit en France par les praticiens. Il pouvait paraître une solution adéquate en l'absence de cadre légal approprié à l'exercice de l'activité d'agent des sûretés : « *destinée à transposer les effets du trust, qui n'est pas reconnu en France, dans l'attente de la ratification de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, la technique de la parallel debt évite tant les inconvénients du mandat – l'accomplissement des formalités au nom des prêteurs – que ceux de la solidarité active – l'agent des sûretés doit nécessairement être l'un des prêteurs, et chaque prêteur prend le risque d'insolvabilité de la banque qui reçoit les fonds avant de les avoir rétrocédés à ses co-prêteurs*⁷³⁴ ». Cependant, la réception de ce mécanisme n'a pas été entière, c'est pourquoi il s'agit d'une réception partielle. Dans ce sens, Sarah Laval affirme : « *l'absence de reconnaissance telle quelle et, a fortiori, de consécration de la dette parallèle en droit français résulte de l'impossible explication de l'institution par nos canons civilistes*⁷³⁵. » Pour sa part, Emmanuelle Bouretz affirme dans cette ligne que « *l'arrêt Belvédère de la Cour de cassation du 13 septembre 2011 confirme la réception du Trust sans le requalifier de mandat et consacre la validité d'une parallel debt soumise au droit New Yorkais. Il met ainsi un terme à l'insécurité juridique, favorisant la mise en place d'emprunts internationaux en faveur des entreprises françaises*⁷³⁶ ». En effet, si la jurisprudence a reconnu qu'un montage de dette parallèle créé en droit étranger peut produire des effets sur le territoire français, il n'est pas certain que ce mécanisme puisse être constitué en droit français. S'agissant de la réception de l'agent des sûretés, la dette parallèle est donc, d'une part, un progrès dans sa reconnaissance en tant que figure autonome et contractuelle et une étape intermédiaire entre les deux régimes légaux que le droit français a consacrés en matière d'agent des sûretés.

462. Conclusion du titre II. Le droit français n'ayant pas disposé jusqu'à récemment de dispositif efficace d'agent des sûretés, deux mécanismes de droit étranger ont été importés par la pratique : le *trust* et la dette parallèle. La démarche était risquée car les praticiens qui avaient recours à de telles institutions n'étaient pas certains de l'accueil que leur réserveraient les juges en cas de litiges. Ainsi, le *security trustee* était perçu comme le modèle à suivre étant donné son

⁷³⁴ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie sûreté », *RD banc. et fin.*, septembre 2010, n° 5, étude 20.

⁷³⁵ S. Laval, *loc. cit.*, p. 31-32.

⁷³⁶ E. Bouretz, « Crédits syndiqués : la syndication directe », *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, 2003, fasc. n° 505 [dernière mise à jour : 1^{er} février 2019], point 166.

immense succès au niveau international largement expliqué par ses grandes qualités pour les besoins spécifiques de l'agent des sûretés. Sa réception n'a pas été pleine puisque la France n'a jamais ratifié la convention de La Haye qui aurait pu concrétiser telle réception. Comme solution à l'absence de *trust* en droit français, les acteurs du marché se sont tournés vers la dette parallèle qui n'a été reçue que partiellement par les juges qui ont uniquement validé le mécanisme constitué sous l'empire d'un droit étranger. Malgré tous ces obstacles, la réception de l'agent des sûretés avait déjà franchi de nombreuses étapes. Le processus peut être vu à ce stade comme irréversible. Il convient cependant de préciser qu'en 2007, le droit français a adopté son premier régime légal consacrant l'agent des sûretés (chapitre 5) mais qui ne sera que très peu utilisé. Sa réception à travers des mécanismes de droit étranger a donc été un préalable déterminant à la consécration légale en droit civil de l'agent des sûretés.

463. Conclusion de la première partie. La figure de l'agent des sûretés est née de la pratique contractuelle. Dans un premier temps, le « cadre contractuel » par lequel l'agent a été importé en France a été celui du contrat de crédit syndiqué, un mécanisme qui a connu un grand succès dans le monde et en France. C'est dans ce cadre que la figure a révélé sa spécificité et qu'elle a peu à peu été reconnue comme un dispositif intéressant. Toutefois, étant donné qu'il s'agit d'une notion de droit étranger, principalement encadrée par le *trust*, il était important de trouver ou de créer un cadre légal adapté en droit français. C'est pourquoi, dans un premier temps, des figures telles que le mandat, la commission ou la solidarité active ont été envisagées. Cependant, aucune d'entre elles n'avait les qualités requises. Face à un tel vide juridique, il était important de recevoir en France des figures contractuelles de droit étranger pertinentes comme le *trust* et la dette parallèle. Là encore la réception n'a pas pleinement abouti. Ce processus de réception, tant par des mécanismes de droit français que par des mécanismes de droit étranger, a été long et a permis de réfléchir aux qualités que la figure légale de l'agent des sûretés devait avoir.

Seconde partie :
La réception de l'agent des sûretés par
la loi

464. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie a créé l'agent des sûretés dans le nouvel article 2328-1 du Code civil. Cependant, cette réforme a été très rapidement dénoncée comme étant incomplète et lacunaire à tel point que l'agent des sûretés de l'article 2328-1 peut être vu comme un échec (titre I). Il faudra attendre dix ans pour que la véritable réception de l'agent des sûretés par le droit français voie le jour. Celle-ci est intervenue par l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 qui a abrogé l'article 2328-1 du Code civil afin de créer six nouveaux articles (articles 2488-6 à 2488-12 du Code civil) qui prévoient la figure de l'agent des sûretés (titre II).

TITRE I : L'ECHEC DE LA CREATION DE L'AGENT DES SURETES

465. L'article 2328-1 du Code civil, créé en 2007 spécialement pour instaurer un régime légal applicable à l'agent des sûretés, présentait de défauts tels que le nouveau mécanisme n'a été que très peu utilisé et n'a survécu que dix ans (chapitre 5). Dans cette situation, il a fallu rapidement commencer à trouver des voies pour réformer l'article 2328-1 (chapitre 6).

Chapitre 5 :

La création de l'article 2328-1 du Code civil : réception transitoire de l'agent des sûretés

466. Avant 2007, le droit français ne disposait d'aucun régime légal particulier pour encadrer l'activité de l'agent des sûretés. Jusqu'à cette date, les acteurs du marché des crédits syndiqués essayaient de faire fonctionner l'agent des sûretés avec des techniques étrangères (le *trust* ou la dette parallèle) ou avec des notions civilistes telles que le mandat ou la solidarité activé. Mais les résultats n'étaient satisfaisants. Plus spécifiquement, il n'existait pas en droit français un instrument ou mécanisme juridique, appelé agent des sûretés, prévu pour le cas d'une personne ayant pour mission d'administrer des sûretés pour le compte de plusieurs créanciers. Pour ces motifs, le législateur a jugé nécessaire d'introduire un article spécifique dans le Code civil consacrant la figure de l'agent des sûretés. Ainsi, l'agent des sûretés a été introduit pour la première fois en droit civil français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie⁷³⁷, présentée par le sénateur Philippe Marini.

467. Une telle introduction a été ambitieuse car elle avait pour objectif de créer l'équivalent du *trust* (section 1), mais cette tentative s'est malheureusement soldée par un échec (section 2).

Section 1 : L'ambition d'un *trust* à la française

468. Le législateur comptait tirer profit d'un contexte idéal (§1) pour mettre en place un mécanisme aussi performant que le *trust* de droit anglais. Cependant, le résultat de ce travail sera l'élaboration d'un texte étonnant (§2).

⁷³⁷ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

§1. Un contexte idéal

469. L'introduction légale de l'agent des sûretés arrivait dans un contexte idéal caractérisé par le constat du besoin de doter la France d'un mécanisme fiduciaire (A) et par la mise en place d'un droit commun de la fiducie (B).

A. Le constat d'un besoin

470. Le besoin de se doter d'un régime légal de l'agent des sûretés était motivé par la prise de conscience du législateur (1) et par le souhait des praticiens (2).

1. La prise de conscience du législateur

471. Des mécanismes insuffisants. Les instruments juridiques existant en droit français, par exemple le mandat et la solidarité active entre créanciers, étaient jugés insuffisants pour servir de cadre à l'agent des sûretés. Il fallait un dispositif permettant de donner une plus grande sécurité juridique à l'opération de financement. Face à ce vide, des techniques de droit étranger telles que le « *security trustee* » ou la dette parallèle étaient préférées aux figures proposées par le droit civil. Dans ce sens, le législateur constatait : « *Les usages bancaires internationaux consistent à confier à une entité spécifique – « l'agent des sûretés » – le soin de prendre, de gérer le cas échéant et de réaliser les sûretés au profit de l'ensemble des créanciers. Or, actuellement, le droit français ne paraît pas offrir de mécanisme juridique véritablement satisfaisant pour régir cette institution*⁷³⁸. »

472. Les défauts du mandat. En ce qui concerne le contrat de mandat, le rapport de M. de Richemont souligne qu'il permet d'effectuer l'opération d'agent des sûretés car ce dernier est mandaté par chaque créancier pour prendre, gérer et réaliser les sûretés. Cependant le contrat de mandat pose deux grandes difficultés :

« *D'une part, les sûretés sont créées au bénéfice direct des mandants – seuls titulaires de la créance – et non au profit de l'agent lui-même. Or, l'opposabilité aux tiers des droits des mandants au titre de la sûreté présente des difficultés, notamment dans les cas où des mesures*

⁷³⁸ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie), p. 103.

de publicité sont requises pour l'opposabilité des droits des bénéficiaires. En pratique, les garanties doivent en effet être prises systématiquement au nom de chaque mandant individuellement pour le montant de son risque, tandis que les contrats doivent être signés par chacun d'eux, ce qui présente une certaine lourdeur.

D'autre part, en cas de cession de participation dans le crédit syndiqué, le transport des sûretés accessoires découle de l'accomplissement des formalités requises pour la cession des créances à forme civile. L'opposabilité du transfert des sûretés accessoires nécessite le plus souvent l'accomplissement de formalités supplémentaires pour s'assurer que ces créanciers bénéficieront des sûretés initialement consenties par le débiteur⁷³⁹. »

473. Les défauts de la solidarité active. En ce qui concerne le recours à la solidarité active, le même rapport mentionne :

« Les praticiens du droit ont entendu résoudre ces difficultés en instituant, le cas échéant, une solidarité active entre les créanciers. Par ce biais, chacun des créanciers étant investi de la totalité de la créance, celui d'entre eux qui aura été désigné pourra prendre, gérer et réaliser les sûretés en son propre nom, puis transmettre le produit de cette réalisation aux autres créanciers.

Cependant, dans un tel cadre, l'emprunteur peut rembourser la totalité du prêt entre les mains du prêteur de son choix, et se libérer ainsi à l'égard des autres, ce qui est problématique dans l'hypothèse où l'agent qui a reçu les fonds est insolvable. En outre, il existe un risque que les juridictions considèrent que la chose jugée à l'égard d'un des créanciers solidaires s'impose à tous les autres. Chacun des prêteurs prend donc le risque que les mesures intentées par l'un d'entre eux s'imposent à tous.

Le recours à la solidarité active ne peut donc fonctionner que dans des crédits où le nombre de prêteurs est limité et où la solvabilité de la banque chargée des sûretés n'est pas contestable. Il n'est donc pas adapté à des opérations internationales de plus grande envergure⁷⁴⁰. »

474. Les défauts de la dette parallèle. Quant au recours à la dette parallèle, le rapport signale : *« La pratique recourt également parfois à la technique de la “parallel debt”, usitée en*

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 103-104.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 104.

Allemagne et aux Pays-Bas, qui permet de demander au constituant de la sûreté, déjà débiteur d'une dette auprès de l'ensemble des créanciers, de se reconnaître débiteur envers l'agent des sûretés d'une seconde dette ayant les mêmes caractéristiques que la première. L'agent des sûretés devient ainsi titulaire, à l'encontre du constituant de la sûreté, d'une obligation distincte de l'obligation initiale et qui lui est propre. Il peut dès lors prendre à la garantie de cette "parallel debt" des sûretés en son nom et pour son compte, et non en qualité de simple mandataire des créanciers.

Cependant, l'absence de jurisprudence française sur ce mécanisme juridique rend son application difficile. De surcroît, cette technique apparaît, en pratique, fort coûteuse⁷⁴¹. »

475. Le risque de délocalisation des opérations. Dans ce contexte, le législateur regrettait la délocalisation des contrats car « *faute d'instruments juridiques français réellement adéquats, les acteurs économiques sont-ils contraints de soumettre leurs contrats de financement à des droits étrangers reconnaissant le trust anglo-saxon⁷⁴²* ». Concrètement, la loi instituant la fiducie avait pour but principal de combler l'absence de *trust* en droit français en dotant le droit français d'un régime équivalent à celui du connu en droit en anglais, c'est-à-dire, un mécanisme permettant à une personne de prendre, de gérer et de réaliser les sûretés garantissant un crédit syndiqué en son nom et pour le compte de tous les créanciers membres du *pool*. Très lié par sa nature à la fiducie, il était logique que l'agent des sûretés ait été introduit par cette loi. Comme évoque précédemment, l'intention du législateur était manifeste de voir la fiducie et l'agent des sûretés comme deux régimes distincts mais complémentaires.

La prise de conscience des pouvoirs publics était accompagnée et soutenue par le souhait des praticiens.

2. Le souhait des praticiens

476. La démarche du législateur visant à donner au droit français un agent des sûretés capable de rivaliser avec le *security trustee* anglo-saxon, correspondait à souhait de longue date exprimé par les praticiens. Comme l'indique M. de Richemont dans son rapport, « *la nécessité d'une*

⁷⁴¹ *Ibid.* Ce rapport affirme qu'il n'y a pas de jurisprudence française sur ce mécanisme car le rapport est antérieur à l'arrêt *Belvédère* de la Cour de cassation du 13 septembre 2011.

⁷⁴² *Ibid.*

telle disposition, qui complèterait utilement le recours à la fiducie dans le cadre d'opérations de financement complexe faisant intervenir plusieurs créanciers titulaires de sûretés réelles, est apparue du fait d'observations présentées à votre rapporteur par plusieurs praticiens du droit, et en particulier du droit financier⁷⁴³ ».

477. La position des praticiens. De façon synthétique, Étienne Gentil et Justine Delbard, exposent la position de la pratique, en signalant qu'« *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 des 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 inadaptées à la nécessaire flexibilité des financements syndiqués, qui exigent que l'on puisse procéder à des inscriptions 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 syndiqués⁷⁴⁴ ».

478. Par une telle description, le souhait des praticiens pouvait être traduit comme la demande d'un mécanisme de nature fiduciaire permettant de ne pas mentionner l'identité de tous les créanciers dans les actes de constitution et de publicité des sûretés.

B. La création du droit commun de la fiducie

479. La loi du 19 février 2019 a introduit pour la première fois la fiducie dans le Code civil (b). Cependant, tel mécanisme existait déjà en droit français à travers différentes institutions (a).

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ E. Gentil et J. Delbard, « L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil », *Option Finance*, n° 1050, p. 35. L'extrait cité de l'article, même s'il a été rédigé après la création de l'article 2328-1, montre bien les atteintes du marché avant 2007.

1. Une institution connue du droit français

a) Figure historique

480. Avant 2007, le droit français ne disposait pas d'une institution générale permettant à une personne, le constituant, de transférer la propriété de biens à une autre personne, le « *trustee* », avec la mission de les administrer dans un but déterminé. C'est pourquoi l'intervention du législateur en 2007 s'avérait nécessaire. Il serait toutefois erroné de penser que la fiducie a vu le jour en France avec la loi de 2007. La fiducie puise ses origines dans le droit romain. Elle était un contrat réel dont le but était de gérer un patrimoine (*fiducie cum amico*) ou de garantir une créance (*fiduce cum creditore*)⁷⁴⁵. Elle a ensuite disparu du droit civil français, mais d'autres systèmes juridiques ont conservé l'essentiel du régime du droit romain. Ainsi, les principes de l'opération restent les mêmes, à savoir : le titulaire de droits sur un patrimoine (le « constituant ») transfère tout ou partie de ses droits vers le patrimoine d'un tiers (le « fiduciaire »), au profit d'un tiers (le « bénéficiaire »)⁷⁴⁶. Au Moyen Âge, la fiducie a été le mécanisme employé par les croisés pour transférer leur patrimoine à des tiers. Ceux-ci recevaient la mission d'administrer le patrimoine pendant l'absence du propriétaire, de le lui restituer à son retour ou de le transmettre à ses héritiers en cas de décès. La fiducie a survécu ensuite en tant que substitution fidéicommissaire⁷⁴⁷. Considérée par les rédacteurs du Code civil comme une institution caractéristique de la féodalité, dont le but était de préserver l'unité des grands patrimoines, la fiducie n'a pas été intégrée dans le Code civil en 1804⁷⁴⁸. Depuis, l'absence de la fiducie en droit français constituait une vraie exception dans le panorama juridique occidental, préjudiciable à l'économie française. Dans ce sens, un député affirmait en 2007 : « *aujourd'hui, la France reste l'un des rares pays européens à ne pas disposer de l'institution fiduciaire ou de son pendant anglo-saxon, le trust, qui se distingue de la fiducie*

⁷⁴⁵ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux au nom de la commission des lois le 1^{er} février 2007, sur la proposition de loi instituant la fiducie, p. 7.

⁷⁴⁶ *Ibid.* ; exposé général de la proposition de loi instituant la fiducie.

⁷⁴⁷ La substitution fidéicommissaire est une opération par laquelle le disposant, en gratifiant une personne en premier le charge de retransmettre le bien avant sa mort à une personne gratifiée en second, la date de retransmission antérieure à la mort du premier gratifié pouvant être, par exemple, la majorité du second gratifié. V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 459 ; rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont précité, p. 16 ; rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 7.

⁷⁴⁸ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 7. V. aussi : A. Pesneau, *op. cit.*, p. 246-247.

par la séparation qu'il instaure entre contrôle des biens et jouissance qu'ils procurent. Tant le mécanisme de droit romain que celui de la common law anglo-saxonne se révèlent d'une grande souplesse d'utilisation, particulièrement efficace dans un cadre commercial ou pour un financement international. Le splendide isolement hexagonal n'en apparaît que plus préjudiciable⁷⁴⁹. » En effet, la plupart des pays ayant un système inspiré du droit romain connaissaient la figure de la fiducie, alors que les pays de common law avaient le trust, comme étant un équivalent de la fiducie : « Si l'usage du trust s'est notablement développé, tel est également le cas de la fiducie, désormais introduite dans de nombreux États de tradition civiliste [...]. L'institution du trust anglo-saxon s'est considérablement développée ces dernières années. L'Écosse, le Lichtenstein, l'Afrique du Sud, l'Éthiopie, Israël, Porto-Rico, le Japon, la Fédération de Russie, la Chine et l'Uruguay se sont ainsi dotés, plus ou moins récemment, de mécanismes identiques ou similaires au trust anglais ou nord-américain. Sa version "civiliste", la fiducie, a également connu un développement récent. Au Luxembourg, le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit a institué, pour la première fois, le contrat fiduciaire, par lequel "une personne, le fiduciaire, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire des droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire, déterminées par le contrat fiduciaire". Abrogée récemment, cette disposition a été partiellement reprise par la loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats de fiducie, dont l'article 5 dispose qu'un contrat fiduciaire est le contrat "par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire". Le droit québécois, de nature civiliste, fait également place à la fiducie. Les articles 1260 et suivants du code civil du Québec prévoient ainsi cette institution juridique résultant "d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer". La loi n° 520 du 6 juin 1993 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires a introduit en droit libanais le contrat fiduciaire, défini comme "l'acte par lequel une personne physique ou morale appelée le fiduciaire, confie à une personne appelée

⁷⁴⁹ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 7.

le fiduciaire, le droit de gérer et de disposer pour une durée déterminée, de droits ou de biens mobiliers, dénommés les avoirs fiduciaires”. En dernier lieu, l’Italie a introduit, par la loi n° 51 du 23 février 2006, la fiducie dans son droit interne. L’article 2645 ter du code civil italien prévoit en effet la possibilité de créer, pour une durée maximale de quatre-vingt-dix ans ou jusqu’au décès du bénéficiaire, un patrimoine séparé du patrimoine d’une personne juridique déterminée, soumis à des conditions de “destination”. Ce dispositif nouveau permet de dépasser les possibilités jusqu’alors offertes par l’article 1344 du code civil italien qui, tout en permettant le negozio fiduciario, n’admettait pas l’autonomie totale du patrimoine d’affectation⁷⁵⁰. »

b) Figure fonctionnelle

481. La définition de la fiducie. La fiducie est un contrat par lequel une personne, le constituant, transfère des droits ou des biens à un fiduciaire avec la mission de les gérer dans l’intérêt d’un ou des bénéficiaires pendant un temps déterminé. Comme le précisait l’exposé des motifs de la proposition de loi du sénateur Marini : *« La fiducie est définie comme la relation résultant d’un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses droits à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d’agir, dans un but déterminé, au profit de bénéficiaires. La fiducie créera donc un nouveau type de contrat spécial. Cette définition prévoit en outre que le transfert aura lieu dans un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire et que les biens transférés seront grevés d’une charge de gestion. La fiducie crée une forme de propriété modelée. Elle n’est donc pas la création d’un nouveau droit réel ; on ne pourra pas lui objecter une éventuelle atteinte à un numerus clausus des droits réels. La propriété fiduciaire, contrairement au droit anglais, n’implique pas de dédoublement de la propriété, aucun droit réel n’étant conféré au bénéficiaire de la fiducie⁷⁵¹. »* Dans la fiducie, il y a deux obligations principales. La première, est l’engagement du fiduciaire ou constituant de transférer le droit de propriété de l’un de ses biens à un fiduciaire. La seconde pèse donc sur le fiduciaire qui s’engage à administrer ce bien et à le rendre au constituant ou un tiers bénéficiaire à une date ou à un événement précis. Le bénéficiaire n’étant pas partie au contrat, la fiducie ressemble sur ce point à la stipulation pour autrui. Le fiduciaire devient pleinement titulaire des droits

⁷⁵⁰ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richeumont précité, p. 19-20.

⁷⁵¹ Exposé des motifs de la proposition de loi instituant la fiducie.

transférés. Si le fiduciaire cède à son tour ces droits, le tiers cessionnaire devient titulaire des droits transférés⁷⁵².

482. Le patrimoine d'affectation. Les biens confiés à la gestion du fiduciaire sont détenus dans un patrimoine distinct afin de protéger les intérêts des bénéficiaires. En effet, les biens cédés au fiduciaire n'ont pas en principe à être administrés dans l'intérêt personnel du fiduciaire. Dans ce sens, les biens transférés dans le cadre de la fiducie forment un patrimoine d'affectation, différent de celui du fiduciaire. Un patrimoine d'affectation est caractérisé par deux éléments : une finalité qui justifie que le patrimoine soit affecté et un titulaire de ce patrimoine⁷⁵³. Sur ce dernier point, il est intéressant de remarquer qu'en droit civil il n'est pas concevable un patrimoine sans titulaire. Dans la même ligne, le *Vocabulaire Juridique* de Gérard Cornu définit le patrimoine d'affectation, dans le cadre de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), comme étant un « *patrimoine distinct de son patrimoine personnel sur lequel il est tenu des dettes professionnelles à concurrence de son apport, sans créer de personne morale*⁷⁵⁴ ».

483. La séparation des patrimoines. Traditionnellement, le but recherché par l'établissement d'un patrimoine d'affectation pouvait être atteint en ayant recours à la création d'une société nouvelle, à qui seraient confiés les biens transférés, avec la charge de les administrer. Le danger existant dans la technique du patrimoine d'affectation est la confusion du patrimoine du fiduciaire avec le patrimoine d'affectation. Pour prévenir ce danger, le régime de la fiducie prévoit en général une séparation de patrimoines sans avoir le besoin de créer une personne morale spécialement pour gérer le patrimoine affecté (article 2011 du Code civil). Ce système établissant une séparation prévient les deux écueils suivants : la confusion de patrimoines et la saisie des biens faisant partie du patrimoine affecté de la part des créanciers personnels du fiduciaire⁷⁵⁵ : « *La spécificité de l'opération fiduciaire réside également dans le fait que le transfert des biens ou droits effectué par le constituant se fait au profit, non du patrimoine personnel du fiduciaire, mais d'un patrimoine séparé de son patrimoine propre, qualifié de "patrimoine fiduciaire". Inhérente à l'institution de la fiducie, la notion de*

⁷⁵² Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 9 ; rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont précité, p. 32.

⁷⁵³ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 10.

⁷⁵⁴ G. Cornu, *op. cit.*, p. 408.

⁷⁵⁵ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 10.

patrimoine d'affectation peut apparaître à bien des égards inconciliable avec celle de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine retenu par le droit français. Le patrimoine est, par ailleurs, en principe attaché à une personne juridique : en droit français, seules les personnes juridiques ont un patrimoine et toutes les personnes juridiques n'ont qu'un seul et unique patrimoine. Or, avec la fiducie, le fiduciaire est en réalité titulaire d'au moins deux patrimoines : d'une part, son patrimoine propre ; d'autre part, un patrimoine fiduciaire. Il peut même être en pratique titulaire de plusieurs patrimoines fiduciaires s'il est désigné fiduciaire par plusieurs actes juridiques distincts. Le patrimoine propre du fiduciaire et le patrimoine fiduciaire sont donc juridiquement distincts et les opérations effectuées au titre de la fiducie doivent l'être à partir des biens figurant dans le patrimoine fiduciaire. Par voie de conséquence, les créanciers personnels du fiduciaire ne peuvent exiger le paiement de leur dette en saisissant des biens formant le patrimoine d'affectation⁷⁵⁶. »

484. Une exception à la théorie classique du patrimoine. La technique du patrimoine d'affectation constitue une exception au principe d'unité et d'indivisibilité du patrimoine d'Aubry et Rau, développée au XIX^e siècle⁷⁵⁷. Celle-ci soutient que le patrimoine est l'ensemble des biens du débiteur, chaque personne ne disposant que d'un patrimoine pour répondre de ses dettes. Cette théorie était consacrée par le Code civil aux anciens articles 2292 et 2293, transférés aux articles 2284 et 2285 par l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés⁷⁵⁸. Le principe d'unité et d'indivisibilité du patrimoine est synthétisé de la sorte : le débiteur est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens (article 2284) qui constituent le gage commun de ses créanciers (article 2285). S'agissant du patrimoine d'affectation, il s'agit bien d'une exception car le fiduciaire est titulaire de deux patrimoines et ses créanciers ne peuvent en saisir qu'un seul, réduisant ainsi le droit de gage général des créanciers du fiduciaire et du constituant. Cette incompatibilité avait servi d'argument aux opposants de l'introduction de la fiducie en droit français⁷⁵⁹.

485. Une exception limitée. Cependant, l'exception introduite par la fiducie n'est pas absolue car la durée d'existence du patrimoine affecté est limitée dans le temps⁷⁶⁰. En outre, ce

⁷⁵⁶ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont précité, p. 12-13.

⁷⁵⁷ Y. Berrada, *Le Nouvel Agent des sûretés français dans les schémas de crédit syndiqué* sous la direction de Monsieur le Professeur Pierre Crocq, Mémoire DJCE : droit privé : Panthéon-Assas Paris II : 2017, p. 37.

⁷⁵⁸ Article 3 de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JORF*, 24 mars 2006.

⁷⁵⁹ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 11.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

n'est pas la première atteinte portée à l'unicité et indivisibilité du patrimoine : « *Certaines conceptions du droit civil français, à commencer par celles de la propriété -de caractère absolu- et du patrimoine -unique et indivisible- ont longtemps conduit à considérer comme inenvisageable l'insertion d'une telle institution dans notre ordre juridique. Ces obstacles expliquent pour partie l'échec des tentatives pour mettre en place un mécanisme fiduciaire en droit français, et en particulier l'absence d'examen par le Parlement du projet de loi instituant la fiducie, déposé en février 1992 à l'Assemblée nationale, ainsi que le retrait de l'ordre du jour du conseil des ministres d'un avant-projet de loi sur le même sujet en 1994. Pour autant, depuis plus d'une dizaine d'années, des mécanismes fiduciaires innommés ont été créés, notamment dans le domaine monétaire et financier, qui facilitent aujourd'hui le montage d'opérations juridiques complexes. Si cette multiplication de dispositifs spécifiques est critiquable par l'absence de lisibilité qu'elle induit, elle démontre, néanmoins, que la reconnaissance pleine et entière du concept de fiducie en droit français est envisageable⁷⁶¹. »*

Il y avait déjà eu des exemples dans le passé : « *si elle n'apparaît pas toujours en droit français sous son véritable nom, la fiducie est bel et bien présente à travers certains mécanismes juridiques au champ d'application très circonscrit qui en présentent les éléments caractéristiques. Le premier d'entre eux – et le plus ancien – est la vente à réméré, définie par les articles 1659 et suivants du code civil. Elle consiste en la vente d'un bien accompagnée d'une faculté de rachat au terme d'une période ne dépassant pas cinq années. Lorsque le rachat n'est pas exercé dans ce délai, la propriété du bien est irrévocablement acquise par l'acheteur. Par ce mécanisme, le transfert de propriété intervient comme un instrument de crédit au profit du vendeur. Le droit monétaire et financier a également vu se multiplier, à partir des années 1980, les régimes juridiques mettant en œuvre des mécanismes fiduciaires. Tel est le cas, en particulier : - de la cession de créances professionnelles à titre de garantie, couramment appelée "cession-Dailly" ; - du prêt ou de la prise à pension de titres financiers ; - de la remise d'instruments financiers, effets, créances ou sommes d'argent dans le cadre de systèmes de règlements interbancaires ; - de la remise en pleine propriété de valeurs, instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, à titre de garantie de certaines obligations financières présentes ou futures ; - des mécanismes de compensation de créances. Ces mécanismes juridiques peuvent être qualifiés de "fiduciaires" dès lors qu'ils*

⁷⁶¹ Exposé général de la proposition de loi instituant la fiducie.

opèrent un transfert temporaire de propriété de valeurs ou de créances, celles-ci étant administrées par une personne juridique distincte pour le compte d'une troisième. Il n'en reste pas moins que, le droit français gagnerait à consacrer formellement, à titre général, la fiducie⁷⁶². »

486. Des exceptions récentes. Il y a également des exemples plus récents tels que⁷⁶³ :

° La possibilité pour le débiteur de déclarer insaisissable sa résidence principale (C. com., art. L. 526-1 issu de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique)

° La possibilité pour le débiteur de déclarer insaisissables ses biens fonciers non affectés à son activité professionnelle (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie)

° Le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL, issu de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Article L. 526-12 du Code de commerce) qui permet, sans avoir besoin de créer une personne morale, à un entrepreneur d'avoir un patrimoine spécial pour son activité professionnel.

° La résidence principale de l'entrepreneur personne physique est, depuis 2015, insaisissable de plein droit par ses créanciers professionnels (la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « loi Macron »).

487. Différentes utilisations de la fiducie. Le droit romain distinguait, dans la fiducie, la *mancipio* et le *pactum fiduciae*. La *mancipatio* était le transfert volontaire et solennel de propriété tandis que le *pactum fiduciae*, ajouté à l'acte de *mancipatio*, était un pacte qui précisait la façon dont le bien pouvait être cédé à nouveau. Le mécanisme fiduciaire est donc fondamentalement un transfert de propriété avec des finalités différentes⁷⁶⁴. Une première utilisation ou finalité est le transfert de propriété dans le but de faciliter la succession d'une personne physique, en dehors des règles du droit des successions. Le fiduciaire a l'obligation de remettre le bien à un tiers, après un certain délai. Cette finalité n'a pas été consacrée par la

⁷⁶² Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont précité, p. 13-15.

⁷⁶³ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁶⁴ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 10-11.

loi de 2007 car elle était déjà présente à travers des figures de droit diverses : la donation-partage, les donations de résidence, l'usufruit successif, les donations sans conditions suspensives, les rentes viagères et le mandat posthume⁷⁶⁵, les libéralités graduelles⁷⁶⁶ et résiduelles^{767 768}.

488. La fiducie à des fins de gestion. La fiducie peut également être utilisée à des fins de gestion. Dans un tel mécanisme, le fiduciaire devient propriétaire des biens qui lui sont confiés pour qu'il les gère pour le compte du constituant ou d'un tiers. Le contrat peut prévoir une rémunération pour le fiduciaire. La création de la fiducie-gestion en droit français, par la loi de 2007, cherchait principalement la réalisation d'opérations bancaires et financières complexes par exemple, des émissions obligataires, des opérations de titrisation, des portages de titres ou d'actifs mobiliers ou immobiliers. En effet, avant que la fiducie ne soit intégrée dans le Code civil, les entreprises françaises devaient avoir recours au *trust*. En plus des opérations complexes, la fiducie-gestion peut se présenter comme une excellente solution pour conserver des biens dont le sort dépend d'un litige en cours⁷⁶⁹.

489. La fiducie-sûreté. La fiducie peut servir également de sûreté : la fiducie-sûreté⁷⁷⁰. Il s'agit d'« *un contrat par lequel un débiteur transfère à son créancier la propriété d'un bien afin de garantir le paiement de sa dette ; la propriété se voit ainsi mise au service d'un objectif exclusif : le paiement préférentiel d'une créance*⁷⁷¹ ». Cette opération était elle aussi d'origine romaine, connu sous l'appellation de *fiducia cum creditore*⁷⁷². Le droit français permettait exceptionnellement le transfert de propriété à titre de garantie. C'est le cas, par exemple, de l'article 2367 du Code civil sur la clause de réserve de propriété : « *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la*

⁷⁶⁵ Article 812 du Code civil. La différence avec la fiducie est que le mandataire ne devient pas propriétaire des biens confiés.

⁷⁶⁶ Article 1048 du Code civil

⁷⁶⁷ Article 1049 du Code civil

⁷⁶⁸ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 10-11 ; rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont précité, p. 15.

⁷⁶⁹ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 12-13.

⁷⁷⁰ V. Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière – À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP N*, 24 avril 2009, n° 17.

⁷⁷¹ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 13.

⁷⁷² *Ibid.*

contrepartie. » Mais elle n'était pas reconnue de manière générale. Ce manque de reconnaissance supposait un handicap pour le droit français en comparaison avec des systèmes étrangers où cette technique fonctionnait très bien⁷⁷³.

490. Intérêt de la fiducie-sûreté. En effet, le mécanisme de fiducie-sûreté est intéressant car il établit une véritable sûreté réelle au profit des créanciers, tout en protégeant les droits du débiteur dans le cas où ce dernier remplit ses obligations à l'égard de son créancier. L'introduction de cet instrument présentait un intérêt surtout pour les garanties portant sur des biens mobiliers, compte tenu de l'infériorité de leur rang⁷⁷⁴. Enfin le législateur considérait qu'« *en cas de créances multiples elle faciliterait les syndications bancaires, l'agent fiduciaire devenant le seul créancier inscrit comme bénéficiaire des sûretés, à charge pour lui de répartir, en cas de défaillance, le produit de la vente du ou des biens mis en fiducie, entre les différents créanciers en fonction de leur rang*⁷⁷⁵ ».

491. Les « fiducies innomées ». Avant la loi de 2007 ayant reconnu formellement la fiducie, comme on l'a déjà évoqué, il y avait en pratique des « fiducies innomées⁷⁷⁶ » qui existaient déjà. Ces « fiducies innomées » étaient des mécanismes juridiques de nature fiduciaire, mais sans être reconnues comme telles par le droit. Par exemple, la vente à réméré, les cessions par bordereau Dailly, le prêt de titres ou la remise d'instruments financiers sont des institutions proches, quant à leurs caractéristiques, de la fiducie, mais sans en posséder le nom⁷⁷⁷. La proposition de loi du sénateur Marini, cherchait à régulariser cette situation en donnant un cadre commun, dans le Code civil, à tous ces mécanismes. Toutes ces figures trouveraient dans cette loi un régime fiduciaire unifié : le droit gagnerait de cette façon en cohérence en évitant l'éclatement des régimes. En même temps, l'existence de ces mécanismes de nature fiduciaire non reconnue, montraient déjà que le droit français était adapté à recevoir une figure comme le « *trust* » : la fiducie était de fait compatible avec le droit français⁷⁷⁸. Il n'empêche que de tels mécanismes sont très particuliers, utilisés dans des situations spécifiques, et ne permettent pas de les employer dans des domaines aussi vastes que la fiducie⁷⁷⁹.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 13-14.

⁷⁷⁶ Ces termes ont été employés par le sénateur Philippe Marini.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁷⁸ Exposé de motifs du projet de loi instituant la fiducie.

⁷⁷⁹ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 14.

2. Consécration dans le Code civil

492. La volonté politique. L'inexistence formelle de la fiducie dans le Code civil français ne peut pas être exclusivement attribuée au manque de volonté politique des différents gouvernements. L'histoire récente montre que le législateur avait pris conscience de l'importance de faire évoluer le droit afin d'intégrer la fiducie ou des institutions de nature fiduciaire. L'attractivité du droit français en dépendait. Ainsi, des avant-projets ou des projets de loi relatifs au régime général de fiducie ont été présentés dans les années 1989, 1992 et 1994⁷⁸⁰, mais ils n'ont jamais vu le jour. En 2005, le même élan a conduit le gouvernement à constituer un groupe de travail sur la question de la fiducie⁷⁸¹. Diverses raisons légales ou fiscales ont empêché une telle évolution. Entre autres, la fiducie, ne disposant pas des garanties suffisamment claires, a été entachée de la réputation de servir comme instrument d'évasion fiscale et de blanchiment de capitaux⁷⁸².

493. L'initiative déterminante, celle qui aboutira à intégrer la fiducie en droit civil français, sera celle du sénateur Philippe Marini, rapporteur général de la commission des finances au Sénat.

a) Un contexte juridique favorable

494. Le contexte mondial et européen. En plus de l'intérêt pratique que la fiducie supposait pour l'attractivité du droit français, le contexte juridique était alors propice pour intégrer la fiducie dans le Code civil. D'une part, au niveau international, la France avait signé la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance⁷⁸³. À l'époque du vote de la loi relative à la fiducie en 2007, la ratification de cette Convention était attendue. Nonobstant la Convention n'a toujours pas été ratifiée de nos jours, puisque le gouvernement considère que « *la décision de ratifier la convention de La Haye nécessite une réflexion approfondie. En effet, les trusts constitués à l'étranger devant alors être reconnus en droit interne, il convient de s'assurer que cela n'aboutira pas à une reconnaissance sans réserve, en France, de trusts de droit étranger qui ne seraient pas soumis*

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 8.

⁷⁸³ Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, du 1^{er} juillet 1985.

aux mêmes règles – notamment de transparence, de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment – que celles imposées à la fiducie de droit français, dans des conditions qui viendraient concurrencer cette institution⁷⁸⁴ ». D'autre part, au niveau européen, le Parlement européen avait adopté, le 15 novembre 2001, une résolution visant l'harmonisation des droits européens dans plusieurs matières, y compris le « *trust* » et la Commission européenne avait publié, le 2 mai 2003, le document *Best practice guidelines for divestiture commitments in merger cases* qui incluait un contrat type du *trust* applicable aux rapprochements de groupes soumis à autorisation de la Commission. Ces deux documents issus des institutions européennes posaient logiquement le problème de la réception de la figure du « *trust* » en France et généraient pour les entreprises françaises des opportunités qui n'existaient pas à l'époque dans notre droit⁷⁸⁵.

b) Une concurrence internationale accrue

495. Le prestige de la fiducie. La fiducie, ou des mécanismes assimilables, jouit d'un grand prestige partout dans le monde depuis un certain temps. Il s'agit d'une institution globalisée que les acteurs économiques apprécient retrouver dans les différents systèmes de droit dans lesquels ils sont amenés à investir. Le « *trust* » de droit anglais et américain étant peut-être l'exemple le plus connu, il doit être souligné que la fiducie est présente dans nombreux pays d'Europe (l'Écosse, le Liechtenstein, le Luxembourg, la Russie), d'Asie (la Chine, le Japon), l'Afrique (l'Éthiopie, l'Afrique du Sud) et d'Amérique Latine (le Chili, l'Uruguay, l'Argentine)⁷⁸⁶.

496. La mondialisation. L'une des conséquences de la mondialisation des instruments juridiques est la mise en concurrence des systèmes de droit. Ce phénomène est connu sous le nom de « guerre du droit⁷⁸⁷ ». Dans ce contexte, les acteurs économiques établissent leurs opérations dans des pays attrayants du point de vue juridique et fiscal. S'agissant de la fiducie, le constat des dernières années était préoccupant car même des entreprises françaises faisaient le choix, pour des opérations ayant besoin de la mise en place d'un « *trust* », de les délocaliser, dans le respect du droit, dans des pays reconnaissant le « *trust* » ou son équivalent⁷⁸⁸. Les

⁷⁸⁴ Réponse du ministère de la Justice publiée dans le JO du Sénat du 5 mai 2016, p. 1905.

⁷⁸⁵ Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux précité, p. 7-8.

⁷⁸⁶ Exposé de motifs du projet de loi instituant la fiducie.

⁷⁸⁷ V. chapitre 1 de cette thèse.

⁷⁸⁸ Exposé de motifs du projet de loi instituant la fiducie.

délocalisations supposent une perte pour l'économie française et un risque de blanchiment de capitaux. En effet, n'étant pas soumises au droit national, les autorités françaises peuvent difficilement les contrôler. L'idée du législateur était donc de créer une institution souple, à la mesure des demandes de la pratique, afin d'attirer les opérations vers la France. Les acteurs économiques français pourraient difficilement justifier la délocalisation de leurs opérations s'ils disposaient d'une fiducie de droit français.

497. La loi du 19 février 2007. La loi du 19 février 2007 a intégré la fiducie dans le Code civil sous le titre XIV intitulé : « de la fiducie » dans le livre III, consacré aux « différentes manières dont on acquiert la propriété ». Composé des articles 2011 à 2030, ce titre donne un cadre général à la fiducie, en se limitant à décrire les éléments essentiels du régime. L'article 2011 du Code civil définit la fiducie comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Cet article consacre la notion de patrimoine d'affectation formé par les biens remis en fiducie. D'après l'article 2024, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire n'a pas d'effet sur ce patrimoine affecté.

498. Le but de la loi. Le but poursuivi étant de se rapprocher le plus possible du « *trust* », une grande liberté contractuelle a été accordée aux parties pour qu'elles puissent adapter le contrat à chaque situation.

499. L'article 2328-1 du Code civil. L'article 16 de la loi du 19 février 2007 a prévu la création de l'article 2328-1 du Code civil consacré à l'agent des sûretés. Si on tient compte des objectifs du législateur et du niveau de détail du régime de la fiducie, l'article 2328-1 est avant toute autre chose un texte étonnant.

§2. Un texte étonnant

500. L'article 2328-1 du Code civil a été conçu comme étant un complément de la fiducie (A), mais le résultat a été un régime d'agent des sûretés incomplet (B).

A. L'agent des sûretés, complément de la fiducie

501. Une formule lapidaire. L'article 16 de la loi instituant la fiducie du 19 février 2007 a consacré à l'agent des sûretés un seul article de loi : l'article 2328-1 du Code civil. Cet article s'insérait au sein du titre II relatif aux sûretés réelles du livre IV consacré aux sûretés. Il disposait : « *toute sûreté réelle peut être 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 l'obligation.* » Formulé de façon lapidaire, le mécanisme d'agent des sûretés a surpris les praticiens qui avaient vocation à l'utiliser.

502. La reconnaissance de l'agent des sûretés. Dans son rapport, M. de Richemont proposait, au sujet de l'article 16 de la loi, de prévoir une « *disposition particulière relative à la question de la gestion des sûretés réelles* » qui « *complèterait utilement le recours à la fiducie dans le cadre d'opérations de financement complexe faisant intervenir plusieurs créanciers titulaires de sûretés réelles* »⁷⁸⁹. Le législateur semblait ainsi avoir pris conscience de l'importance de la pratique des crédits syndicaux et du manque d'instrument juridique de droit français permettant de nommer un agent des sûretés. Le mécanisme de l'article 2328-1, indispensable dans une opération de financement syndiqué, montrait la volonté du législateur de reconnaître l'existence de l'agent des sûretés, créé par la pratique. En même temps, cette évolution était un signe fort de la volonté de la France de s'adapter au marché international des crédits syndiqués en rendant la place financière de Paris plus attractive aux yeux des investisseurs étrangers.

503. Avantages de la fiducie. Aux yeux des créateurs de ce nouveau régime, ce dernier paraissait intimement lié à la fiducie. La fiducie s'était inspirée de modèle proposé par le *trust* anglo-saxon qui sert à la fois de fiducie et d'agent des sûretés. Dans ce sens, il aurait pu être envisageable que la fiducie serve de fondement à l'agent des sûretés. En effet, la fiducie peut très bien servir en principe pour mettre en place un transfert de sûretés ou de biens vers le patrimoine affecté géré par le fiduciaire dans « *un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*⁷⁹⁰ », protégé des procédures collectives. Comme le signale Jean-François Adelle :

⁷⁸⁹ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont précité, p. 108.

⁷⁹⁰ Article 2011 du Code civil.

« La fiducie de sûretés présente plusieurs avantages comme mécanisme de gestion de sûretés.

- a) *Le champ des sûretés transférables en fiducie est large. Il inclut les sûretés personnelles comme les sûretés réelles. S'agissant des sûretés de droit étranger, il convient de se référer aux principes fixés par la Convention de Rome I, en matière de droit applicable à la sûreté, puisque la fiducie est une sûreté à part entière. En matière mobilière, les parties ont le choix de la loi applicable à la sûreté, sous réserve de la loi du lieu de situation du bien qui régit nécessairement l'opposabilité aux tiers et la réalisation de la sûreté. Des sûretés mobilières de droit étranger ou relatives à des biens ou droits situés à l'étranger peuvent donc être transmises en fiducie. En matière immobilière, la sûreté de droit français ne pourra porter sur des immeubles situés à l'étranger.*
- b) *À l'instar du trustee, le fiduciaire détient la sûreté dans l'intérêt des bénéficiaires. Il en a la propriété jusqu'à leur réalisation ou le retour au constituant, ce qui lui donne le titre juridique nécessaire pour réaliser les biens ou droits cédés en garantie pour le compte des créanciers sans intervention de ces derniers.*
- c) *La fiducie assure une protection robuste des éléments transférés qui constituent un patrimoine d'affectation, placé à l'abri des créanciers, du constituant (sauf clause contraire) comme de ceux du fiduciaire.*

Seules les personnes titulaires de créances nées de la conservation de la gestion des biens placés en fiducie sont autorisées à agir normalement sur le patrimoine fiduciaire.

Au cas de procédure collective, le contrat de fiducie échappe au régime des contrats en cours. Il bénéficie de protections particulières au cas de procédure collective du constituant. Toutefois celles-ci sont réservées à la cession fiduciaire de biens et droits.

Ainsi la fiducie peut être valablement constituée en période suspecte, dès lors que les éléments transférés le sont pour la garantie de dette concomitamment contractée. En outre, le créancier bénéficiaire d'une fiducie constituée à titre de garantie n'est pas soumis aux délais et remises imposées aux autres créanciers pour ses créances fiduciaires, étant donné qu'il n'est pas prévu qu'il participe aux comités de créanciers au cas de sauvegarde⁷⁹¹. »

⁷⁹¹ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

504. Défauts de la fiducie. Cependant, la fiducie à la française est loin d'être aussi souple que le *trust*. Compte tenu de son manque de flexibilité, la fiducie ne pouvait pas être utilisée pour nommer un agent des sûretés. Parmi les obstacles les plus marquants, Jean-François Adelle mentionne :

« a) Comme souligné par les travaux préparatoires à la loi sur la fiducie, le régime de la fiducie de droit commun est relativement lourd au regard des seules finalités de l'agent des sûretés. En effet, le contrat de fiducie est obligatoirement constaté par un écrit qui comprend un certain nombre de mentions obligatoires (biens, droits ou sûretés transférés ; durée du transfert ; identité du constituant, celle du fiduciaire, et celle du (des) bénéficiaire(s) ; la mission du fiduciaire). En outre, le contrat de fiducie et ses avenants doivent être enregistrés à peine de nullité auprès du service des impôts du siège du fiduciaire ou du service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Le contrat de fiducie doit par ailleurs être publié au registre national des fiducies.

b) Lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens et droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités. La même contrainte ne s'impose pas au cas de fiducie des sûretés. Cette dissymétrie n'est pas justifiée par la détection des sûretés par les tiers.

c) Enfin, les bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire les créanciers, doivent être désignés, à peine de nullité dans le contrat de fiducie. Lorsque ceux-ci ne sont pas encore déterminés, le contrat de fiducie doit contenir les règles permettant leur désignation. Dans ce cas, leur désignation ultérieure doit donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.

Au cas de crédits syndiqués ils seront par hypothèse désignés ultérieurement. Les créanciers cessionnaires de participations dans le crédit d'origine, seront des bénéficiaires additionnels de même que les prêteurs au titre d'un refinancement du crédit d'origine. Dans ces cas, le formalisme rend la détention et la gestion des sûretés par un agent fiduciaire moins souple que le trust dans lequel le trustee détient la propriété juridique des sûretés, qu'il constitue, inscrit, administre et réalise pour le compte des créanciers présents

*mais aussi futurs du syndicat, sans qu'il y ait lieu à accomplissement de nouvelles formalités de publicité au cas de modification dans la composition des bénéficiaires*⁷⁹². »

505. La combinaison de l'agent des sûretés et de la fiducie. C'est pour ces raisons que la même loi a introduit un nouvel article 2328-1 dans le Code civil, instaurant la figure d'agent des sûretés, afin d'offrir un complément à la fiducie pouvant servir ainsi d'agent des sûretés : « *on peut envisager de combiner le mécanisme de la fiducie de sûretés avec celui de l'agent des sûretés prévu à l'article 2328-1 du Code civil. Le fiduciaire agent des sûretés désigné dans l'acte constatant la créance garantie, serait aussi le seul bénéficiaire apparent de la sûreté fiduciaire pour le compte des bénéficiaires d'origine et de leurs ayants droit*⁷⁹³. »

506. Le manque de réflexion. La place de l'agent des sûretés dans le Code civil le distinguait bien de la fiducie, car celle-ci était prévue sous le titre XIV du livre III (« des différentes manières dont on acquiert la propriété »). L'histoire même de la loi du 19 février 2007 illustre bien que la figure de l'article 2328-1 constitue un ajout dépourvu d'une réflexion profonde ou faisant partie d'une stratégie à long terme. En effet, l'idée de créer un mécanisme spécifique ne se trouve pas à l'origine de la loi mais dans un amendement à la proposition de loi opéré par le Sénat, après la première lecture à l'Assemblée nationale. Le caractère de complément de la fiducie propre à l'agent des sûretés est renforcé par cet épisode. Il semblerait que les sénateurs se soient rendu compte que la fiducie n'était pas assez souple pour s'adapter au rôle d'agent, mais qu'ils n'ont pas eu le temps de proposer un régime plus complet. En effet, le rapport de la commission des lois fait par M. de Richemont est très pauvre quant aux raisons de fond de l'article qu'ils proposaient de créer : aucune explication sur le fait de limiter le mécanisme aux seules sûretés réelles, ni sur l'absence de patrimoine d'affectation, ni sur la nature même de l'instrument. Les députés ont ensuite adopté cet article sans émettre de commentaires particuliers ou de réserves⁷⁹⁴.

507. Les interrogations sur l'article 2328-1. *A posteriori*, il semblerait que le plus simple aurait été de réfléchir calmement à la meilleure façon d'adapter la fiducie à la figure de l'agent. De cette manière, il aurait été suffisant de créer un seul régime général de la fiducie servant aussi de cadre à l'agent des sûretés. En effet, si la combinaison entre la fiducie et l'article 2328-

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 223-227.

Il paraît possible, « deux interrogations sont cependant permises : tout d'abord, cette articulation est-elle praticable au cas de fiducie de sûreté, qui n'est pas par elle-même une sûreté mais un mécanisme de gestion ? Ensuite, au cas de fiducie de sûreté comme de cession fiduciaire, au regard des textes sur la fiducie : la publicité obligatoire du contrat de fiducie et de ses avenants désignant les bénéficiaires n'a-t-elle pas été instituée afin d'assurer une totale transparence de la fiducie s'agissant des bénéficiaires ? Dans ce cas, la désignation d'un fiduciaire bénéficiaire pour compte ne pourrait-elle être considérée comme méconnaissant la finalité du texte ? On le voit, sur ce plan aussi, une clarification législative renforcerait la sécurité juridique⁷⁹⁵ ».

Le résultat très pauvre de l'article 2328-1 est à l'image même du travail parlementaire sur le sujet⁷⁹⁶. Un tel résultat a provoqué une rapide tentative d'améliorer le mécanisme.

B. Tentative de compléter le régime

508. L'amélioration de l'article 2328-1. Dans sa version initiale de 2007, l'article 2328-1 disposait : « toute sûreté réelle peut être 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 l'obligation. » Face à l'étonnement général et aux vives critiques à l'égard du mécanisme issu de la loi de 2007, le législateur a profité de la première occasion pour essayer d'améliorer le texte de l'article 2328-1. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (« LME ») a été choisie pour réformer l'agent des sûretés.

1. Le nouveau pouvoir de « constituer » des sûretés

509. La loi de modernisation de l'économie (LME). La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) reprend quelques propositions contenues dans le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française de janvier 2008⁷⁹⁷. Cette commission, installée en août 2007 et présidée par M. Jacques Attali, a été constituée afin

⁷⁹⁵ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁷⁹⁶ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 223-227.

⁷⁹⁷ J. Attali, *300 décisions pour changer la France. Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris : XO Éd. ; La Documentation française, 2008. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/rapport/29532-rapport-de-la-commission-pour-la-liberation-de-la-croissance-francaise>.

d'étudier les conditions d'une « libération de la croissance française ». Le rapport présente 316 décisions pour faire redémarrer la croissance économique en France.

510. But de la « LME ». Cette loi avait pour but de « *lever les contraintes qui empêchent certains secteurs de se développer, de créer des emplois et de faire baisser les prix*⁷⁹⁸ ». Parmi les mesures de la loi, certaines visaient à développer l'entrepreneuriat et à dynamiser la concurrence. D'une manière générale, le législateur voulait améliorer l'attractivité de l'économie française⁷⁹⁹.

511. Un cadre propice. La LME était ainsi un cadre propice pour réformer le régime de l'agent des sûretés créé un an avant. Cependant, la version originale de la loi n'a pas prévu de disposition particulière portant sur l'agent des sûretés. La tendance observée au moment de l'élaboration de la loi de la fiducie était une nouvelle fois reproduite : l'intérêt du législateur pour l'agent des sûretés semblait assez théorique⁸⁰⁰.

512. Une correction insignifiante. C'est donc par amendement parlementaire que la réforme de l'article 2328-1 a été prévue à l'article 80 de la LME, sur avis rendu par la commission spéciale du Sénat. Si le marché avait pu s'attendre à une « *véritable modernisation du régime de l'agent des sûretés* », comme le nom de la loi pouvait le suggérer, le texte s'est limité à corriger l'article en précisant qu'une sûreté réelle peut également être *constituée* au bénéfice de l'agent. La nouvelle rédaction était donc : « *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.* » Ce nouvel article allait durer presque dix ans : du 6 août 2008 au 1^{er} octobre 2017.

513. Le rappel de la commission spéciale du Sénat. Le rapport de la commission spéciale du Sénat ayant rendu l'avis de modifier l'article 2328-1 rappelait qu'« *en même temps qu'elle a introduit en droit français la fiducie, la loi du 19 février 2007 a créé dans notre droit "l'agent des sûretés". Il s'est agi, en s'inspirant de l'institution anglo-saxonne du security trustee, de faciliter la gestion de sûretés afférentes à une dette lorsque celle-ci est détenue par plusieurs*

⁷⁹⁸ « Les principales mesures de la loi de modernisation de l'économie ». Disponible sur le site internet du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/loi-de-modernisation-economie-lme>.

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ A. Pesneau, *op. cit.*, p. 232.

*créanciers, notamment dans le cadre d'opérations de financement complexe*⁸⁰¹ ». C'est intéressant de souligner que le terme « agent des sûretés » était une nouvelle fois employé par le législateur dans l'élaboration du texte, mais non pas dans le résultat final de celui-ci. Le rapport faisait ensuite un retour en arrière afin d'exposer les motifs de la loi de 2007 instituant la fiducie : « *jusqu'alors, le droit français n'offrait pas de mécanisme similaire. Il fallait en conséquence recourir à deux constructions juridiques présentant moins de souplesse : d'une part, la théorie du mandat [...] d'autre part, une solidarité active entre les créanciers [...]*⁸⁰². » Le rapport continuait en affirmant que « *le Sénat avait, en conséquence, prévu que toute sûreté réelle – qu'elle soit mobilière ou immobilière – pourrait être inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une seule personne désignée à cette fin par les créanciers, la désignation de cet agent des sûretés devant intervenir dans l'acte constatant l'obligation garantie*⁸⁰³ ». La commission spéciale faisait remarquer également que « *ce mécanisme juridique novateur a permis, au quotidien, d'alléger les lourdeurs procédurales qui s'imposaient jusqu'alors. Elle a néanmoins fait l'objet de critiques en ce sens que la rédaction de cette disposition se limitait à l'inscription de la sûreté pour le compte d'autrui et non à sa constitution*⁸⁰⁴ ». Enfin, il était souligné qu'« *il semble en effet que l'agent des sûretés ne puisse pas lui-même prendre la sûreté pour le compte d'autrui, mais seulement procéder en lieu et place de la collectivité des créanciers aux formalités d'inscription de la garantie*⁸⁰⁵ ». C'est pourquoi la commission spéciale proposait de « *conférer à l'agent des sûretés le pouvoir de constituer lui-même les sûretés nécessaires à la garantie de créances détenues par une collectivité de créanciers*⁸⁰⁶ ».

514. Le pouvoir de « constituer » des sûretés. L'ajout de cette nouvelle faculté de l'agent des sûretés afin qu'en plus d'inscrire, gérer et réaliser des sûretés, il puisse aussi « constituer des sûretés » était en réalité une simple correction de la loi du 19 février 2017. Un tel pouvoir semble avoir été prévu dès l'origine dans la rédaction de l'article 2328-1 du Code civil car il doit être rappelé que, dans le rapport de M. de Richement au sujet de la loi instituant la fiducie, le commentaire de l'introduction de l'agent des sûretés avait pour titre : « *constitution, gestion*

⁸⁰¹ Rapport n° 413 (2007-2008) de M. Laurent Bétaille, M^{me} Elisabeth Lamure et M. Philippe Marini, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 24 juin 2008, p. 284-285.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 285.

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 285-286.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 286.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

et réalisation des sûretés réelles pour le compte de plusieurs créanciers ». Cela veut dire qu'en nommant dans ce rapport la faculté de constituer des sûretés, l'idée était bel et bien de la prévoir dans l'article. Cette omission montre qu'une erreur s'était glissée dans l'élaboration de l'article 2328-1.

Si la correction apportée par la LME au texte issu de la loi instituant la fiducie semblait la bienvenue, il n'empêche pas qu'il s'agit d'une réforme qui est restée sans effet pratique.

2. Un nouveau pouvoir sans effet

515. L'apport de la loi LME. Entre le 6 août 2008 et 1^{er} octobre 2017, le cadre légal de l'agent des sûretés était contenu dans l'article 2328-1 du Code civil qui énonçait simplement : *« Toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte de créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate l'obligation. »* L'apport de la loi LME de 2008 consistant à prévoir que l'agent peut également « constituer » une sûreté réelle semblait être pertinent pour les praticiens. En effet, dans la rédaction datant d'avant la LME, dans laquelle les seuls pouvoirs prévus étaient ceux d'inscrire, gérer et réaliser des sûretés, il n'était pas possible pour l'agent de signer tout seul l'acte constituant de la sûreté. En revanche, les prêteurs et l'emprunteur devaient y prendre part. Une telle pratique compliquait la procédure et n'était pas conforme au souhait des praticiens qui cherchaient dans la figure de l'agent des sûretés un instrument pour simplifier la prise des sûretés.

516. L'effet de la LME. Malgré l'intérêt qui a pu susciter la LME, ce pouvoir de constituer une sûreté est resté sans effet dans la pratique. D'une part, la réforme de l'article 2328-1 du Code civil n'a pas été suffisante pour le rendre adapté aux attentes de la pratique du marché et de la doctrine. Le régime français de l'agent des sûretés présentait trop de lacunes. Comme le souligne M. Adrien Pesneau, *« cette timide réforme du législateur français a découragé en pratique le recours à l'utilisation de ce dispositif du Code civil tant les incertitudes et imperfections sont nombreuses. Cela revient presque à considérer qu'une absence de réforme aurait quasiment été préférable à une réforme imparfaite. En pratique, malgré l'existence de l'article 2328-1 du Code civil, de nombreux praticiens continuaient de se référer directement au concept de mandat. Néanmoins, ces premiers pas hésitants du législateur français auguraient sans doute d'une prise de conscience d'un sujet important mais néanmoins encore*

imparfaitement maîtrisé. En tout état de cause, il était une nouvelle fois souhaitable qu'un cadre légal plus précis soit retenu rapidement afin d'apporter une "sécurité juridique" nécessaire aux acteurs économiques qui dépendront ainsi moins des premières décisions de la Cour de cassation sur ce sujet de l'agent des sûretés⁸⁰⁷ ». D'autre part, dans une considération plus théorique, l'inclusion du terme « constituer » n'était pas exacte puisque normalement il s'agit d'une prérogative du débiteur qui ne peut pas être déléguée⁸⁰⁸. Ce choix opéré par le législateur en 2008 sera en effet abandonné par celui de 2017, au moment d'une nouvelle réforme de l'agent des sûretés. L'article 2488-6, qui sera créé à cette occasion-là, disposera simplement : « Toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés. » Le terme « prendre » sera préféré à « constituer » car en droit français, seul le débiteur peut constituer une sûreté⁸⁰⁹.

517. L'apport de la loi LME de 2008 peut être considéré comme insignifiant compte tenu de son impact sur la clarification du régime de l'agent des sûretés. En laissant de côté les principales problématiques liées à l'article 2328-1 du Code civil créé par la loi du 19 février 2007, la réforme n'a pas réussi à éclaircir les doutes et ainsi aider à faire accepter le cadre légal.

518. Conclusion de la section. L'introduction de la première disposition légale spécifique sur l'agent des sûretés a été l'article 2328-1 du Code civil. Étant donné les attentes des praticiens et les besoins du marché, on s'attendait à la consécration, enfin, d'un régime équivalent à celui du *security trustee*. Le contexte était l'idéal mais, malheureusement, le texte légal créé a été étonnant tellement il était loin de ce qui était attendu : l'article 2328-1 sera une grande déception.

Section 2 : La déception du *security trustee* à la française

519. La déception provoquée par l'article 2328-1 du Code civil, créé par la loi de 2007 instituant la fiducie, réformé ensuite par la loi de modernisation de l'économie de 2008, a été

⁸⁰⁷ A. Penseau, *op. cit.*, p. 234.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.

causée d'une part par ses qualités insuffisantes (§1) et, d'autre part, par ses défauts insurmontables (§2).

§1. Des qualités insuffisantes

520. Parmi les qualités de l'article 2328-1 du Code civil peuvent être mentionnées celles liées au processus de réception de l'agent des sûretés (A) et celles liées au contenu du régime (B).

A. Qualités liées au processus de réception de l'agent des sûretés

521. Dans le cadre de la réception de l'agent des sûretés, l'article 2328-1 du Code civil a été un exemple concret de la volonté politique de rendre la place financière parisienne plus attractive (1), a donné naissance au premier cadre légal du mécanisme (2) et a lancé le début d'un processus de réception définitif (3).

1. La volonté politique de rendre la place financière plus attractive

522. La volonté politique. L'introduction de l'agent des sûretés en droit français en 2007 a été une étape importante dans la volonté de moderniser le droit du financement syndiqué. Avec l'institution de la fiducie, l'article 2328-1 constitue une manifestation concrète de la volonté politique de poursuivre l'objectif que le législateur s'était fixé de doter le droit français d'un régime équivalent à celui du *security trustee*. Comme souvent, l'une des premières qualités ou points positifs à souligner lors d'une réforme est celle d'avoir essayé de faire quelque chose. Autrement dit, il s'agit ici de saluer la volonté politique d'adapter le cadre juridique à la réalité économique puisque le premier n'était plus adapté à la seconde.

523. Un travail inachevé. Il s'agit cependant d'une manifestation minimale d'atteindre l'objectif. En effet, les travaux parlementaires sur le sujet montrent que la réflexion et les débats n'ont pas été très poussés, alors que la doctrine et la pratique avaient donné des éléments pour produire un débat de qualité. La nécessité de réformer l'article 2328-1 du Code civil un an à peine après sa création faisait penser à un travail législatif fait dans la précipitation. L'utilisation répétée des amendements parlementaires vont également dans ce sens. Comme le signale Adrien Pesneau, il s'agit d'un « travail législatif inachevé » résumé de la façon suivante : « *un agent des sûretés imparfait dans le contexte d'une institution imparfaite de la fiducie*

française⁸¹⁰. » Au sujet de la modification opérée par la loi de modernisation de l'économie, le même auteur remarquait : « nous pouvons, une fois encore, regretter l'absence de plus amples débats – et d'une réelle volonté législative de s'emparer du sujet ! – qui auraient pu permettre à ce que le texte soit modifié de façon plus satisfaisante pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y apporter d'autres modifications⁸¹¹. »

524. Malgré ce travail d'élaboration du régime décrit comme inachevé, il peut être souligné qu'il y a eu un résultat. C'est un aspect positif dans ce processus.

2. La reconnaissance légale

525. L'existence officielle. Même si cela peut paraître simpliste, l'une des principales qualités du texte de l'article 2328-1 a été celle d'exister. On pourrait affirmer que l'article 2328-1 a été très loin de la perfection, mais il a au moins eu le mérite d'exister. Cette existence a permis à l'agent de sortir de son existence purement contractuelle pour disposer désormais d'une reconnaissance légale. Dans ce sens, la démarche du législateur était novatrice car le droit français ne connaissait pas de mécanisme permettant à une personne d'administrer des sûretés pour le compte des créanciers.

526. La dénomination explicite. Une telle reconnaissance est explicite alors même que la loi ne donne pas une dénomination explicite au mécanisme qu'elle a créé. En effet, l'article 2328-1 du Code civil ne fait pas mention de l'« agent des sûretés », mais les travaux parlementaires s'y réfèrent constamment. Il n'y avait donc pas de doute possible sur le fait que l'idée lancée était de mettre en place un véritable régime d'agent des sûretés.

3. Le début d'un processus de réception

527. L'évolution favorable à l'agent des sûretés. Si en 2007 la volonté politique, concrétisée par la reconnaissance légale de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil, n'a pas suffi pour doter le droit français d'un régime comparable à celui du *security trustee*, elle a mis en marche un processus pour atteindre cet objectif dix ans plus tard. Dans cette logique, Adrien Pesneau prend de la hauteur par rapport à cette situation qui avait déçu les praticiens : « Les dispositifs récents que sont la fiducie-sûreté française et l'article 2328-1 du Code civil

⁸¹⁰ A. Penseau, *op. cit.*, p. 229.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 234.

sont critiquables à bien des égards dans le cadre de l'agent des sûretés. Ils n'ont pas su répondre aux attentes des praticiens qui avaient recours aux concepts du mandat et de la solidarité active dans le cadre de l'agent des sûretés. Le système de dette parallèle ne constitue en rien une réponse satisfaisante dans le cadre de l'agent des sûretés. Le problème de fond n'est pas réglé. Il convient de faire de l'agent des sûretés un véritable fiduciaire, mais sans les inconvénients connus de la fiducie-sûreté. Néanmoins, tout en étant imparfaits, les derniers dispositifs offerts par le droit français ne sont-ils pas aussi l'illustration d'une évolution du droit français désormais plus favorable à l'accueil des mécanismes fiduciaires qu'il n'aurait pu l'être dans le passé ? Aussi ces systèmes font-ils finalement partie des éléments ayant permis l'émergence progressive d'un nouvel agent des sûretés en droit français⁸¹². »

528. L'application du principe « le temps est supérieur à l'espace ». D'un point de vue de philosophie politique, il n'est pas uniquement important de faire quelque chose de concret, mais d'avoir lancé un processus de réforme, d'accueil ou de réception. Ainsi, l'article 2328-1 du Code civil peut être en quelque sorte analysé comme une application du principe selon lequel « le temps est supérieur à l'espace ». En effet « *il y a une tension bipolaire entre la plénitude et la limite. La plénitude provoque la volonté de tout posséder, et la limite est le mur qui se met devant nous. Le "temps", considéré au sens large, fait référence à la plénitude comme expression de l'horizon qui s'ouvre devant nous, et le moment est une expression de la limite qui se vit dans un espace délimité. Les citoyens vivent en tension entre la conjoncture du moment et la lumière du temps, d'un horizon plus grand, de l'utopie qui nous ouvre sur l'avenir comme cause finale qui attire. De là surgit un premier principe pour avancer dans la construction d'un peuple : le temps est supérieur à l'espace.*

Ce principe permet de travailler à long terme, sans être obsédé par les résultats immédiats. Il aide à supporter avec patience les situations difficiles et adverses, ou les changements des plans qu'impose le dynamisme de la réalité. Il est une invitation à assumer la tension entre plénitude et limite, en accordant la priorité au temps. Un des péchés qui parfois se rencontre dans l'activité socio-politique consiste à privilégier les espaces de pouvoir plutôt que les temps des processus. Donner la priorité à l'espace conduit à devenir fou pour tout résoudre dans le moment présent, pour tenter de prendre possession de tous les espaces de pouvoir et d'auto-

⁸¹² *Ibid.*, p. 236.

affirmation. C'est cristalliser les processus et prétendre les détenir. Donner la priorité au temps c'est s'occuper d'initier des processus plutôt que de posséder des espaces. Le temps ordonne les espaces, les éclaire et les transforme en maillons d'une chaîne en constante croissance, sans chemin de retour. Il s'agit de privilégier les actions qui génèrent les dynamismes nouveaux dans la société et impliquent d'autres personnes et groupes qui les développeront, jusqu'à ce qu'ils fructifient en évènements historiques importants. Sans inquiétude, mais avec des convictions claires et de la ténacité⁸¹³ ».

B. Qualités liées au contenu du régime

529. L'article 2328-1 du Code civil permettait de dissocier le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté (1), donnait un cadre pour les sûretés réelles (2) et permettait de nommer agent des sûretés une personne autre qu'un créancier (3).

1. La dissociation entre le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté

530. La première dissociation entre la créance et la sûreté. La réforme de 2007 a été la première à introduire une dissociation entre le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté jusqu'alors inconcevable en droit civil. Jean-François Adelle l'expliquait de la façon suivante : « jusqu'à l'intervention du législateur en 2007, le droit français ne disposait pas d'un régime légal spécifique permettant la détention des sûretés par l'agent pour le compte de l'ensemble des créanciers⁸¹⁴ », et Sarah Laval affirmait dans le même sens : « avant la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, l'agent des sûretés peut répondre à deux qualifications. L'agent des sûretés peut d'abord être lui-même titulaire de la créance et accessoirement des sûretés qui la garantissent [titulaire de la créance solidaire ou d'une créance parallèle]. Au contraire, l'agent des sûretés qui n'est ni titulaire de la créance ni titulaire des sûretés peut être le représentant des créanciers [mandataire ou commissionnaire]⁸¹⁵. » Traditionnellement, le droit français autorisait uniquement le débiteur de constituer une sûreté sur un actif de son patrimoine. C'est la raison pour laquelle la loi de 2007 ne parlait pas de « constituer », mais de prendre des sûretés. La loi de 2008 a ajouté la possibilité pour l'agent de constituer la sûreté.

⁸¹³ Pape François, exhort. apost. *Evangelii Gaudium*, 24 novembre 2013, p. 178-179.

⁸¹⁴ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁸¹⁵ S. Laval, « Pour une réforme de l'agent des sûretés », *Dr. et patri.*, avril 2016, n° 257, p. 30.

531. La différence avec la dette parallèle. Cette dissociation constitue une grande différence avec, par exemple, la pratique de la dette parallèle. Le « créancier parallèle » est nécessairement créancier dans l'opération dans laquelle il intervient en tant qu'agent des sûretés alors que l'agent des sûretés du Code civil n'est pas nécessairement créancier. Ce point est important puisqu'il permet que les sûretés soient gérées par un tiers et non pas par les créanciers, ce qui facilite le transfert de participation au sein du syndicat. Cette dissociation « révolutionnaire » entre le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté se fait dans le but de permettre à l'agent, titulaire des sûretés, d'agir au profit des titulaires des créances.

2. Un cadre pour les sûretés réelles

532. Un cadre intéressant. Étant donné que l'agent des sûretés de 2007 était applicable uniquement aux sûretés réelles, il supposait un cadre juridique intéressant pour des opérations ayant recours à ce type de sûretés. Cet article a de cette façon permis pour la première fois qu'une personne inscrive, enregistre, gère et réalise des sûretés réelles pour le compte des créanciers. Les créanciers n'ont pas besoin de participer aux actes ayant pour objet les sûretés, ni nommer l'agent des sûretés en tant que mandataire pour qu'il les fasse à leur place.

533. L'effet utile de l'article 2328-1. Au regard de la formule employée par l'article 2328-1, Jean-François Adelle déduit que « *l'agent des sûretés désigné par les prêteurs agit en son nom propre et pour le compte des créanciers initiaux comme des créanciers futurs, dans les étapes de la vie de la sûreté, quelle que soit l'évolution du pool, le transfert de créances ne nécessite pas l'accomplissement d'autres formalités*⁸¹⁶ ». À l'époque une telle interprétation de l'article 2328-1 cherchait sans doute à donner un effet utile à cet article, mais elle semblait un peu trop optimiste tant elle s'éloignait de la lettre du texte. En effet, le texte étant lapidaire, il ne mentionnait pas la faculté pour la personne désignée d'agir en son nom propre pour les créanciers futurs. Comme on le verra, ces deux omissions posent de véritables problèmes et sont liées à l'absence de régime clair de l'article 2328-1.

3. La qualité de l'agent des sûretés

534. Jean-François Adelle relève une force particulière de l'article 2328-1 par rapport à la technique de la solidarité active, parfois utilisée par la pratique. La solidarité active impose à

⁸¹⁶ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

l'agent des sûretés qu'il ait la qualité de créancier, ce qui n'est pas forcément adapté. L'article 2328-1 laisse la possibilité ouverte de nommer n'importe quelle personne ou entité. Dans ce sens, un agent pourra être prêteur ou non. Il n'est donc pas non plus requis qu'il ait la qualité d'établissement financier. Cependant, Jean-François Adelle est d'avis qu'« *un établissement financier autre qu'un établissement de crédit au sens de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier pourra également assumer cette fonction, la qualité d'établissement de crédit n'étant alors requise que si les sûretés incluent des cessions de créance non échues en garantie*⁸¹⁷ ».

535. Malgré quelques qualités intéressantes, l'article 2328-1 du Code civil présentait surtout des défauts insurmontables.

§2. Des défauts insurmontables

536. Malgré l'ajout opéré par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, l'article 2328-1 du Code civil était silencieux sur la nature de l'agent des sûretés (A). Cette confusion quant à sa nature avait pour conséquence que les parties ne disposaient pas d'une véritable liberté (B).

A. L'absence de nature définie

537. Le doute sur le régime. L'article 2328-1 ne précise pas la nature du mécanisme qu'il décrit. Sans cette précision, le doute existe de savoir à quel régime il doit être soumis : commission, mandat ou fiducie ? Parmi les nombreuses incertitudes générées par le nouvel article 2328-1, la première était donc l'absence de précision quant à la nature des pouvoirs de l'agent ainsi que sur sa responsabilité.

538. Contrat de mandat, commission ou *sui generis*. Le nouveau texte disposait que l'agent agit « pour le compte » des créanciers (« *toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers* ») sans préciser s'il le faisait en tant que mandataire des créanciers ou s'il avait un droit propre sur les sûretés qu'il constituait, inscrivait,

⁸¹⁷ *Ibid.*

gèrait et réalisait. Ainsi, il était impossible de savoir si l'agent était soumis au régime du mandat, de commission ou si l'on était en présence d'un contrat *sui generis*.

539. Contrat de commission. Si la figure décrite par l'article 2328-1 correspond à un commissionnaire, l'agent agit en son nom propre mais pour le compte des créanciers. Le régime du contrat de commission suppose que les effets soient produits immédiatement dans le patrimoine du commettant. Transposé au cas de l'agent des sûretés, le contrat de commission implique que seuls les créanciers (commettants) sont titulaires des sûretés : ils détiennent ainsi les sûretés à partir du moment de la constitution de celles-ci par l'agent. Par voie de conséquence, le régime du contrat de commission est favorable aux créanciers dans le sens où ils détiennent eux-mêmes les sûretés et non pas l'agent⁸¹⁸.

540. Un régime fiduciaire. À l'inverse, si l'on voit dans l'article 2328-1 une forme de régime fiduciaire⁸¹⁹, l'agent des sûretés est lui-même propriétaire des sûretés. En tant que tel, il est logique qu'il puisse procéder sans problème aux formalités d'opposabilité des sûretés. Dans la même logique, c'est lui qui détient la propriété des biens qui lui sont transférés à titre de garantie et ce jusqu'à la réalisation des sûretés. En cas de vente forcée de l'un de ces biens, l'agent distribue ensuite le prix de la vente entre les créanciers⁸²⁰. Comme le suggèrent les travaux parlementaires de la loi de 2007, la volonté politique cherchait à doter le droit français d'un mécanisme pouvant remplacer l'utilisation du *security trustee*. En tenant compte un tel but, on aurait pu facilement penser que l'agent des sûretés créé à cette occasion allait suivre le régime de la fiducie. Pourtant, rien n'indique qu'il en soit de la sorte. Mise à part le fait que l'agent des sûretés ait été prévu dans la loi instaurant la fiducie en droit français, l'article 2328-1 ne fait pas de renvoi vers la fiducie créée par la même loi (articles 2011 et suivants du Code civil). L'incertitude était donc réelle et l'on pouvait s'interroger s'il fallait appliquer ou non le

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ V. par exemple, J. Leavy, « En droit français, l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque & Droit*, n° 136 mars-avril 2011, p. 9. Cet auteur affirme : « *l'agent des sûretés [de l'article 2328-1 du Code civil] n'est pas un mécanisme à caractère fiduciaire en droit français. Le patrimoine d'affectation, qui est le fondement de la fiducie française, n'est pas adapté aux rôles que jouent l'agent des sûretés et les prêteurs dans un prêt syndiqué.* » Il dit également : « *Puisque le droit français connaît maintenant une institution, la fiducie, qui ressemble beaucoup au trust, d'aucuns seraient tentés de voir en elle le fondement juridique de l'agent des sûretés de droit français et même de considérer que l'article 2328-1 du Code civil, adopté en même temps que les dispositions sur la fiducie, est simplement l'application concrète de la fiducie française à la prise, la gestion et la réalisation des sûretés pour le bénéfice d'un pool bancaire.* »

⁸²⁰ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

régime décrits aux articles 2011 et suivants. La manière dont l'article 2328-1 du Code civil était rédigé ne permettait pas d'affirmer si les sûretés et garanties étaient prises pour garantir la défaillance de l'agent ou des créanciers. Dans l'hypothèse de la faillite de l'agent, cette incertitude pourrait provoquer la saisie par l'administrateur judiciaire ou par les créanciers des biens cédés en garantie⁸²¹.

541. Le recours au régime de la fiducie du Code civil. Cela étant dit, il semble peu raisonnable de chercher à soumettre l'agent des sûretés de 2007 au régime de la fiducie. En effet, pourquoi avoir prévu d'insérer l'article 2328-1 dans le Code civil alors que la même loi avait créé le régime de la fiducie-sûreté ? Comme l'explique un auteur, cela ne serait pas logique : *« la qualification du régime de l'article 2328-1 de régime fiduciaire apparaît inutile. Le régime ferait double emploi avec le régime de la fiducie-sûreté et est susceptible de produire, par exemple en matière prudentielle des effets allant au-delà de ceux recherchés, qui sont outre la gestion de la sûreté par l'agent qui ressort déjà des dispositions du texte et la protection du créancier au cas de défaillance de l'agent. Il suffit que le texte impose la traçabilité des droits constitués au nom de l'agent et la préservation des droits des créanciers bénéficiaires au cas de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire auxquelles pourrait être soumis l'agent des sûretés⁸²². »*

542. Les contraintes de la fiducie du Code civil. Si on tient compte de la finalité du mécanisme de l'agent des sûretés et du contexte dans lequel il opère, le régime de la fiducie apparaît immédiatement comme étant inadapté parce que trop lourd. Ce défaut a été signalé par les travaux parlementaires. Parmi ces contraintes, l'on trouve : le contrat de fiducie doit être constaté par un écrit contenant des mentions obligatoires (biens, droits ou sûretés transférés ; durée du transfert ; identité du constituant et du fiduciaire et des bénéficiaires ; la mission du fiduciaire), l'enregistrement, à peine de nullité, du contrat de fiducie auprès du service des impôts, la publication du contrat de fiducie au registre national des fiducies. Les bénéficiaires de la fiducie doivent être désignés, à peine de nullité, dans le contrat de fiducie. Si les bénéficiaires ne sont pas encore déterminés, le contrat de fiducie doit contenir les règles pour leur détermination. En cas de détermination postérieure à l'acte, cette désignation doit se faire dans un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions. Dans la pratique des crédits syndiqués,

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*

il est fréquent que des créanciers (bénéficiaires de la fiducie) viennent participer à l'opération de financement postérieurement à la désignation de l'agent des sûretés. Ainsi, par exemple, le cas des cessionnaires de participation ou les prêteurs participant à un refinancement de l'opération. L'on voit ici que le formalisme de la fiducie est difficilement praticable dans une telle situation de changement de créanciers. C'est la souplesse du *trust* qui encore une fois se montre le mieux adaptée puisque le *trustee* est propriétaire des sûretés pour le compte des créanciers, présents et futurs : aucune formalité ne devant être accomplie en cas de changement au sein du *pool*⁸²³. Un auteur résume la même idée de la façon suivante : « *La fiducie n'est toutefois pas assez adaptée au contexte d'un crédit syndiqué, d'autant plus lorsque celui-ci est régi par un droit étranger. Outre les conditions lourdes et coûteuses tenant au formalisme et à la personne du fiduciaire, la fiducie implique nécessairement un transfert des sûretés au fiduciaire, qui ne peut les prendre directement. Surtout, les créanciers doivent être nommément désignés ad validitatem dans le contrat de fiducie, ce qui peut s'avérer pénible dans l'hypothèse d'un changement de créanciers, qui nécessitera d'en établir et d'en enregistrer un avenant. Enfin, le coût particulièrement important du mécanisme, notamment concernant les honoraires du fiduciaire et des avocats – la documentation étant sur-mesure – explique que seuls quelques financements particulièrement importants y aient eu recours depuis 2007*⁸²⁴. »

543. La combinaison de la fiducie et de l'article 2328-1. Pour contourner ce problème, il a pu être envisagé de combiner la fiducie et l'article 2328-1 : le fiduciaire serait nommé agent des sûretés selon les conditions prévues par l'article 2328-1 et pourrait être ainsi le seul bénéficiaire apparent de la sûreté fiduciaire au profit de tous les créanciers, présents et futurs. La seule réserve est de savoir si l'article 2328-1 applicable aux sûretés réelles est ou non applicable aux sûretés fiduciaires. Est-ce également applicable au cas de fiducie de sûreté ? On peut aussi se demander si cette combinaison des deux techniques ne va pas à l'encontre du but poursuivi de transparence dans la loi concernant la fiducie.

544. L'intérêt pratique de la question. Au-delà de l'intérêt théorique, la question sur la nature de l'agent est loin d'être dépourvue d'intérêt pratique pour le montage d'une opération de financement. En effet, cette question a un rapport direct avec la nature des droits que l'agent détient sur les sûretés qu'il constitue, inscrit, gère et réalise : les sûretés consenties par le

⁸²³ *Ibid.*

⁸²⁴ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 31.

débiteur le sont-elles au bénéfice direct des prêteurs ou deviennent-elles la propriété de l'agent des sûretés ? Dans ce dernier cas de figure : les créanciers disposent-ils d'un droit personnel contre l'agent ? L'agent détient-ils les sûretés dans son patrimoine propre ou dans un patrimoine spécialement affecté à sa mission ?⁸²⁵

545. La sécurité juridique. Un régime si imprécis en ce qui concerne la nature même de l'agent des sûretés s'adaptait mal aux besoins de sécurité juridique⁸²⁶ des opérations portant sur des montants très élevés et invitait les praticiens à continuer à avoir recours à d'autres techniques comme la dette parallèle. En effet, dans ce dernier mécanisme, il n'y a pas de confusion possible quant à la nature de l'agent des sûretés puisque, agissant en tant que créancier, il est le seul titulaire des sûretés consenties par le débiteur.

B. L'insuffisante liberté contractuelle

546. L'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil était un mécanisme très limité quant à sa compétence (1) mais aussi en ce qui concerne l'exercice de sa mission (2).

1. Limitation dans sa compétence

547. L'exclusion de certaines sûretés. De manière assez paradoxale, le législateur a limité le domaine d'application du nouvel article aux seules sûretés réelles (« *toute sûreté réelle peut être constituée...* »), en faisant abstraction de toutes les sûretés personnelles (telles que le cautionnement et la garantie à première demande) et de sûretés étrangères, qui sont très fréquemment utilisées dans les crédits syndiqués. Une telle exclusion était inexplicable car elle avait pour conséquence de rendre plus complexe la constitution et la gestion des sûretés et d'augmenter le coût de l'opération. La formule laisse également de côté toutes les institutions qui, sans être des sûretés au sens strict comme, par exemple, la délégation imparfaite, constituent des mécanismes proches. On pourrait penser que l'exclusion des sûretés

⁸²⁵ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁸²⁶ *Ibid.* Jean-François Adelle affirmait à propos de l'article 2328-1 du Code civil : « *une clarification législative renforcerait la sécurité juridique.* » V. également d'autres auteurs critiques de l'article 2328-1 : P. Nabet, « Pour un agent des sûretés efficace en droit français. Ou comment donner un effet utile à l'article 2328-1 du code civil », *D.*, 2012, p. 1901 ; G. Ansaloni et I. Dursun, « L'agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un *pool* bancaire », *JCP E*, juillet 2009, n° 1671 ; D. Robine, « Le sort de l'agent des sûretés », *Rev. proc. coll.*, mai 2013, n° 3, dossier 18 ; E. Gentil et J. Delbard, *loc. cit.*, p. 35.

personnelles est regrettable mais non pas un manque déterminant. En effet, le régime des sûretés personnelles n'exige pas qu'elles soient inscrites ou publiées. Cela étant dit, il est dès lors obligatoire d'avoir recours à une autre technique pour gérer les sûretés personnelles. Ce dédoublement de la fonction d'agent (un agent pour les sûretés réelles nommé selon l'article 2328-1) et un autre pour gérer les sûretés personnelles n'est ni pratique, ni simple ni attractif pour les praticiens⁸²⁷. Un auteur affirme au sujet de l'article 2328-1 du Code civil : « *son champ d'application est trop étroit. L'exclusion des sûretés personnelles impose d'avoir recours à des régimes différents pour les sûretés personnelles au cas de sûretés comprenant à la fois des sûretés personnelles et des sûretés réelles. Certes le régime du manque d'ordre est moins pénalisant pour les sûretés personnelles qui ne donnent pas lieu à formalités d'inscription et de publicité au nom des créanciers*⁸²⁸. »

548. Cette lacune invitait les praticiens à continuer à utiliser la technique de la dette parallèle car le créancier parallèle pouvait bénéficier aussi des sûretés personnelles.

549. Le manque de précision quant aux sûretés réelles. L'article 2328-1 ne précise pas quelles sûretés réelles sont comprises dans son champ d'application. L'article les mentionne toutes de façon générale, sans faire de distinction. Il peut être affirmé sans trop de crainte que sont concernées les sûretés réelles du Code civil (les privilèges mobiliers et immobiliers, le gage de meubles corporels, le nantissement de créances, la propriété retenue à titre de garantie, la fiducie-sûreté, l'hypothèque, etc.), celles du Code de commerce (le gage de stocks, le nantissement de parts sociales, etc.), les sûretés réelles du Code monétaire et financier (le nantissement de compte-titres financiers, etc.). En revanche, d'une façon générale, toutes les sûretés réelles qui ne rentreraient pas strictement dans cette catégorie sont difficilement comprises dans le régime. Ce serait le cas, par exemple, des sûretés réelles innomées telles que le gage-espèce. Dans la même ligne, les engagements à titre de garantie (la promesse d'affectation hypothécaire) et les sûretés de droit étranger (sur des biens à l'étranger ou en France) ne rentrent pas exactement dans la catégorie évoquée par l'article 2328-1⁸²⁹. Si ces mécanismes ne constituent pas des sûretés et garanties au sens strict, l'esprit de la loi et la volonté des praticiens veulent qu'un agent des sûretés soit capable de recevoir ces garanties de

⁸²⁷ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 14-15.

⁸²⁸ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁸²⁹ *Ibid.* ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 16-17.

droit étranger et ces promesses en son propre nom, car comme dans le cas de n'importe quelle sûreté, il y va de l'intérêt de tous les créanciers et du succès de l'opération, que ces promesses soient correctement administrées en cohérence avec le *security package*⁸³⁰. Le législateur a également exclu de l'article 2328-1 les promesses de constitution des sûretés. Cette position est aussi paradoxale puisqu'il fréquent que des sûretés soient consenties après la signature du contrat de crédit, par exemple lorsqu'un acte notarié est requis ou s'il s'agit d'une sûreté portant sur des biens qui n'existent pas encore (par exemple, dans le cas où le débiteur s'engage à nantir des créances futures)⁸³¹.

2. Limitation dans l'exercice de sa mission

550. L'article 2328-1 du Code civil laisse peu de place à la liberté de l'agent dans l'exercice de sa mission. Les créanciers sont obligés de nommer l'agent des sûretés dans l'acte constatant l'obligation (a). Par son silence quant au remplacement et à la procédure collective, l'article limite également l'action de l'agent (b).

a) L'exigence de nommer l'agent des sûretés dans l'acte constatant l'obligation

551. La nomination dans le contrat de crédit. Une dernière exigence posée par le législateur semblait condamner définitivement la nouvelle création à l'échec : l'exigence de désigner l'agent dans l'acte qui constate l'obligation garantie, c'est-à-dire, le contrat de crédit. Cette exigence rendait logiquement impossible la nomination de l'agent dans le document dans lequel il est nommé normalement, à savoir l'accord inter-créanciers, puisque ce n'est pas cet acte celui qui constate l'obligation garantie. Cette formule posait en plus un autre problème. En effet, il est normal que dans un crédit syndiqué il y ait plusieurs actes, conclus souvent à des moments différents, pour constater les obligations des créanciers. Cette situation rendait pratiquement impossible la désignation d'un agent commun à tous les créanciers, sauf si l'agent était désigné dans chaque acte de façon séparée, ce qui viendrait complexifier encore plus l'opération⁸³².

552. L'exclusion de la convention inter-créanciers. L'article 2328-1 du Code civil exige que l'agent des sûretés soit désigné dans l'acte qui constate la dette. Cet acte correspond au

⁸³⁰ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁸³¹ *Ibid.* ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 21.

⁸³² J.-F. Adelle, *loc. cit.*

contrat de crédit. Dans la pratique de marché, l'agent des sûretés n'est pas nécessairement nommé dans le contrat de crédit, mais plutôt dans la convention inter-créanciers ou dans un acte séparé, qui lui est spécialement consacré. Quoiqu'il en soit, il n'est pas nécessaire que l'emprunteur participe à l'acte de nomination de l'agent des sûretés. Ce dernier agit au profit des créanciers : c'est donc eux qui doivent le nommer. Cette exigence devient particulièrement difficile à respecter dans le cas où l'agent agit pour plusieurs groupes de créanciers car les dettes trouvent leur origine dans plusieurs actes de crédits. Dans tous les cas, cette exigence semblait excessive et n'apportait aucune protection spécifique à l'opération⁸³³.

553. L'évolution de la composition du syndicat. L'article 2328-1 du Code civil ne précise pas que l'agent des sûretés peut être nommé une fois pour toujours par les créanciers d'origine⁸³⁴. Autrement dit, l'article n'était pas suffisamment explicite pour conclure qu'en cas d'évolution dans la composition du *pool* bancaire la nomination de l'agent des sûretés n'était pas remise en cause. L'article 2328-1 du Code civil est silencieux aussi en ce qui concerne quelles obligations garanties peuvent être l'objet d'un contrat d'agent des sûretés. Les obligations garanties sont, en conformité avec les principes généraux du Code civil en la matière, celles déterminées ou déterminables des créanciers présents ou futurs et de leurs ayant cause. Cependant, le doute peut subsister si les banques de couverture ou les nouveaux créanciers, désignées ou membres du *pool* après la conclusion du contrat de crédit, pourront bénéficier des sûretés gérées par l'agent. En effet, leurs créances ne sont pas encore fixées au moment où l'agent est nommé⁸³⁵.

b) Le silence en cas d'action en justice et de remplacement de l'agent

554. La question de la faculté d'ester en justice et le remplacement de l'agent des sûretés est en rapport direct avec la nature de ses droits. Puisque l'article 2328-1 n'a pas précisé si l'agent disposait d'un patrimoine d'affectation, les problématiques liées au changement et à la faillite de l'agent restent obscures.

⁸³³ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 21.

⁸³⁴ J.-F. Adelle, *loc. cit.* Cet auteur affirme : « La désignation de l'agent doit pouvoir être efficacement effectuée par les seuls créanciers connus au jour de la désignation de l'agent des sûretés. »

⁸³⁵ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

i. L'action en justice

555. Malgré le fait que le but même du mécanisme de l'agent des sûretés soit d'agir seul sans avoir besoin des créanciers, l'article 2328-1 du Code civil ne précisait pas que l'agent des sûretés agit bien « en son nom » pour le compte des créanciers. L'article 416 du Code de procédure civile⁸³⁶ exige un mandat exprès pour représenter ou assister une personne en justice. Le mandataire doit révéler le nom de son ou de ses mandants. L'article 2328-1 permet uniquement que l'agent des sûretés agisse en justice pour réaliser une sûreté (car l'article dispose qu'il peut « réaliser » une sûreté). À part ce cas précis, il est incertain qu'il puisse agir en justice au nom et pour le compte des créanciers de façon générale et sans avoir besoin d'un mandat spécial de leur part. Dans le même sens et de façon plus spécifique, il n'est pas non plus évident qu'il puisse déclarer des créances dans le cadre d'une éventuelle procédure collective du débiteur⁸³⁷.

ii. Le remplacement de l'agent des sûretés.

556. Le régime de 2007 n'a pas prévu de situations dans lesquelles l'agent des sûretés devait être remplacé par décision de justice. Il est évidemment toujours possible de prévoir dans le contrat les conditions de son remplacement, mais il est plus prudent que la loi prévoie aussi certains cas, comme elle l'a fait dans le régime de la fiducie, dans lesquels les créanciers peuvent demander au juge de faire remplacer l'agent. Ces cas pourraient être, à titre d'exemple, l'ouverture d'une procédure collective contre l'agent ou le manquement de celui-ci de ses devoirs et de sa mission. Dans le premier cas, l'hypothèse d'une procédure collective, le régime devrait également organiser le transfert automatique des sûretés gérées par l'agent au nouvel agent⁸³⁸.

557. Conclusion de la section. En raison de ces qualités insuffisantes et de ses défauts insurmontables, le régime de l'article 2328-1 du Code civil s'est très vite révélé comme étant inadapté à la gestion des sûretés dans un crédit syndiqué et, de fait, a été très peu utilisé : le *security trustee* à la française a profondément déçu les praticiens. Il était rarissime d'observer dans la documentation financière soumise au droit français des références à l'article 2328-1.

⁸³⁶ L'article 416 du Code de procédure civile énonce : « *Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission.* »

⁸³⁷ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁸³⁸ *Ibid.*

Les lacunes du régime créé en 2007 n'ont pas permis de placer l'agent des sûretés de droit français comme une alternative sûre face aux autres mécanismes de gestion de sûretés de droit étranger proches du *trust* et, principalement, la dette parallèle.

558. Conclusion du chapitre. En vigueur pendant dix ans, l'article 2328-1 du Code civil n'a été quasiment pas appliqué en pratique à cause de ses nombreux défauts. L'histoire de cette disposition se résume assez drastiquement de la façon suivante : créée en 2007, complétée inutilement en 2008, abrogée en 2017. Malgré son manque d'utilité pratique, il peut être souligné que ses dix ans d'existence ont permis de confirmer le besoin de trouver une solution en droit français puisque les acteurs du marché du crédit syndiqué continuaient à avoir recours aux figures de droit étranger et, de ce fait, à préparer la réforme de 2017.

559. D'ailleurs, en 2017, le législateur prendra acte de la situation générée par sa réforme de 2007 : *« le caractère lacunaire de l'article 2328-1 a rapidement été signalé par les praticiens, qui ont fait peu usage de cet instrument. Les imperfections dénoncées sont diverses : incertitude sur la qualification juridique de l'opération et donc sur le régime applicable (mandat, fiducie ou institution sui generis) ; limitation de l'intervention de l'agent des sûretés aux seules sûretés réelles ; obligation de procéder à sa désignation dans l'acte qui constate la créance, indétermination des conditions de son remplacement ; interrogations quant à l'étendue de son pouvoir d'agir en justice et de déclarer les créances en cas de procédure collective, sans mandat spécial des créanciers. Ces imperfections ont conduit les acteurs à continuer à privilégier les mécanismes de droit étranger précédemment mentionnés⁸³⁹. »*

⁸³⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.

Chapitre 6 : Vers une réforme de l'article 2328-1 du Code civil

560. L'échec de la création de l'agent des sûretés en 2007 à travers l'article 2328-1 du Code civil a été rapidement suivi par la préparation d'une nouvelle réforme. Une telle réforme poursuivait le même objectif que celle de 2007 : doter le droit français d'un mécanisme comparable au *security trustee* de droit anglais, capable de faire concurrence aux droits étrangers et d'attirer des acteurs vers le marché français. Le chemin vers un nouveau dispositif de droit français ne sera ni simple ni court. À la différence de la loi de 2007, le nouveau processus de réception légale de l'agent des sûretés aura un modèle clair à suivre dans la figure du droit OHADA (section 1). Le législateur aura également un modèle plus précis à envisager grâce aux apports de la pratique et aux lignes directrices annoncées par la loi d'habilitation (section 2).

Section 1 : Le modèle à suivre : le droit OHADA

561. Le droit OHADA a été choisi comme modèle à suivre par la réforme de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil français. Ce système juridique constituait un cadre propice à la réception d'un agent des sûretés moderne (§1), intervenue en 2011 (§2).

§1. Un cadre propice à la réception d'un agent des sûretés moderne

562. L'OHADA est un système juridique caractérisé par la recherche de la stabilité juridique et judiciaire (A) à l'égard des investissements étrangers. Ouvert sur le monde, il est soumis à différentes influences (B).

A. Le système juridique OHADA

563. L’OHADA. L’Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a été créée en 1993⁸⁴⁰ afin de garantir, dans les pays qui en sont membres⁸⁴¹, une sécurité juridique et judiciaire à l’égard des investissements et des entreprises. Cette organisation constitue aujourd’hui, dans un contexte de mondialisation croissante, un exemple remarquable d’unification du droit, tant au niveau matériel qu’au niveau territorial, qui a permis la mise en place d’un cadre juridique propice à la promotion d’un espace économique dynamique. Dans les domaines pour lesquels elle est compétente, l’OHADA a édicté des règles qui sont venues se substituer à des normes juridiques nationales fluctuantes et difficilement saisissables par les investisseurs⁸⁴².

564. Les missions de l’OHADA. Parmi ses missions spécifiques, l’OHADA détient effectivement la compétence d’adopter des « *règles juridiques communes, modernes, simples et adaptées à l’environnement économique internationale de ses États membres*⁸⁴³ ». Ces règles, connues sous le nom d’« actes uniformes » (1) concernent différents domaines tels que le droit commercial général, le droit des sûretés, le droit des sociétés, le droit comptable, le droit des contrats de transport, le droit de la médiation, le droit de l’arbitrage et le droit des procédures collectives et des voies d’exécution⁸⁴⁴. L’agent des sûretés de droit OHADA est contenu dans l’Acte uniforme portant organisation des sûretés (2).

⁸⁴⁰ Le traité fondateur de l’OHADA, le Traité relatif à l’harmonisation du droit des affaires en Afrique, a été signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Maurice) et a été révisé à Québec (Canada) le 17 octobre 2008.

⁸⁴¹ À ce jour, dix-sept États, dont la monnaie est la franc CFA, en sont membres : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la République centrafricaine, la Côte d’Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée-Équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo (RDC), le Sénégal, le Tchad et le Togo.

⁸⁴² Source : site internet de l’OHADA : www.Ohada.org/index.php/fr/Ohada-en-bref/Ohada-presentation-generale [consulté en juillet 2019].

⁸⁴³ Le site officiel de l’OHADA (www.Ohada.org), consulté en juillet 2019, mentionne trois missions spécifiques :

- Adoption de règles juridiques communes, modernes, simples et adaptées à l’environnement économique internationale et de ses États membres, et formation adéquate des personnels juridiques et judiciaires ;
- Promotion d’une justice diligente, indépendante et soutenue par des procédures appropriées ;
- Encouragement au recours à l’arbitrage et aux autres modes de règlement amiable des différends.

⁸⁴⁴ Source : <https://www.ohada.com/textes-ohada/actes-uniformes.html> [consulté en novembre 2021].

1. Les actes uniformes

565. Les États membres de l'OHADA disposent ainsi d'un corps de règles claires en matière de droit des affaires, posées par des « actes uniformes » qui s'imposent à eux. En ce sens, un parallèle peut être établi avec les règlements de l'Union européenne puisque les actes uniformes s'appliquent de manière immédiate, directe et à l'identique dans tous les États membres et priment le droit national⁸⁴⁵. Jusqu'à présent, l'OHADA a édicté neuf actes uniformes : l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) de 1998, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) de 1998, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) de 1999, l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUDC) de 2000, l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUTM) de 2003, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) de 2010, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (AUSCOOP) de 2010, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) de 2010 et l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) de 2014. Outre ces matières, l'OHADA étudie la possibilité d'édicter de nouveaux actes dans des domaines tels que l'affacturage, le crédit-bail, la franchise, la sous-traitance, la coentreprise, la médiation, les contrats de partenariat public-privé, le règlement des conflits de lois et la circulation des actes publics⁸⁴⁶.

566. Parmi cette très vaste réglementation, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) revêt une importance particulière s'agissant de l'étude de la consécration de l'agent des sûretés ; d'abord en droit OHADA, puis en droit français.

⁸⁴⁵ L'article 10 du traité OHADA dispose : « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.* »

⁸⁴⁶ Source : <https://www.ohada.org/nouveaux-champs-normatifs/> [consulté en septembre 2020]. V. par exemple : R. Akono Adam, « Le sort des sûretés personnelles dans l'avant-projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives du 10 avril 1998 », *RD banc. et fin.*, n° 5, septembre 2015, étude 17 ; P.-Y. Bérard, « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *Revue Banque*, avril 2016, n° 795, p. 75 ;

2. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés

567. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) du 17 avril 1997⁸⁴⁷ a été adopté en tant que source fondamentale du droit des sûretés de l'OHADA. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, ce texte reflète la volonté de donner aux États membres de cette organisation un cadre juridique stable afin de favoriser l'octroi de crédits.

568. La réforme de l'AUS. Cependant, plusieurs défauts de l'AUS révélés par la pratique ont conduit les États membres à mettre en place un groupe d'experts, formé par des universitaires et des praticiens originaires de France et de plusieurs pays d'Afrique, dans l'objectif d'élaborer un projet de réforme de celui-ci⁸⁴⁸. Selon le professeur Crocq, l'un des principaux obstacles au développement de l'économie des pays de l'OHADA était la difficulté d'accéder à des sources de financement éprouvée par les entreprises, surtout les PME, sachant que l'accès au crédit est directement lié à la pertinence et à la qualité du droit des sûretés. En effet, plus il est facile de constituer et de réaliser des sûretés, plus les prêteurs seront amenés à octroyer un volume important de crédits, en pratiquant un taux d'intérêt plus faible. L'Acte uniforme de 1997 paraissait ainsi inadapté au marché dans la mesure où certaines sûretés, encore récentes en droit français, étaient toujours inexistantes en droit OHADA⁸⁴⁹.

569. L'objectif de la réforme. Le projet de réforme devait ainsi viser à rendre le droit des sûretés plus attrayant et plus compétitif en matière d'investissements, notamment internationaux. Il s'agissait d'améliorer les sûretés et d'en créer de nouvelles en assouplissant les conditions déterminant leur constitution et réalisation⁸⁵⁰. Ce projet de réforme a été soumis au comité des experts de l'OHADA qui en a discuté au cours de l'année 2010⁸⁵¹. Le nouvel acte a finalement été adopté le 15 décembre 2010 par le Conseil des ministres de l'OHADA. Publié au *Journal officiel de l'OHADA* le 15 février 2011, il est entré en vigueur le 15 mai 2011⁸⁵².

⁸⁴⁷ Acte uniforme portant organisation des sûretés, adopté le 17 avril 1997 (*Journal officiel de l'OHADA*, 1^{er} octobre 1997, n° 3).

⁸⁴⁸ G.-A. Likillimba, « L'agent des sûretés en droit OHADA », *RTD Com.*, 2012.

⁸⁴⁹ P. Crocq, « Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés », *D.*, 2011, p. 432.

⁸⁵⁰ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

⁸⁵¹ *Ibid.* ; P. Crocq, *loc. cit.*

⁸⁵² L'article 9 du traité OHADA prévoit que les actes uniformes sont applicables quatre-vingt-dix jours après la publication au *Journal officiel*.

Cet Acte uniforme révisé a donc remplacé l'Acte uniforme de 1997 et constitue depuis lors le droit positif en matière de droit des sûretés de l'OHADA⁸⁵³.

570. Le contenu de l'AUS. L'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés contient un titre préliminaire intitulé « Définitions et domaine d'application des sûretés », suivi de cinq titres respectivement consacrés aux sûretés personnelles, aux sûretés mobilières, aux hypothèques et à la distribution des deniers et au classement des sûretés ; tandis que le cinquième titre contient des dispositions transitoires. La révision opérée en 2010 a profondément modifié le droit des sûretés de l'OHADA en apportant d'importantes innovations dont la création d'un régime précis de l'agent des sûretés. Une telle réforme a aussi été l'occasion d'introduire de nouvelles sûretés, très appréciées dans la pratique. Ainsi, par exemple, ont été consacrés : le nantissement de compte titres financiers (le régime est le même que celui qui existe en droit français), la cession de créance à titre de garantie (avec un domaine plus étendu que la cession Dailly du droit français) et le transfert fiduciaire de sommes d'argent (dont le régime est plus clair que celui prévu par le Code civil français)⁸⁵⁴.

571. La modernisation du droit des sûretés. Par ailleurs, la réforme a été l'occasion de moderniser les sûretés déjà existantes en droit OHADA⁸⁵⁵. Ces améliorations poursuivaient cinq principaux objectifs : un éclaircissement du régime juridique des sûretés⁸⁵⁶, un renforcement du droit commun aux dépens des droits spéciaux⁸⁵⁷, la généralisation à toutes les sûretés réelles sans dépossession de l'exigence de publicité à peine d'inopposabilité, l'assouplissement des modalités de constitution des sûretés⁸⁵⁸ et un accroissement de l'efficacité de ces sûretés⁸⁵⁹.

⁸⁵³ Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo) (*Journal officiel de l'OHADA*, 15 février 2011, n° 23).

⁸⁵⁴ P. Crocq, *loc. cit.*

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ Par exemple, en matière d'obligation d'information de la caution et dans le régime de la garantie autonome.

⁸⁵⁷ La primauté donnée au droit commun sur le droit spécial, par exemple, en matière de gage ou de publicité des sûretés réelles.

⁸⁵⁸ À titre d'exemple, cet assouplissement permet que les sûretés mobilières puissent avoir pour objet des biens actuels et futurs pour garantir des créances actuelles ou futures.

⁸⁵⁹ Par exemple, la reconnaissance d'un droit exclusif au paiement au profit du bénéficiaire d'un nantissement de créance notifié et la généralisation du pacte comissoire et de l'attribution judiciaire à toutes les sûretés réelles conventionnelles.

B. Les rapports d'influence en droit OHADA

572. L'influence du droit civil français. La tradition juridique française, à travers le Code civil, a été caractérisée par une longue période d'influence sur plusieurs systèmes de droit étrangers. Ce rayonnement s'est produit en raison des qualités évidentes de la codification mais aussi à travers la colonisation et des conquêtes militaires. Le Code Napoléon a ainsi très vite été exporté en Europe et dans le monde, dominant de cette façon la scène juridique internationale pendant la plus grande partie du XIX^e siècle. Ce rayonnement a ensuite connu un déclin progressif. Cependant, et malgré cet affaiblissement, l'influence du droit civil français se manifeste encore aujourd'hui dans certains systèmes juridiques, spécialement en Afrique orientale et en Afrique centrale. En effet, de nombreux pays francophones disposent actuellement d'un droit civil inspiré du Code civil français de 1804 qui, même si les textes d'origine ont été modifiés, reste globalement proche de la tradition civiliste hexagonale. Le droit français étant tellement ancré et assimilé dans le droit de ces pays qu'il n'a pas fait l'objet d'une véritable remise en question après leur indépendance⁸⁶⁰. Pour cette raison, les États membres de l'OHADA se sont naturellement tournés vers le droit français au moment d'élaborer les actes uniformes.

573. L'OHADA dans la stratégie française. Réciproquement, l'espace OHADA est vu par la France comme un lieu stratégique où la prédominance du droit civil constitue un enjeu majeur pour ses intérêts en Afrique. Ainsi, « *l'Afrique, devenue un terrain de chasse entre acteurs étatiques et politiques, non plus seulement européens, mais aussi chinois et américains, connaît ces rivalités. Créée en vue d'apporter un espace de sécurité juridique aux investisseurs étrangers en Afrique, l'Ohada s'emploie à harmoniser le droit des affaires de ses membres, à ce jour plus d'une quinzaine de pays d'Afrique de l'Ouest et centrale. Véhiculant le droit latin – et au départ exclusivement la langue française –, elle constitue un vecteur d'influence pour les acteurs politico-économiques européens et français en premier lieu*⁸⁶¹ ». Dans le rapport « Développer une influence normative internationale stratégique pour la France », remis à la ministre du Commerce extérieur, il est ainsi clairement affirmé que, de manière générale, « *l'influence sur les règles et normes internationales, c'est-à-dire sur les règles du jeu*

⁸⁶⁰ M. Fontaine, « Le rayonnement international du droit français des contrats. Le cas particulier de l'OHADA », *D.*, 2016, n° 34, p. 2008.

⁸⁶¹ R. Grase, « Le droit outil d'influence et de coercition », *Conflits*, juillet 2016, n° 23, p. 25.

économique, est une composante essentielle quoique peu visible de la compétitivité des entreprises et des États. Les régulations internationales ne sont jamais innocentes, elles déterminent des marchés, fixent des modes de gouvernance, permettent à leurs auteurs de devancer la concurrence, ou de la freiner, ou d'exporter leurs contraintes⁸⁶² ». En outre, dans le cas spécifique du droit OHADA, le document rappelle que « la France soutient [l'OHADA] en complément de la Banque mondiale (IFC) par le biais d'un trust fund et également directement via un FSP (fonds de solidarité prioritaire) de la coopération française⁸⁶³ ».

574. La concurrence d'autres systèmes de droit. Néanmoins, malgré l'influence – certaine, originelle et actuelle – sur le droit OHADA du système juridique français, ce dernier est aujourd'hui fortement concurrencé par d'autres droits. En effet, comme l'affirme Jacques Attali, une « guerre du droit » se déroule actuellement sur la scène internationale⁸⁶⁴ ; un affrontement de systèmes juridiques qui, selon lui, menace les intérêts de la France. Dans un tel contexte, l'espace OHADA constitue un parfait exemple de l'intérêt stratégique de disposer du « pouvoir de la norme ». La France détient, à cet égard, un avantage puisque le droit des affaires de l'OHADA a été élaboré en s'inspirant à la fois des coutumes et droits africains mais aussi des règles du droit civiliste français⁸⁶⁵. En ce sens, le rapport précité prévient qu'« aujourd'hui l'Ohada intéresse non seulement comme on l'a dit les organisations plutôt influencées par les droits anglo-saxons mais aussi les Chinois et les Fonds arabes qui y voient un lieu d'influence normative directe et en amont sur les marchés et la culture future des affaires⁸⁶⁶ ». C'est pourquoi, ce document propose « de coordonner une action qui apparaît peu lisible de l'extérieur, entre les trois acteurs que sont le Trésor, l'AFD et la Coopération. Également de le faire avec d'autres réseaux francophones⁸⁶⁷ ». Il s'agit, ce faisant, de renforcer encore davantage l'influence de la France sur le droit OHADA.

575. L'influence réciproque. La « guerre du droit » peut aussi être bénéfique pour la France. Comme l'affirme Raquel Grase, « la confrontation de corpus normatifs et de systèmes

⁸⁶² C. Revel, « Développer une influence normative internationale stratégique pour la France », rapport remis à Nicole Bricq, ministre du Commerce extérieur, le 28 décembre 2012, p. 7.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 84.

⁸⁶⁴ J. Attali, « La guerre du droit », 30 juin 2014. Disponible sur le site web de l'auteur : www.attali.com [consulté en décembre 2020]. V. également « La guerre du droit », *Conflits*, juillet 2019, n° 23.

⁸⁶⁵ M. Bigot, « Afrique : le droit OHADA, un enjeu de puissance économique », 17 juin 2016, École de guerre économique. Disponible sur le site : www.infoguerre.fr [consulté en décembre 2020].

⁸⁶⁶ C. Revel, *loc. cit.*, p. 84.

⁸⁶⁷ *Ibid.* Le sigle « AFD » correspond à « Agence française de développement ».

*juridictionnels sur les marchés internationaux découle de la multiplication des investissements étrangers dans et à travers les continents, de la difficulté de puissances à préserver leurs prés carrés et de leurs velléités à altérer ceux de leurs rivaux. Ce jeu de la compétition internationale peut s'avérer vertueux*⁸⁶⁸ ». Dans cette logique, si historiquement la France a eu un grand ascendant sur l'élaboration du droit des pays membres de l'OHADA, la tendance inverse est aussi vraie. L'exemple de l'agent des sûretés est à ce propos remarquable puisque le système africain s'est doté de cette figure en 2011 ; une figure servant d'inspiration au droit français qui la consacra en 2017⁸⁶⁹.

§2. La réception de l'agent des sûretés en droit OHADA

576. L'agent des sûretés dans l'AUS. La figure de l'agent des sûretés a été introduite dans le second chapitre du titre préliminaire de l'AUS. Ce titre préliminaire contient deux chapitres. Le premier chapitre porte sur la définition et le domaine des sûretés. Son article 1^{er} définit de façon assez large la sûreté comme étant « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ». Le chapitre 2 du titre préliminaire est quant à lui exclusivement consacré à l'agent des sûretés (articles 5 à 11). Comme on l'a précédemment relevé, le système juridique établi par l'OHADA a traditionnellement eu pour source d'inspiration le droit français. Cependant, la consécration de ce régime de l'agent des sûretés a constitué un cas particulier à cet égard : il s'agit ici d'une inspiration partielle⁸⁷⁰. En

⁸⁶⁸ R. Grase, *loc. cit.*, p. 25.

⁸⁶⁹ Comme le signale Y. Berrada, *op. cit.*, p. 6 : « *Il est d'ailleurs intéressant de constater que certains systèmes juridiques, pourtant historiquement et encore aujourd'hui étroitement inspirés du droit français, n'ont pas attendu que celui-ci réforme son propre agent des sûretés pour imiter le droit OHADA.* » Cela a été notamment le cas du droit marocain. Cette situation pourrait manifester une perte d'influence du droit français en général et au Maroc en particulier. Un tel argument est à nuancer si l'on considère que ce sont surtout des juristes français qui sont à l'origine de l'agent des sûretés de droit OHADA ou que le droit marocain s'est inspiré du droit français comme l'affirme un auteur : « *le projet de loi marocain s'inspire profondément de la loi française de 2007* » (dans « *L'agent des sûretés intègre le paysage financier marocain* », *Challenge*, 3 avril 2019. Disponible sur : <https://www.challenge.ma/lagent-des-suretes-integre-le-paysage-financier-marocain-107174/>). V. aussi H. Martin-Sisteron, « *Réflexions liminaires sur l'avant-projet de réforme des sûretés mobilières, ou comment le Maroc développe de nouveaux dispositifs de garanties des financements* », *LexisNexis Maroc*, septembre 2015.

⁸⁷⁰ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

effet, le législateur de l'OHADA semble avoir utilisé comme fondement l'article 2328-1 du Code civil français, alors en vigueur, mais est heureusement arrivé à un résultat beaucoup plus satisfaisant que celui de droit français. Il s'agit, en ce sens, d'un exemple intéressant d'« importation-amélioration » d'une notion juridique.

577. Un régime précis. La figure de l'agent des sûretés a été introduite de façon particulièrement précise dans le droit OHADA. Le *trust* et la fiducie n'étant pas prévus par ce dernier, l'AUS n'a pu opérer de renvois à ce type de contrats et a donc créé un contrat spécial, doté d'un régime très détaillé, auquel sont consacrés sept articles. Contrat novateur en droit OHADA, l'agent des sûretés a pour sources d'inspiration, on l'a vu, l'article 2328-1 du Code civil français mais également les contrats de commission et de fiducie des droits français et luxembourgeois (particulièrement les articles 67 et suivants de la loi luxembourgeoise du 22 mars 2004 relative à la titrisation)⁸⁷¹.

578. Tout en étant très différent de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil (A), le mécanisme du droit OHADA a constitué un modèle pour l'améliorer (B).

A. Le contraste avec l'article 2328-1 du Code civil

579. L'agent des sûretés de l'AUS s'est sensiblement écarté de la figure prévue par l'article 2328-1 du Code civil français⁸⁷². Il a effectivement pris en compte et corrigé les erreurs et les lacunes de ce régime de telle sorte qu'il a très bien été accepté aussi bien par les praticiens que par la doctrine.

580. Une définition semblable. Les deux législations retiennent une définition semblable. Ainsi, alors que l'article 5 de l'AUS énonce que « *toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin* » ; le Code civil, dans son article 2328-1, dispose que « *toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie*

⁸⁷¹ P. Crocq, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patri.*, 1^{er} novembre 2010, n° 197.

⁸⁷² Les différences entre les deux régimes sont tirées de G.-A. Likillimba, *loc. cit.* ; et P. Crocq, *loc. cit.*

par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation ». Concrètement, ces deux textes décrivent un contrat dans lequel une personne reçoit la mission de constituer, inscrire, gérer et réaliser des sûretés au profit d'un groupe de créanciers.

581. Les différences entre les deux définitions. Cependant, malgré leur proximité, des différences importantes sont à noter entre l'article 2328-1 du Code civil français et l'article 5 de l'AUS. Ce dernier est plus complet et plus précis que le premier. En droit OHADA, le contrat dont il est question est un contrat nommé⁸⁷³ étant donné que la notion d'agent des sûretés est explicitement utilisée et clairement précisée. En revanche, l'article 2328-1 du Code civil décrivait une opération confiée à une personne, sans préciser de qui il s'agissait. Il prévoyait ainsi un contrat innommé, dépourvu de dénomination propre et de régime particulier. Même si l'article 5 de l'AUS mentionne la qualité d'agent des sûretés sans définir en quoi consiste cette fonction, son régime est clairement expliqué et limité dans les articles 5 à 11. À ce titre, il est intéressant de noter que tout un chapitre du titre préliminaire est consacré à l'agent des sûretés, un constat qui laisse à penser que le reste du droit des sûretés est concerné par ce chapitre.

582. Les différences quant à la compétence. Quant à la compétence de l'agent des sûretés du droit OHADA, elle est très large dans la mesure où elle porte sur « *toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation* » (article 5 de l'AUS). L'article 2328-1 du Code civil français limitait quant à lui la compétence de l'agent des sûretés aux seules sûretés réelles. On peut en déduire que le législateur de l'OHADA a décidé de donner une plus grande liberté à l'agent des sûretés afin qu'il puisse contracter « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire*⁸⁷⁴ » et non pas uniquement les sûretés décrites par l'AUS. Dans le mécanisme consacré à l'article 2328-1 précité, les créanciers étaient obligés de nommer un agent des sûretés réelles, soumis au régime de cette disposition, et un autre agent pour les sûretés personnelles. Le droit français ne disposait donc pas d'un agent des sûretés « complet » mais uniquement d'un « agent des sûretés réelles ». Afin de gérer les sûretés personnelles, les créanciers n'avaient donc que la possibilité de les constituer, inscrire, gérer et réaliser eux-mêmes ou, théoriquement, d'avoir recours à la fiducie-gestion de l'article 2011 du Code civil

⁸⁷³ Le Vocabulaire juridique définit les contrats « nommés » comme étant ceux « *qui, sous une appellation consacrée par la loi (ou au moins par l'usage), correspondent, chacun, à une espèce particulière de convention soumise, en tant que telle, à certaines règles spéciales* ». Ils sont présentés à l'article 1105 du Code civil. V. G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 686.

⁸⁷⁴ G. Cornu, *op. cit.*, p. 486.

dans les limites propres à cette figure qui n'est en réalité pas conçue pour servir de cadre juridique à l'action d'un agent des sûretés.

583. L'acte de nomination. Par ailleurs, en ce qui concerne l'acte de nomination, le droit OHADA se montre encore beaucoup plus adapté à la pratique que le droit français. En effet, l'article 2328-1 du Code civil français exigeait que l'agent des sûretés soit désigné dans l'acte qui constate l'obligation garantie, c'est-à-dire dans le contrat de crédit. En revanche, l'AUS est muet à ce sujet, ce qui laisse entendre que l'agent des sûretés peut être nommé à tout moment dans un acte différent de celui qui constate l'obligation garantie.

584. La qualité de l'agent des sûretés. Alors que le droit français permettait à toute personne d'être nommée agent des sûretés, paradoxalement, le droit OHADA, qui est en général très favorable à la liberté contractuelle, est beaucoup moins libéral sur le sujet étant donné que seuls les établissements de crédit et les institutions financières peuvent être nommés agent des sûretés. La notion d'établissements financiers en droit OHADA est proche de celle retenue en droit français⁸⁷⁵. En effet, l'article 2 de la loi bancaire UMOA-BCEAO les définit comme les personnes morales qui effectuent, à titre de profession habituelle, des opérations de banque. La même loi qualifie d'opérations de banque la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement. De son côté, à l'article L. 511 du Code monétaire et financier, le droit français définit un établissement de crédit comme une personne morale dont l'activité consiste, pour son propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public et à octroyer des crédits. Quant à la notion d'institution financière, il semblerait qu'elle ne soit pas définie en droit OHADA. Il s'agirait d'un terme générique utilisé en droit bancaire et financier international synonyme d'établissement financier⁸⁷⁶. Par exemple, un « établissement financier » est, au sens du règlement européen 575/2013 du 26 juin 2013, « *une entreprise, autre qu'un établissement bancaire, dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs activités visées aux points 2 à 12 et au point 15 de la liste figurant à l'annexe I de la directive 2013/36/UE*⁸⁷⁷ ».

⁸⁷⁵ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ *Ibid.* L'auteur fait référence à la directive n° 2006/48 abrogée depuis par le règlement 575/2013 du 26 juin 2013.

585. Les raisons des limites concernant la qualité de la personne. Par ailleurs, les règles limitatives de l'AUS concernant la qualité de la personne pouvant agir en tant qu'agent des sûretés se justifie par diverses raisons. À titre liminaire, il est important de préciser que l'agent des sûretés est, de fait, souvent une banque. Dès lors, l'Acte ne fait que confirmer une pratique courante. De plus, cette limite concernant la qualité de l'agent n'est en réalité pas si stricte : d'une part, le texte utilise la notion d'institution financière qui, on l'a vu, n'est pas définie par le droit OHADA, ce qui permet une certaine souplesse quant au choix de l'institution ; d'autre part, l'AUS fait preuve d'ouverture en précisant que l'agent des sûretés peut être de droit étranger, ce qui révèle une vision cohérente avec l'objectif d'attirer des investisseurs étrangers suivi par le droit OHADA. D'autre part, notons que la position de l'OHADA, qui consiste à réserver la qualité d'agent des sûretés uniquement à des établissements spécialisés, ne se justifie pas « *par un pseudo-corporatisme consistant à permettre aux dispensateurs de crédits syndiqués de choisir parmi leurs pairs du monde de la finance celui qui pourrait jouer le rôle d'agent des sûretés* » mais par des raisons de solvabilité, de logistique, d'expertise et de déontologie⁸⁷⁸. En effet, les établissements de crédit disposent, en principe, de fonds propres suffisants ainsi que de l'expertise technique financière et juridique nécessaire à la mise en œuvre et au suivi de la gestion des sûretés ; soit pour leur propre compte, soit pour le compte de leurs clients. En exerçant une activité réglementée faisant l'objet d'un agrément ou d'un contrôle étatique, les établissements bancaires sont soumis au respect d'une série de normes en termes de solvabilité et de transparence obligeant notamment les banques à déclarer les opérations qui pourraient être, en fonction de certains indices, objet de blanchiment de capitaux. Ces restrictions font penser à l'activité fiduciaire réservée à des personnes ayant un statut soumis à un contrôle de l'État ou au respect de règles déontologiques spécifiques⁸⁷⁹.

586. Une possible exception. Cependant, la restriction prévue à l'article 5 de l'AUS s'appliquant à la qualité de la personne pouvant exercer la fonction d'agent des sûretés est éventuellement susceptible de connaître une exception sur le fondement de l'article 10 de l'AUS aux termes duquel l'acte désignant l'agent des sûretés peut prévoir les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, sous sa responsabilité, se substituer un tiers pour accomplir sa mission. Ainsi, l'acte désignant une banque en tant qu'agent des sûretés pourrait mentionner

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ P. Crocq, *loc. cit.*

les conditions dans lesquelles elle serait susceptible d'être remplacée par une personne n'étant pas un établissement de crédit ou une institution financière. En ce sens, un auteur⁸⁸⁰ a pu déduire de l'absence de renvoi de l'article 10 à l'article 5 et de l'utilisation du terme « personne » au lieu des expressions « institution financière » et « établissement de crédit » (employés par l'article 5), une volonté du législateur OHADA d'ouvrir à n'importe quelle personne, physique ou morale, la possibilité de se substituer à un agent des sûretés. Cette situation pourrait convenir s'agissant de certaines missions très précises que l'agent des sûretés pourrait préférer déléguer, par exemple, à un avocat ou à un notaire. Ce cas de figure peut notamment être envisagé pour des activités spécifiques que l'agent des sûretés confierait à un avocat afin qu'il défende en justice les intérêts des créanciers. Toutefois, même dans une telle configuration, l'avocat agirait à ce titre et non pas en tant qu'agent.

587. Une interprétation prudente. Nonobstant l'intérêt d'ouvrir la qualité d'agent des sûretés à tout type de personnes, l'interprétation la plus prudente et la plus conforme à l'esprit de l'AUS consiste à constater que le tiers qui se substituerait à l'agent (article 10 de l'AUS) ne pourrait être qu'une institution financière ou un établissement de crédit, comme exigé par l'article 5 de l'AUS ; cela bien que l'article 10 ne renvoie pas à l'article 5. Une telle interprétation, que l'on peut qualifier de « conservatrice », serait la plus pertinente, par exemple, dans le cas où un agent des sûretés se verrait confier la titularité d'un bordereau Dailly étant donné que ce mécanisme ne peut être employé que par des établissements de crédit (L. 313-23 et s. du Code monétaire et financier).

588. Compte tenu de ses qualités, l'agent des sûretés consacré par le droit OHADA a été considéré comme un modèle pour améliorer le régime de l'article 2328-1 du Code civil.

B. Un modèle pour améliorer le régime de l'article 2328-1 du Code civil

589. L'agent des sûretés du droit OHADA est à la fois une institution et un contrat (1). Son régime étant très détaillé (2), il a constitué un modèle pour améliorer celui de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil français.

⁸⁸⁰ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

1. Une institution de nature sui generis

590. Une notion fonctionnelle. L'agent des sûretés du droit OHADA est juridiquement une institution *sui generis* créée sur mesure pour accomplir une mission spécifique. Sa nature n'étant ni précisée ni rattachée à une autre institution juridique connue, il s'agit d'une notion davantage fonctionnelle que conceptuelle⁸⁸¹ qui s'inspire de différents mécanismes de droit civil étrangers et de la pratique. Ainsi, l'agent des sûretés détient certaines caractéristiques du mandataire, du fiduciaire-gestionnaire de sûretés, du commissionnaire, du créancier parallèle, du *trust*, ou encore du créancier solidaire mais sans avoir les inconvénients de ces régimes ; cela dans l'intérêt des créanciers au profit desquels des sûretés ont été constituées, inscrites, gérées ou réalisées⁸⁸². Il s'inspire ainsi de mécanismes fonctionnels sans en adopter totalement la nature. De cette façon, poursuivant un but principalement pratique, le législateur OHADA a élaboré une institution juridique spécialement adaptée aux besoins de rapidité et de souplesse du marché des crédits syndiqués⁸⁸³.

591. Un mécanisme harmonieux. Les multiples facultés accordées à l'agent des sûretés par le droit OHADA auraient pu engendrer un régime confus et éclaté, composé d'une multitude de règles régissant toutes ces prérogatives. Néanmoins, il s'agit d'un mécanisme créé pour accomplir la mission de gérer des sûretés dans le cadre d'un crédit syndiqué ; une fonction qui lui donne une grande cohérence et unité. Un auteur illustre cette réalité de la façon suivante : « *indépendamment de sa nature contractuelle et/ou institutionnelle, l'agent des sûretés OHADA est un mécanisme sui generis en ce sens qu'il ne semble être réductible à aucune des opérations juridiques auxquelles il a été comparé précédemment. Car il n'est complètement semblable à aucune des catégories juridiques préexistantes. C'est un subtil et heureux maillage de toutes ces opérations qui a donné naissance à une opération nouvelle, dont la fonction est d'aider au recouvrement des créances*⁸⁸⁴. » Un tel régime, précis et cohérent, se distingue donc de celui qui était consacré à l'article 2328-1 du Code civil.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ *Ibid.* Pour une analyse critique de l'agent des sûretés OHADA, v. K. Dogue, « Regard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, septembre 2014, n° 4.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

2. Un régime précis et cohérent

a) Conditions de validité du contrat

592. Un contrat solennel. Le régime de l'agent des sûretés du droit OHADA est avant tout un contrat conclu entre un agent des sûretés et des créanciers⁸⁸⁵. Il s'agit d'un contrat solennel puisque sa formation est subordonnée, à peine de nullité, au respect de formalités déterminées par la loi⁸⁸⁶. Ces conditions, précisées à l'article 6 de l'AUS, manifestent une volonté de soumettre l'activité de l'agent des sûretés à un encadrement strict.

593. Mentions obligatoires. Précisément, l'article 6 de l'AUS exige que l'acte désignant l'agent des sûretés mentionne :

1° la ou les obligations garanties ou, si elles sont futures, les éléments de nature à permettre leur individualisation, tels que l'indication de leur débiteur, de leur lieu de paiement, de leur montant ou l'évaluation de ce dernier et de leur échéance ;

2° l'identité, au jour de la désignation de l'agent des sûretés, des créanciers de la ou des obligations garanties ;

3° l'identité et le siège social de l'agent des sûretés ;

4° la durée de sa mission et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition ;

5° les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés rend compte de sa mission aux créanciers de la ou des obligations garanties.

594. Ces mentions, obligatoires, s'inspirent du régime de la fiducie et des exigences attachées à la constitution de sûretés telles que la détermination des créances garanties (qui peuvent être présentes ou futures), la désignation des créanciers au jour de la signature de l'acte (il est reconnu que ces créanciers sont susceptibles de changer au cours de l'exécution du contrat), la désignation de l'agent des sûretés, la mention de ses pouvoirs et de la durée de sa mission (qui

⁸⁸⁵ *Ibid.* Cet auteur considère que l'agent des sûretés est à la fois une institution *sui generis* et un contrat : « concernant le choix possible entre un contrat et une institution, certes, nous rappellerons [...] que l'agent des sûretés OHADA est un contrat dans les relations inter partes (entre l'agent des sûretés et la collectivité des créanciers qui le désignent). Mais, c'est surtout une véritable institution *sui generis* dans ses relations avec les tiers. »

⁸⁸⁶ G. Cornu, *op. cit.*, p. 262.

n'est pas limitée dans le temps comme celle de la fiducie du droit français) et l'indication de la manière de rendre compte de sa mission⁸⁸⁷.

595. Nullité relative. L'article 6 de l'AUS prescrit la présence de ces mentions obligatoires à peine de nullité. Il s'agit, en principe, d'une nullité relative, puisqu'il n'est pas précisé que ce texte est d'ordre public. Cependant, il pourrait toujours être invoqué la nullité absolue si l'on considère que les mentions obligatoires ont pour but de protéger l'intérêt général⁸⁸⁸.

b) Exécution du contrat

i. Les missions de l'agent des sûretés

596. Selon l'article 5 de l'AUS, la mission de l'agent des sûretés consiste à constituer, inscrire, gérer et réaliser toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin⁸⁸⁹.

597. Pouvoir de constitution des sûretés. La faculté de constitution s'applique à toute sûreté (réelle ou personnelle) ou garantie que l'agent des sûretés estime adéquate pour garantir l'obligation. L'agent détient donc un pouvoir de décision personnelle quant à l'opportunité de signer un contrat de sûreté avec un débiteur déterminé ; en appréciant l'efficacité, le coût, les formalités et autres éléments de la garantie. Le droit OHADA prévoit trois types de sûreté personnelle : le cautionnement, la garantie autonome et la contre-garantie autonome⁸⁹⁰. L'agent des sûretés les constitue en son nom et en sa qualité, au profit des créanciers. En ce qui concerne la garantie et la contre-garantie, l'article 41 de l'AUS exige que l'écrit constatant la sûreté mentionne le nom du bénéficiaire de celle-ci ; ce sera le nom et la qualité de l'agent des sûretés qui apparaîtra.

598. Pouvoir général d'inscrire des sûretés. En vertu de l'article 5 de l'AUS, l'agent des sûretés dispose d'un pouvoir général d'inscrire des sûretés. En outre, l'article 7 de l'AUS exige que lorsqu'il agit au profit des créanciers de la ou les obligations garantie(s), l'agent doit en

⁸⁸⁷ P. Crocq, *loc. cit.*

⁸⁸⁸ G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

⁸⁸⁹ Les missions ou les obligations contractuelles de l'agent des sûretés sont tirées de G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

⁸⁹⁰ Titre 1 de l'AUS.

faire expressément mention et toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés.

599. Inscription des sûretés mobilières. Le pouvoir d'inscrire des sûretés est spécialement précisé en matière de sûretés mobilières⁸⁹¹ par l'article 51 de l'AUS qui énonce : « *l'inscription des sûretés mobilières est faite à la requête du créancier, de l'agent des sûretés ou du constituant.* » Précisément, l'agent des sûretés doit procéder à l'inscription des sûretés au Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM). En effet, l'article 53 dispose qu'« *aux fins d'inscription, le créancier, l'agent des sûretés, le constituant ou le cas échéant le comptable public, présente au Greffe chargé de la tenue du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, ou à l'organe compétent dans l'État Partie, un formulaire d'inscription portant mention :* a) *des nom, prénom, dénomination sociale, domicile ou siège social et s'il y a lieu, les coordonnées électroniques et le numéro d'immatriculation ou de déclaration d'activité, du créancier ou de l'agent des sûretés, du débiteur de la créance garantie et du constituant s'il n'est pas ce débiteur* ».

600. Inscription des hypothèques. L'agent des sûretés doit aussi réaliser les formalités de publicité relatives aux hypothèques. À ce sujet, l'article 73 de l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général (AUDCG) dispose que les déclarations relatives aux hypothèques sont faites par l'autorité en charge de la publicité des hypothèques ou par l'une des personnes visées à l'article 51 de l'AUS ; à savoir le créancier, l'agent des sûretés ou le constituant.

601. Inscription par voie électronique. Les procédures électroniques d'inscription ou de demande d'inscription au RCCM, prévues par les articles 79 et suivants de l'AUDCG, peuvent également être utilisées par l'agent des sûretés. En effet, l'article 79 indique que les dispositions portant sur l'informatisation du RCCM s'appliquent aux formalités ou demandes prévues par tout acte uniforme du droit OHADA ; y compris, donc, l'AUS.

602. La gestion des sûretés. L'agent des sûretés a la charge d'administrer les sûretés pendant l'exécution du contrat de crédit. De manière générale, cette faculté lui est octroyée par l'article 5 de l'AUS et par l'article 40 de l'AUDCG. Ce dernier énonce : « *toute demande de modification,*

⁸⁹¹ En droit OHADA, les sûretés mobilières sont : le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges (article 50 de l'AUS).

de renouvellement et de radiation d'une sûreté et d'un contrat de crédit-bail, est établie sur le formulaire mis à disposition à cet effet par le greffe ou l'organe compétent dans l'État Partie du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, sauf le cas d'utilisation des moyens électroniques. La demande est signée par les personnes visées à l'article 51. » Ces personnes visées par l'article 51 de l'AUS sont : le créancier, l'agent des sûretés ou le constituant. Suivant la même logique, l'alinéa 6 de l'article 72 de l'AUDCG dispose que « les personnes visées à l'article 51 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés, à défaut de transfert du dossier concerné par le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier dans les délais prévus ci-dessus, peuvent saisir la juridiction compétente ou l'autorité compétente dans l'État Partie statuant à bref délai, à l'effet d'en obtenir le transfert par le greffier concerné ou le responsable de l'organe compétent dans l'État Partie ».

603. À titre d'exemple, l'agent des sûretés se chargera de toute modification, renouvellement et radiation des sûretés, etc.

604. La réalisation des sûretés. Dans l'hypothèse où l'emprunteur se trouve dans l'impossibilité de rembourser sa dette, la question de la réalisation des sûretés est particulièrement délicate. Comme le signale Guy-Auguste Likillimba, « en l'absence d'un agent des sûretés, pareille situation peut se révéler particulièrement redoutable en raison du caractère forcément divergent des intérêts en présence parmi les créanciers réunis en pool bancaire, par exemple. Alors que certains voudraient accorder des reports d'échéance à l'emprunteur, d'autres seraient tentés de faire respecter les échéances et de dénoncer la défaillance d'un débiteur récalcitrant, en faisant réaliser la ou les sûretés constituées. Dans les financements syndiqués, les créanciers membres d'un pool bancaire jouiraient ainsi de leur droit de réalisation individuelle, se traduisant par leur droit de poursuites individuelles⁸⁹² ». En revanche, en présence d'un agent des sûretés de droit OHADA, ce dernier « fera jouer les termes du contrat de sûretés avec le débiteur ou le constituant, en conformité avec les modalités convenues préalablement. Cette réalisation se fera selon la nature des sûretés, dont certaines emportent transfert automatique de la propriété du bien grevé, selon qu'il est stipulé ou non un pacte comissoire. Ce sont, notamment, cession de créance ou transfert de somme d'argent à titre de garantie, réception par l'agent des sûretés d'un paiement de la part d'un garant, d'un

⁸⁹² G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

contre-garant au profit des créanciers. La réalisation de la sûreté peut aussi emporter transfert de propriété du bien objet de la garantie par une attribution judiciaire. Toutefois, la possibilité de réalisation conventionnelle conformément au pacte commissaire ne saurait affecter le nantissement de fonds de commerce. Pour d'autres sûretés, l'agent des sûretés agira en justice pour l'obtention d'un titre exécutoire en vue de procéder à leur réalisation, dans le but de protéger, ici également, les intérêts des créanciers⁸⁹³ ».

ii. La protection des membres du *pool* bancaire

605. Le patrimoine d'affectation. La protection des membres du *pool* bancaire est mise en place à travers un patrimoine d'affectation. Il est possible, dans les trois cas suivants, que l'agent des sûretés devienne propriétaire des biens des créanciers dans le cadre de l'exercice de ses fonctions :

- ° Lorsque la sûreté constituée est une cession de créance ou un transfert de somme d'argent à titre de garantie ;
- ° Lorsque la réalisation de la sûreté emporte transfert de propriété du bien grevé (par attribution judiciaire ou pacte commissaire) ;
- ° Lorsqu'il reçoit un paiement d'un garant ou d'un débiteur délégué⁸⁹⁴.

606. Si l'agent des sûretés devient effectivement propriétaire, les biens doivent être protégés contre une éventuelle saisie de ses créanciers personnels ou une procédure d'insolvabilité ouverte à son égard. La protection de ces biens consiste, dans les faits, à sauvegarder les droits des membres du syndicat bancaire dans la mesure où c'est à eux qu'ils reviennent en dernier ressort. Dans une telle situation, la nature plus fiduciaire de l'agent des sûretés se révèle puisqu'il agit alors « au profit » des créanciers et non pas « pour leur compte » (comme dans le cas d'un commissionnaire)⁸⁹⁵.

607. C'est afin de protéger les membres du *pool* bancaire contre ce genre de situation que l'article 9 de l'AUS prévoit l'existence d'un véritable patrimoine d'affectation à disposition de l'agent des sûretés dans les termes suivants :

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ P. Crocq, *loc. cit.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

« Lorsque la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété de l'agent des sûretés, le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés. Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission.

Sous réserve de l'exercice éventuel d'un droit de suite sur ces biens et hors les cas de fraude, ils ne peuvent alors être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion de ces biens, y compris en cas d'une procédure collective d'apurement de passif à l'encontre de l'agent des sûretés. »

608. Cet article consacre donc, dans son alinéa 1^{er}, un patrimoine séparé du patrimoine de l'agent des sûretés tandis que son alinéa 2 confirme que ce dernier est un véritable patrimoine d'affectation étant donné qu'il est insaisissable, sauf par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion des biens transférés⁸⁹⁶.

609. La substitution et le remplacement de l'agent des sûretés en tant que mesure de protection des créanciers. L'article 10 de l'AUS prévoit que l'agent peut se faire substituer ou être remplacé par un autre agent des sûretés.

610. La substitution. En premier lieu, l'agent des sûretés peut déléguer ses pouvoirs à un tiers. C'est là une différence avec le droit fiduciaire français qui prévoit le remplacement du fiduciaire uniquement en cas de manquement à ses devoirs, de mise en péril des intérêts qui lui sont confiés, ou encore s'il fait l'objet d'une procédure collective⁸⁹⁷. Précisément, l'article 10, alinéa 1^{er} de l'AUS énonce : « l'acte désignant l'agent des sûretés peut prévoir les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, sous sa responsabilité, se substituer un tiers pour accomplir sa mission. » Une conclusion qui peut être tirée de la lecture de cet article est que le contrat d'agent des sûretés est *intuitu personae*. Effectivement, cette disposition affirme que la substitution ne peut avoir lieu que si les parties l'ont prévue dans le contrat. Autrement dit, si ces dernières n'ont pas consenti à cette possibilité, elle est inenvisageable⁸⁹⁸.

611. Dans le cas où l'agent des sûretés est substitué par un tiers, l'alinéa 2 de l'article 10 précise que « les créanciers de la ou des obligations garanties peuvent agir directement contre

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

la personne que l'agent des sûretés s'est substituée ». Les droits des membres du *pool* bancaire sont ainsi protégés grâce à la possibilité de former une action directe contre le tiers qui remplace, dans l'exercice de sa mission, l'agent des sûretés. Dans ses deux premiers alinéas, l'article 10 de l'AUS s'inspire du régime du mandat. En effet, l'article 1994 du Code civil français reconnaît, en principe, la faculté du mandataire de se faire remplacer, dans l'exercice de ses pouvoirs, par un tiers dont il répond⁸⁹⁹. La même disposition précise que le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué⁹⁰⁰.

612. Le remplacement en cas de manquement à ses obligations. Une autre mesure de protection qui a été instaurée par le droit OHADA au bénéfice des membres du syndicat bancaire contre d'éventuels manquements de la part de l'agent des sûretés est la possibilité de le remplacer s'il manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés, ou encore s'il fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective. Sur ce point, l'article 10 de l'AUS reprend l'essentiel de l'article 2027 du Code civil qui énonce : « *en l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant*⁹⁰¹. »

613. Les hypothèses de remplacement de l'agent des sûretés. Selon les dispositions de l'article 10 de l'AUS, l'agent des sûretés peut être remplacé dans trois hypothèses et selon deux modalités. L'article 10 mentionne trois hypothèses dans lesquelles l'agent des sûretés pourrait être remplacé : manquement à ses devoirs ; mise en péril des intérêts des créanciers ; ouverture d'une procédure collective. Les deux premières hypothèses s'apprécient en fonction du contrat de désignation de l'agent et de l'interprétation retenue par les juges des actions commises par l'agent qui pourraient être qualifiées de manquement à ses devoirs ou de mise en péril des intérêts des créanciers. La troisième condition est objective puisqu'il s'agit de savoir si l'agent

⁸⁹⁹ V. « pouvoir de substitution » dans G. Cornu, *op. cit.*, p. 996.

⁹⁰⁰ P. Crocq, *loc. cit.*

⁹⁰¹ Le rapprochement avec l'article 2027 du Code civil proposé par G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

a été soumis à une procédure collective. Dans de telles conditions, un auteur a pu qualifier ce remplacement de « remplacement sanction⁹⁰² ».

614. Les modalités de remplacement. L'article 10 précise deux modalités de remplacement de l'agent des sûretés. La première est contractuelle. Selon l'article 10, alinéa 2 de l'AUS, le contrat désignant l'agent des sûretés peut prévoir les conditions de son remplacement s'il manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou s'il fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective. Il est important de souligner, à cet égard, que le texte de l'article 10 de l'AUS accorde une grande liberté aux parties quant à la fixation des conditions de son remplacement⁹⁰³. En affirmant une telle liberté contractuelle, cette disposition est cohérente avec le reste des dispositions applicables à l'agent des sûretés, également attachées à ce principe. La seconde modalité est judiciaire et s'applique si l'acte désignant l'agent des sûretés ne précise pas les conditions de remplacement de l'agent. Il s'agit donc d'un régime supplétif⁹⁰⁴. Ce cas de figure est prévu à l'article 10, alinéa 3 de l'AUS qui mentionne la faculté dont disposent les créanciers de l'obligation garantie de demander à la juridiction compétente, statuant dans un bref délai, de nommer un agent des sûretés provisoire ou de solliciter le remplacement de l'agent des sûretés si celui-ci manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective.

615. Conséquences du remplacement : la transmission automatique du patrimoine. Dans son dernier alinéa, l'article 10 de l'AUS précise qu'en cas de remplacement de l'agent des sûretés, que cette substitution soit de source contractuelle ou judiciaire, tous les droits et toutes les actions que celui-ci détient dans l'intérêt des créanciers de la ou des obligations garanties sont transmis de plein droit et sans autre formalité au nouvel agent des sûretés.

iii. La protection des tiers

616. La mention de la qualité d'agent. L'agent des sûretés agit en son nom propre au profit des créanciers mais les tiers ne sont pas immédiatement conscients de la portée des actes que ce dernier réalise à leur égard. C'est en vue de les protéger que le législateur a prévu la nécessité de mentionner la qualité d'agent des sûretés. Dans le but d'informer les tiers, l'article 7 de l'AUS précise, en effet, que « *lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de la ou*

⁹⁰² G.-A. Likillimba, *loc. cit.*

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ *Ibid.*

des obligations garanties, il doit en faire expressément mention et toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés ». En complément de l'article 7, l'article 8 de l'Acte pose un principe de présomption de pouvoir selon lequel « *sauf stipulation contraire et pour tout ce qui a trait aux obligations garanties, les créanciers sont représentés par l'agent des sûretés dans leurs relations avec leurs débiteurs, leurs garants, ainsi que les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie de ces obligations, et les tiers* ». L'article 8 constitue ainsi une protection très claire en faveur des tiers, car il leur permet de considérer, *a priori*, que l'agent des sûretés accomplit des actes dans le cadre de la mission que lui ont confiée les membres du *pool* bancaire. La seule exception admise à ce principe est qu'un acte limitant les prérogatives de l'agent des sûretés soit porté à la connaissance des tiers⁹⁰⁵.

617. Le pouvoir d'agir en justice. En ce qui concerne les actions en justice, l'agent des sûretés bénéficie également d'un pouvoir général de représentation des intérêts des membres du syndicat bancaire, la seule condition pour l'exercer de manière régulière étant de faire mention de sa qualité. Dans son alinéa 2, l'article 8 de l'AUS précise effectivement que « *dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de la ou des obligations garanties, l'agent des sûretés peut intenter toutes actions pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, la seule indication qu'il intervient en sa qualité d'agent des sûretés étant suffisante* ». Ce pouvoir général d'ester en justice signifie que l'agent des sûretés ne requiert pas un mandat spécial afin de pouvoir former une action devant une juridiction, notamment s'il s'avérait nécessaire de déclarer une créance dans le cadre d'une procédure collective⁹⁰⁶.

iv. La responsabilité de l'agent des sûretés

618. Un régime supplétif. En matière de responsabilité de l'agent des sûretés, le principe est aussi la liberté contractuelle dans la mesure où ce sont les parties qui stipulent, dans l'acte le désignant, les conditions dans lesquelles celle-ci pourra être reconnue. Cependant, l'article 11 de l'AUS prévoit un régime supplétif qui est celui du mandataire salarié. Dès lors, si les parties ne prévoient rien quant à la responsabilité de l'agent, elle est appréciée comme celle d'un mandataire salarié. L'article 1992 du Code civil dispose à cet égard que « *le mandataire répond des fautes qu'il commet dans sa gestion* ». Le même article précise que « *la responsabilité*

⁹⁰⁵ P. Crocq, *loc. cit.*

⁹⁰⁶ *Ibid.*

relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ». Par voie de conséquence et en vertu de ce texte, la responsabilité de l'agent des sûretés sera rigoureusement appliquée. Dans ce sens, un auteur signale que « parce qu'il pèse sur l'agent des sûretés une obligation de résultat, qu'il ait ou non le statut de mandataire salarié, en cas d'inexécution de sa mission, il lui est appliqué une présomption de faute qui l'oblige à réparer le préjudice qui en résulte pour les cocréanciers, par une condamnation à des dommages-intérêts sur ses deniers personnels. Il ne peut en être autrement qu'en présence d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure dont la preuve incombe à ce mandataire⁹⁰⁷ ».

619. L'obligation de rendre compte de sa gestion. Le rapprochement avec le régime de responsabilité du mandataire est aussi manifeste quant à l'obligation de l'agent des sûretés de rendre compte de sa gestion. En effet, l'article 6 de l'AUS indique que l'acte le désignant doit mentionner, à peine de nullité, « *les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés rend compte de sa mission aux créanciers de la ou des obligations garanties* ». Par ailleurs, l'article 1993 du Code civil, applicable au mandat, dispose que « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* ».

620. Conclusion de la section. Comme l'affirme un auteur, « *avec l'agent des sûretés, le droit du crédit de l'espace OHADA vient d'accéder à une nouvelle phase de sa modernisation par référence à des produits financiers et bancaires à la fois fiables et d'actualité tels que la fiducie, le représentant-fiduciaire, la parallel debt... dont l'agent des sûretés a adopté bien des éléments positifs. En effet, le nouvel AUS "[...] s'est efforcé de moderniser le droit des sûretés OHADA pour doter ses pays membres d'outils juridiques modernes et compétitifs susceptibles de favoriser grandement le crédit". Et l'agent des sûretés compte parmi ces outils juridiques performants – grâce à son régime juridique particulièrement et utilement détaillé – à la fois pour les États parties à l'OHADA et pour les investisseurs. Pour les premiers, cet outil peut aider à susciter des investissements et des financements par des pools bancaires. Pour les seconds, ils peuvent désormais s'en servir au sein de toute la zone OHADA pour s'assurer et se rassurer relativement aux garanties de paiement à demander au débiteur. L'on peut*

⁹⁰⁷ G.-A. Likillimba, *loc. cit*

légitimement espérer et souhaiter que le double objectif d'attractivité et de compétitivité, en matière d'investissements ou de crédit, clairement affiché par le législateur OHADA, qui vient de s'en donner les moyens avec ce nouveau dispositif juridique, puisse être atteint à court ou moyen terme ... »⁹⁰⁸.

621. En supprimant tous les défauts de l'article 2328-1 du Code civil dénoncés par la pratique, le législateur OHADA a pu concevoir un agent des sûretés moderne et efficace qui a pu servir de modèle à la réforme de l'agent des sûretés du droit français. Dès lors, l'AUS « demeure fortement inspiré par le droit français, ce qui est naturel, car celui-ci constitue le socle du droit uniforme de l'Ohada, mais cette source d'inspiration ne constitue pas, pour autant, un modèle absolu⁹⁰⁹ ». Il s'agit d'une remarquable exception à la tendance du droit OHADA à s'inspirer du droit français puisque, en ce qui concerne l'agent des sûretés, c'est ce dernier qui s'est inspiré du régime juridique de l'agent des sûretés consacré par le premier⁹¹⁰. Ainsi deux auteurs affirmaient en 2012 que « le modèle anglo-saxon n'est pas le seul possible, car il ne fait aucun doute que l'agent des sûretés de droit OHADA pourrait inspirer le législateur dans le cadre de la réforme attendue de l'article 2328-1 du Code civil⁹¹¹ ». En effet, l'ordonnance du 4 mai 2017 n'a pratiquement fait que recopier le chapitre 2 du titre préliminaire de l'AUS.

Section 2 : Un modèle suggéré : l'expérience française

622. Si le droit OHADA a été un modèle à suivre pour la réforme de l'agent des sûretés, l'expérience française va elle aussi fournir des éléments de réflexion⁹¹². Pendant tout le

⁹⁰⁸ *Ibid.* L'auteur cite P. Crocq, *loc. cit.*

⁹⁰⁹ P. Crocq, *loc. cit.*

⁹¹⁰ O. Fille-Lambie, A. Berthoud, « Quand le droit OHADA inspire le droit français : l'exemple de l'agent des sûretés », *Hogan Lovells*, 16 mai 2017. Disponible sur : www.hoganlovells.com/fr/publications/quand-le-droit-ohada-inspire-le-droit-francais-exemple-de-l-agent-des-suretes [consulté en septembre 2021].

⁹¹¹ Ch. Garcia, A. Bebe Epale, « L'apport de l'arrêt Belvédère », *Banque & Droit*, mars-avril 2012, n° 142, p. 14.

⁹¹² Il ne faut pas oublier également le rôle joué par l'Association Henri Capitant qui est moins mis en avance que d'autres institutions. Maxime Julienne signale à ce propos : « *La Cour de cassation s'est employée dans l'arrêt Belvédère à rassurer les créanciers en reconnaissant pleinement, dans une procédure collective française, un trust et une parallel debt constitués en application du droit de l'État de New York. Mais chacun sentait bien qu'il était difficile à la jurisprudence d'aller beaucoup plus loin, et qu'un texte était nécessaire pour que les opérateurs se*

processus, la pratique ne cessera pas d'apporter des idées pour le nouveau régime (§1), dont presque toutes seront retenues par la loi d'habilitation (§2).

§1. Le modèle exigé : les demandes de la pratique

623. Les praticiens ont manifesté très clairement leurs points de vue sur le régime d'agent des sûretés qu'ils exigeaient. Ainsi les notaires de France ont proposé de réécrire l'article 2328-1 du Code civil (A), tandis que Paris Europlace était d'avis qu'il fallait l'abroger afin de mettre en place un régime complètement nouveau (B).

A. La proposition des notaires de France de réécrire l'article 2328-1 du Code civil

624. Le congrès des notaires de France constitue une force de proposition constante dans les réformes touchant à la pratique notariale, ce qui a été le cas de la réforme relative à l'agent des sûretés (1). Le congrès de 2011 a travaillé spécialement sur ce sujet en soulevant des critiques à l'article 2328-1 du Code civil et en émettant des propositions concrètes (2).

1. Le rôle du congrès des notaires de France dans l'élaboration de la réforme de l'agent des sûretés

625. Le congrès des notaires de France. Le congrès des notaires de France est une institution qui, fondée il y a plus de 120 ans, a pour unique objet de produire tous les ans des réflexions d'intérêt général. Tenant compte de la réalité de l'activité notariale, ce travail d'analyse lui permet d'émettre régulièrement une série de propositions d'amélioration du droit et de la pratique professionnelle. De telles recommandations sont ensuite soumises au vote des notaires de France, avant d'être relayées aux pouvoirs publics afin qu'elles puissent être prises en considération dans le cadre de réformes ou de l'élaboration de nouvelles règles de droit.

*décident à soumettre à la loi française la désignation même de l'agent. Doctrine et pratique appelaient de concert à réformer l'article 2328-1 du Code civil, lorsque le gouvernement fut habilité à légiférer par ordonnance par la loi dite Sapin II du 9 décembre 2016 (L. n° 2016-1691, 9 décembre 2016, art. 117). L'association Henri Capitant avait entre temps élaboré, à la demande de la Chancellerie et sous l'autorité de Michel Grimaldi, un projet de texte dont l'essentiel se retrouve dans l'ordonnance du 4 mai 2017 ». V. M. Julienne, « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC*, 2017, n° 114m2, p. 461.*

Depuis 1953, les propositions du Congrès ont ainsi contribué à la mise en œuvre de 87 lois, 17 décrets, 8 ordonnances et d'un règlement européen⁹¹³.

626. Thème d'étude 2011. Le financement. Un sujet d'intérêt général est choisi chaque année comme thème d'étude du Congrès. Les réflexions menées durant l'année 2011 ont abouti à la rédaction d'un rapport intitulé « Le financement : les moyens de ses projets, la maîtrise des risques ». Les notaires ont, à cette occasion, indiqué qu'« *en tant que professionnels du droit dont la mission est de rédiger des conventions et de leur donner la plus grande sécurité, nous analyserons l'opération de financement dans sa dimension juridique, c'est-à-dire dans le rapport de droit qui s'installe entre le financeur et le financé. Cependant, une technique juridique n'a d'intérêt que si elle a un sens sur le plan économique, et il est donc souvent difficile de se livrer à une analyse du mécanisme juridique, sans expliquer les cas dans lesquels il présente une pertinence économique*⁹¹⁴ ».

627. La troisième commission. L'entreprise. La troisième commission du Congrès a notamment été chargée d'étudier la question du développement de l'entreprise. Le rapport précité précise à cet égard que « *l'entreprise qui se développe est confrontée à des problématiques différentes de celle qui se crée. Son assise lui permet d'accéder à des financements alternatifs au crédit bancaire, tels que la mobilisation de créance ou le capital investissement. Les contrats de prêt qu'elle conclut sont plus complexes et mettent en œuvre des techniques juridiques perfectionnées : contrat de swap, crédit mezzanine, crédit structuré, prêts intra groupe*⁹¹⁵ ». Les membres de cette commission ont cherché à étudier toutes les solutions qui s'offrent à l'entreprise pour financer sa croissance, trouver des améliorations possibles des outils existants et mettre en perspective le rôle des établissements de crédit et celui des autres prêteurs. Enfin, ils ont analysé l'évolution connue par le contrat de prêt au cours des dix précédentes années, sous l'influence de la financiarisation de l'économie, afin d'en tirer des conséquences en termes de rédaction des actes⁹¹⁶.

⁹¹³ Source : www.congresdesnotaires.fr [consulté le 15 décembre 2020].

⁹¹⁴ CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (5-8 juin 2011, Cannes), Rapport du 107^e congrès. Pour une réécriture de l'article 2328-1 du Code civil, p. IX.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. XI.

⁹¹⁶ *Ibid.*

628. La proposition de réformer l'agent des sûretés. C'est au sein de cette commission que sont nées plusieurs propositions intéressant le financement des entreprises⁹¹⁷. Ainsi, par exemple, il a été suggéré de supprimer le taux effectif global pour les prêts à finalité professionnelle, d'assouplir les règles de transfert de propriété lors de la levée d'option en matière de crédit-bail immobilier, de clarifier le régime juridique du crédit-bail portant sur un immeuble loué, de favoriser et simplifier la subrogation consentie par le débiteur, ou encore de réformer le régime de l'agent des sûretés.

2. Le plaidoyer du Congrès de 2011

629. Le congrès des notaires de 2011 a émis des critiques concrètes au régime de l'article 2328-1 du Code civil (a) justifiant une nouvelle rédaction de cet article (b).

a) Les critiques à l'encontre de l'article 2328-1 du Code civil

630. Les attentes des notaires. Selon les notaires, ce que les praticiens attendent principalement de l'agent des sûretés est qu'il soit un représentant efficace des créanciers dans la gestion des sûretés du prêt syndiqué. L'un des objectifs de sa nomination est d'éviter de devoir mentionner les noms des créanciers dans chaque acte constitutif de sûreté et de réaliser des formalités de publicité. C'est dans cette optique que le 107^e congrès des notaires s'est spécifiquement posé les questions suivantes : « *l'article 2328-1 répond-il à l'attente des praticiens ?, est-il envisageable dans l'état actuel des textes de constituer et de formaliser en faveur de l'agent des sûretés les différentes sûretés et dans l'affirmative, bénéficieront-elles aux prêteurs ?* »⁹¹⁸ »

631. Le constat des notaires. Parmi les éléments de réponse à apporter à ces interrogations, il est à souligner que l'article 2328-1 du Code civil permet aux créanciers de désigner une personne, l'agent des sûretés, qui a pour mission de constituer, inscrire, gérer et réaliser des sûretés mais uniquement pour leur compte. Il en résulte que le régime de l'agent des sûretés est très proche de celui du mandataire, voire équivalent. Ainsi, les pouvoirs de l'agent relèvent de la logique du contrat de mandat. Dès lors, le terme « constituer » a été jugé inadapté puisque

⁹¹⁷ CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (5-8 juin 2011, Cannes), Propositions du 107^e congrès. Disponibles sur : www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/propositions/107ecannes_2011.pdf [consulté le 15 décembre 2020].

⁹¹⁸ Rapport précité, p. 636.

c'est uniquement l'emprunteur qui détient ce pouvoir, ou un tiers dans l'hypothèse où la sûreté est garantie par autrui. Pour ces raisons, le rapport du congrès a conclu que « *la rédaction actuelle de l'article 2328-1 du code civil ne permet pas de répondre par l'affirmative*⁹¹⁹ » aux questions posées.

632. Les trois sources d'incertitude. Par ces termes, le congrès reprochait au législateur d'avoir manqué de précision. Or, « *en matière de prêt la question relative à l'existence et à la validité des sûretés est une question essentielle et les dispositions de l'article 2328-1 du code civil ne trouveront une application pratique que si ces dernières sont dépourvues de toute ambiguïté et de toute incertitude*⁹²⁰ ». Trois sources d'incertitude ont été pointées du doigt. La première concerne la qualification juridique du contrat d'agent des sûretés. La loi n'étant pas claire sur ce point, la doctrine s'est aussi évidemment montrée hésitante. Des propositions ont été avancées par les notaires à ce sujet, mais aucune de façon convaincante. Ils se sont tout d'abord demandé si la qualification à retenir était celle de commissionnaire au sens de l'article L. 132-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce ou celle de fiduciaire. L'élément essentiel du contrat de commission est qu'il permet aux créanciers, en tant que commettants, d'être titulaires de sûretés réelles et non pas simplement d'un droit personnel à l'égard de l'agent des sûretés. En ce qui concerne l'application du régime de la fiducie, l'agent des sûretés prévu à l'article 2328-1 du Code civil ne pouvait être qu'un fiduciaire spécial, non soumis aux articles 2011 et suivants du même code consacrés à la fiducie. Une telle qualification, dépourvue de base légale, ne semblait pas non plus convenir étant donné que l'existence d'un patrimoine d'affectation n'était pas certaine. Or, sans patrimoine d'affectation, le régime juridique est très fragile ; surtout en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'agent des sûretés. La deuxième source d'incertitude des notaires concernait la désignation de l'agent des sûretés. Ils considéraient effectivement que la disposition exigeant que l'agent soit nommé dans la convention de prêt était trop restrictive. D'après eux, sa nomination devait pouvoir se faire en dehors du contrat de crédit. Enfin, un troisième point qui manquait de clarté est l'hypothèse de la disparition de l'agent des sûretés. En effet, l'article 2328-1 du Code civil ne prévoyait pas quel était le sort des sûretés dans le cas où l'agent devait être changé.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ *Ibid.*

633. Toutes ces critiques justifiaient de la nécessité de réformer en profondeur l'article 2328-1 du Code civil.

b) La nécessité d'un nouvel article 2328-1 du Code civil

634. La sécurité juridique. La troisième proposition de la troisième commission du congrès des notaires de France de 2011, intitulée « Le plaidoyer pour l'agent des sûretés (pour une réécriture de l'article 2328-1 du Code civil)⁹²¹ », partait de l'hypothèse selon laquelle l'adoption d'un nouveau régime juridique de l'agent des sûretés en droit français constituerait un élément de simplification importante. L'idée sous-jacente à cette proposition était de renforcer la sécurité juridique et d'harmoniser le droit français avec les pratiques ainsi que les dispositifs étrangers ; une évolution qui aurait comme résultat, selon le Congrès, de rendre le mécanisme français plus attractif. Les notaires étaient d'avis que l'agent des sûretés devait être légalement reconnu en tant qu'institution autonome, sans qu'un autre fondement juridique soit nécessaire pour qu'il existe. Un tel régime tend à faire de l'agent le seul bénéficiaire des sûretés. En sa seule qualité d'agent, il pourrait alors disposer de tous les pouvoirs à l'égard des débiteurs et des tiers au contrat de prêt afin de gérer, administrer, mettre en œuvre ou disposer des sûretés.

635. Un régime complet. Plus précisément, le Congrès proposait, d'une part, d'étendre à l'ensemble des sûretés personnelles la figure de l'agent des sûretés. En effet, le régime de l'agent des sûretés de l'époque ne mentionnait que les sûretés réelles. Étaient ainsi exclues non seulement les sûretés personnelles mais aussi d'autres mécanismes pouvant servir de sûretés comme, par exemple, la garantie autonome ou la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly, etc. Constatant que les sûretés personnelles sont caractérisées par des formalités moins lourdes et moins onéreuses que les sûretés réelles, les notaires ont néanmoins proposé une extension du régime de l'agent des sûretés aux sûretés personnelles. Ils suggéraient, en outre, que si cette proposition était retenue, il conviendrait que le futur article 2328-1 soit placé au sein du livre IV du Code civil consacré aux sûretés, celui-ci devenant alors une disposition commune à toutes les sûretés.

636. La réécriture de l'article 2328-1. D'autre part, le Congrès a proposé une nouvelle rédaction de cette disposition qui serait la suivante :

⁹²¹ CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (5-8 juin 2011, Cannes), Propositions du 107^e congrès, p. 8.

« Toute sûreté réelle peut être constituée par le débiteur de l'obligation garantie ou un tiers et inscrite en faveur et au nom de la personne désignée en qualité d'agent des sûretés, qu'elle soit ou non créancière, par les créanciers de l'obligation garantie, l'agent des sûretés disposant de plein droit en sa qualité du pouvoir de gérer, d'administrer, de mettre en œuvre et de donner mainlevée des sûretés. Toute limitation des pouvoirs de l'agent des sûretés est inopposable au débiteur ou à tout autre tiers. Ces dispositions ne remettent pas en cause le caractère accessoire des sûretés de l'obligation ainsi garantie. En cas de changement dans la personne de l'agent des sûretés, les sûretés réelles sont transmises de plein droit à son successeur. En cas de disparition ou d'incapacité de l'agent des sûretés, les créanciers de l'obligation garantie sont réputés titulaires de plein droit des sûretés ainsi constituées à proportion de leurs droits respectifs⁹²². »

637. Une étape importante dans la réception de l'agent des sûretés. L'apport du congrès des notaires de France à la réforme du régime de l'agent des sûretés a été indéniable en raison des critiques qu'il a adressées au régime de l'agent des sûretés de l'époque mais aussi de ses propositions. Sans viser l'exhaustivité, ces dernières allaient dans le bon sens. Néanmoins, bien que les notaires aient proposé une nouvelle rédaction de l'article 2328-1 du Code civil, il était évident qu'une réforme « digne de ce nom » requerrait l'adoption d'un régime plus détaillé. Le droit OHADA était particulièrement parlant à cet égard, car il avait mis en place un régime cohérent et complet ; une démarche de réforme appuyée par Paris Europlace.

B. La proposition d'abrogation de l'article 2328-1 du Code civil de Paris Europlace

638. À partir d'une réflexion générale sur le droit du financement (1), Paris Europlace a plaidé pour une refonte totale du régime d'agent des sûretés (2).

1. Une réflexion générale sur le droit du financement

639. En tant qu'acteur incontournable au sein de la place financière de Paris (a), Paris Europlace considérait que, pour renforcer l'attractivité du marché français, il était nécessaire de moderniser l'ensemble du droit des sûretés (b).

⁹²² *Ibid.*, p. 9.

a) Paris Europlace, un acteur incontournable

640. L'association Paris Europlace. Paris Europlace est une organisation qui, possédant le statut d'association loi 1901, est chargée de promouvoir et de développer la Place financière de Paris. Elle fédère et représente la diversité des acteurs de l'industrie financière (émetteurs, investisseurs, banques, cabinets d'avocats, sociétés d'assurance, intermédiaires financiers, etc.) qui sont actifs sur la Place financière de Paris et mène une action pour renforcer la compétitivité ainsi que l'attractivité de celle-ci⁹²³. De plus, depuis le référendum ayant acté la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'un de ses principaux objectifs est de faire de Paris le plus grand centre financier européen en attirant une partie des métiers jusqu'à présent concentrés à la City de Londres⁹²⁴.

641. Un représentant d'intérêts. Dès lors, Paris Europlace « *se conçoit comme une association de communication* » et « *joue le rôle d'un lobby et est, à ce titre, répertorié dans les registres de transparence français et européen*⁹²⁵ ». C'est dans le cadre de son activité de représentation d'intérêts que la Commission droit des sûretés de Paris Europlace, ou certains de ses membres, sont à plusieurs reprises intervenus auprès de la chancellerie et du ministère de l'Économie et des Finances en vue d'encourager une réforme de l'article 2328-1 du Code civil relatif à l'agent des sûretés⁹²⁶. La volonté des praticiens de réformer ce mécanisme démontre à quel point il était considéré comme un élément central pour renforcer l'attractivité de la place financière de Paris. Mais la réforme de l'agent des sûretés devait être accompagnée d'une révision générale du droit des sûretés.

⁹²³ Source : www.paris-europlace.com/fr/qui-sommes-nous [consulté le 15 décembre 2020].

⁹²⁴ I. Couet, « Paris Europlace, un lobby très en vue », *Les Échos*, 10 janvier 2020. Disponible sur : www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/paris-europlace-un-lobby-tres-en-vue-1161740 [consulté en septembre 2021].

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification du régime de l'article 2328-1 du code civil et de la fiducie des sûretés », *RD banc. et fin.*, septembre 2010, n° 5, étude 20. Dans cet article l'auteur, président de la commission Fiducie Sûretés de Paris Europlace affirme : « *Les analyses qui suivent relatives à l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil ont été débattues au sein de ce groupe [Commission Fiducie Sûretés] [et] du groupe de travail du Comité de droit financier de Paris Europlace et les propositions résumées ci-après recommandées par [ces groupes] en 2010.* » V. aussi le document de Paris Europlace, « L'environnement juridique de la place financière de Paris : les principales réformes 2008-2009 » dans lequel il est dit à la p. 7 que « *le Comité de droit financier de Paris Europlace participe activement aux travaux du Haut Comité de Place (HCP) présidé par le Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Christine Lagarde et comprend à l'heure actuelle plusieurs commissions actives composées de praticiens réputés de la Place de Paris* ».

b) La nécessaire adaptation du droit des sûretés

642. L’avis du marché. Il est intéressant d’étudier les réflexions sur l’article 2328-1 du Code civil menées par Paris Europlace dans la mesure où en tant que représentant des acteurs de l’industrie financière, la réaction de cette association reflète le sentiment du marché dans son ensemble. Dans le rapport « L’environnement juridique de la Place financière de Paris : les principales réformes 2008-2009⁹²⁷ », le comité Droit financier de sa Commission droit des sûretés a synthétisé les principales évolutions juridiques ayant affecté la Place financière de Paris durant cette période. D’une manière générale, Paris Europlace s’est montrée optimiste quant à la direction prise par les réformes ainsi votées afin d’améliorer le cadre réglementaire et légal, notamment fiscal, et d’attirer des capitaux étrangers. Le comité Droit financier cite notamment dans ce document la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie (dite « loi LME ») qui, qualifiée de novatrice, avait pour objectif de « *stimuler la croissance et les énergies, en levant les blocages structurels et réglementaires existants* » à travers une légère modification de l’article 2328-1 du Code civil⁹²⁸.

643. L’opinion sur l’article 2328-1. En revanche, Paris Europlace n’a pas fait montre d’un grand enthousiasme en ce qui concerne la réforme de 2007 relative à l’agent des sûretés. L’analyse de cette loi est introduite sous le titre « Introduction d’un fondement légal à la fonction de l’agent des sûretés », ce qui révèle une mise en évidence de l’aspect factuel de la réforme. En effet, il est expliqué qu’avant 2007, « *la notion relevait du seul domaine contractuel par référence à des théories mal adaptées ne permettant pas la même efficacité que le régime du security trustee de droit anglo-saxon*⁹²⁹ » ; avant que soient énoncées les raisons pour lesquelles les différentes techniques contractuelles (le mandat, la dette parallèle et la solidarité active) n’étaient pas vraiment adaptées. Enfin, le rapport s’achève en qualifiant ce mécanisme de *sui generis* et mentionne les principales caractéristiques de l’agent des sûretés, à savoir qu’il a « *une existence officielle ; il agit en son propre nom et pour le compte des créanciers initiaux comme des créanciers futurs, dans toutes les étapes de la vie de la sûreté,*

⁹²⁷ Paris Europlace, *loc. cit.*, 2009. V. infra le rôle de Paris Europlace dans l’élaboration de la « loi Sapin 2 » : l’étude d’impact relative à la « loi Sapin 2 » mentionne Paris Europlace en tant qu’organisme à consulter pour la réforme de l’agent des sûretés (Étude d’impact du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique [loi « Sapin 2 »], p. 135-136).

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 36.

quelle que soit l'évolution de la composition du pool⁹³⁰ ». On peut aisément conclure de ce document que, selon le comité de droit financier de Paris Europlace, le seul aspect vraiment positif de l'agent des sûretés alors prévu à l'article 2328-1 du Code civil était son « existence officielle ». Si sa position avait été plus enthousiaste, la réforme de 2007 aurait été saluée et présentée comme la consécration d'un « *security agent* » à la française, ce qui effectivement n'a été nullement le cas.

644. Les propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés. Le comité Droit financier a ainsi étudié et analysé en profondeur le régime de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil. À la suite d'une telle réflexion, il a émis plusieurs propositions dès 2010⁹³¹ visant à réformer ce dispositif qui ont été synthétisées en 2015 dans un document important de la Commission droit des sûretés de Paris Europlace intitulé « Quelques propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés français⁹³² ». Ce rapport constate que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a permis une importante rénovation du droit des sûretés français dont certaines règles dataient de 1804. Dix ans d'application de cette ordonnance ont été féconds en permettant que les acteurs économiques, les praticiens et la doctrine juridique puissent réfléchir à de nouvelles modifications du droit des sûretés. Dans un souci d'amélioration de l'attractivité du droit français, le comité a proposé de modifier certaines dispositions existantes et d'en introduire de nouvelles dans le but de moderniser, clarifier et simplifier le droit des sûretés. Il importe de souligner à cet égard que la réforme de l'agent des sûretés a été envisagée comme faisant partie d'une réforme globale du droit des sûretés. Le comité était d'avis qu'en droit des sûretés, « *il existe en effet de nombreux cas où le régime prévu par le droit français est excessivement rigide, sans véritables justifications, a fortiori lorsque l'on considère que certains de ces mécanismes de sûretés sont essentiellement destinés aux rapports entre entreprises, commerçants et financiers, qui sont des acteurs économiques qui devraient être à même de négocier et décider dans quelles conditions ils octroient ces sûretés. Ces acteurs économiques ne devraient pas voir leurs décisions et opportunités restreintes par des règles issues d'un ordre public de protection,*

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁹³¹ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁹³² Paris Europlace, « Quelques propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés français », 1^{er} septembre 2015. Disponible sur : www.paris-europlace.com/fr/publications.

*dont la justification se conçoit plus pour les particuliers et consommateurs que pour des acteurs sophistiqués de l'économie qu'ils sont*⁹³³ ».

645. Par ailleurs, le rapport précise que « *le droit français des sûretés se caractérise, malgré la réforme de 2006, par une multitude de régimes disparates, difficiles à gérer et à comprendre. Cet environnement est globalement hostile à l'efficacité des sûretés, au motif que celles-ci dérogeraient au principe du Code civil selon lequel "les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers". Ceci encourage les acteurs économiques, lorsqu'ils en ont la possibilité, à délocaliser hors de France les opérations internationales. Ceci est pénalisant pour les entreprises françaises, ainsi que pour la Place financière de Paris et son rayonnement international*⁹³⁴ ».

646. La réforme du droit des procédures collectives. Au regard de tous ces arguments, Paris Europlace a ainsi présenté plusieurs propositions en vue de modifier en profondeur le droit des sûretés en considérant que cette réforme requerrait d'être accompagnée par une réforme du droit français des procédures collectives « *pour donner leur plein effet aux sûretés valablement consenties malgré les procédures d'insolvabilité pouvant affecter le débiteur / constituant*⁹³⁵ ». Une telle démarche a effectivement été suivie par un grand nombre de droits étrangers (par exemple en Allemagne où a été développé le mécanisme des sûretés-propriétés, au Royaume-Uni, ou encore aux États-Unis)⁹³⁶. L'objectif qui sous-tend ce type de mesures est de veiller à ce que les sûretés soient vraiment efficaces et ne soient pas paralysées « *au moment même où elle devrait devenir utile, c'est-à-dire au moment où, par hypothèse, le débiteur n'a pas un actif suffisant pour faire face à la totalité de son passif*⁹³⁷ ».

647. En ce sens, les travaux de la Commission droit des sûretés avaient plus exactement pour objet de proposer une réforme de certains aspects des sûretés soumises à des dispositions spéciales, une meilleure articulation entre le droit commun du gage et certaines sûretés spéciales ainsi que diverses modifications des formalités et des régimes d'opposabilité des sûretés aux tiers⁹³⁸.

⁹³³ *Ibid.*, p. 1.

⁹³⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 4.

648. La réforme de l'agent des sûretés. La Commission a rappelé et réitéré les propositions du comité Droit financier de Paris Europlace quant à la nécessité de modifier le mécanisme de l'agent des sûretés en soulignant que les imperfections de l'article 2328-1 du Code civil conduisaient « *les praticiens à très peu l'utiliser, et à lui préférer, dès que les conditions juridiques le permettaient, des régimes concurrents de droit étranger. Le développement du marché obligataire pour financer tant les grands projets (project bonds) que les entreprises, notamment les ETI (EuroPP), et la tendance des investisseurs à se tourner vers des obligations sécurisées accroissent l'urgence et l'importance d'une nécessaire refonte de ce mécanisme*⁹³⁹ ».

649. Les axes d'amélioration ainsi suggérés tendaient « à donner [au mécanisme] une efficacité comparable à ce qui existe en common law et à [lui] permettre d'être véritablement utilisé par les praticiens⁹⁴⁰ ». Il s'agissait donc des mêmes objectifs que ceux visés par la loi de 2007 qui avait créé l'article 2328-1 du Code civil ; des objectifs qui n'avaient toutefois pas été atteints.

650. Adaptation du droit à l'agent des sûretés. L'amélioration du droit des sûretés en général et du régime de l'agent des sûretés en particulier était aussi envisagée dans le but d'harmoniser le droit des sûretés en tenant compte de l'existence d'un agent des sûretés. À titre d'exemple, Paris Europlace a proposé de supprimer les exigences relatives à l'indication de la dénomination sociale et du siège social du créancier nanti posées par l'article D. 211-10 3° du Code monétaire et financier dans la mesure où si un agent des sûretés est nommé conformément à l'article 2328-1 du Code civil, cela poserait un problème puisque l'agent est titulaire de la sûreté mais n'est pas le créancier. Ainsi, il a été proposé de revoir la rédaction de l'article D. 211-10 3° de la façon suivante : « *Le nom ou la dénomination sociale du constituant et du créancier nanti ou, le cas échéant, de l'agent des sûretés mentionné à l'article 2328-1 du Code civil*⁹⁴¹. »

651. Une démarche globale. Ces travaux de Paris Europlace montrent à quel point la réforme de l'agent des sûretés s'inscrivait dans une démarche plus globale de mise à jour du

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 40.

droit des sûretés et du droit des procédures collectives en vue de rendre l'ensemble plus compréhensible et plus compétitif au regard des systèmes juridiques étrangers⁹⁴². Selon Paris Europlace, une telle réforme devait passer par une refonte de l'article 2328-1 du Code civil.

2. La refonte de l'article 2328-1 du Code civil

652. Les propositions de réforme de l'agent des sûretés ont essentiellement été le produit des travaux du groupe de travail sur l'agent des sûretés du comité Droit financier de Paris Europlace sous la présidence de Jean-François Adelle, conduits jusqu'en décembre 2013⁹⁴³.

a) Un rappel des fonctions de l'agent des sûretés voulu par les praticiens

653. Le rôle de l'agent des sûretés. Dans un premier temps, Paris Europlace a rappelé les fonctions exercées dans la pratique par un agent des sûretés⁹⁴⁴. Son rôle est principalement celui d'être au service des prêteurs, membres du *pool* bancaire, afin que ceux-ci puissent faire valoir plus facilement leurs droits. Il est aussi au service des souscripteurs d'obligations quand leur émission est garantie par des sûretés. C'est souvent l'un des établissements prêteurs qui est désigné agent des sûretés.

654. Plus spécifiquement, sa mission consiste à être le référent des opérations relatives aux sûretés. Il est ainsi l'interlocuteur principal des prêteurs dans leur relation avec l'emprunteur et

⁹⁴² V. également Paris Europlace (Comité droit financier, Commission droit des sûretés), « Commentaires et propositions sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant et rappel de quelques autres propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés français précédemment faites par notre commission », 20 septembre 2018. Cette note, émise après la publication de l'ordonnance de 2017 relative à l'agent des sûretés, mais avant sa ratification en 2019, commente l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant et fait des propositions pour adapter le droit des sûretés au nouveau régime de l'agent des sûretés. Ces propositions seront en partie prises en compte par la loi de ratification de l'ordonnance relative à l'agent des sûretés (v. chapitre 8 de cette thèse). En ce qui concerne la réforme du droit des sûretés, elle a été adoptée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme des sûretés, publiée au *JORF* du 16 septembre 2021. S'agissant de la réforme du droit des procédures collectives, elle est intervenue par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du livre VI du Code de commerce (qui transpose la directive européenne « Insolvabilité » 2019/1023 du 20 juin 2019), publiée au *JORF* du 16 septembre 2021, et par le décret d'application n° 2021-1218 du 23 septembre 2021, publié au *JORF* du 24 septembre 2021. Ces réformes ne contiennent pas d'éléments spécifiques sur l'agent des sûretés.

⁹⁴³ Paris Europlace, « Quelques propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés français », 1^{er} septembre 2015. Disponible sur : www.paris-europlace.com/fr/publications., p. 34.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 34-35.

l'administrateur des sûretés au profit des créanciers qui, parfois très nombreux, se réunissent rarement.

655. Afin d'accomplir correctement sa mission, « *l'agent des sûretés exerce toutes formalités et actions en son seul nom pour le compte des créanciers*⁹⁴⁵ ». En cas de question importante, il consulte les créanciers en suivant les règles de majorité prévues par le contrat en question ; en cas de question grave et urgente, il est prévu qu'il agisse seul. S'il s'éloigne de la mission qui lui a été confiée, sa responsabilité pourra être engagée selon des règles prévues par le contrat. Cependant, le dépassement de ses pouvoirs est une question inhérente à sa relation avec les créanciers et non à celle vis-à-vis des tiers. En effet, les actes passés avec les tiers, en relation avec les sûretés, doivent rester valables.

656. Parmi ses compétences, il est spécifié que l'agent peut inscrire les sûretés, agir en justice en son propre nom si l'exercice de sa mission le requiert (prise, conservation ou réalisation des sûretés) et ce sans avoir besoin d'un mandat.

657. En cas de faillite de l'agent, il peut être remplacé en préservant les droits des créanciers. La protection des créanciers évite une faillite en chaîne et, à plus grande échelle, un risque systémique et l'érosion de la confiance sur le marché.

658. Un agent des sûretés idéal. Cette présentation du rôle de l'agent des sûretés est particulièrement parlante. Elle fait état d'une sorte de « devoir être » du régime juridique qui devrait l'encadrer ; un régime pertinent déjà existant dans d'autres pays. Il est en ce sens souligné que « *la plupart des systèmes de droit étranger donnent ces droits à un agent des sûretés, même lorsqu'ils dissocient le droit sur la sûreté de celui sur la créance. Ainsi, si un trust de droit anglo-saxon est constitué, l'agent des sûretés (appelé "Security Trustee") peut exercer tous les droits des créanciers, notamment les actions en justice. Il en va de même dans d'autres structures de droit étranger où une créance, dite "dette parallèle" ("Parallel Debt"), est créée par le contrat en faveur d'une seule des parties financières (dite "Parallel Debt Creditor"), recueillant à ce titre, en tant que seul créancier de cette dette parallèle le bénéfice de la totalité des sûretés, à charge pour lui d'en répartir les produits parmi les "véritables" créanciers conformément aux termes du contrat*⁹⁴⁶ ».

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 35.

659. Une critique implicite. En ce sens, cette description du rôle souhaité de l'agent des sûretés paraît être une critique implicite du régime français étant donné que les principales caractéristiques qui y sont énoncées sont absentes de l'article 2328-1 du Code civil : la possibilité d'administrer tout type de sûretés, la faculté d'agir en son propre nom, les conditions de la mise en cause de sa responsabilité, les conditions de son remplacement (sans toucher aux droits des créanciers), le pouvoir d'agir en justice sans mandat et le traitement de sa faillite.

660. Outre cette critique implicite, Europlace a également émis une critique directe et constructive du régime de l'article 2328-1 du Code civil.

b) Des idées concrètes pour une refonte du régime de l'agent des sûretés

661. La réforme de 2007, qui a introduit l'agent des sûretés dans le droit français, à l'article 2328-1 du Code civil, avait originellement pour but de créer un mécanisme comparable au régime décrit ci-dessus. Néanmoins, les imperfections de cette disposition étaient telles, selon Paris Europlace, qu'il n'a jamais été mis en œuvre de cette manière.

662. Les principaux défauts de l'article 2328-1. Précisément, Paris Europlace a souligné cinq principaux défauts⁹⁴⁷ de l'article 2328-1 :

- *le mécanisme ne concerne que les sûretés réelles, à l'exclusion des sûretés personnelles ;*
- *le mécanisme ne dispense pas de la nécessité de mentionner l'identité de chacun des créanciers bénéficiaires de la sûreté ;*
- *les formalités de désignation sont contraignantes et les conditions de son remplacement le cas échéant ne sont pas claires ;*
- *il n'est pas clair non plus qu'en cas de réalisation des sûretés, les actifs demeurent séparés du patrimoine de l'agent des sûretés ;*
- *l'agent des sûretés ne peut seul réaliser judiciairement les sûretés ; etc.*

663. Après avoir constaté un tel échec, la réforme proposée par Paris Europlace cherchait « à doter le droit français d'un dispositif efficace et comparable au mécanisme existant dans d'autres systèmes de droit concurrents au droit français⁹⁴⁸ ».

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 35-36.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 36.

664. Le choix de la liberté contractuelle. Paris Europlace a notamment rappelé que le mécanisme d'agent des sûretés ayant vocation à être utilisé principalement pour des opérations de financement importantes, juridiquement structurées par des cabinets d'avocats, il n'était pas prudent de prévoir un cadre légal trop protecteur ou trop limitatif et préférable de laisser toute la liberté aux contractants de fixer les règles s'appliquant à l'agent pour chaque opération⁹⁴⁹.

665. Élargir le champ d'application du régime. L'article 2328-1 du Code civil ne concernait que les sûretés réelles, il excluait ainsi les sûretés personnelles. Cependant, Paris Europlace était d'avis qu'« *il serait donc utile de préciser ce texte de façon à couvrir sans contestation possible l'ensemble des sûretés et des garanties de quelque nature que ce soit, qu'elles soient réelles, personnelles, de nature mixte, de droit français ou étranger, y compris les remises en pleine propriété à titre de garantie ou encore de simples promesses de sûreté ou de garantie. Les termes "toute sûreté et garantie" devraient être complétés par "toute remise en pleine propriété, ou toute promesse de sûreté ou de garantie" dans le texte de l'article 2328-1*⁹⁵⁰ ».

666. Désignation de l'agent dans l'acte constatant la dette garantie. L'article 2328-1 du Code civil exigeait, par ailleurs, que l'agent des sûretés soit désigné dans le contrat de crédit. Or, Paris Europlace jugeait cette contrainte excessive au regard de la pratique et des standards internationaux, car elle empêchait la désignation de l'agent dans un accord inter-créanciers auquel, comme son nom l'indique, l'emprunteur ne participe, en principe, pas. De plus, une telle obligation compliquait la désignation d'un agent commun à plusieurs groupes de créanciers dont les obligations garanties prennent leur source dans des actes différents. Pour toutes ces raisons, Paris Europlace demandait la suppression de cette exigence⁹⁵¹.

667. Désignation de l'agent par les créanciers d'origine. L'article 2328-1 du Code civil tel qu'il était rédigé ne permettait pas d'affirmer que la désignation de l'agent des sûretés pouvait être effectuée par les seuls créanciers d'origine connus au jour de la nomination de l'agent. Pour cela, Paris Europlace suggérait qu'une « *mention le précisant serait souhaitable pour assurer l'efficacité du principe selon lequel l'agent désigné par ces créanciers peut*

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁹⁵¹ *Ibid.*

*néanmoins constituer et inscrire des sûretés pour la garantie des créanciers futurs et non encore connus*⁹⁵² ».

668. Détermination des obligations garanties. L'article 2328-1 du Code civil était silencieux en ce qui concerne la nature des obligations garanties pouvant faire l'objet d'un contrat désignant un agent des sûretés. Même si en l'absence d'une telle précision les principes généraux du Code civil veulent que les obligations garanties soient celles, déterminées ou déterminables, des créanciers présents et futurs et de leurs ayants cause, Paris Europlace considérait qu'il était « *judicieux de le mentionner expressément. Dans la pratique, ces établissements [les banques de couverture] pourront au surplus ratifier la désignation de l'agent et, par voie de conséquence, les sûretés prises pour leur compte, lorsqu'ils seront connus.*

*Cette précision rendrait en outre indiscutable le fait qu'il n'y a pas lieu d'accomplir les formalités liées au droit des sûretés au cas de transfert ou cession de la dette garantie ou encore d'accession de nouveaux créanciers*⁹⁵³ ».

669. La nature de l'agent des sûretés. L'article 2328-1 du Code civil ne précisait en outre pas la nature du mécanisme qu'il prévoyait. Cette lacune faisait subsister un doute quant au régime auquel l'agent des sûretés était soumis. À ce sujet, Paris Europlace n'a pas suggéré de lui appliquer le régime du mandat, de la commission ou de la fiducie mais proposait plus simplement de modifier l'article 2338-1 pour que « *le texte impose la traçabilité des droits constitués au nom de l'agent et la préservation des droits des créanciers bénéficiaires au cas de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire auxquelles pourrait être soumis l'agent des sûretés*⁹⁵⁴ ».

670. Pouvoir de représentation de l'agent. Mis à part le cas spécifique de la réalisation des sûretés, l'article 2328-1 du Code civil ne permettait pas à l'agent des sûretés, d'une manière générale, d'agir en justice au nom et pour le compte des créanciers. Il nécessitait donc un mandat spécial des créanciers, en particulier pour pouvoir déclarer les créances dans le cadre d'une éventuelle procédure collective ouverte contre le débiteur. À cet égard, Paris Europlace

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ *Ibid.*

⁹⁵⁴ *Ibid.*

recommandait que « *le texte précise que l'agent des sûretés est en justice sans mandat des créanciers*⁹⁵⁵ ».

671. En effet, il a été souligné que le principe « nul ne plaide par procureur » « *empêche les parties de se soumettre à un régime de droit français qui aurait une efficacité et des avantages équivalents à ceux qui leur sont reconnus par des droits étrangers et les tribunaux français, et les encourage donc à se détourner du droit français lorsqu'elles en ont l'occasion dans des opérations internationales pouvant être régies, au choix, par le droit français ou par un droit étranger*⁹⁵⁶ ».

672. À l'instar du « *trust* » ou de la dette parallèle, il a donc été proposé⁹⁵⁷ que l'agent des sûretés puisse :

- déclarer des créances (pour le compte des bénéficiaires) dans le cadre de la procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur ;
- former des actions dans le cadre d'un litige portant sur la validité ou l'opposabilité de la sûreté ;
- former des actions dans le cadre d'un litige relatif à l'admission des créanciers bénéficiaires de sûretés aux comités des créanciers ;
- exercer des mesures conservatoires de la sûreté ;
- former des actions en demande de paiement provisionnel ;
- réaliser la sûreté hors pacte comissoire ;
- agir dans le cadre d'un litige portant sur le pacte comissoire ;
- agir dans le cadre d'un litige dont l'objet est d'évaluer l'actif sur lequel porte la sûreté ou la garantie ;
- engager la responsabilité du débiteur en cas de manquement à ses devoirs contractuels en rapport avec les sûretés (par exemple, clôture d'un compte objet d'un nantissement).

673. Remplacement de l'agent des sûretés. La réforme de 2007 ne prévoyait pas la possibilité de remplacer l'agent des sûretés. En revanche, Paris Europlace suggérait qu'« *à l'instar de ce que la loi a prévu pour le fiduciaire, il est opportun que, en l'absence de stipulations contractuelles, l'agent des sûretés puisse être remplacé par décision de justice en*

⁹⁵⁵ *Ibid.*

⁹⁵⁶ Paris Europlace, *loc. cit.*, p. 37.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 36-37.

*cas de manquement par l'agent à ses devoirs ou de procédure collective l'affectant. Au cas de remplacement, temporaire ou définitif, il convient d'assurer le transfert immédiat au nouvel agent des sûretés inscrites et garanties constituées au nom de l'ancien agent*⁹⁵⁸ ».

674. La loi de 2007 avait effectivement prévu, à l'article 2027 du Code civil, les conditions de remplacement du fiduciaire que Paris Europlace a prises comme modèle pour proposer une réforme du régime de l'agent des sûretés : *« en l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant*⁹⁵⁹. »

675. L'agent agit en son nom propre. L'article 2328-1 du Code civil *« ne dispense pas de la nécessité de mentionner l'identité de chacun des créanciers bénéficiaires de la sûreté*⁹⁶⁰ », parce qu'il disposait que l'agent des sûretés agit pour le compte des créanciers mais ne précisait pas qu'il agit en son nom propre. C'est pourquoi certains praticiens et plusieurs administrations avaient uniquement procédé à l'inscription des sûretés au nom de chaque créancier et non pas au nom de l'agent⁹⁶¹.

676. La solution que Paris Europlace prônait afin de résoudre ce problème était d'introduire, dans la loi, *« la précision selon laquelle l'agent des sûretés agit bien "en son nom" [ce qui] confirmerait avec netteté que le régime de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil est bien différencié du mandat »* afin d'obtenir *« la confirmation de ce que la constitution, l'inscription, la gestion et la réalisation interviennent au nom de l'agent des sûretés désigné »*⁹⁶².

⁹⁵⁸ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁹⁵⁹ Article 2027 du Code civil.

⁹⁶⁰ Paris Europlace, *loc. cit.*, p. 36.

⁹⁶¹ J.-F. Adelle, *loc. cit.*

⁹⁶² J.-F. Adelle, *loc. cit.*

677. La faillite de l'agent des sûretés. Par ailleurs, Paris Europlace a pris du recul quant à la question de l'ouverture d'une procédure collective contre l'agent des sûretés. En premier lieu, on peut noter que le recours à un agent des sûretés intervient surtout dans le cadre d'opérations dont le montant est très important. Néanmoins, il n'existe pas de rapport entre la rémunération de l'agent, plutôt faible, et les sommes en jeu. C'est pourquoi le mécanisme d'agent des sûretés se doit d'être très solide⁹⁶³. La solidité de l'agent des sûretés se manifeste notamment par une résistance et une efficacité dans l'hypothèse d'une procédure collective ouverte à son encontre. Cette stabilité *« est essentielle à la bonne gestion d'un crédit sur les marchés financiers et donc à la compétitivité du droit français, c'est-à-dire des banques françaises invitées à des fonctions d'agent des sûretés et des emprunteurs ou émetteurs d'obligations français ou d'entités dont les actifs sont situés en France dans leur accès au crédit⁹⁶⁴ »*. Il en ressort un cercle vertueux : plus le mécanisme est solide (moins il est affecté par la procédure collective), plus le droit français est attractif pour les acteurs du marché de crédit.

678. Pour assurer une telle stabilité, il a été proposé qu'*« en cas de procédure d'insolvabilité affectant l'agent des sûretés, il faut donc impérativement permettre le transfert du rôle d'agent des sûretés à un tiers solvable⁹⁶⁵ »* au lieu de *« faire prévaloir les droits de l'agent des sûretés sur un éventuel reliquat de rémunération ou de rémunération à venir en cette qualité sur le maintien de l'efficacité du montage des sûretés⁹⁶⁶ »*. Autrement dit, il est essentiel de pouvoir remplacer facilement un agent des sûretés en faillite sans porter préjudice aux droits des créanciers de l'opération.

679. Traitement prudentiel du mécanisme d'agent des sûretés. Enfin, la dernière proposition de de la Commission droit des sûretés de Paris Europlace a consisté à suggérer une prise de position de l'ACPR en ce qui concerne le traitement prudentiel du régime d'agent des sûretés. Une telle clarification devait permettre aux établissements de crédit d'agir en tant qu'agent des sûretés de manière sereine⁹⁶⁷.

⁹⁶³ Paris Europlace, *loc. cit.*, p. 36.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ Paris Europlace, *loc. cit.*, p. 37.

680. L'agent des sûretés de Paris Europlace. L'annexe 19 du document intitulé « Quelques propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés français » reproduit, en détail, le projet de réforme d'agent des sûretés porté par Paris Europlace⁹⁶⁸.

681. La suppression de l'article 2328-1. Ces propositions recommandaient de supprimer entièrement l'article 2328-1 du Code civil et de créer dans le Code civil un nouveau titre III au sein du livre IV portant sur les sûretés. L'aspect formel de cette proposition est significatif dans la mesure où il sous-entend que le régime de l'agent des sûretés (titre III) s'applique à tout type de sûretés ; c'est-à-dire tant aux sûretés personnelles (titre I) qu'aux sûretés réelles (titre II).

682. Les différences avec l'ordonnance relative à l'agent des sûretés de 2017. Au-delà de ce caractère formel, les propositions étaient, sur le fond, très novatrices. La réforme votée en 2017 sera finalement très proche de ce qu'a préconisé Paris Europlace ; ce tant au niveau formel que substantiel. En effet, ces propositions prévoyaient, en quelques articles (articles 2488-6 à 2488-9 du Code civil), un régime quasiment équivalent à celui qui existe aujourd'hui, créé par l'ordonnance du 4 mai 2017 et contenu aux articles 2488-6 à 2488-12 du Code civil. Seules quelques différences mineures doivent être soulignées : les propositions de Paris Europlace écartent expressément l'application du régime de la fiducie. En effet, l'article 2488-6 suggéré devait énoncer : « *Les dispositions du titre XIV du livre III ne sont pas applicables*⁹⁶⁹. » Cette mention est intéressante, car les débats autour de la nature fiduciaire de l'agent ont été nombreux à l'occasion de la préparation de la réforme de 2017. En outre, l'ordonnance de 2017 a laissé subsister une ambiguïté s'agissant du nom auquel doivent être inscrites les sûretés tandis que l'article 2488-7 du Code civil proposé par Europlace précisait que : « *Toute désignation, publicité ou inscription est faite à son seul nom*⁹⁷⁰ » ; une rédaction qui ne laissait place à aucun doute. Par ailleurs, s'agissant des procédures collectives ouvertes contre l'agent des sûretés, Paris Europlace n'a pas fait mention des procédures de rétablissement professionnel, de surendettement ou de résolution bancaire actuellement indiquées dans le Code civil. Cependant, il convient de souligner que la référence à ces procédures n'était pas si évidente pour le législateur. En effet, elles n'apparaissent pas dans l'ordonnance de 2017 et ont été rajoutées à

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 78. V. annexe n° 2 « L'agent des sûretés proposé par Paris Europlace » de cette thèse.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, voir projet d'article 2488-6 du Code civil.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, voir projet d'article 2488-7 du Code civil.

l'occasion de la loi de ratification⁹⁷¹. En revanche, Paris Europlace mentionnait la procédure de sauvegarde financière accélérée⁹⁷². Enfin, d'une manière générale, on peut relever que le principe de liberté contractuelle est plus présent dans les propositions de Paris Europlace que dans l'ordonnance de 2017. Le régime actuel de l'agent des sûretés impose effectivement différentes mesures de protection telle celle prévue à l'article 2488-7 du Code civil aux termes duquel le contrat d'agent des sûretés, pour être valablement conclu, doit être constaté par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs. Dans le même sens, Paris Europlace supposait que la responsabilité de l'agent devait être nécessairement prévue par les parties⁹⁷³ alors que le législateur a considéré qu'il était plus prudent de prévoir également une responsabilité pour faute à l'article 2488-12 du Code civil.

683. Rôle de Paris Europlace dans l'élaboration de la « loi Sapin 2 ». L'étude d'impact relative à la « loi Sapin 2 » (qui habilitera le gouvernement à réformer l'agent des sûretés) mentionne Paris Europlace en tant qu'organisme à consulter pour la réforme de l'agent des sûretés ; une réforme qui figurait effectivement parmi les propositions de modification législative transmises par Paris Europlace dans le cadre du comité Place de Paris 2020. Ce comité – au sein duquel étaient représentés la chancellerie, la direction générale du Trésor, l'AMF, des émetteurs, des banques (françaises et étrangères), des avocats spécialisés en marchés de capitaux ainsi que des associations de place (ANSA, AMAFI) – a été créé au sein de Paris Europlace en vue de permettre la participation de cette dernière à l'élaboration de la réforme du cadre légal des émissions obligataires ainsi qu'à celle relative à l'agent des sûretés⁹⁷⁴.

684. Conclusion. Finalement, on peut souligner que Paris Europlace a très rapidement repéré les imperfections de l'article 2328-1 du Code civil tel qu'il était alors rédigé et constaté que les praticiens ne s'en servaient pas. Prenant en considération les avis des différents acteurs du

⁹⁷¹ V. chapitres 7 et 8 de cette thèse.

⁹⁷² *Ibid.*, voir projet d'article 2488-8 du Code civil.

⁹⁷³ En effet, les articles du Code civil proposés par Paris Europlace sont silencieux en ce qui concerne la responsabilité de l'agent des sûretés. Dans le même sens, il est dit à la p. 35 du document Paris Europlace, *loc. cit.* : « Si l'agent ne respecte pas les limites de ses pouvoirs, sa responsabilité pourra être engagée, mais ces règles contractuelles sont d'ordre interne au syndicat. Toutefois, vis-à-vis des tiers, il est important qu'il puisse accomplir tous les actes nécessaires à la prise, la gestion, la réalisation des sûretés et la répartition du produit entre les créanciers. »

⁹⁷⁴ Étude d'impact du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi « Sapin 2 »), p. 135-136.

marché du crédit syndiqué, ses propositions se voulaient modernes et novatrices en suggérant de supprimer complètement ce régime jugé inadapté. Elles ont servi de modèle au législateur de 2017. Outre quelques petites différences avec les recommandations de Paris Europlace, l'ordonnance du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés a, en effet, largement tenu compte de la volonté des praticiens exprimée à travers l'association Paris Europlace.

§2. Le modèle annoncé : les lignes directrices de la loi d'habilitation (« loi Sapin 2 »)

685. La « loi Sapin 2 ». La loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 »)⁹⁷⁵ avait pour but de mettre en conformité le droit français avec les standards européens et internationaux en matière de lutte contre la corruption. Comme beaucoup d'autres textes juridiques consacrant l'agent des sûretés en droit français, la loi Sapin 2 visait aussi à renforcer l'image positive de la France et de son droit à l'international⁹⁷⁶. Votée le 8 novembre 2016 par le Parlement, validée définitivement le 8 décembre 2016 par le Conseil constitutionnel, cette loi a été publiée le 10 décembre 2016 au *Journal officiel*. Elle comporte trois grands volets, respectivement intitulés : renforcer la transparence, mieux lutter contre la corruption et moderniser la vie économique. C'est dans le troisième volet, plus particulièrement dans un chapitre II intitulé « Mesures relatives à l'amélioration du financement des entreprises », qu'a été prévue la réforme de l'agent des sûretés⁹⁷⁷.

686. S'insérant dans le cadre de la modernisation du financement par dette des entreprises (A), l'annonce de cette réforme a suscité diverses réactions (B).

⁹⁷⁵ La loi tire son nom du ministre de l'Économie et des Finances, Michel Sapin. Il s'agit de la « deuxième loi Sapin » puisque la première, portée par le même ministre plus de vingt ans plus tôt, est la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

⁹⁷⁶ Site internet du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance : www.economie.gouv.fr/transparence-lutte-contre-corruption-modernisation# [consulté le 18 décembre 2020].

⁹⁷⁷ *Ibid.* [consulté en novembre 2021.]

A. La modernisation du financement par dette des entreprises

687. L'article 117⁹⁷⁸ de la loi Sapin 2 a habilité le gouvernement à prendre, dans un délai de dix mois à compter de sa promulgation, cinq ordonnances « *destinées à faciliter le financement par dette des entreprises*⁹⁷⁹ ».

688. L'étude d'impact du projet soulignait, à cet égard, plusieurs difficultés à résoudre : « *dans un contexte de limitation du financement bancaire, les entreprises françaises cherchent depuis plusieurs années et de manière accrue à diversifier leurs sources de financement par dette, notamment en se tournant vers les emprunts obligataires. Ceci est vrai des grandes sociétés commerciales et des grandes banques ; mais les entreprises de taille intermédiaire (ETI) qui se finançaient autrefois exclusivement auprès des banques accèdent désormais aussi à ces financements. Afin de faciliter le financement par dette des entreprises, il a fallu identifier plusieurs priorités. Tout d'abord, il convient de moderniser le droit des émissions obligataires, ainsi que le régime juridique de l'agent des sûretés, afin de renforcer l'attractivité du droit français*⁹⁸⁰. »

689. Parmi les cinq ordonnances prévues par l'article 117 précité pour améliorer le financement des entreprises, deux intéressent le statut de l'agent des sûretés : l'ordonnance tendant à favoriser le développement des émissions obligataires (1) et celle réformant le régime de l'article 2328-1 du Code civil (2).

1. L'ordonnance tendant à favoriser le développement des émissions obligataires

690. Le n° 1 du I de l'article 117 de la loi Sapin 2 a autorisé le gouvernement à prendre les mesures relevant du domaine de la loi tendant « *à favoriser le développement des émissions obligataires, notamment en simplifiant et modernisant les dispositions relatives à ces émissions et à la représentation des porteurs d'obligations, ainsi qu'en abrogeant les dispositions devenues caduques et en mettant le droit français en conformité avec le droit européen*⁹⁸¹ ».

⁹⁷⁸ Il faut préciser que l'article 117 de la loi correspond à l'article 34 du projet de loi.

⁹⁷⁹ Exposé des motifs du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, p. 21.

⁹⁸⁰ Étude d'impact précité, p. 128.

⁹⁸¹ Article 117 de la loi Sapin 2.

691. Le but de l'ordonnance. La réforme de l'agent des sûretés a été liée à une autre visant le développement des émissions obligataires. Comme l'énonce l'exposé des motifs de la loi Sapin 2, cette dernière devait, entre autres finalités, viser à faciliter les émissions obligataires accompagnées de sûretés. Il s'agissait, d'une manière concrète, de tenir compte de la tendance de certains investisseurs institutionnels de se tourner vers ces obligations plus sécurisées. Cependant, le régime décrit par l'article 2328-1 du Code civil était peu adapté à la réalité, si bien que de nombreux créanciers préféraient avoir recours à des mécanismes étrangers concurrents. Dès lors, il était devenu nécessaire de doter le droit français d'un régime juridique encadrant l'agent des sûretés efficace et permettant de concurrencer les dispositifs existants, notamment dans les pays anglo-saxons⁹⁸².

692. L'agent des sûretés dans une émission obligataire. Dans la même logique, l'étude d'impact du projet de loi a rappelé que dans le cadre d'une émission d'obligations sécurisées, il est d'usage de désigner un agent des sûretés pour faciliter l'exercice des droits des obligataires relatifs aux sûretés octroyées par l'émetteur. Le syndicat bancaire est ainsi assimilé à la masse des obligataires, même s'il ne dispose pas d'une personnalité juridique. Cependant, la pratique des émissions obligataires a révélé certaines imperfections du cadre légal alors existant. En effet, en dépit des adaptations contractuelles créées par les acteurs du marché, des craintes subsistaient. Ainsi, par exemple, il persistait un doute quant à la capacité du représentant de la masse des obligataires de déléguer une partie de ses pouvoirs à un agent des sûretés alors qu'il s'agit d'une pratique très répandue dans le cadre d'une opération de financement sécurisée. De plus, la constitution des sûretés après l'émission était souvent réalisée en faveur de chacun des obligataires personnellement, ce qui alourdissait grandement la procédure et compliquait les cessions ultérieures de titres sachant qu'elle n'était pas explicitement prévue comme pouvant être faite au bénéfice de la masse des obligataires⁹⁸³.

693. Le risque de délocalisation des opérations. Ces incertitudes avaient souvent poussé les investisseurs à appliquer à leurs opérations un droit étranger⁹⁸⁴. Or, l'étude d'impact précitée signale qu'à travers l'évolution de la représentation de la masse des obligataires prévue par la nouvelle ordonnance, un agent des sûretés moderne pourrait désormais accompagner

⁹⁸² Exposé des motifs précité, p. 22.

⁹⁸³ Étude d'impact précité, p. 129.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

opportunément l'essor des financements obligataires (*Project bonds*, Euro-PP) et contribuer, plus généralement, à atteindre l'objectif de modernisation des marchés de dette ; une modernisation reconnue comme l'une des deux priorités stratégiques de la réforme telle qu'elle a été envisagée par le comité Place de Paris 2020⁹⁸⁵.

694. Pour toutes ces raisons, la réforme de l'agent des sûretés a été considérée comme indispensable en vue d'élaborer un nouveau dispositif relatif aux émissions obligataires qui soit efficace et compétitif⁹⁸⁶. Ce dispositif verra le jour avec l'ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires.

2. L'ordonnance relative à l'agent des sûretés

695. Rappel des défauts de l'article 2328-1 du Code civil. Par ailleurs, l'étude d'impact du projet de loi Sapin 2 a rappelé que le régime encadrant l'agent des sûretés introduit en droit français en 2007 présentait de nombreuses lacunes expliquant que les praticiens ne s'en sont guère servis et ont continué à recourir à des dispositifs étrangers tels que le *trust* ou la dette parallèle. Parmi ces défauts, ont notamment été cités : la capacité de l'agent de gérer uniquement des sûretés réelles et non des sûretés personnelles ; le recours à l'agent ne dispensait pas de la nécessité de mentionner l'identité de chacun des créanciers bénéficiaires de la sûreté ; le caractère contraignant des formalités de désignation de l'agent et un manque de clarté s'agissant des conditions de son remplacement ; l'existence d'un patrimoine d'affectation recevant les actifs après une réalisation qui n'était pas établie ; enfin et surtout, l'agent des sûretés n'avait pas le droit de réaliser judiciairement les sûretés⁹⁸⁷.

696. Les termes de la loi d'habilitation. Devant un tel constat, l'ordonnance prévue au n° 2 du I de l'article 117 de la loi Sapin 2 devait contenir des dispositions relevant du domaine de la loi « *tendant à clarifier et moderniser le régime défini à l'article 2328-1 du code civil*⁹⁸⁸ ». Précisément, elles devaient avoir pour but de :

- ° Permettre aux créanciers de constituer les sûretés et garanties dont ils bénéficient au nom d'un agent des sûretés qu'ils désignent, qui sera titulaire desdites sûretés et garanties, qu'il

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 131.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 134.

⁹⁸⁸ Article 117 I n° 2 de la loi Sapin 2.

tiendra séparées de son patrimoine propre et dont il percevra le produit de la réalisation ou de l'exercice ;

° Définir les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de l'obligation garantie, intenter une action pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, et procéder à la déclaration des créances garanties en cas de procédure collective ;

° Préciser les effets de l'ouverture, à l'égard de l'agent des sûretés, d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou d'une procédure de rétablissement professionnel sur les sûretés et garanties dont celui-ci est titulaire en cette qualité et sur le produit de leur réalisation ou exercice ;

° Permettre la désignation d'un agent des sûretés provisoire, ou le remplacement de l'agent des sûretés, lorsque ce dernier manquera à ses devoirs ou mettra en péril les intérêts qui lui sont confiés, ou encore fera l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ou d'une procédure de rétablissement professionnel ;

° Adapter toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications ainsi apportées⁹⁸⁹.

697. Le *security trustee* comme modèle. De plus, selon l'exposé des motifs de la loi Sapin 2, la réforme de l'article 2328-1 du Code civil tendait à doter le droit français d'un régime juridique encadrant l'agent des sûretés qui soit efficace, c'est-à-dire qui permettrait de concurrencer les dispositifs existants dans les pays anglo-saxons⁹⁹⁰. Le dispositif du *security trustee* constituait, à cet égard, le modèle à viser. En ce sens, le gouvernement a pris acte de l'échec de la réforme de 2007 qui tendait, déjà à l'époque, à créer un mécanisme qui soit l'équivalent en droit français de ce dispositif du droit anglo-saxon considéré comme le plus pertinent.

698. Enfin, il est intéressant de relever que les deux ordonnances sont prévues dans un même article de la loi Sapin 2. Ce constat s'explique par le fait que dans l'esprit du législateur, la

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ Exposé des motifs précité, p. 22.

réforme du développement des émissions obligataires devait se faire de pair avec la mise en place d'un régime performant applicable à l'agent des sûretés⁹⁹¹.

699. Une fois la réforme de l'agent des sûretés annoncée, les différentes réactions ne se sont pas fait attendre.

B. Les réactions à la Loi Sapin 2

700. L'annonce de la réforme de l'agent des sûretés par la loi Sapin 2 a été globalement accueillie avec enthousiasme, par les praticiens comme par la doctrine. Les critiques exprimées à l'encontre de l'article 2328-1 du Code civil s'étaient, en effet, généralisées et il était devenu évident qu'une réforme devenait nécessaire. Il y a eu des réactions concernant tant la forme (1) comme le fond (2) de la réforme.

1. Sur la forme de la réforme

701. Un élément qui donnait de l'espoir et rassurait les praticiens était la direction préconisée par les termes de la loi d'habilitation. Cependant, des voix se sont exprimées pour mettre en garde le gouvernement quant à la responsabilité qui était la sienne à ce sujet. D'une part, certains ont vu dans la procédure d'adoption par ordonnance le présage d'une faible concertation sur la rédaction et l'application des futurs textes sans tenir compte de l'avis des praticiens et de la doctrine⁹⁹². Un tel argument pouvait se comprendre au regard de l'expérience de la réforme ratée de l'agent des sûretés de 2007 mais cette fois-ci, la méthode avait été clarifiée dans l'étude d'impact de la loi qui avait précisé que des consultations devaient être menées. Comme cela a déjà été évoqué, un comité a ainsi été créé au sein de Paris Europlace dans lequel étaient représentés la chancellerie, la direction générale du Trésor, l'Autorité des marchés financiers (AMF), des émetteurs, des banques françaises et étrangères, des avocats spécialisés ainsi que

⁹⁹¹ Ce constat n'est cependant pas partagé par Gilles Endréo qui affirme : « *L'ordonnance récente visant au développement des émissions obligataires permet au représentant de la masse de déléguer ses pouvoirs à un agent des sûretés lorsque les obligations sont assorties des sûretés. S'agit-il du même agent des sûretés que celui de l'ordonnance, également récente, relative à l'agent des sûretés ? La réponse est négative.* » V. G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347.

⁹⁹² V. Collin et C. Louis-Joseph, « Loi Sapin II : promesse d'un agent des sûretés moderne aux allures de *trustee* anglais », *La Revue Squire Patton Boggs*, 20 janvier 2017. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/loi-sapin-ii-promesse-d-un-agent-des-suretes-moderne-aux-allures-de-trustee-anglais_a3054.html [consulté le 18 décembre 2020].

des associations de la Place financière de Paris telles que l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA) et l'Association française des marchés financiers (AMAFI). Celui-ci a participé à la réforme de l'agent des sûretés ainsi qu'à l'élaboration de l'ordonnance relative aux émissions obligataires. Ce travail était cependant déjà avancé dans la mesure où, on l'a vu, la réforme du régime encadrant l'agent des sûretés figurait parmi les propositions de modifications législatives transmises par Paris Europlace dans le cadre du comité Place de Paris 2020⁹⁹³.

2. Sur le fond de la réforme

702. Outre la question de la procédure d'adoption de la réforme, des auteurs ont exprimé des souhaits quant au contenu de l'ordonnance. Précisément, quatre axes majeurs ont été suggérés pour rénover le statut de l'agent des sûretés afin de satisfaire les praticiens⁹⁹⁴.

703. Le rapprochement avec le *security trustee*. En premier lieu, il était demandé de se rapprocher le plus possible du mécanisme de *security trustee* du droit anglais. Pour ce faire, l'agent des sûretés devait pouvoir disposer d'un patrimoine d'affectation contenant toutes sortes de sûretés (et pas uniquement des sûretés réelles) ainsi que le produit issu de leur réalisation ou de leur exercice. Les sûretés seraient ainsi, en quelque sorte, indépendantes de la créance qu'elles garantissent afin d'éviter qu'un transfert de participation au sein du syndicat bancaire ne les affecte. Les droits des prêteurs s'étendraient uniquement au patrimoine d'affectation et non au patrimoine propre de l'agent.

704. Le droit d'ester en justice. En deuxième lieu, il était suggéré que l'agent ait le droit d'ester en justice et de déclarer les créances dans le cadre d'une procédure collective. Une telle possibilité devait accorder à l'agent la qualité de mandataire spécial sachant que, selon la jurisprudence⁹⁹⁵, la déclaration de créances étant assimilée à une demande en justice, un mandat spécial est nécessaire afin de déclarer la créance d'un tiers. En ce sens, une fois nommé, l'agent

⁹⁹³ Étude d'impact précité, p. 135-136 ; COMITÉ PLACE DE PARIS 2020, dossier de presse, 22 juillet 2015. Disponible sur : www.paris-europlace.com/sites/default/files/public/communiquede_presse_cpp2020.pdf [consulté le 21 décembre 2020].

⁹⁹⁴ V. Collin et C. Louis-Joseph, *loc. cit.*

⁹⁹⁵ Cass. Ass. plén., 26 janvier 2001 n° 99-15.153 : « *La recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne pouvait pas suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration des créances ou dans le délai légal de cette déclaration.* » Cette jurisprudence reste d'actualité même si elle a été assouplie par un arrêt de l'Assemblée Plénière du 4 février 2011 qui a accepté que le pouvoir spécial puisse être établie par le créancier jusqu'au jour où le juge statue (Cass. Ass. plén., 4 février 2011, n° 09-14.619).

n'aurait pas besoin d'être spécialement mandaté par les créanciers pour les représenter en justice ou pour déclarer une créance en cas de procédure collective.

705. Le patrimoine d'affectation. En troisième lieu, l'ordonnance devait protéger les droits des créanciers contre l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'agent des sûretés. En ce sens, la mise en place d'un patrimoine d'affectation pour les sûretés devait assurer une telle protection.

706. Le remplacement de l'agent. Enfin, les nouvelles dispositions devaient faciliter le remplacement de l'agent des sûretés si les intérêts des créanciers étaient menacés par la mauvaise gestion de ce dernier.

707. La cohérence avec les souhaits des praticiens. Par ailleurs, une lecture des termes de l'article 117, I, 2° de la loi d'habilitation permet de constater que les directives données par le législateur allaient dans le sens de ce que recherchaient les praticiens. *A priori*, le projet de la loi Sapin 2 semblait « *complet et cohérent*⁹⁹⁶ » en permettant « *la construction d'un régime cadré, censé prendre compte des critiques qui fusaient jusque-là*⁹⁹⁷ ». L'article prévoit effectivement que l'agent serait titulaire de sûretés qu'il détiendrait dans un patrimoine séparé de son patrimoine propre. En outre, cet agent pourrait représenter les intérêts des créanciers en justice et déclarer les créances dans le cadre d'une procédure collective. L'ordonnance devait aussi préciser les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'agent et son remplacement ; ou encore la nomination d'un agent provisoire si celui-ci manquait à ses devoirs, mettait en danger les intérêts des créanciers ou faisait l'objet d'une procédure collective.

708. Des éléments implicites. Au-delà de ces dispositions précises de la loi, il est possible de déceler entre ses lignes d'autres caractéristiques souhaitées par les praticiens⁹⁹⁸. Ainsi, la limitation du champ d'application aux seules sûretés réelles semblait abandonnée étant donné que la loi emploie la formule de « sûretés et garanties », suggérant que le nouveau régime comprendrait aussi les sûretés personnelles et les garanties – par exemple, le cautionnement et

⁹⁹⁶ E. Le Galloc'h, « Réforme de l'agent des sûretés : vers une modernisation et un renouvellement du régime », *Banque & Droit*, novembre-décembre 2016, n° 170, p. 19.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ D. Robine, « Loi Sapin II : l'esquisse d'un nouvel agent des sûretés », *RD. banc. et fin.*, novembre 2016, n° 6, étude 36.

la garantie autonome qui sont des mécanismes fréquemment utilisés dans les opérations de financement⁹⁹⁹. Les débats quant à la notion de « sûreté » semblaient ainsi terminés, même si le terme « garantie » peut faire aussi l'objet de discussions comme le montre la jurisprudence relative à l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce¹⁰⁰⁰. En ce sens, il n'était pas non plus certain que la formule englobe les promesses de sûretés et les sûretés de droit étranger¹⁰⁰¹. Un autre élément qui était prévu par l'article 2328-1 du Code civil mais n'a pas été repris par la loi d'habilitation est l'exigence de nommer l'agent des sûretés dans l'acte constatant l'obligation¹⁰⁰². La loi Sapin 2 n'a effectivement pas indiqué de conditions spéciales de désignation.

709. Les doutes sur les pouvoirs de l'agent. Toutefois, malgré ces lignes directrices *a priori* cohérentes avec les aspirations des praticiens, certains commentateurs se sont montrés quelque peu pessimistes à l'égard de plusieurs éléments. Par exemple, même si la loi Sapin 2 a explicitement prévu de définir « *les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de l'obligation garantie, intenter une action pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, et procéder à la déclaration des créances garanties en cas de procédure collective*¹⁰⁰³ », d'aucuns pensaient qu'il était peu probable que ce mandat spécial soit de droit inclus dans le régime encadrant l'agent des sûretés mais ce serait plutôt une possibilité devant être explicitement prévue par les créanciers désignant l'agent¹⁰⁰⁴. Il a aussi été recommandé de prévoir une présomption de pouvoir au bénéfice de l'agent, comme celle qui existe pour le fiduciaire aux termes de l'article 2023 du Code civil qui dispose : « *dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire [...]*¹⁰⁰⁵ ».

710. Les doutes sur le patrimoine d'affectation. Enfin, la notion de patrimoine séparé prévu pour recevoir les sûretés et le produit de leur réalisation restait « *floue et il [était] légitime*

⁹⁹⁹ B. Guilleminot et B. Fournier, « La réforme de l'agent des sûretés à la faveur du projet de loi Sapin 2 », *Option Finance*, 27 juin 2016, n° 1372, p. 31.

¹⁰⁰⁰ D. Robine, *loc. cit.* L'article L. 225-35 du Code de commerce dispose que « les cautions, avals et garanties » donnés par des sociétés anonymes font l'objet d'une autorisation du conseil d'administration.

¹⁰⁰¹ V. Collin et C. Louis-Joseph, *loc. cit.*

¹⁰⁰² B. Guilleminot et B. Fournier, *loc. cit.*, p. 31.

¹⁰⁰³ Article 117, I, 2° b) de la loi Sapin 2.

¹⁰⁰⁴ V. Collin et C. Louis-Joseph, *loc. cit.*

¹⁰⁰⁵ D. Robine, *loc. cit.*

de se demander si le législateur [avait] souhaité la mise en place d'un véritable patrimoine fiduciaire, au sens du régime de la fiducie¹⁰⁰⁶ », auquel sont attachées des conséquences de nature fiscale et comptable¹⁰⁰⁷. Cependant, il est difficile de penser que le législateur avait l'intention de doter l'agent des sûretés d'un patrimoine d'affectation équivalent à celui du fiduciaire, parce qu'il est évident que les deux institutions ne sont pas identiques. Autrement dit, si le projet d'ordonnance visait à mettre en place le patrimoine prévu à l'article 2025 du Code civil pour la fiducie, la réforme de l'agent des sûretés n'aurait pas eu de raison d'être ; il aurait alors seulement fallu adapter le régime de la fiducie afin qu'il permette de désigner un agent des sûretés. Si l'agent de l'article 2328-1 du Code civil n'avait pas été soumis aux dispositions régissant la fiducie, il aurait été surprenant que ce soit le cas pour les nouvelles dispositions¹⁰⁰⁸. Dans l'hypothèse où le texte définitif ne précisait pas le fonctionnement du patrimoine d'affectation, il était conseillé aux praticiens de précisément prévoir contractuellement l'existence de ce patrimoine mais aussi le traitement des biens contenus dans ce patrimoine (biens grevés d'une sûreté en cas de dépossession ou cédés à titre de garantie) en cas de changement au sein du *pool*¹⁰⁰⁹. La question se posait aussi de savoir ce que ce patrimoine allait devenir en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'agent des sûretés. En effet, le patrimoine d'affectation n'a d'intérêt que s'il n'est pas altéré par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de ce dernier. La loi d'habilitation annonçait que l'ordonnance devait régler ce problème qui pouvait se traduire par une modification du droit des entreprises en difficulté prévu par le Code de commerce ; sachant qu'en vertu de l'article 2287 du Code civil, les règles du droit des procédures collectives priment le droit des sûretés¹⁰¹⁰. En outre, un principe proche de celui retenu dans l'article 2024 du Code civil, selon lequel l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire n'a pas d'effet sur le patrimoine fiduciaire, devait figurer dans la nouvelle ordonnance¹⁰¹¹.

711. Outre les éléments précédemment évoqués, il est à remarquer que la loi Sapin 2 n'a pas fait mention de certains éléments pourtant importants tels que la faculté de l'agent des sûretés

¹⁰⁰⁶ E. Le Galloc'h, *loc. cit.*, p. 19-20.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ D. Robine, *loc. cit.*

d'intervenir pour des créanciers futurs ou les conditions d'exercice de ses fonctions. Sur ce dernier point, certains auteurs¹⁰¹² ont considéré qu'il ne fallait pas exiger que l'agent des sûretés soit l'un des créanciers. Pour autant, d'autres conditions pourraient être envisagées comme prévoir que ce dernier soit un fiduciaire¹⁰¹³.

712. Vers une reconnaissance légale de la dette parallèle. La loi Sapin 2 a explicitement prévu que l'agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties qu'il tient séparées de son patrimoine propre. Ne faisant pas mention de la créance garantie, la loi a cependant suscité des interrogations en ouvrant la voie à deux possibles solutions¹⁰¹⁴. Le principe du caractère accessoire de la sûreté implique, logiquement, que son titulaire est le créancier. Ainsi, une première solution conduirait à ce que l'agent titulaire de la sûreté soit aussi créancier. Dans un tel cas, la créance garantie viendrait à naître dans le patrimoine d'affectation qui accueillerait ensuite la sûreté. La qualité de créancier permettrait à l'agent des sûretés, comme l'a envisagé la loi Sapin 2, de déclarer la créance dans le cadre la procédure collective éventuellement ouverte contre le débiteur. Cependant, cette solution pose problème en cas de transfert de participation dans la mesure où l'on conçoit difficilement la cession d'une créance sans la sûreté si l'agent est titulaire des deux. La seconde solution, consistant à dire qu'il était prévu d'établir une dissociation entre la créance et la sûreté, était la plus sûre compte tenu des termes utilisés par la loi d'habilitation qui a bien mentionné la nécessité de prévoir la possibilité pour l'agent des sûretés de déclarer la créance. Autrement dit, si la loi considérait l'agent comme étant aussi titulaire de la créance, nul besoin de prévoir qu'il puisse déclarer la créance ; il s'agirait d'une évidence. Dans la même logique, la loi Sapin 2 a prévu que l'agent peut constituer des sûretés et garanties, justement parce qu'il n'est pas créancier. Ces indices indiquent certainement que le législateur avait en tête une exception au principe du caractère accessoire de la sûreté : le nouvel agent des sûretés serait titulaire des sûretés sans être titulaire des garanties. Une dissociation entre la créance et la sûreté était-elle ainsi en préparation ? Une dissociation qui ne serait pas si radicale si le législateur choisissait de consacrer la dette parallèle en droit français. À cet égard, un auteur¹⁰¹⁵ s'est demandé s'il n'aurait pas été préférable que la réforme annoncée par la loi Sapin 2 se concentre plutôt sur la notion de créance garantie afin de consacrer en droit

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ *Ibid.*

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ E. Le Galloc'h, *loc. cit.*, p. 20.

français le mécanisme de la dette parallèle en le dotant d'un patrimoine d'affectation. Un tel choix aurait peut-être été plus simple et plus proche de la pratique internationale. Néanmoins, afin de ne pas complètement bouleverser le principe de l'accessoire, la réforme aurait pu chercher à établir une seconde créance dans le patrimoine d'affectation dont le titulaire est l'agent des sûretés, égale à la première, artificielle et ayant vocation à être le support des sûretés. Ces hypothèses sont effectivement intéressantes mais en réalité les termes employés dans la loi d'habilitation font penser à une solution séparant la sûreté de la créance. La consécration d'une exception au principe de l'accessoire dans l'ordonnance était ainsi prévisible. L'agent des sûretés que le législateur avait en tête était sans doute celui du droit OHADA mais il a aussi pris en compte la proposition émise lors du 107^e congrès des notaires¹⁰¹⁶ visant une réécriture de l'article 2328-1 du Code civil. Les notaires de France ont notamment recommandé que l'agent des sûretés soit titulaire des sûretés et ce même s'il n'est pas créancier de l'obligation garantie. Cette exception devait toutefois être nuancée étant donné qu'il existe une dissociation entre la sûreté et la créance uniquement pour mieux gérer le crédit ; les bénéficiaires de la sûreté continuent d'être les créanciers. La dissociation est alors temporaire et artificielle dans la mesure où elle ne remet pas en cause la raison d'être de la sûreté qui est toujours au service de la créance. En ce sens, les notaires de France ont tenu à préciser que leurs propositions n'étaient pas contraires au caractère accessoire des sûretés. Autrement dit, le principe de l'accessoire devait être adapté à la réalité de l'opération de financement syndiqué mais non supprimé¹⁰¹⁷.

713. Le respect de la volonté des praticiens. En tout état de cause, le nombre et la diversité des axes de réforme proposés par la doctrine étaient si importants que l'on pouvait aisément supposer qu'un seul article de loi ne suffirait pas¹⁰¹⁸. La loi Sapin 2 respectait bien la volonté des praticiens d'instaurer un agent des sûretés adapté au marché et pouvant se substituer aux techniques de droit étranger jusqu'alors utilisées. La loi d'habilitation a fixé des objectifs clairs ; il revenait ultérieurement au gouvernement de choisir prudemment les moyens de les atteindre. Cela avait été tenté en 2007, à travers la rédaction de l'article 2328-1 du Code civil, mais avec le résultat décevant que l'on connaît. Cette fois, les praticiens exigeaient une refonte complète

¹⁰¹⁶ En ce qui concerne la proposition du congrès des notaires voir *supra*.

¹⁰¹⁷ D. Robine, *loc. cit.*

¹⁰¹⁸ V. Collin et C. Louis-Joseph, *loc. cit.*

et non une simple mise à jour du régime alors en vigueur. L'ordonnance était donc attendue « de pied ferme » par ces derniers¹⁰¹⁹.

714. Conclusion de la section. La nouvelle figure de l'agent des sûretés devait s'inspirer largement des suggestions émises par les praticiens. Parmi eux, les notaires et Paris Europlace devaient jouer un rôle prépondérant à l'heure de façonner les grandes lignes de la réforme prévue par la loi Sapin 2. Avec une approche plus spécifique, les notaires préconisaient une modification ponctuelle de l'article 2328-1 du Code civil. De son côté, Paris Europlace privilégiait une refonte complète du mécanisme, dans le cadre d'une modernisation profonde du droit des sûretés et du droit des procédures collectives. Il ne s'agissait qu'une d'une stratégie de réception différente, car la volonté de fond était la même : opérer une réception légale, au sein du Code civil, permettant de doter le droit français d'un mécanisme comparable au *security trustee* capable de rendre le droit français attractif pour les acteurs internationaux du marché des crédits syndiqués. L'enjeu était de taille car les praticiens avaient précisé leurs demandes : le nouvel agent des sûretés devait être à la hauteur de sa mission, pas comme celui créé en 2007. Une telle figure devait pouvoir être titulaire de toute sorte de sûretés et garanties dans un patrimoine d'affectation. Les procédures collectives ne devaient pas affecter l'efficacité du mécanisme. Enfin ce dernier devait jouir de tous les droits pour défendre au mieux les intérêts des créanciers. Toutes ces qualités ont été entendues par le législateur : elles ont été ainsi intégrées dans la loi d'habilitation.

715. La pratique comme source de droit. Parmi les sources du droit, la pratique est souvent sous-estimée. Or, cette étape de la réception de l'agent des sûretés en droit français montre à quel point la participation des praticiens a été déterminante. En effet, c'est parce que la pratique s'était emparée du sujet (on l'a étudié dans la première partie) qu'elle a pu comprendre tous les enjeux et l'importance d'une réception légale achevée, et participer ainsi activement à l'élaboration de ce cadre législatif.

716. Conclusion du chapitre. La période comprise entre 2007 et 2017 est marquée par deux caractéristiques dans le processus de réception légale de l'agent des sûretés en droit français. D'une part, l'absence d'un cadre légal adapté à l'agent des sûretés. D'autre, l'élaboration de grandes lignes du régime souhaité. En effet, l'introduction en 2007 de l'article 2328-1 du Code

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

civil est un événement majeur puisqu'il suppose la première réception légale de ce mécanisme d'origine étrangère qu'est l'agent des sûretés. Comme on le sait, la réforme de 2007 a surtout une importance symbolique tant l'article 2328-1 était incomplet. Son introduction montrait une volonté concrète de moderniser le droit français, mais un tel projet est resté trop éloigné des besoins de la pratique. L'article 2328-1 du Code civil constitue un bel exemple de manque de sens pratique dont peut faire preuve le législateur lorsqu'il ne prend pas soin d'écouter les praticiens. Ce mécanisme était donc une réception légale partielle et incomplète de l'agent des sûretés. Dépourvu d'un régime cohérent, le droit français restait dans la pratique dans la même situation que celle d'avant 2007. Les acteurs devaient continuer dans l'incertitude propre à l'utilisation des mécanismes inadaptés de droit interne ou de droit étranger. Dans cette situation, les regards se sont tournés vers l'Afrique : l'agent des sûretés dont rêvaient les praticiens français était adopté en 2010 dans l'OHADA. La figure créée au sein de l'AUS est devenue rapidement le modèle à suivre. Les rapports de force entre le droit français et le droit OHADA étaient ainsi inversés : traditionnellement le droit de l'OHADA tendait à suivre le droit français, mais dans le cas particulier de l'agent des sûretés ce sera le droit civil français qui recevra le mécanisme du droit de l'OHADA.

717. Pendant la décennie 2007-2017, les praticiens prendront une part active dans le processus de réception de l'agent des sûretés. Ainsi le congrès des notaires de France et Paris Europlace proposeront des modifications très précises en tenant compte des défauts de l'article 2328-1 du Code civil, des forces de l'agent des sûretés de l'OHADA et de leur propre expérience de professionnels. Les fruits de leurs efforts seront évidents lors de l'élaboration de la loi Sapin 2 qui autorisera le gouvernement à réformer, par voie d'ordonnance, le régime de l'agent des sûretés. Une telle réforme verra le jour sous forme d'ordonnance le 4 mai 2017. Elle sera la réception légale complète de l'agent des sûretés en droit français.

718. Conclusion du titre I. L'échec de la première réception légale de l'agent des sûretés a supposé une réaction de tous les acteurs pour préparer une nouvelle réforme. L'article 2328-1 présentait tellement de lacunes et était donc si peu adapté à la mission de l'agent des sûretés qu'à partir des critiques qui lui ont été adressées on a pu réfléchir au régime idéal d'agent des sûretés. Ce régime arrivera avec la réforme de 2017.

TITRE II : LE SUCCES DE LA REFORME DE L'AGENT DES SURETES

719. Après l'échec de l'article 2328-1 du Code civil, le législateur a pris en compte l'expérience et les suggestions des praticiens et de la doctrine pour réformer en profondeur le régime de l'agent des sûretés. Ce nouveau régime, introduit aux articles 2488-6 et suivants du Code civil, a été considéré comme étant en accord avec les exigences du marché international des crédits syndiqués, c'est pourquoi cette étape peut être considérée comme étant la réception complète de l'agent des sûretés (chapitre 7). Cependant, étant donné que la réforme avait été faite dans le cadre d'une ordonnance du gouvernement, il fallait encore que le Parlement la ratifie. Ce dernier ayant introduit quelques modifications dans les nouvelles dispositions lors du vote de la loi de ratification, cette dernière phase de la réception de l'agent des sûretés peut être qualifiée de définitive (chapitre 8).

Chapitre 7 :

La création des articles 2488-6 et suivants du Code civil : une réception complète

720. Contexte historique de l'ordonnance. Le garde des Sceaux, ministre de la Justice, de l'époque, Jean-Jacques Urvoas, a présenté l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés lors du Conseil des ministres du 3 mai 2017¹⁰²⁰, comme cela était prévu dans l'ordre du jour de cette réunion arrêté par le président de la République le 2 mai¹⁰²¹. Cette ordonnance a été prise sur le fondement de l'article 117 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, plus connue sous le nom « Loi Sapin 2 ». Elle a été publiée au *Journal officiel* du 5 mai 2017.

721. Cette ordonnance a notamment remédié aux lacunes de l'article 2328-1 du Code civil afin de répondre aux attentes des praticiens¹⁰²². Créé dix ans auparavant par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 ayant institué la fiducie, l'agent des sûretés de l'article 2328-1 avait effectivement été jugé comme inadapté aux pratiques du marché. Parmi ces insuffisances, on peut notamment mentionner : une incertitude quant à la qualification juridique de ce mécanisme et donc sur le régime applicable (mandat, fiducie ou institution *sui generis*) ; une limitation de son champ d'application aux seules sûretés réelles ; l'obligation de désigner l'agent des sûretés dans le contrat de crédit ; le silence quant à son remplacement ainsi que la possibilité d'agir en justice et de déclarer des créances à l'occasion d'une procédure collective.

722. Objectif de l'ordonnance. Avec cette réforme, le gouvernement « *avait pour ambition de doter le droit français d'un instrument comparable à ce que connaissent de nombreux droits étrangers, en particulier le "security trustee" de droit anglo-saxon, permettant à la fois une gestion simple et efficace des sûretés, au bénéfice des créanciers, et une protection de ces*

¹⁰²⁰ CONSEIL DES MINISTRES, compte-rendu du Conseil des ministres du mercredi 3 mai 2017. Disponible sur : www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-05-03.

¹⁰²¹ CONSEIL DES MINISTRES, ordre du jour du Conseil des ministres du mercredi 3 mai 2017.

¹⁰²² Compte-rendu du Conseil des ministres précité.

*derniers contre le risque d'insolvabilité de l'agent*¹⁰²³ ». Au-delà de ces aspects purement techniques, la nouvelle ordonnance était aussi considérée, suivant une perspective de politique juridique, comme une condition essentielle pour améliorer la compétitivité de la place financière française en matière de financements syndiqués¹⁰²⁴.

723. Contenu de l'ordonnance. Le contenu de l'ordonnance du 4 mai 2017 peut se résumer ainsi : la suppression du régime de l'agent des sûretés introduit en 2007 et la création d'un nouveau. En effet, l'article 2 de l'ordonnance abroge l'article 2328-1 du Code civil et met en place un autre dispositif, cette fois très précis, sans précédent en droit civil français.

724. Introduction dans le Code civil. L'ordonnance a créé un troisième titre au sein du livre IV du Code civil relatif aux sûretés. Ce nouveau titre est exclusivement consacré à l'agent des sûretés. Avant l'entrée en vigueur de la réforme, le livre IV du Code civil était uniquement composé de deux titres, auxquels est donc venu s'ajouter le titre III en 2017. Le livre IV est composé de la manière suivante : un titre I relatif aux sûretés personnelles, un titre II relatif aux sûretés réelles et un titre III relatif à l'agent des sûretés. Au-delà de son caractère purement formel, cette modification est remarquable puisqu'elle illustre la volonté du législateur de 2017 de ne plus cantonner l'action de l'agent des sûretés à un seul type de sûretés. L'ancien article consacré à l'agent des sûretés, issu de la loi de 2007, figurait effectivement dans le titre II relatif aux sûretés réelles et l'article 2328-1 énonçait expressément que l'agent des sûretés ne pouvait gérer que des sûretés réelles. Parce que le nouveau régime prévoit que l'agent des sûretés peut aussi gérer des sûretés personnelles, formellement, la création d'un nouveau titre dans le Code civil était, par conséquent, nécessaire. Désormais, les dispositions du nouveau titre III relatif à l'agent des sûretés sont donc communes aux sûretés personnelles et aux sûretés réelles.

725. La réaction des acteurs du marché. Le titre III intitulé « De l'agent des sûretés » se compose de sept articles (de l'article 2488-6 – qui reprend et complète l'ancien article 2328-1 – à l'article 2488-12). Ces dispositions sont très précises et novatrices. Elles prévoient

¹⁰²³ Compte-rendu du Conseil des ministres précité.

¹⁰²⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, *JORF*, 5 mai 2017, n° 0106, texte n° 90. V. annexe n° 3 de cette thèse. V. aussi, par exemple : A. Bordenave et B. Guilleminot, « Le nouvel agent des sûretés à la française », *Option Finance*, 29 mai 2017, n° 1416, p. 53. Ces auteurs affirment : « [L'ordonnance] affiche l'ambition de doter le droit français d'un régime de l'agent des sûretés efficace, à même de concurrencer les modèles de droit étranger. »

notamment un élargissement du champ de compétence de l'agent à toutes les sûretés et garanties mais également que celui-ci agit en son propre nom, qu'il n'est plus obligatoire de le désigner dans l'acte constatant l'obligation garantie et qu'il constitue un patrimoine lui permettant d'être titulaire des sûretés. Sont aussi précisées les conditions dans lesquelles il peut être remplacé. Dans ces conditions, c'est avec enthousiasme et optimisme que les différents acteurs du marché des crédits syndiqués ont accueilli l'ordonnance du 4 mai 2017¹⁰²⁵.

726. Le texte de l'ordonnance. L'article 1 de l'ordonnance du 4 mai 2017 disposait¹⁰²⁶ :

« Le livre IV du code civil est complété par un titre III intitulé : “De l'agent des sûretés”, ainsi rédigé :

Titre III

De l'agent des sûretés

Art. 2488-6.-Toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie.

L'agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties.

Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre.

Art. 2488-7.-À peine de nullité, la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs.

¹⁰²⁵ V. par exemple : cabinet Allen & Overy, « Un nouveau régime juridique pour l'agent des sûretés... enfin ! », 23 mai 2017 ; O. Moriceau, A. Reboulot, J. Pernin (cabinet August Debuzy), « Le nouveau régime français de l'agent des sûretés », 17 mai 2017 ; cabinet Jeantet, « Réforme de l'agent des sûretés : un dispositif aussi performant que celui du *security trustee* dans les crédits consortiaux et les émissions obligataires sécurisées », mai 2017 ; cabinet Hogan Lovells, « Un deuxième tour (de clarification) pour l'agent des sûretés », 5 mai 2017 ; V. G.-A. Likillimba, « L'agent des sûretés et des garanties en droit français », *RTD Com.*, 2019, p. 533 ; D. Legeais, « Un nouveau droit pour l'agent des sûretés : une bonne nouvelle pour les notaires », *JCP N*, 13 octobre 2017, n° 41, act. 863 ; A. Pesneau, « The new French law security agent : an efficient tool for syndicated loans », *RTDF*, n° 2. Cet auteur commence son article de la façon suivante « *This is good news for the attractiveness of Paris as a financial centre [...]*. » Maxime Julienne dit : « l'agent des sûretés ne doit pas être compris comme autre chose qu'un *security trustee* “à la française” », dans « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC*, 2017, n° 114m2, p. 461.

¹⁰²⁶ Il faut préciser que certaines dispositions seront modifiées par la loi de ratification. V. chapitre 8 de cette thèse.

Art. 2488-8.-Lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de l'obligation garantie, il doit faire expressément mention de sa qualité.

Art. 2488-9.-L'agent des sûretés peut, sans avoir à justifier d'un mandat spécial, exercer toute action pour défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie et procéder à toute déclaration de créance.

Art. 2488-10.-Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de leur conservation ou de leur gestion, sous réserve de l'exercice d'un droit de suite et hors les cas de fraude.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission.

Art. 2488-11.-En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement et si l'agent des sûretés manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel, tout créancier bénéficiaire des sûretés et garanties peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés.

Tout remplacement conventionnel ou judiciaire de l'agent des sûretés emporte de plein droit transmission du patrimoine affecté au nouvel agent des sûretés.

Art. 2488-12.-L'agent des sûretés est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission. »

727. Entrée en vigueur de la réforme. L'article 4 de l'ordonnance a fixé l'entrée en vigueur du nouveau régime de l'agent des sûretés au 1^{er} octobre 2017. Ce délai de cinq mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'ordonnance devait permettre aux praticiens de prendre effectivement connaissance de la réforme afin d'adapter leur documentation. Pendant cette période, l'article 2328-1 a continué de s'appliquer. Suivant la même logique, en application du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, le droit antérieur a continué d'encadrer l'activité des agents des sûretés désignés avant le 1^{er} octobre 2017. Enfin, on peut relever que la mise en place d'une période de transition était bien évidemment une façon

prudente de « préparer le terrain » à la mise en œuvre de ce nouveau dispositif fiduciaire sachant que l'application de l'ancien régime était restée assez théorique¹⁰²⁷.

728. Fragilité de l'ordonnance inhérente à sa nature. La réforme ayant été introduite par voie d'ordonnance, un projet de loi de ratification devait être déposé dans un délai de trois mois après sa publication, comme le prévoyait l'article 117 de la loi d'habilitation. Dès lors, l'ordonnance relative à l'agent des sûretés ayant été publiée au *Journal officiel* le 5 mai 2017, le projet de loi de ratification ne devait pas être déposé après le 5 août 2017.

729. En tenant compte de la procédure d'adoption propre aux ordonnances, une fois les nouvelles dispositions entrées en vigueur, au 1^{er} octobre 2017, la situation générale de la réforme restait donc fragile pour deux raisons : en premier lieu, si le projet de loi de ratification de l'ordonnance n'était pas déposé dans le délai imparti, l'ordonnance devenait caduque¹⁰²⁸ ; en second lieu, si le projet de loi de ratification était déposé mais n'était pas voté au Parlement, la réforme aurait gardé une nature règlementaire (et non légale) ce qui l'aurait rendue très vulnérable puisqu'elle pourrait alors être contestée devant le juge administratif. Par ailleurs, le contenu de l'ordonnance était instable dans la mesure où il pouvait être modifié à l'occasion des discussions sur la loi de ratification. Sur ce dernier point, précisons que le législateur a effectivement profité de cette procédure pour légèrement retoucher les articles du projet d'ordonnance.

730. Annonce du plan. Le régime juridique de l'agent des sûretés ainsi instauré étant très précis et cohérent, il a mis un terme à l'insécurité provoquée par l'ancien texte. Le nouveau régime est clairement un cadre de nature fiduciaire (section 2), notamment caractérisé par l'existence d'un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine propre de l'agent. Il convient toutefois de préciser que ce cadre précis n'a pas empêché que l'action de ce dernier soit

¹⁰²⁷ Y. Berrada, *Le Nouvel Agent des sûretés français dans les schémas de crédit syndiqué*, Mémoire DJCE : droit privé : Panthéon-Assas Paris II : 2017, p. 23-24. Cet excellent travail, dirigé par M. le professeur Pierre Crocq, constitue une synthèse et une analyse sur l'agent des sûretés issue de l'ordonnance de 2017. Plusieurs idées du présent chapitre sont tirées du travail de recherche de M. Berrada.

¹⁰²⁸ L'article 38 de la Constitution dispose : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

principalement régie par la liberté contractuelle des parties, principe majeur du droit civil (section 1) qui est nécessaire afin de permettre une adaptation du dispositif de l'agent des sûretés aux différentes pratiques du marché.

Section 1 : La liberté contractuelle : principe majeur au cœur de la réception de l'agent des sûretés en droit civil français

731. La formulation des dispositions du nouveau régime laisse une large place à la liberté contractuelle¹⁰²⁹ des créanciers s'agissant de la désignation de l'agent (§1) et de la détermination de sa mission (§2). Les règles posées sont souples et facilement adaptables à divers types d'opérations ; une flexibilité qui correspond aux besoins de la pratique en matière de crédits syndiqués.

§1. La liberté contractuelle quant à la désignation de l'agent

732. La liberté contractuelle se manifeste dans le choix de la personne de l'agent des sûretés (A) et dans l'acte de désignation de ce dernier (B).

A. La liberté concernant la qualité de la personne

733. La liberté est absolue dans le cas de l'agent des sûretés issu de la réforme de 2017 (1), ce qui n'est pas le cas dans des figures proches (2).

¹⁰²⁹ Jean-Francois Adelle parlait d'une « contractualisation renforcée » dans la présentation Paris Europlace, « Des avancées significatives en termes de compétitivité du cadre réglementaire français », vendredi 6 octobre 2017. V. annexe n° 5 « Modèle de clause agent des sûretés des articles 2488-6 et suivants du Code civil » de cette thèse.

1. Une liberté absolue dans le régime de l'agent des sûretés

a) Une règle générale

734. Dispositions générales. Les dispositions du Code civil introduites par l'ordonnance du 4 mai 2017 sont de caractère général et ne posent aucune exigence particulière en ce qui concerne la qualité des personnes pouvant être désignées agent des sûretés. D'une part, l'article 2488-6 du Code civil énonce simplement que « *toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés* ». D'autre part, le rapport accompagnant l'ordonnance précise qu'« *il n'est pas davantage posé d'exigence concernant les personnes pouvant agir en qualité d'agent des sûretés : il pourra s'agir de l'un des établissements prêteurs ou d'un tiers, personne physique ou personne morale*¹⁰³⁰ ». La réforme de 2017 n'a cependant pas innové sur ce point étant donné que l'ancien article 2328-1 du Code civil était aussi formulé de manière générale, sous-entendant que toute personne pouvait être nommée agent des sûretés.

735. Pour autant, en dépit de la clarté de la lettre de l'article 2488-6 du Code civil et du Rapport au Président de la République précité selon lesquels la personne désignée agent des sûretés ne doit remplir aucune condition particulière, il est intéressant de se pencher sur trois cas spécifiques¹⁰³¹.

b) Des cas spécifiques

736. Une analyse de la pratique des crédits syndiqués révèle que l'agent des sûretés est souvent l'un des créanciers (i). De plus, l'internationalisation de ce mécanisme a tendance à faciliter la nomination de banques étrangères à cette fonction (ii). Enfin, même si cette situation est plus rare, l'agent des sûretés peut également être une personne physique (iii).

i. L'établissement bancaire

737. En ne fixant pas de conditions restrictives pour accéder à la qualité d'agent des sûretés, le législateur a voulu laisser toute liberté aux parties afin de désigner l'entité ou la personne de leur choix. Cependant, dans la pratique, il est évident que les banques membres du syndicat bancaire ont vocation à jouer le rôle d'agent des sûretés.

¹⁰³⁰ Rapport précité.

¹⁰³¹ V. Y. Berrada, *op. cit.*, p. 8-13.

738. L'absence de mention de la procédure de résolution bancaire. Un doute, plus ou moins justifié, concernant la capacité des banques à devenir agent des sûretés a pu surgir d'une analyse de la rédaction des articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil. En effet, ces dispositions établissent une liste des procédures d'insolvabilité pouvant affecter l'agent des sûretés : le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel. Cependant, dès lors que l'agent des sûretés est souvent une banque¹⁰³², il était surprenant de constater que la procédure de résolution bancaire n'y apparaissait pas¹⁰³³. Or, la procédure de résolution bancaire déclenche une série de mesures en cas de défaillance d'un établissement afin d'organiser sa liquidation.

739. L'avis du CCLRF. L'absence de mention de cette procédure dans le texte de l'ordonnance était d'autant plus incompréhensible que le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière¹⁰³⁴ avait émis un avis conseillant justement d'inclure cette procédure dans la liste dressée aux articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil. Néanmoins, le gouvernement n'a pas été en mesure de suivre cette recommandation, car la loi d'habilitation se limitait elle-même à mentionner le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel. Le gouvernement a finalement profité de la loi de ratification de l'ordonnance pour y inclure la procédure de résolution bancaire et confirmer ce faisant qu'une banque peut être agent des sûretés¹⁰³⁵.

ii. La personne étrangère

740. La nationalité de l'agent des sûretés. L'ordonnance n'a pas limité l'accès à la fonction d'agent des sûretés aux seules personnes physiques ou morales de droit français ou de nationalité française. Toutefois, il doit être souligné que le Rapport au Président de la République précité ne mentionnant pas expressément que des personnes étrangères peuvent être

¹⁰³² L'ordonnance n'est pas explicite sur la possibilité de nommer agent l'un des créanciers du *pool*, mais ce doute doit être écarté en tenant compte la pratique bancaire, l'esprit de la réforme et l'expression inclusive « au profit des créanciers » de l'article 2488-6 du Code civil. V. D. Robine, « Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur », *RD banc. et fin.*, 2017, étude 12.

¹⁰³³ La procédure de résolution bancaire a été introduite en droit français par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, ayant transposé la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, applicable aux termes de l'article L. 613-34 du code monétaire et financier aux établissements de crédit et entreprises d'investissement.

¹⁰³⁴ Avis n° 2017-26 du 21 mars 2017 du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières.

¹⁰³⁵ Sur ce point, v. chapitre 8 de cette thèse.

nommées agents des sûretés, cette question a pu légitimement se poser. Cette possibilité n'est pas évidente puisque les régimes applicables à certains dispositifs proches de celui de l'agent des sûretés énumèrent des conditions liées à la nationalité ou au pays de résidence, comme c'est le cas de la fiducie ou de la cession Dailly.

741. La nationalité du constituant et du fiduciaire. Par exemple, l'article 13 de la loi instituant la fiducie exige que le constituant et le fiduciaire soient résidents d'un État de l'Union européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale. Cette condition a été posée « *en vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale*¹⁰³⁶ ». Toutefois, même si l'ordonnance relative à l'agent des sûretés s'inspire en partie du mécanisme de la fiducie, la différence entre ces deux régimes réside dans la potentialité de la fiducie d'être utilisée de façon illégale qui semble plus réduite dans le cas de l'agent des sûretés ; une caractéristique justifiant la mise en place de conditions de nationalité.

742. La nationalité du bénéficiaire dans la cession Dailly. Dans le cas de la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly, l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier ne précise rien sur la nationalité de l'établissement de crédit bénéficiaire. Cette disposition ne permettant donc pas de déterminer si un établissement de crédit étranger peut bénéficier de ce mécanisme, une question parlementaire a été posée au ministre de la Justice à ce propos en 2003. Le garde des Sceaux de l'époque a répondu par la négative. Dans sa réponse, il a effectivement indiqué que la cession Dailly constitue une opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier. Par conséquent, le cessionnaire doit avoir la qualité d'établissement de crédit prévue à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier ou celle d'un service ou institution pouvant effectuer des opérations de banque. À ce titre, seuls les établissements ayant leur siège dans l'Union européenne et disposant d'un passeport européen ainsi que les établissements étrangers implantés légalement en France à travers une succursale ou une filiale bénéficiant de l'agrément délivré par le CECEI (Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement) peuvent agir en tant que cessionnaires dans le cadre de la cession Dailly. *A contrario*, les établissements étrangers ne

¹⁰³⁶ Article 13 loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

disposant pas de l'agrément octroyé par les autorités bancaires françaises ne peuvent réaliser à titre habituel des opérations de banque et sont donc exclus du bénéfice de la cession Dailly¹⁰³⁷.

743. Les procédures collectives ouvertes à l'étranger. L'ouverture opérée par l'ordonnance du 4 mai 2017 à l'égard des personnes étrangères peut malheureusement de fait rester sans effet en raison de la rédaction des articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil. Comme dans le cas des banques et des personnes physiques, ces dispositions ne mentionnent pas l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure de faillite dans un État autre que la France. Si la loi de ratification a intégré à la législation les procédures de résolution bancaire et de surendettement, elle est cependant restée muette en ce qui concerne les procédures ouvertes dans un autre État. Une telle situation semble, à première vue, privilégier les personnes ayant leurs principaux centres d'intérêts en France dans la mesure où, en vertu du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁰³⁸, l'État sur le territoire duquel est situé le centre d'intérêts principaux du débiteur détient la compétence de principe pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de ce dernier.

744. L'agent des sûretés étranger en droit OHADA. À titre de comparaison, le droit OHADA prévoit expressément que l'agent des sûretés peut être une personne étrangère. En effet, l'article 5 de l'AUS dispose que « *toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger* ». Une telle ouverture est cohérente avec l'intention d'attirer des investissements étrangers dans l'espace de l'OHADA ; une flexibilité renforcée par les articles 9 et 10 de l'AUS qui, au lieu de dresser une liste de procédures collectives avec le risque qu'elle ne soit pas exhaustive, emploient l'expression « procédure collective d'apurement du passif ». Cette formulation est donc plus large que celle utilisée par le droit français aux articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil qui mentionnent précisément les types de procédure concernées. On peut ainsi considérer que le droit OHADA entend s'appliquer à toute sorte de procédure collective. Pour autant, la notion de « procédure collective d'apurement du passif » est la même que celle qui donne son nom à l'Acte uniforme

¹⁰³⁷ Rép. min. n° 4067 du 27 janvier 2003, 12^e législature, député Jérôme Bignon ; P. Minor et C. Coatalem, « Les établissements de crédit étrangers peuvent-ils se prévaloir des dispositions de la loi Dailly ? », *Les Échos*, 12 février 2003. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2003/02/les-etablissements-de-credit-etrangiers-peuvent-ils-se-prevaloir-des-dispositions-de-la-loi-dailly-659684>.

¹⁰³⁸ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Ce dernier point pourrait laisser penser qu'à l'instar du droit français, le droit OHADA vise à restreindre l'accès des personnes étrangères au statut d'agent des sûretés.

745. L'interprétation ouverte. En tout état de cause, il semble plus cohérent avec l'esprit des textes du droit français et du droit OHADA, notamment avec la volonté de rendre la figure de l'agent des sûretés plus attractive et compétitive au niveau international¹⁰³⁹, de considérer que l'accès du dispositif aux personnes étrangères est total. Plutôt que de mentionner expressément quelques procédures telles que la sauvegarde, le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire, le rétablissement personnel, le surendettement des professionnels ou la résolution bancaire, le législateur français aurait gagné en clarté et ouverture en choisissant une formulation plus générale faisant référence à toute procédure collective, française comme étrangère. De tels exemples de formulation générale existent bel et bien en droit français. C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne les effets d'une procédure collective à l'égard du bénéficiaire d'une garantie financière (article L. 211-38-I du Code monétaire et financier), ou encore la protection des organismes de titrisation (article L. 214-169-IV du Code monétaire et financier).

iii. La personne physique

746. Une incertitude temporaire. La possibilité pour une personne physique d'exercer la fonction d'agent des sûretés a connu la même instabilité temporaire que celle qui a touché les banques. La source du problème était identique, ce malgré la clarification apportée par le rapport accompagnant l'ordonnance. En effet, outre de passer sous silence la procédure de résolution bancaire, l'ordonnance a omis la mention de la procédure de surendettement des particuliers¹⁰⁴⁰ aux articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil. Cette situation contradictoire sera clarifiée par la loi de ratification.

¹⁰³⁹ D. Legeais, « Publication de l'ordonnance relative à l'agent des sûretés », *JCP E*, 25 mai 2017, n° 21-22, act. 391. Cet auteur affirme que grâce au nouveau régime de l'agent des sûretés, « *le droit français des crédits syndiqués redevient ainsi compétitif. Après le Brexit c'est une bonne nouvelle pour la finance française. Il faut simplement espérer qu'il ne soit pas trop tard* ».

¹⁰⁴⁰ Régie par le livre VII du Code de la consommation, la procédure de surendettement des particuliers s'applique dans les cas où une personne est dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir.

747. Expérience et capacité des personnes physiques. On peut supposer que les personnes physiques ayant un intérêt à exercer la fonction d'agent des sûretés doivent disposer de l'expérience et de la capacité nécessaires pour administrer des garanties. Les notaires ont ainsi participé avec attention à la réforme de l'agent des sûretés, y voyant tout un marché s'ouvrir à leur profession.

748. Encadrement de l'activité. Des conditions administratives et financières pourraient être postérieurement prévues afin d'encadrer l'activité d'agent des sûretés exercée par une personne physique. De telles exigences viseraient à s'assurer des aptitudes de cette dernière pour l'exercer. C'est le cas, par exemple, des avocats fiduciaires qui sont soumis à une série d'obligations. En effet, un décret spécifique prévoit les règles d'exercice par les avocats de cette activité, telles que la déclaration préalable au conseil de l'ordre, la souscription d'assurances propres à cette activité, l'obligation de tenir une comptabilité séparée et un compte spécialement affecté à chaque fiducie¹⁰⁴¹. Toutes ces conditions pourraient néanmoins avoir pour conséquence dans la pratique de limiter l'accès des personnes physiques à cette fonction et de privilégier celui des établissements bancaires qui pourraient ainsi bénéficier d'un monopole de fait en la matière.

2. Une liberté réduite dans des régimes proches

749. La liberté concernant la qualité de la personne de l'agent des sûretés n'est pas aussi étendue dans des régimes proches tels que celui de la fiducie (a) ou celui prévu en droit OHADA (2).

a) Les limites du choix du fiduciaire

750. Le régime d'agent des sûretés s'inspire, sur certains points, du droit applicable à la fiducie, notamment en ce qui concerne l'existence d'un patrimoine d'affectation. En revanche, les exigences pour être désigné agent des sûretés ou fiduciaire ne sont pas les mêmes. Alors qu'il n'existe aucune restriction pour être agent des sûretés, des conditions restrictives sont prévues pour devenir fiduciaire. En effet, l'article 2015 du Code civil détermine que seuls peuvent être nommés fiduciaires les établissements de crédit, les sociétés de financement, les entreprises d'investissement, les sociétés de gestion de portefeuille, les entreprises d'assurance,

¹⁰⁴¹ Notice disponible sur : www.legifrance.gouv.fr concernant le décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif aux conditions d'exercice par les avocats de l'activité fiduciaire.

le Trésor public, la Banque de France, La Poste, l'institut d'émission des départements d'outre-mer, l'institut d'émission d'outre-mer, la Caisse des dépôts et consignations et les avocats. L'activité de fiduciaire est soumise à surveillance puisque les personnes autorisées à l'exercer doivent obtenir un agrément et sont tenues de signaler des soupçons.

b) L'agent de l'OHADA, forcément une banque

751. Solvabilité et expertise des banques. Alors que le droit OHADA a été présenté comme le modèle à suivre lors de l'élaboration de l'ordonnance du 4 mai 2017, le droit français ne l'a pas suivi s'agissant de la qualité exigée pour pouvoir être agent des sûretés. En effet, il existe, sur ce point, une différence importante entre le droit français et l'AUS. Selon la formule consacrée par l'article 5 de ce texte, seule une institution financière ou un établissement de crédit peuvent avoir la qualité d'agent des sûretés. Ce choix opéré par le législateur OHADA s'explique par le fait que ce type d'établissements présentent une solvabilité solide mais aussi pour des raisons de logistique et d'expertise (ils disposent des outils et du savoir-faire nécessaires pour pouvoir administrer des garanties) ainsi que des considérations déontologiques (ils font l'objet d'un agrément et sont soumis à des obligations de déclaration en cas d'opérations pouvant servir au blanchiment des capitaux)¹⁰⁴².

752. Un choix pragmatique. Si les raisons pour restreindre l'accès à la qualité de fiduciaire ou d'agent des sûretés du droit OHADA se justifient dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et la fraude fiscale – ce qui permet d'exiger des acteurs un très haut degré de moralité et de contrôle de leurs activités – on peut se poser légitimement la question de savoir si ces mêmes conditions devraient être exigées des personnes désirant exercer la fonction d'agent des sûretés en France. La réforme de 2017 ne l'a pas jugé nécessaire peut-être parce que, dans la pratique, ce sont des banques qui exercent traditionnellement cette fonction¹⁰⁴³.

¹⁰⁴² G.-A. Likillimba, « L'agent des sûretés en droit OHADA », *RTD Com.*, 2012, p. 475. V aussi P. Crocq, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patri.*, novembre 2010, n° 197.

¹⁰⁴³ D. Robine n'est pas d'accord sur ce point lorsqu'il affirme : « *La qualification de fiduciaire spécial conduit également à écarter les exigences relatives aux qualités du fiduciaire requises en droit commun. Faute de disposition restrictive sur ce point au sein des futurs articles 2488-6 et suivants du Code civil, l'exercice de la fonction d'agent des sûretés n'est pas réservé à certaines personnes. Là encore, le rapport au Président de la République l'affirme expressément. Ce choix nous semble discutable. La nature des fonctions exercées par l'agent des sûretés aurait pu justifier que des qualités requises soient exigées.* » D. Robine, *loc. cit.*

B. La liberté contractuelle concernant l'acte de désignation

753. Le degré de formalisme que les parties doivent respecter est essentiel à la réussite d'un mécanisme comme celui de l'agent des sûretés. Le formalisme doit être équilibré avec la souplesse dont a besoin ce mécanisme qui est mis en œuvre dans un environnement dynamique et international. La liberté contractuelle concernant l'acte de désignation se manifeste ainsi au moment de la nomination de l'agent des sûretés (1) et sur le nombre de parties (2).

1. La liberté par rapport au contrat de crédit

754. La liberté par rapport au contrat de crédit peut être considérée comme étant « acquise » puisqu'elle n'existait pas sous le régime de l'article 2328-1 (a), tout en étant encadrée (b).

a) Une liberté acquise

i. L'ancien régime

755. La nomination de l'agent des sûretés dans le contrat de crédit. Parmi les défauts de l'article 2328-1 du Code civil qui ont été corrigés par l'ordonnance de 2017, on peut mentionner les règles relatives à l'acte de nomination de l'agent des sûretés. L'article 2328-1 exigeait que l'agent des sûretés soit nommé dans l'acte constatant l'obligation garantie, c'est-à-dire dans le contrat de crédit. Ainsi, en vertu de cette disposition, les parties n'avaient pas le droit de nommer un agent des sûretés dans un acte séparé. Par voie de conséquence, en plus d'exiger que la désignation se fasse dans le même acte, il était exigé qu'elle se fasse au même moment que la signature de cet acte. Or, cette règle était inadaptée à la pratique des crédits syndiqués pour plusieurs raisons¹⁰⁴⁴. Premièrement, il peut arriver que les parties souhaitent nommer un agent des sûretés dont l'activité s'exerce dans le cadre de plusieurs conventions de crédit. L'article 2328-1 posait alors des difficultés de coordination mais aussi de légalité puisqu'il n'était pas certain qu'un même agent puisse être nommé dans plusieurs actes. Deuxièmement, ladite règle supposait que les prêteurs acceptaient de partager avec l'emprunteur des informations concernant les missions ou l'action de l'agent des sûretés. Troisièmement, le fait de nommer l'agent des sûretés dans l'acte accordant le crédit laissait planer un doute quant à l'efficacité de son action en cas de transfert de participation au sein du syndicat bancaire. En

¹⁰⁴⁴ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 21.

effet, dans une telle hypothèse, on voit mal comment l'agent des sûretés pourrait automatiquement agir au profit des nouveaux créanciers si ces derniers ne sont pas signataires du contrat de crédit ni des sûretés garantissant ledit contrat. Sur ce dernier point, on peut cependant considérer que la formule « obligation garantie » de l'article 2328-1 du Code civil aurait éventuellement pu concerner les nouveaux créanciers étant donné que les obligations garanties sont celles des créanciers présents et futurs, déterminées ou déterminables ; même s'il est assez généralement admis qu'il est plus prudent de mentionner expressément les nouveaux créanciers¹⁰⁴⁵.

ii. La nomination dans la convention inter-créanciers

756. Un allègement de la procédure. Selon les termes de l'article 2488-7 du Code civil¹⁰⁴⁶, l'agent des sûretés ne doit pas être nécessairement désigné en même temps que la naissance de l'obligation garantie comme cela était le cas sous l'empire du droit antérieur. Désormais, les créanciers peuvent donc nommer un agent des sûretés après la signature du crédit. Cet allègement de la procédure, fondé sur la liberté contractuelle, ne peut être que positif dans un marché où ce principe est omniprésent. Telle est l'interprétation que suggère le rapport précité relatif à l'ordonnance : « *contrairement à l'actuel article 2328-1 du code civil, l'ordonnance n'exige plus que la désignation de l'agent des sûretés figure dans l'acte qui constate l'obligation garantie, c'est-à-dire dans l'acte de crédit : cette désignation pourra donc intervenir dans un autre acte et elle ne sera pas nécessairement contemporaine à la naissance de l'obligation garantie*¹⁰⁴⁷. »

¹⁰⁴⁵ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification du régime de l'article 2328-1 du code civil et de la fiducie des sûretés », *RD banc. et fin.*, septembre 2010, n° 5, étude 20. Selon cet auteur, cité aussi par Y. Berrada, *op. cit.*, p. 21, dans un régime efficace d'agent des sûretés « *Les obligations garanties doivent pouvoir être simplement déterminables à la date de désignation de l'agent. À défaut, les sûretés inscrites par l'agent ne pourraient bénéficier aux banques de couverture qui sont désignées ultérieurement et dont les créances ne sont pas encore fixées à la date de désignation de l'agent.*

Certes, dans le silence du texte, conformément aux principes généraux du Code civil, les obligations garanties sont celles déterminées ou déterminables des créanciers présents et futurs et de leurs ayants cause. Il est néanmoins judicieux de le mentionner expressément. Dans la pratique, ces établissements pourront au surplus ratifier la désignation de l'agent et, par voie de conséquence, les sûretés prises pour leur compte, lorsqu'ils seront connus.

Cette précision rendrait en outre indiscutable le fait qu'il n'y a pas lieu d'accomplir les formalités liées au droit des sûretés au cas de transfert ou cession de la dette garantie ou encore d'accession de nouveaux créanciers. »

¹⁰⁴⁶ L'article 2488-7 dispose : « *À peine de nullité, la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs. »*

¹⁰⁴⁷ Rapport précité.

757. Conformité avec la pratique. La réforme de 2017 a ainsi permis une nomination de l'agent des sûretés à tout moment et en utilisant le contrat que les parties estiment le plus approprié ; la seule exigence étant que la désignation soit constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs. Un tel assouplissement correspond aux pratiques réelles du marché étant donné que l'agent des sûretés est effectivement souvent nommé dans la « convention inter-créanciers ». Négociée et signée après le contrat de crédit, cette convention est l'instrument qui régit les rapports entre les créanciers, notamment la hiérarchie qui peut être établie entre eux. Parmi les éléments clés d'une convention inter-créanciers figurent la nomination de l'agent du crédit et celle de l'agent des sûretés. Néanmoins, les créanciers restent évidemment libres de désigner l'agent des sûretés dans un contrat spécialement rédigé à cet effet, dans le contrat établissant la sûreté ou dans le contrat de crédit¹⁰⁴⁸.

b) Une liberté encadrée

i. Un formalisme minimum justifié

758. Les raisons du formalisme. Le formalisme en matière contractuelle est un principe qui permet, entre autres objectifs, de protéger les parties jugées plus faibles ou plus vulnérables (par exemple, en droit du travail, droit de la consommation et droit bancaire). Il peut être défini comme « *la tendance générale, dans une législation, à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité*¹⁰⁴⁹ » ou comme étant l'« *exigence de forme poussée au plus haut degré (on parle de formalisme substantiel) qui consiste à subordonner la validité d'un acte (dit solennel) à l'accomplissement de formalités déterminées (requis à peine de nullité absolue)*¹⁰⁵⁰ ». En ce qui concerne le contrat désignant l'agent des sûretés, le formalisme est assez réduit dans la mesure où il n'est exigé qu'un écrit et quatre mentions manuscrites (la qualité d'agent des sûretés, l'objet et la durée de la mission et l'étendue de ses pouvoirs). Ce formalisme fait du contrat d'agent des sûretés un contrat solennel au sens de l'article 1109 du Code civil (« *Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi* »). C'est ce qu'explique un auteur de manière plus développée :

¹⁰⁴⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁴⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 474.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

« *L'accord des cocontractants n'est d'ordinaire soumis à aucune forme particulière : principe dit du consensualisme, aujourd'hui clairement affirmé par le nouvel article 1172 du Code civil. Ce n'est que par exception, pour certains contrats seulement, que la manifestation de cet accord requiert, à peine de nullité, des formes déterminées (contrats solennels) ou la remise de la chose même objet du contrat (contrats réels)*¹⁰⁵¹. » Dans le cas de l'agent des sûretés, les mentions ne visent pas à s'assurer du consentement et de l'information des parties au contrat considérées comme vulnérables mais à protéger l'opération financière. C'est là une différence avec la conception traditionnelle du formalisme contractuel. Comme le souligne le rapport accompagnant l'ordonnance de 2017, ce sont « *l'importance des sommes en jeu* » et « *la protection des créanciers*¹⁰⁵² » qui fondent cette obligation. Ce même texte précise : « *de manière générale, seules quelques règles sont fixées dans le code civil, une large place étant laissée à la liberté contractuelle, afin d'assurer la souplesse de cet instrument et son adaptation aux besoins de la pratique financière*¹⁰⁵³. » Ce faisant, le législateur a, en quelque sorte, souhaité garantir un minimum de sécurité juridique mais sans empêcher ou réprimer la liberté contractuelle qui reste le principe directeur du régime juridique issu de l'ordonnance. Autrement dit, l'esprit de ce nouvel agent des sûretés est en cohérence avec le marché des crédits syndiqués qui comprend plusieurs types d'opérations. Les créanciers sont ainsi invités à utiliser l'agent des sûretés sans crainte et en faisant preuve d'imagination et d'audace à l'heure de rédiger les contrats¹⁰⁵⁴.

759. Formalisme de l'agent des sûretés et formalisme du fiduciaire. Il est intéressant de souligner que bien que l'agent des sûretés soit un dispositif de nature fiduciaire¹⁰⁵⁵, il n'est pas concerné par les conditions de validité imposées au régime de la fiducie de droit commun. En effet, la fiducie est soumise à un formalisme très lourd qui s'explique par le risque qu'elle soit employée de manière illégale ; un risque qui n'existe en réalité pas dans le cas du procédé de l'agent des sûretés dont les finalités sont très différentes. Selon le Rapport au Président de la République, « *l'agent de sûretés est toutefois un fiduciaire spécial, soumis à des dispositions*

¹⁰⁵¹ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2020, p. 41.

¹⁰⁵² Rapport précité.

¹⁰⁵³ *Ibid.*

¹⁰⁵⁴ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁰⁵⁵ V. N. Borga et A. Manterola, « L'agent des sûretés, fiduciaire particulier au service de la syndication », *RLDA*, décembre 2019, n° 154.

spécifiques prévues dans les articles qui suivent. Il n'y a donc pas lieu à application des formalités de la fiducie de droit commun des articles 2011 et suivants du code civil, qui s'avéreraient excessivement lourdes pour la seule gestion de sûretés¹⁰⁵⁶ ». Selon le même rapport, « les mentions obligatoires exigées par l'article 2018 du code civil sur la fiducie, l'obligation d'enregistrement auprès du service des impôts prévue à l'article 2019 et l'inscription sur le registre national des fiducies (article 2020) ne sont en revanche pas reprises, n'étant pas adaptées au regard des seules finalités de l'agent des sûretés¹⁰⁵⁷ ». Ce choix de prévoir un formalisme allégé va dans le sens d'assurer l'attractivité du régime. En effet, de manière évidente, un formalisme lourd est de nature à décourager les parties à avoir recours au dispositif mais aussi à fragiliser la sécurité juridique puisque la validité d'une opération pourrait alors être plus facilement contestée en invoquant l'absence ou le défaut de l'une des conditions formelles de validité¹⁰⁵⁸.

ii. Les mentions obligatoires

760. Les dispositions introduites par l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 ont supprimé l'obligation consistant à nommer l'agent des sûretés dans la convention de crédit. Sa désignation peut donc désormais être faite dans un acte écrit, unique et différent de celui constatant l'octroi du crédit. La seule obligation se rapportant à l'acte est celle exigée par l'article 2488-7 du Code civil aux termes duquel : *« à peine de nullité, la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs. »* Comme l'indique le rapport précité relatif à l'ordonnance : *« l'article 2488-7 prévoit seulement que la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par écrit, et ce à peine de nullité. Cette solennité, compte tenu de l'importance des sommes en jeu dans les opérations financières concernées, permet de garantir la protection des créanciers. Elle leur impose d'indiquer expressément la qualité d'agent des sûretés de leur cocontractant, ce qui permet d'éviter tout doute sur la qualification du contrat et la confusion avec d'autres contrats (comme la fiducie de droit commun ou le mandat) et de définir précisément l'objet et*

¹⁰⁵⁶ Rapport précité.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 23.

*la durée de la mission ainsi que l'étendue des pouvoirs conférés à l'agent des sûretés, ce qui est un gage de sécurité juridique pour les prêteurs*¹⁰⁵⁹. »

761. En plus d'exiger que la désignation de l'agent des sûretés soit constatée par un écrit, l'article 2488-7 oblige à mentionner la qualité de l'agent des sûretés, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs.

762. La qualité d'agent des sûretés. L'article 2488-7 du Code civil impose d'indiquer expressément la qualité d'agent des sûretés dans le contrat. La raison de cette obligation se trouve dans la volonté d'écarter tout doute quant à la qualification du contrat et une confusion avec d'autres contrats comme la fiducie de droit commun, le mandat ou d'autres mécanismes proches¹⁰⁶⁰. Les parties doivent, dès lors, être attentives à bien exprimer leur volonté de nommer un agent des sûretés au sens du titre III du livre IV du Code civil. Une bonne façon de rendre explicite cette décision est de choisir un intitulé clair pour le contrat ou pour la clause de désignation de l'agent des sûretés tel que, par exemple, « *nomination de l'agent des sûretés de droit français* ». L'exigence de l'article 2488-7 est opportune, car elle minimise les risques de contentieux sur la qualification du contrat et, par conséquent, une requalification éventuelle de ce dernier par le juge qui aurait de sérieuses conséquences. La mention obligatoire de la qualité d'agent des sûretés peut aussi se comprendre comme faisant référence à la qualité de la personne qui est nommée agent des sûretés. Cette deuxième acception fait référence à l'identité de la personne physique (nom, profession, nationalité, domicile) ou morale (nom, forme sociale, domicile). En ce sens, l'article 6 de l'AUS du droit OHADA exige que soient mentionnés l'identité et le siège social de l'agent des sûretés. En tout état de cause, ce qui semble vraiment obligatoire au sens de l'article 2488-7 du Code civil est que le contrat fasse état qu'une personne déterminée est désignée agent des sûretés. L'article indique effectivement qu'il est nécessaire de mentionner sa qualité (d'agent des sûretés) et non son identité. L'interprétation de la disposition retenue dans le rapport accompagnant l'ordonnance de 2017 va d'ailleurs dans ce sens puisque le document précise que la solennité de l'article 2488-7 impose d'indiquer expressément la qualité d'agent des sûretés¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ Rapport précité.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 22.

763. Les prêteurs doivent également définir précisément l'objet et la durée de la mission ainsi que l'étendue des pouvoirs de l'agent. En établissant ce cadre, le législateur a souhaité protéger l'intérêt des créanciers en évitant la conclusion d'actes par l'agent qui ne seraient pas conformes à l'objet de la mission qui lui est confiée, qui dépasseraient la durée de celle-ci ou qui ne respecteraient pas l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés. Cependant, la loi ne précise pas quelles sont les conséquences d'un dépassement par l'agent de l'objet et/ou de la durée de sa mission ou des pouvoirs qui lui ont été conférés.

764. L'objet de la mission. En vertu de l'article 2488-7 du Code civil, l'objet de la mission de l'agent des sûretés doit également être mentionné à peine de nullité. La mission de tout agent des sûretés est en réalité décrite à l'article 2488-6 du Code civil qui dispose qu'il peut prendre, inscrire, gérer ainsi que réaliser toute sûreté ou garantie et qu'il agit en son nom propre au profit des créanciers. Le troisième alinéa de cet article est aussi explicite dans la mesure où il mentionne le terme « mission » qui ne se comprend qu'à l'aune de ce qui a été énoncé préalablement par la même disposition. Cette mission à laquelle il est fait référence de manière générale dans l'article devra cependant être mise en contexte au regard de chaque opération pour laquelle des créanciers ont recours à un agent des sûretés. Principalement, il s'agira de déterminer le plus précisément possible les sûretés et garanties que ce dernier a vocation à administrer. Une manière prudente de s'assurer du respect de l'obligation de mentionner l'objet de la mention est de suivre ce qu'indique l'article 6 de l'AUS du droit OHADA. En effet, cette disposition exige une description de la ou des obligation(s) garantie(s) ou, si elles sont futures, des éléments de nature à permettre leur individualisation tels que l'indication de leur débiteur, de leur lieu de paiement, de leur montant ou l'évaluation de ce dernier et de leur échéance. L'article impose également de mentionner l'identité, au jour de la désignation de l'agent des sûretés, des créanciers de la ou des obligation(s) garantie(s)¹⁰⁶².

765. La durée de la mission. La durée de la mission de l'agent des sûretés doit aussi être indiquée, à peine de nullité. On peut supposer qu'un terme fixe doit être mentionné par le contrat ou qu'il soit déterminé par la survenue d'un fait comme, à titre d'illustration, l'extinction des créances auxquelles sont attachées les garanties¹⁰⁶³.

¹⁰⁶² *Ibid.*

¹⁰⁶³ *Ibid.*

766. L'étendue des pouvoirs de l'agent des sûretés. L'étendue des pouvoirs de l'agent peut s'identifier à l'objet de sa mission. Il est intéressant, à cet égard, de mentionner des pouvoirs qui ne sont pas prévus dans le régime légal ou, au contraire, des limitations à certaines facultés légalement déterminées. Par exemple, la faculté de représenter les créanciers dans une procédure collective pourrait être cantonnée à agir devant les tribunaux de certains pays, la réalisation des sûretés pourrait se faire suivant des conditions déterminées par le contrat, ou encore une interdiction pure et simple de réaliser une sûreté déterminée pourrait être stipulée. Suivant la même logique, si l'agent des sûretés devient propriétaire des actifs réalisés, il serait prudent de prévoir les facultés qu'il détient dans ce cas sur ces derniers. Une fois encore, le droit OHADA peut servir de guide à ce sujet étant donné qu'il est un peu plus précis que le droit français. En effet, l'article 6 de l'AUS oblige à mentionner l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition détenus par l'agent des sûretés¹⁰⁶⁴.

2. La liberté quant au nombre de parties à l'acte

a) Le nombre d'agents de sûretés

767. La lecture de l'ordonnance ne permet pas de déduire qu'il est interdit de nommer plus d'un agent des sûretés. Cette possibilité présente une utilité dans nombre de cas dans lesquels les agents des sûretés désignés auraient des missions différentes.

768. Un agent des sûretés pour chaque catégorie de créanciers. On peut penser nommer plus d'un agent si l'opération de financement en question comprend plus d'une catégorie de créanciers. C'est le cas, par exemple, d'une opération structurée autour d'une hiérarchisation des créances dans le cadre de laquelle un agent serait nommé pour gérer les sûretés de la dette senior et un autre pour administrer celles de la dette junior. C'est le cas de figure aussi des financements hybrides dans lesquels les fonds sont apportés par des banques et des obligataires. Dans ce contexte, un agent pourrait administrer les sûretés des banques tandis qu'un autre s'occuperait de celles des obligataires¹⁰⁶⁵.

769. Un agent des sûretés pour chaque catégorie de sûretés. Une opération de crédit peut être garantie par plusieurs types de sûretés. Il pourrait alors être envisagé qu'un agent des sûretés soit nommé pour chaque catégorie déterminée de sûretés. Ainsi, par exemple, un agent

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 13.

pourrait recevoir la mission de gérer les sûretés soumises au droit français et un autre celles relevant d'un droit étranger. Par ailleurs, un agent des sûretés pourrait se spécialiser dans un certain type de sûretés (réelles, personnelles, bordereau Dailly, etc.)¹⁰⁶⁶.

b) Le nombre de créanciers

770. Plusieurs créanciers. La question du nombre de créanciers paraît évidente à résoudre : l'article 2488-6 du Code civil mentionne explicitement le cas de plusieurs créanciers (« *toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie* »). La première impression à la lecture de cette disposition est donc que l'agent des sûretés a vocation à intervenir uniquement lorsqu'il existe un groupe de créanciers regroupés dans un syndicat. Le rapport accompagnant l'ordonnance de 2017 explique en ce sens que la figure de l'agent des sûretés est nécessaire dans le cadre des crédits consortiaux qui, par définition, concernent un groupe de créanciers : « *certaines opérations financières importantes ne peuvent être financées que par un crédit syndiqué, c'est-à-dire un crédit consenti par plusieurs prêteurs réunis au sein d'un groupement ou "syndicat bancaire", chaque banque prêtant une partie de la somme. Les sûretés garantissant le prêt doivent alors pouvoir être gérées de façon homogène et unitaire par une seule personne au profit de l'ensemble des créanciers. Il en va de même lorsqu'une société émet des obligations et que des sûretés viennent garantir cette émission au profit des obligataires, ou lorsqu'un même débiteur consent des sûretés à plusieurs groupes de créanciers*¹⁰⁶⁷. »

771. Un seul créancier, et plusieurs agents. La question qui se pose plus particulièrement est celle de savoir si un seul créancier peut nommer plusieurs agents des sûretés¹⁰⁶⁸. Ainsi, par exemple, un auteur se posait la question dans le cadre d'une émission obligataire : « *si un véritable agent des sûretés titulaire des sûretés est nommé alors que les obligataires sont constitués en une masse, au profit de qui l'agent des sûretés agit-il ? Au profit de la masse-personne morale ? Au profit de chacun des obligataires pris individuellement ? Faire agir l'agent des sûretés au profit de la masse aurait le mérite de la simplicité. La convention écrite par laquelle les créanciers désigneraient l'agent des sûretés (C. civ., art. 2488-7) s'en*

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

¹⁰⁶⁷ Rapport précité.

¹⁰⁶⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 13-14.

trouverait simplifiée. Il suffirait que le représentant de la masse soit partie à la convention. Cependant tous les nouveaux articles du Code civil qui disposent que l'agent des sûretés agit au profit "des créanciers" emploient le mot "créanciers" au pluriel ; l'idée qui sous-tend l'ordonnance relative à l'agent des sûretés est celle d'un agent qui agit de façon unitaire et homogène au profit d'un groupe de créanciers. Or, la masse rassemble les obligataires en une seule personne morale et c'est cette personne morale qui est seule titulaire des sûretés. À défaut d'un groupe de créanciers bancaires, par exemple, au profit duquel l'agent des sûretés agirait, en plus d'agir au profit de la masse, l'agent des sûretés du Code civil ne peut donc agir qu'au profit des obligataires pris individuellement et non au profit de la masse-personne morale unique¹⁰⁶⁹. » Le même auteur signale que la seule solution au problème serait de décider de « percer le voile de la personnalité morale de la masse et de voir les créanciers obligataires qui sont derrière la personne morale unique¹⁰⁷⁰ ».

772. Intérêt pratique. D'un point de vue pratique, une telle interrogation présente un intérêt dans le cas d'une syndication indirecte. En effet, dans cette configuration, une seule banque est liée juridiquement au débiteur mais procède ensuite à syndiquer l'opération de façon indirecte de sorte que les membres du syndicat ne sont pas connus du débiteur. La banque créancière pourrait donc nommer un agent des sûretés, qui pourrait être elle-même, afin de gérer les sûretés d'une telle opération¹⁰⁷¹.

773. Intérêt théorique. D'un point de vue théorique, la question se résout en déterminant de quelle façon l'article 2288-6 du Code civil doit être interprété. Une interprétation stricte et littérale voudrait que, dès lors que cet article emploie le terme « créancier » au pluriel, la désignation d'un agent des sûretés par un seul créancier soit impossible. Une autre interprétation plus souple, adaptée au marché et à la pratique des crédits syndiqués, pencherait en faveur de la nomination d'un agent des sûretés par un seul créancier. D'une manière générale, cette possibilité semble plus en accord avec l'esprit même du droit civil où l'interprétation stricte n'est pas le principe (au contraire, c'est le principe en droit pénal). D'une manière plus précise, l'interprétation souple de cette disposition est conforme avec l'esprit même de l'ordonnance et la volonté du législateur qui a cherché à créer un régime d'agent des sûretés moderne et adapté

¹⁰⁶⁹ G. Endréo, « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5, p. 347.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.* voir la note de bas de page n° 15.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

aux besoins des praticiens. Or, la pratique montre qu'il peut s'avérer utile pour un seul créancier de nommer, ou même de se nommer, agent des sûretés¹⁰⁷².

§2. La liberté de l'agent des sûretés

774. La liberté de l'agent des sûretés se manifeste dans sa compétence (A) et sa mission (B).

A. La liberté au regard de sa compétence

775. En matière de sûretés et de garanties, l'agent des sûretés de l'ancien article 2328-1 du Code civil n'était compétent, on l'a vu, que pour gérer des sûretés réelles. Une telle restriction a beaucoup surpris les acteurs du marché des crédits syndicaux. En effet, dans une opération de financement, il est fréquent de constituer toute sorte de sûretés et pas uniquement des sûretés réelles. Ainsi, afin de disposer d'une grande variété de garanties ou de les consolider, les créanciers se voyaient dans l'obligation de nommer un agent des sûretés, conformément à l'article 2328-1 du Code civil, pour les sûretés réelles et de prendre, gérer et réaliser eux-mêmes les sûretés personnelles ou de confier leur gestion à un fiduciaire ou à un mandataire. Un « agent des sûretés réelles » et un « agent des sûretés personnelles » pouvaient donc être nommés pour une seule et même opération, ou une combinaison des deux, comme le proposait un auteur : « *cette limitation [aux seules sûretés réelles] du rôle de l'agent des sûretés [de l'article 2328-1] est, en pratique, facteur de complexité. En effet, il gère l'ensemble des sûretés réelles des membres du pool, alors que ceux-ci restent seuls compétents pour gérer leurs sûretés personnelles, sauf à prévoir de donner mandat pour ce faire à l'agent des sûretés. Le cas échéant, il faut alors dissocier les pouvoirs et le régime propre à l'agent des sûretés, de ceux du simple mandataire, agissant au nom et pour le compte des membres du pool, afin de gérer leurs sûretés personnelles*¹⁰⁷³. » Or, la complexité de devoir désigner plusieurs agents des sûretés (spécialisés selon le type de sûreté et régis par des régimes très différents) constituait une contradiction avec la volonté du législateur de simplifier l'opération fiduciaire. Cette

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ P. Nabet, « Pour un agent des sûretés efficace en droit français ou comment donner un effet utile à l'article 2328-1 du code civil », *D.*, 2012, p. 1901.

restriction du dispositif aux seules sûretés réelles a d'ailleurs été l'une des raisons de l'abandon rapide par les praticiens du régime consacré par l'article 2328-1 du Code civil¹⁰⁷⁴.

776. Apportant une nette amélioration vis-à-vis du mécanisme antérieur, l'ordonnance de 2017 a donc étendu la compétence de l'agent des sûretés à toute garantie et sûreté de droit français (1) ou étranger (2).

1. Les sûretés de droit français

777. La compétence pour toute sûreté ou garantie de droit français. Le nouvel article 2488-6 du Code civil a sensiblement élargi la compétence de l'agent des sûretés. Précisément, son premier alinéa dispose que « *toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie* ». En consacrant cette disposition, le législateur a ainsi répondu de manière satisfaisante à la critique exprimée par les praticiens à l'égard de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 qui avait certes créé la figure de l'agent des sûretés mais avait aussi limité son intervention, on l'a vu, aux seules sûretés réelles : « *le champ d'application du texte est élargi à toutes les sûretés et garanties et n'est plus limité aux seules sûretés réelles : l'agent des sûretés pourra désormais également gérer les sûretés personnelles mais également les promesses de sûretés ou encore les sûretés de droit étranger, sans être limité aux sûretés énumérées dans le code civil, le code de commerce et le code monétaire et financier*¹⁰⁷⁵. »

778. Des termes adaptés. L'élargissement de sa compétence en ce qui concerne les sûretés est également manifeste dans le choix des mots inscrits dans le Code civil. À titre d'exemple, comme le souligne le rapport précité, on peut noter que l'article 2488-6 mentionne le terme « prendre » plutôt que le mot « constituer » : « *le terme "prendre" a été préféré à "constituer", qui figure actuellement dans le code civil [article 2328-1], dans la mesure où seul le débiteur peut constituer une sûreté*¹⁰⁷⁶. » Ce choix s'explique par le fait que le vocable « prendre » est plus général que celui de « constituer » étant donné que seul un débiteur, et non l'agent des sûretés, peut « constituer » une sûreté sur un bien.

¹⁰⁷⁴ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁰⁷⁵ Rapport précité.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

779. Les notions de sûreté et de garantie. Puisque le nouvel article 2488-6 du Code civil fait référence à « toute sûreté ou garantie », il est important d'établir ce que recouvrent exactement ces deux notions¹⁰⁷⁷. D'une manière générale, les vocables « sûreté » et « garantie » sont souvent confondus et utilisés en tant que synonymes ou termes équivalents. Dans un contexte, tel que celui des crédits syndiqués, voulant englober tous les mécanismes visant à protéger le créancier contre la défaillance de son débiteur, cette confusion semble compréhensible et utile. On le voit dans la notion même d'agent des sûretés qui emploie, peut-être à tort, le terme « sûreté » pour couvrir aussi les garanties. Cependant, les deux termes ne sont pas toujours équivalents.

780. Le terme « sûreté ». D'une part, le terme « sûreté » est restreint et limité par le Code civil. Suivant ce sens restrictif, les sûretés sont celles mentionnées par le livre IV du Code civil.

781. Le terme « garantie ». D'autre part, le terme « garantie » est défini comme étant « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire*¹⁰⁷⁸ » ou comme désignant « *les mécanismes dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation et d'en prévenir l'exécution*¹⁰⁷⁹ ». Il s'agit donc d'un mot plus large revêtant de nombreuses réalités : la stipulation, la délégation, les garanties financières (article L. 221-38 du Code monétaire et financier), etc. Selon ces définitions, il peut donc être affirmé que toute sûreté est une garantie alors que le contraire n'est pas toujours vrai.

782. L' « agent des garanties ». Or, si le terme « garantie » est plus vaste et recouvre celui de « sûreté », on peut se demander si l'agent des sûretés n'aurait pas dû être nommé, en droit français, « agent des garanties »¹⁰⁸⁰. Une telle qualification aurait davantage correspondu à la réalité de sa mission et de ses compétences. Suivant la même logique, l'ordonnance aurait pu uniquement employer le terme « garantie ». Cependant, il semble plus prudent d'avoir conservé l'expression « agent des sûretés » dans la mesure où ce mécanisme est connu par la pratique sous cette qualification. De plus, il correspond approximativement à la notion de « *security agent* » du droit anglais qui a inspiré le dispositif français¹⁰⁸¹. D'autre part, le législateur ayant

¹⁰⁷⁷ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 17-18.

¹⁰⁷⁸ G. Cornu, *op. cit.*, p. 486-487.

¹⁰⁷⁹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, Paris : LGDJ, 1995, n° 287.

¹⁰⁸⁰ Sur ce débat, v. chapitre 2, section 2, §1 B de cette thèse.

¹⁰⁸¹ Deux auteurs, parmi d'autres, expliquent que l'ordonnance a consacré la dénomination « agent des sûretés », utilisée par les praticiens : « *celle-ci se réfère à la fonction et non au régime juridique du dispositif, qui précisément*

voulu trouver une place à l'agent des sûretés dans le Code civil, correspondant au titre III du livre IV relatif aux sûretés, il aurait été très étonnant qu'après les titres I et II respectivement consacrés aux sûretés personnelles et aux sûretés réelles, le titre III s'intitule « De l'agent des garanties » et ne traite que des garanties ; ce d'autant plus qu'il n'existe pas de définition de la garantie dans le Code civil. Une alternative à ce problème aurait donc été de profiter de la réforme pour définir dans le Code civil ce qu'est une garantie mais cela n'a pas été fait.

783. Le cas OHADA. Comme pour d'autres problématiques, le droit OHADA peut à ce sujet servir de modèle. En effet, l'article 1^{er} de l'AUS définit la sûreté comme « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ». En outre, l'article 5 de l'AUS énonce que l'agent des sûretés peut prendre « toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation ». De cette façon, très clairement, le droit OHADA établit en deux temps que l'action de l'agent des sûretés s'étend aux sûretés et aux garanties.

784. Le cas français. Dans le cas du droit français, le choix du législateur de conserver la qualification d'« agent des sûretés » et de mentionner, à l'article 2488-6 du Code civil, les termes « sûretés » et « garanties » semble *in fine* le plus opportun, le plus exhaustif et le plus protecteur de la sécurité juridique. De plus, toute confusion ou ambiguïté en la matière a pu être écartée grâce aux clarifications apportées par le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance.

785. Dans une opération de financement, il est très fréquent que les créanciers exigent toute sorte de sûretés afin de mieux se prévaloir contre les risques d'insolvabilité. Il est important de souligner que l'ouverture opérée par l'article 2488-6 du Code civil permet à l'agent des sûretés

rompt avec plusieurs règles du mandat de droit commun, et institue, comme l'énonce le rapport au Président de la République, un régime de fiducie spéciale. Elle suit en cela la pratique anglo-saxonne qui, sous couvert de security agent, utilise aussi bien le mécanisme du trust que celui de la parallel debt. » V. J.-F. Adelle et E. Gentil, « Le régime *ad hoc* de l'agent des sûretés de droit français devient l'égal du *security agent* anglo-saxon dans les financements syndiqués », *RTDF*, 2017, n° 2, p. 71.

de gérer des sûretés personnelles – telles que le cautionnement, la lettre d'intention et la garantie autonome – mais également d'effectuer des combinaisons de sûretés réelles et personnelles¹⁰⁸².

786. Les sûretés de droit français absentes du Code civil. La création du titre III du livre IV intitulé « De l'agent des sûretés » pourrait vouloir dire, en raison de la place de ce titre au sein du Code civil (juste après le titre II consacré aux sûretés réelles), que l'agent des sûretés ne peut gérer que les sûretés prévues dans le Code civil. Comme on l'a déjà signalé, le Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance précise expressément à ce sujet que le champ d'application de l'ordonnance « *est élargi à toutes les sûretés et garanties et n'est plus limité aux seules sûretés réelles : l'agent des sûretés pourra désormais également gérer les sûretés personnelles mais également les promesses de sûretés ou encore les sûretés de droit étranger, sans être limité aux sûretés énumérées dans le Code civil, le Code de commerce et le Code monétaire et financier*¹⁰⁸³ ». Il est donc admis, théoriquement, que l'agent des sûretés peut gérer tout type de sûretés ; toutefois, une telle possibilité reste à prouver dans la pratique pour certaines sûretés, notamment le bordereau Dailly, le nantissement d'outillage et de matériel d'équipement, le nantissement de compte-titres, ou encore le privilège du prêteur de deniers. En effet, ces garanties exigent une qualité particulière du bénéficiaire ; une question qui sera résolue par la loi de ratification de l'ordonnance¹⁰⁸⁴.

2. Les sûretés de droit étranger

787. La précision apportée par le rapport. Si l'ancien article 2328-1 du Code civil permettait, de façon générale, à l'agent des sûretés de prendre des sûretés réelles, il n'était pas certain qu'il était aussi compétent pour prendre des sûretés réelles de droit étranger. S'il le faisait, le risque existait qu'un juge français ne reconnaisse pas la sûreté réelle étrangère comme étant une sûreté réelle selon la conception de l'article 2328-1. Les textes introduits dans le Code civil par la réforme de 2017 ne sont cependant pas explicites en ce qui concerne la possibilité, pour l'agent des sûretés, de prendre des sûretés de droit étranger. C'est le Rapport au Président

¹⁰⁸² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 14 : « Pour répondre de façon satisfaisante aux attentes des membres de la syndication, qui souhaitent maîtriser des risques très divers, l'agent des sûretés doit pouvoir appréhender un security package de garanties tout aussi variées, qui vont au-delà des seules sûretés réelles, pour comprendre aussi, notamment, des sûretés personnelles. Il est ainsi fréquent que des sûretés réelles et personnelles soient imbriquées, avec par exemple une sûreté réelle qui ne garantit pas la dette principale mais celle d'une caution solidaire, ou encore une même caution qui consent à la fois un cautionnement classique et un cautionnement réel. »

¹⁰⁸³ Rapport précité.

¹⁰⁸⁴ V. chapitre 8 de cette thèse.

de la République précité qui est venu apporter, encore une fois, un éclaircissement précieux sur cette problématique. En effet, le document affirme que l'agent des sûretés peut gérer toutes les sûretés et garanties, y compris les sûretés de droit étranger. La souplesse dont fait ici preuve l'ordonnance est compréhensible, car dans une opération de crédit syndiqué, à vocation transnationale, il est fréquent qu'interviennent des sûretés de droit étranger.

788. Agent des sûretés de droit étranger. Le fait que l'agent des sûretés puisse gérer des sûretés ou garanties de droit étranger est un argument fort en faveur de la position selon laquelle l'agent peut être une personne étrangère. Dans ce cas, il est logique que l'agent préfère prendre, dans la mesure où l'opération le permet, des sûretés dont il connaît le régime.

789. Respect du droit national. Le droit dont dispose désormais l'agent des sûretés de gérer des sûretés de droit étranger n'est cependant pas sans limite. En effet, il est normal que les praticiens respectent le droit national auquel la sûreté de droit étranger est soumise, notamment si celle-ci venait à être réalisée¹⁰⁸⁵.

790. En matière de sûretés et de garanties, on constate donc que la volonté du législateur de 2017 a été d'ouvrir le dispositif. Il est manifeste que toute sorte de sûreté ou de garantie, de droit français ou étranger, peut être désormais gérée par l'agent des sûretés du Code civil.

B. La liberté au regard de sa mission

791. Liberté de détermination des compétences. Le principe de liberté contractuelle implique aussi une libre détermination des pouvoirs dont dispose l'agent des sûretés. La mention, par l'article 2488-7 du Code civil, de l'étendue de ces pouvoirs montre que les parties bénéficient, dans le respect des limites posées par le Code civil, d'une liberté de détermination des compétences de l'agent des sûretés.

792. Absence d'une « présomption de pouvoir ». Le nouveau régime n'a cependant pas établi une « présomption de pouvoir » en faveur de l'agent comme c'est le cas pour le fiduciaire. En effet, l'article 2023 du Code civil reconnaît au fiduciaire une présomption de pouvoir à

¹⁰⁸⁵ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 17.

l'égard des tiers de bonne foi¹⁰⁸⁶. Cette présomption aurait pu être envisagée pour l'agent des sûretés mais l'article 2488-8 du Code civil l'écarte en précisant que ce dernier doit faire mention de sa qualité dans l'exercice de sa mission¹⁰⁸⁷.

793. Bien que le régime de l'agent des sûretés soit principalement régi par le principe de liberté contractuelle, plusieurs règles applicables à ses pouvoirs (1) et à son éventuelle défaillance (2) ont néanmoins été prévues.

1. Les pouvoirs de l'agent

794. En tant que seul titulaire des sûretés, l'agent dispose d'un pouvoir général en ce qui concerne la vie des sûretés (a). Afin d'exercer au mieux ce pouvoir général, il dispose aussi de pouvoirs spécifiques (b) déterminés par la loi.

a) Le pouvoir général de l'agent sur les sûretés

795. L'agent des sûretés dispose d'un pouvoir général de prendre (i), inscrire (ii), gérer (iii) et réaliser (iv) toute sûreté ou garantie conformément à ce qu'énonce l'article 2488-6 du Code civil¹⁰⁸⁸.

i. La prise des sûretés

796. La mission première et principale de l'agent des sûretés est de constituer des sûretés au profit des créanciers de l'obligation garantie. C'est en leur nom qu'il prend les sûretés et en devient titulaire. Bien que les sûretés soient prises au profit des créanciers, ceux-ci ne sont pas nommés dans l'acte. Pour l'emprunteur, l'agent des sûretés devient donc l'interlocuteur principal en matière de sûretés et de garanties dans le cadre de l'opération de financement sachant qu'interlocuteur principal ne veut pas forcément dire interlocuteur unique et exclusif étant donné que le chef de file et les créanciers ont leur mot à dire dans cette négociation. Si l'agent des sûretés est aussi l'agent du crédit, il est certain que son rôle dans la mise en place du *security package* est très important.

¹⁰⁸⁶ L'article 2023 du Code civil dispose : « Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs. »

¹⁰⁸⁷ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁸⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 41-44.

ii. L'inscription des sûretés

797. L'agent des sûretés peut inscrire les sûretés tout seul, sans que les créanciers au profit desquels il agit n'interviennent. Ce pouvoir comprend celui de procéder au renouvellement des inscriptions. Les noms des créanciers ne sont pas mentionnés dans l'inscription mais uniquement celui de l'agent des sûretés qui doit indiquer sa qualité d'agent des sûretés, conformément à l'article 2488-8 du Code civil qui dispose effectivement que lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers, il doit faire expressément mention de sa qualité.

798. Précision du droit OHADA. L'article 7 de l'AUS du droit OHADA est, pour sa part, plus explicite que l'article 2488-8 du Code civil dans la mesure où il indique que toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés. Alors que l'article 2488-8 emploie une approche générale car il indique que « *lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de l'obligation garantie, il doit faire expressément mention de sa qualité* ».

799. Souplesse du mécanisme. Le fait que seul le nom de l'agent des sûretés soit inscrit dans les registres d'inscription des différentes sûretés est l'élément qui permet d'assurer la souplesse du mécanisme en cas de changement au sein du syndicat bancaire ou de l'agent des sûretés. Dans un tel cas, la flexibilité se manifeste par le fait qu'il n'est pas nécessaire de renouveler l'inscription de la sûreté.

iii. La gestion des sûretés

800. La tâche de gestion de sûretés, consacrée par l'article 2488-6 du Code civil, doit être entendue à la lumière de l'article 2488-7 du même code. Si l'article 2488-6 évoque une mission extrêmement large, générale et permanente en employant la formule « *toute sûreté peut être gérée par un agent des sûretés* », l'article 2488-7 vient la limiter en imposant que l'acte désignant l'agent des sûretés fasse mention de l'objet de sa mission et de l'étendue de ses pouvoirs. Effectivement, la mission de « gérer » des sûretés doit être définie et précisée à travers un encadrement des pouvoirs dans l'acte de nomination de l'agent des sûretés. La mission de gérer les sûretés se trouve ainsi à la fois indiquée à l'article 2488-6 et à l'article 2488-7 du Code civil. Cependant, l'acte désignant l'agent des sûretés doit préciser cette mission. La gestion des sûretés comporte de nombreuses actions : l'agent des sûretés devra veiller à la validité des

sûretés, conserver et entretenir les biens donnés en garantie, garantir le respect des obligations d'information aux créanciers, etc.

iv. La réalisation des sûretés

801. Un acteur clé. En cas de défaillance de l'emprunteur, l'agent des sûretés doit organiser la réalisation des sûretés. C'est dans cette situation que son action est particulièrement déterminante si on la compare à l'hypothèse, par exemple, d'une faillite sans agent des sûretés. Dans ce dernier cas, il semble très difficile que les créanciers trouvent un accord sur le sort des sûretés. En effet, parmi eux, certains vont faire prévaloir leur droit de réalisation sans tenir compte des intérêts des autres. De plus, l'agent des sûretés doit demander l'avis du syndicat des créanciers. Ceux-ci, en application de leur accord, décideront s'ils veulent ou non réaliser les sûretés selon la règle de la majorité qualifiée. En ce qui concerne les sûretés réelles, l'agent des sûretés pourra procéder à la vente forcée des biens donnés en garantie, exiger leur attribution judiciaire et mettre en œuvre les pactes commissaires. En tant que titulaire des sûretés personnelles, l'agent des sûretés pourra aussi faire appel au garant.

802. Le produit de la réalisation. Par ailleurs, l'alinéa 3 de l'article 2488-6 du Code civil précise que « *les biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre* ». En vertu de cette disposition, les biens issus de la réalisation d'une sûreté feront partie du patrimoine de l'agent des sûretés. L'argent tiré de la vente de ces biens sera ensuite distribué entre les créanciers en fonction de leur part dans le montant du crédit et en application de conventions intra-créancières prévoyant une hiérarchisation des créances. Par ailleurs, il est fréquent que dans un tel accord, il soit prévu que l'agent des sûretés est prioritaire dans l'ordre des paiements.

b) **Les pouvoirs spécifiques de l'agent de l'agent**

803. Si l'agent dispose d'un pouvoir général sur les sûretés et garanties qui lui sont confiées, l'un des grands apports du nouveau régime est la création de plusieurs nouvelles compétences par rapport à ce que prévoyait l'ancien article 2328-1 du Code civil : la faculté d'agir en justice (1) et celle de procéder à la déclaration de créance lors d'une procédure collective (2). Ces deux prérogatives, prévues à l'article 2488-9 du Code civil, permettent d'assurer l'efficacité du pouvoir général de l'agent.

i. Le droit d'ester en justice

804. Une avancée importante. Le pouvoir d'exercer une action en justice en défense des intérêts des créanciers est l'une des principales avancées de l'ordonnance du 4 mai 2017. En effet, il s'agit d'un changement important si on compare l'actuel régime avec l'antérieur ou avec celui du contrat de mandat. Cette possibilité d'agir en justice est une conséquence de la qualité de titulaire des sûretés de l'agent. Tout en précisant cette faculté, l'ordonnance de 2017 laisse cependant une grande liberté dans ce domaine. En effet, les banques peuvent ne pas donner cette faculté à l'une d'entre elles ou un établissement bancaire peut ne pas vouloir disposer de cette faculté afin de préserver ses relations commerciales bilatérales avec le débiteur.

805. Des actions diverses. En vertu de ce droit d'agir en justice, l'agent des sûretés peut former des recours concernant des sujets très différents : la validité d'une sûreté, son opposabilité, sa réalisation ; des mesures conservatoires ; l'évaluation d'un actif ; l'engagement de responsabilité d'un tiers ou du débiteur, etc.¹⁰⁸⁹

ii. La déclaration de créances

806. Une précision opportune. Dans le cadre des droits octroyés par l'article 2488-9 du Code civil à l'agent des sûretés, ce dernier peut déclarer des créances dans le cadre d'une procédure collective. Cette précision apportée par l'ordonnance du 4 mai 2017 est opportune. En effet, la réforme est venue mettre fin aux doutes exprimés par la pratique quant à la faculté de l'agent de déclarer des créances aux organes intervenant dans ce type de procédure sous l'empire de l'ancien régime. Cette faculté a pu être considérée comme contraire au principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur*¹⁰⁹⁰ ».

807. Une demande en justice. La jurisprudence a considéré que la déclaration de créances dans le cadre d'une procédure collective équivalait à une demande en justice¹⁰⁹¹ tandis qu'une

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 46.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ V. les arrêts déjà cités dans cette thèse : Cass. Ass. plén., 26 janvier 2001 n° 99-15.153 : « *La recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne pouvait pas suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration des créances ou dans le délai légal de cette déclaration.* » Cass. Ass. plén., 4 février 2011, n° 09-14.619 (qui a accepté que le pouvoir spécial puisse être établi par le créancier jusqu'au jour où le juge statue).

partie de la doctrine ne partageait pas cet avis et y voyait un acte conservatoire¹⁰⁹². Afin d'éviter toute confusion, les rédacteurs de l'ordonnance de 2017 ont choisi de mentionner expressément la faculté de l'agent des sûretés de déclarer les créances lors d'une procédure collective. En comparaison, le législateur OHADA, à l'alinéa 2 de l'article 8 de l'AUS, a préféré une formule plus générale mais qui n'enlève rien à l'intelligibilité de ce pouvoir : « *dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de la ou des obligations garanties, l'agent des sûretés peut intenter toutes actions pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, la seule indication qu'il intervient en sa qualité étant suffisante.* »

808. La qualité de la personne. La première question qu'il convient de se poser à cet égard est celle de la qualité de la personne qui peut procéder à la déclaration de la créance dans le cadre de la procédure collective. L'article L. 622-24 du Code de commerce dispose que la déclaration de créance peut être faite « *par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix* ». De prime abord, l'agent des sûretés ne rentre dans aucune de ces catégories, sauf s'il est créancier et déclare sa part de créance. Or, dans un souci d'interprétation exacte, il convient de considérer que la loi la plus précise prévaut sur la plus générale. Par conséquent, c'est l'article 2488-9 du Code civil, en tant que norme précise, qui prime l'article L. 622-24 du Code de commerce malgré le principe selon lequel le livre VI du Code de commerce (consacré aux procédures collectives) prime les autres normes du Code civil¹⁰⁹³.

809. La question de l'article L. 622-24 du Code de commerce. Une deuxième question en la matière porte sur l'application de l'article L. 622-24 du Code de commerce. Cet article dispose que les créanciers titulaires d'une sûreté publiée doivent être avertis personnellement en cas d'ouverture d'une procédure collective. Or, si un agent des sûretés a été désigné, la qualité de créancier et celle de titulaire de la sûreté sont séparées et un doute peut surgir quant à la personne qui devra être avertie. La raison de la règle est d'éviter la forclusion du délai de déclaration de la créance. Une telle protection vise les droits des créanciers mais, en pratique, c'est le nom de l'agent des sûretés qui apparaît dans la publication de la sûreté. C'est donc lui qui devra être averti pour protéger les droits des créanciers¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 46. Voir note de bas de page n° 5.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 47.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

810. En théorie, l'application de l'article 2488-9 du Code civil pourrait s'étendre à toutes les actions visant la conservation, la gestion ou la réalisation de sûretés. Cependant, en pratique, le champ d'action de l'agent est limité par les pouvoirs qui lui ont été accordés par les créanciers dans le contrat l'ayant désigné.

2. La défaillance de l'agent

811. Il s'agit ici d'étudier la question de la défaillance de l'agent des sûretés non pas au sens d'insolvabilité financière, risque neutralisé par l'existence d'un patrimoine d'affectation, mais au sens de toute dérive ou dysfonctionnement au regard de sa mission et des compétences qui lui ont été attribuées. Les moyens de régler une telle situation sont : le remplacement de l'agent (a) et/ou l'engagement de sa responsabilité (b).

a) Le remplacement de l'agent des sûretés

812. Le remplacement de l'agent des sûretés est possible dans les conditions mentionnées par le premier alinéa de l'article 2488-11 du Code civil mais le contrat de désignation peut aussi prévoir d'autres situations (i). Le remplacement d'un agent entraîne plusieurs conséquences précisées par la loi (ii).

i. Les hypothèses de remplacement

813. Les hypothèses prévues par le contrat. L'article 2488-11 du Code civil mentionne trois cas de figure pouvant être invoqués par un ou plusieurs créanciers de l'obligation garantie pour demander en justice le remplacement de l'agent : le manquement à ses devoirs, la mise en péril des intérêts confiés par les créanciers et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à son encontre. Ces hypothèses correspondent à celles prévues en droit OHADA (article 10 de l'AUS). En dehors de ces trois hypothèses, les parties sont aussi libres de prévoir d'autres cas de remplacement dans le contrat. En effet, les créanciers peuvent évidemment introduire, dans le contrat de désignation de l'agent, une clause précisant les modalités de son remplacement. En principe, plusieurs hypothèses de remplacement peuvent ainsi être envisagées mais la loi limite les cas dans lesquels les parties pourront réellement demander une substitution de l'agent au juge. En effet, l'article 2488-11 du Code civil n'est pas d'ordre public et peut donc être écarté par la volonté des parties. Dès lors, il se pourrait que les parties tentent de remplacer l'agent en cas, par exemple, d'ouverture d'une procédure collective à l'étranger, d'une procédure de

mandat *ad hoc*, ou encore d'une conciliation (articles L. 611-1 et suivants du Code de commerce)¹⁰⁹⁵. Une telle tentative pourrait cependant être jugée abusive et entraîner l'engagement de la responsabilité des créanciers¹⁰⁹⁶.

814. Les hypothèses prévues par la loi. L'article 2488-11 du Code civil dispose qu'en l'absence d'une clause prévoyant les conditions de remplacement de l'agent des sûretés et dans l'hypothèse où l'agent viendrait à manquer à ses devoirs, mettre en péril les intérêts des créanciers ou faire l'objet de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire, de rétablissement professionnel, de surendettement ou de résolution bancaire¹⁰⁹⁷, tout créancier bénéficiaire des sûretés et garanties en question peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés défaillant dans l'un des trois cas précédemment mentionnés (article 2488-11 du Code civil).

815. Encadrement de la révocation. Encadrée par le contrat ou l'article 2488-11 du Code civil, la procédure de révocation de l'agent des sûretés diffère du régime de révocation *ad nutum* prévu par le droit des contrats (l'article 2004 du Code civil dispose que « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble »). L'article 2488-11 semble donc plus proche du système de révocation pour justes motifs du gérant de SARL ou du directeur général de SA. En effet, les articles L. 223-25 et L. 223-55 du Code de commerce prévoient un régime un peu plus encadré puisqu'ils exigent que la révocation du dirigeant se fasse pour « juste motif »¹⁰⁹⁸.

816. Similitudes avec le droit OHADA. Par ailleurs, la rédaction de l'article 2488-11 du Code civil est similaire à celle de l'alinéa 3 de l'article 10 de l'AUS selon lequel l'acte désignant l'agent des sûretés « *peut également prévoir les conditions de remplacement de l'agent des sûretés si celui-ci manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif. En l'absence de dispositions contractuelles en ce sens, les créanciers de l'obligation garantie peuvent, dans les hypothèses précitées, demander à la juridiction compétente, statuant à bref délai, la*

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 59 voir note de bas de page n° 5.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 59.

¹⁰⁹⁷ Les deux dernières ont été ajoutées par la loi de ratification, v. chapitre 8 de cette thèse.

¹⁰⁹⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 59.

nomination d'un agent des sûretés provisoire ou solliciter le remplacement de l'agent des sûretés ».

817. Une formule protectrice. Les trois cas cités par l'AUS et le Code civil semblent assez généraux pour pouvoir s'appliquer à tout type de situation. La formule choisie est très protectrice à double titre : d'une part, au regard de la généralité des cas mentionnés et, d'autre part, par le fait que même en cas d'oubli dans le contrat de la mention d'une telle possibilité, la loi donne la faculté aux créanciers de demander le remplacement de l'agent dans trois hypothèses.

818. Similitudes avec la fiducie. Enfin, il reste à préciser que l'article 2488-11 du Code civil s'inspire de l'article 2027 du même code applicable à la fiducie aux termes duquel : *« en l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant »*. Les trois cas pouvant entraîner un remplacement de l'agent des sûretés sont bien précisés à l'article 2027 du Code civil. L'expression générale « procédures collectives » n'est pas employée dans cette disposition et sont uniquement mentionnées les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, le cas de la liquidation étant différent. L'article 2029 du Code civil précise quant à lui le sort du contrat de fiducie en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire : celui-ci prend fin lorsque le fiduciaire est mis en liquidation judiciaire, sauf si le contrat prévoit des conditions dans lesquelles il pourra se poursuivre.

819. Absence de délai. De plus, un délai pour procéder au remplacement est prévu dans le régime de la fiducie. L'article 11 de l'AUS indique que si les créanciers demandent au juge de remplacer l'agent des sûretés ou d'en nommer un provisoire, la juridiction compétente statue dans de brefs délais. En revanche, l'article 2488-11 du Code civil ne prévoit rien en ce sens mais les créanciers pourront toujours avoir recours à la procédure du référé (articles 872 et suivants du Code de procédure civile) qui peut être initiée en cas d'urgence afin obtenir une

décision provisoire ; une démarche qui paraît spécialement adaptée en cas de demande tendant à faire nommer un agent provisoire¹⁰⁹⁹.

ii. Les conséquences du remplacement

820. La transmission du patrimoine fiduciaire. Selon le dernier alinéa de l'article 2488-11 du Code civil, « *tout remplacement conventionnel ou judiciaire de l'agent des sûretés emporte de plein droit transmission du patrimoine affecté au nouvel agent des sûretés* ». Cette disposition est comparable à ce qui est prévu en droit OHADA et pour le fiduciaire. En effet, le dernier alinéa de l'article 10 de l'AUS énonce : « *en cas de remplacement de l'agent des sûretés, qu'il soit de source conventionnelle ou judiciaire, tous les droits et toutes les actions que celui-ci détient dans l'intérêt des créanciers de la ou des obligations garanties sont transmis de plein droit et sans autre formalité au nouvel agent des sûretés* ». De façon un peu surprenante, cette disposition ne fait pas de mention explicite à la transmission de patrimoine d'affectation mais indique que « *tous les droits et toutes les actions que [l'agent des sûretés] détient dans l'intérêt des créanciers de la ou des obligations garanties sont transmis de plein droit* ». Cette omission peut paraître étonnante étant donné que l'article 9 de l'AUS fait bien référence au « patrimoine affecté ». Néanmoins, on peut considérer que la formule de l'article 10 est générale et englobe bien le patrimoine d'affectation¹¹⁰⁰.

821. Le cas de la fiducie. Dans le cas de la fiducie, l'article 2027 du Code civil dispose que « *la décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant* ». En outre, une pratique répandue en matière de fiducie consiste à inclure dans les contrats une liste

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 60.

¹¹⁰⁰ *Ibid.* Y. Berrada considère que le droit OHADA « *est plus détaillé sur ce point en ne mentionnant pas uniquement la transmission du "patrimoine affecté" mais également celle de "tous les droits et toutes les actions que [l'agent des sûretés] détient dans l'intérêt des créanciers"* ». Un autre auteur émet la réflexion suivante : « *La trivialité du terme "remplacement" masque un processus assez complexe, qui implique une transmission du patrimoine d'affectation (C. civ., art. 2488-11, al. 2), et donc un changement de titularité des sûretés, ce qui imposera, le cas échéant, l'accomplissement de certaines formalités (modification des inscriptions d'hypothèques ou de gages, nouvelle notification aux débiteurs de créances cédées ou nanties, transfert de possession des biens gagés, etc.). Il se pourrait même que le remplacement n'emporte pas conclusion d'un nouveau contrat d'agent, mais cession de celui qui avait été initialement conclu, l'agent substitué succédant ainsi aux obligations mais aussi aux droits (ex. rémunération) de son prédécesseur. Une question du même genre pourrait d'ailleurs se poser lorsque l'un des créanciers cède à un tiers sa participation dans le crédit. L'agent exerçant désormais sa mission pour le compte du cessionnaire, il ne serait pas absurde que ce dernier doive assumer la charge de le rémunérer pour la période postérieure. Il y aurait, là encore, une cession de contrat* », in M. Julienne, *loc. cit.*, n° 114m2, p. 461.

de fiduciaires provisoires ou remplaçants. Cette pratique pourrait être mise en place dans le cadre des contrats d'agent des sûretés¹¹⁰¹.

822. La protection des créanciers. La substitution de l'agent des sûretés a des conséquences directes sur le sort du patrimoine d'affectation. À cet égard, une lecture combinée des articles 2488-6 (alinéa 3), 2488-10 et 2488-11 du Code civil permet d'expliquer, globalement, quelle est la protection dont les créanciers bénéficient grâce au patrimoine d'affectation. Celle-ci peut être résumée comme suit :

- Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci.
- Les droits et biens du patrimoine d'affectation ne peuvent être saisis que par les titulaires des créances nées de leur conservation ou de leur gestion.
- Par conséquent, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur le patrimoine d'affectation.
- Le remplacement de l'agent des sûretés emporte de plein droit la transmission du patrimoine d'affectation au nouvel agent des sûretés.

823. Enfin, précisons que la procédure de remplacement n'engendre pas uniquement des effets sur le patrimoine d'affectation ; elle emporte aussi des conséquences quant à la responsabilité de l'agent des sûretés.

b) La responsabilité de l'agent des sûretés

824. La responsabilité de l'agent des sûretés a pour fondement l'article 2488-12 du Code civil qui énonce que ce dernier est « *responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ».

i. La responsabilité contractuelle

825. Responsabilité de droit commun. Par principe, l'agent des sûretés est soumis à la responsabilité contractuelle de droit commun. C'est ce que rappelle le rapport accompagnant l'ordonnance : « *l'article 2488-12 rappelle que l'agent des sûretés est responsable des fautes qu'il commet dans l'accomplissement de sa mission, à l'égard de ses cocontractants comme à l'égard des tiers, conformément aux règles du droit commun de la responsabilité civile* ».

¹¹⁰¹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 60.

(articles 1240 du code civil en matière extracontractuelle et 1231-1 en matière contractuelle)¹¹⁰² ». En effet, étant nommé par le biais d'un contrat, le régime qui lui est applicable est fondamentalement le régime contractuel régi par les articles 1231 à 1231-7 du Code civil. Selon ce cadre juridique, l'agent peut voir sa responsabilité engagée en cas de mauvaise exécution du contrat ou de non-respect d'une obligation contractuelle. Or, compte tenu du fait que le cœur du contrat désignant un agent est la gestion de sûretés, tout ce qui concerne la prise, la gestion et la réalisation des garanties au sens large peut entraîner une mise en cause de sa responsabilité. Par exemple, cela est le cas si une sûreté n'est pas rendue opposable en raison d'un manquement de l'agent ou si elle n'est pas réalisée ; ou encore, si l'agent oublie de déclarer une créance lors d'une procédure collective¹¹⁰³. Toutefois, pour engager la responsabilité de l'agent des sûretés, l'article 1197 du Code civil exige la démonstration d'un manque de « soins raisonnables » en cas d'obligation de moyens et une absence de cause étrangère en cas d'obligation de résultat (article 1231-1 du Code civil). Dans tous les cas, le préjudice subi par l'autre partie, c'est-à-dire les créanciers membres du *pool*, doit être démontrée en tant que conséquence immédiate et directe de la faute contractuelle (article 1231-4 du Code civil)¹¹⁰⁴.

826. La responsabilité du mandataire salarié en droit OHADA. En droit OHADA, l'article 11 de l'AUS dispose que la responsabilité de l'agent des sûretés s'apprécie comme celle d'un mandataire salarié. Cependant, la même disposition prévoit qu'une autre manière d'évaluer la responsabilité de l'agent peut être prévue dans le contrat qui l'a désigné. Cette analogie avec l'article 11 donne un ordre d'idées du régime qui pourrait être appliqué en droit français. Une comparaison peut à cet égard être établie avec le régime du mandataire salarié prévu à l'article 1992 du Code civil selon lequel « *le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui*

¹¹⁰² Rapport précité.

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 55.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

reçoit un salaire ». La jurisprudence établissant une présomption de faute du mandataire s'il est constaté une inexécution du contrat pourrait ainsi être appliquée à l'agent des sûretés¹¹⁰⁵.

827. La responsabilité sur son patrimoine propre. L'article 2488-12 du Code civil prévoit que c'est sur son patrimoine propre que l'agent est responsable. Conformément à la logique fiduciaire (l'article 2026 applicable à la fiducie¹¹⁰⁶ équivaut à l'article 2488-12) et à l'esprit de l'ordonnance (le Rapport au Président de la République affirme à ce propos : « *bien entendu, s'il est condamné à indemniser les créanciers, l'agent des sûretés engage alors son patrimoine personnel*¹¹⁰⁷ »), le patrimoine d'affectation ne peut donc être utilisé pour réparer les préjudices causés par l'agent.

ii. La limitation de la responsabilité de l'agent des sûretés

828. Régime supplétif. La responsabilité de l'agent des sûretés, prévue à l'article 2488-12 du Code civil, est un régime supplétif, c'est-à-dire qu'il peut être écarté par la volonté des parties. Le rapport accompagnant l'ordonnance de 2017 est très clair à ce sujet : « *Sa responsabilité contractuelle ne sera engagée que dans les limites éventuellement prévues au contrat, dans les conditions du droit commun, étant rappelé que les clauses limitatives ou évasives de responsabilité contractuelle sont valables en droit français, conformément au principe de liberté contractuelle, sauf faute lourde ou dolosive, et à condition qu'elles ne privent pas de sa substance l'obligation essentielle du débiteur en application de l'article 1170 du code civil*¹¹⁰⁸. » L'article 1170 du Code civil énonce, en effet, que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». La clause est donc valable tant qu'elle ne prive pas de sa substance l'une des obligations essentielles reposant sur

¹¹⁰⁵ « *Attendu que si le mandataire est, sauf cas fortuit, présumé en faute du seul fait de l'inexécution de son mandat, cette présomption ne saurait être étendue à l'hypothèse d'une mauvaise exécution de ce dernier* » (Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1989, n° 87-16.530). Y. Berrada, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁰⁶ L'article 2026 du Code civil dispose : « *Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.* »

¹¹⁰⁷ Rapport précité.

¹¹⁰⁸ *Ibid.* Le *Vocabulaire Juridique* de G. Cornu (p. 452), déjà cité, définit la faute lourde comme étant un « *comportement qui dénote chez son auteur, soit l'extrême sottise, soit l'incurie, soit une grande insouciance à l'égard des dangers que l'on crée* » et la faute dolosive comme la « *faute contractuelle [...] caractérisée par le fait que le débiteur, malhonnête, manque sciemment à ses obligations* ». Les praticiens prévoient souvent la réserve de la faute lourde ou dolosive à travers les notions de *gross negligence* et de *wilful misconduct* (Y. Berrada, *op. cit.*, p. 57, note de bas de page n° 6).

l'agent des sûretés. Néanmoins, ces clauses sont uniquement applicables aux parties (c'est-à-dire aux créanciers et à l'agent des sûretés) et non aux tiers¹¹⁰⁹.

829. Le cas du droit OHADA. L'article 11 de l'AUS est lui aussi explicite en la matière en énonçant qu'il s'applique à défaut de disposition contraire dans l'acte désignant l'agent des sûretés : « *À défaut de disposition contraire dans l'acte le désignant, la responsabilité de l'agent des sûretés à l'égard des créanciers de la ou des obligations garanties s'apprécie*

¹¹⁰⁹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 57. V. Cass. 2^e civ., 28 novembre 1962 :

« ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A LA DECISION DEFEREE D'AVOIR DECIDE QUE LA CLAUSE AFFICHEE A L'INTERIEUR DE L'AVION, SELON LAQUELLE LE TRANSPORTEUR DECLARAIT S'EXONERER, CONFORMEMENT AUX DISPOSITIONS DES ARTICLES 42 ET 48 DE LA LOI DU 31 MAI 1924, DE LA RESPONSABILITE QUI POURRAIT LUI INCOMBER A RAISON DES RISQUES DE L'AIR ET DES FAUTES COMMISES PAR TOUTE PERSONNE EMPLOYEE A BORD DANS LA CONDUITE DE L'AERONEF, NE S'APPLIQUAIT PAS, LADITE CLAUSE NE VISANT QUE LES VOLS DE LONGUE DUREE ET QUE, TEL N'ETAIT PAS LE CAS EN L'ESPECE, ALORS QU'UNE TELLE INTERPRETATION DE CETTE STIPULATION NE TROUVERAIT SA JUSTIFICATION NI DANS LA LOI, NI DANS LES PARTICULARITES DE LA NAVIGATION AERIENNE ET QUE S'AGISSANT D'UN AVION DE TOURISME, LE VOL AU COURS DUQUEL S'ETAIT PRODUIT L'ACCIDENT N'AURAIT PU SE VOIR REFUSER LA QUALIFICATION DE VOL A LONGUE DUREE SANS QUE FUSSENT EXPLIQUEES LES CIRCONSTANCES DE LA CAUSE PERMETTANT DE JUSTIFIER CE REFUS ;

MAIS ATTENDU QUE LA LOI DU 31 MAI 1924, QUI REGLEMENTE LE CONTRAT DE TRANSPORT PAR LA VOIE AERIENNE, EN SES ARTICLES 42 ET 48, DONNE AU TRANSPORTEUR LA FACULTE DE S'EXONERER CONVENTIONNELLEMENT DE TOUT OU PARTIE DE SA RESPONSABILITE ;

QU'ELLE NE SAURAIT AFFECTER QUE LA RESPONSABILITE DERIVANT DE L'INEXECUTION DUDIT CONTRAT ;

ATTENDU QU'EN L'ESPECE L'ACTION INTENTEE PAR DIZIER CONTRE SARDI ETAIT UNIQUEMENT FONDEE SUR LES ARTICLES 1382 ET 1383 DU CODE CIVIL ;

QUE SON ACTION DIRECTE CONTRE L'ASSUREUR DE CE DERNIER, AVEC LEQUEL IL N'AVAIT AUCUNE RELATION CONTRACTUELLE, N'ETANT PAS PARTIE AU CONTRAT D'ASSURANCE, NE POUVAIT AVOIR QUE LA MEME CAUSE JURIDIQUE ;

QUE LA COUR D'APPEL A STATUE SUR LA BASE DE L'ARTICLE 1382 ;

QUE LA DEMANDE DONT ELLE ETAIT SAISIE NE METTAIT DONC PAS EN JEU LES REGLES DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE ET L'APPLICATION DE LA LOI DU 31 MAI 1924, MAIS SEULEMENT CELLES QUI REGISSENT LA RESPONSABILITE QUASI DELICTUELLE ;

QU'EN CETTE MATIERE SONT NULLES LES CLAUSES D'EXONERATION OU D'ATTENUATION DE RESPONSABILITE, LES ARTICLES 1382 ET 1383 DU CODE CIVIL ETANT D'ORDRE PUBLIC ET LEUR APPLICATION NE POUVANT ETRE PARALYSEE D'AVANCE PAR UNE CONVENTION ;

QUE, DES LORS, LA CLAUSE D'IRRESPONSABILITE AFFICHEE A BORD DE L'APPAREIL NE POUVAIT ETRE OPPOSEE A DIZIER ;

D'OU IL SUIT QUE, PAR CES MOTIFS DE DROIT PUR, SUBSTITUES A CEUX DE L'ARRET, LA DECISION ATTAQUEE SE TROUVE LEGALEMENT JUSTIFIEE » ; V. également l'article 1234 du projet de réforme de la responsabilité civile (présenté en mars 2017) qui dispose : « Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite ».

comme celle d'un mandataire salarié. » Malgré l'omniprésence du principe de liberté contractuelle dans le régime de l'agent des sûretés et la clarté du Rapport au président accompagnant l'ordonnance de 2017 quant à la possibilité d'insérer des clauses limitatives ou élusives de responsabilité dans le contrat le désignant, il aurait pu être envisageable de suivre le modèle de l'article 11 de l'AUS et apporter plus de précisions sur cette question¹¹¹⁰. En effet, il s'agit d'un sujet essentiel dans la pratique contractuelle caractérisée par une insertion systématique de ce type de clauses dans les contrats d'agent des sûretés. Ainsi, par exemple, le modèle de convention de crédit de la LMA indique : « *la responsabilité de l'Agent des Sûretés ne pourra être engagée pour toute diminution de valeur ou toute responsabilité quelle qu'elle soit résultant des actes ou des omissions effectués au titre d'un Document de Financement, sauf faute lourde ou dol*¹¹¹¹. »

830. Responsabilité délictuelle et responsabilité pénale. Pour autant, outre sa responsabilité contractuelle, l'agent des sûretés peut voir engagée sa responsabilité par un tiers au contrat sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle¹¹¹². Enfin, il pourrait éventuellement aussi être poursuivi sur le fondement du droit pénal s'il commettait une infraction sanctionnée par le droit pénal des affaires. Dans ce cas, l'agent des sûretés étant, en général, une personne morale et non une personne physique, il sera soumis à l'article 121-2 du Code pénal qui prévoit que les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Par exemple, dans le cadre de son activité de caractère bancaire, un agent des sûretés pourrait se livrer à des actes de blanchiment d'argent (article 324-1 du Code pénal)¹¹¹³.

831. Conclusion de la section. Le nouveau régime de l'agent des sûretés contient peu de règles obligatoires et laisse une grande place à la liberté contractuelle, très propice au marché dans lequel évolue l'agent des sûretés. C'est pourquoi il peut être affirmé que la liberté contractuelle constitue l'un des principes directeurs de l'agent des sûretés mais également un élément déterminant dans sa réception en droit civil.

¹¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹¹ *Loan Market Association*, « French Law LMA Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement ». Cité par Y. Berrada, *op. cit.*, p. 57.

¹¹¹² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 58.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 58-59.

Section 2 : La nature fiduciaire, cadre de réception de l'agent des sûretés

832. Un véritable agent des sûretés. Contrairement à l'ancien article 2328-1 du Code civil qui décrivait un mécanisme sans le nommer, la nouvelle rédaction du Code civil depuis 2017 emploie expressément l'expression « agent des sûretés ». Il s'agit donc d'un contrat nommé¹¹¹⁴. Cette précision est importante puisqu'il est désormais certain qu'il s'agit d'un véritable « agent des sûretés » et non d'un dispositif proche comme on pouvait le penser s'agissant de l'ancien régime.

833. En créant sept articles dans le Code civil, l'ordonnance du 4 mai 2017 a précisé le régime de l'agent des sûretés. Cependant, les nouvelles dispositions ne définissent pas la notion d'agent des sûretés et ne précisent pas explicitement quelle est sa nature.

834. Un mécanisme à double facette. L'agent des sûretés du droit français est ainsi une figure juridique à double facette. D'une part, il est affirmé expressément qu'il agit dans le cadre d'un contrat solennel régissant les liens entre un groupe de créanciers et une personne chargée par eux d'administrer les sûretés dont ils bénéficient. D'autre part, le nouveau régime de l'agent des sûretés ne laisse planer aucun doute sur le fait qu'il s'agit d'un mécanisme de nature fiduciaire. En effet, même si le contrat d'agent des sûretés comprend des éléments relevant d'autres procédés de droit civil, il entre dans la catégorie de la fiducie dans la mesure où l'agent dispose d'un patrimoine d'affectation qu'il gère au profit de créanciers. Cette double facette, contractuelle et fiduciaire, trouve une cohérence dans la mission spécifique de l'agent dont l'objet est de prendre, inscrire, gérer et réaliser des sûretés et des garanties.

835. Enfin, notons que la liberté contractuelle est le principe directeur qui gouverne les deux principaux éléments du régime : le patrimoine d'affectation et la titularité des sûretés. Le premier élément fait de l'agent des sûretés un « fiduciaire *sui generis* » (§1), et le deuxième élément constitue une innovation en droit civil français (§2).

¹¹¹⁴ Y. Marjault, « Le renouveau du contrat d'agent des sûretés », *RLDC*, septembre 2015, n° 151, p. 33 ; V. aussi G.-A. Likillimba, « L'agent des sûretés et des garanties en droit français », *RTD Com.*, 2019, p. 533.

§1. Un fiduciaire sui generis

836. Comme l'indique le Rapport au Président de la République précité, l'agent des sûretés est un « fiduciaire spécial »¹¹¹⁵. Son régime contient donc des éléments en commun avec celui de la fiducie précisé aux articles 2011 et suivants du Code civil (A). En tant que fiduciaire, l'agent des sûretés dispose notamment d'un patrimoine d'affectation qui constitue un élément central du mécanisme (B).

A. La relation avec la fiducie du Code civil

837. La relation entre l'agent des sûretés et la fiducie de droit commun se manifeste par plusieurs éléments qui rapprochent les deux régimes (1) ; des traits particuliers qui ne rendent toutefois pas le régime du premier dépendant de celui du second (2).

1. Les liens entre la fiducie et l'agent des sûretés

838. Plusieurs éléments rapprochent le régime de l'agent des sûretés de celui de la fiducie du Code civil¹¹¹⁶. Certains sont de caractère historique, puisque la fiducie et l'agent des sûretés ont été créés par la même loi en 2007 (a), d'autres concernent la fonction d'administrateur de sûretés associée à ces deux dispositifs (b).

a) Des liens historiques

839. La même origine légale. La fiducie et l'agent des sûretés ont été introduits en droit civil français simultanément, à travers la loi n° 2007-2011 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Ce texte partait du constat selon lequel « *le Code civil ne prévoit ni ne régit d'institution équivalente au "trust" des pays de droit anglo-américain qui permet, en particulier, à une personne, le constituant (settlor), de transférer la propriété de droits lui appartenant à un "trustee", afin de les administrer, non dans l'intérêt propre de ce trustee mais pour réaliser un objet déterminé*¹¹¹⁷ ». ».

¹¹¹⁵ Dans ce sens, D. Robine écrit : « *l'agent des sûretés est avant tout un fiduciaire. La qualification est tacite mais résulte clairement du régime dessiné par les textes nouveaux.* » V. D. Robine, *loc. cit.*

¹¹¹⁶ V. M. Julienne, *loc. cit.*, n° 114m2, p. 461 ; G.-A. Likillimba, *loc. cit.*, p. 533.

¹¹¹⁷ Exposé des motifs de la proposition de loi instituant la fiducie.

840. Un objectif partagé. La création de la fiducie et de l'agent des sûretés participait à cet objectif d'instituer un instrument équivalent au *trust* du droit anglais. D'une part, la fiducie est devenue en droit français « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*¹¹¹⁸ ». D'autre part, l'agent des sûretés, introduit par l'article 16 de la loi du 19 février 2007, a été conçu comme un mécanisme permettant de constituer, inscrire, gérer et réaliser toute sûreté réelle pour le compte des créanciers de l'obligation garantie¹¹¹⁹. Son introduction en droit français était jugée particulièrement nécessaire, parce qu'il avait été constaté que « *les usages bancaires internationaux consistent à confier à une entité spécifique – “l'agent des sûretés” – le soin de prendre, de gérer le cas échéant et de réaliser les sûretés au profit de l'ensemble des créanciers. Or, actuellement, le droit français ne paraît pas offrir de mécanisme juridique véritablement satisfaisant pour régir cette institution*¹¹²⁰ ». Comme on l'a déjà relevé, en l'absence de figure juridique permettant d'exercer les fonctions d'un véritable agent des sûretés, le législateur était d'avis qu'« *une disposition particulière relative à la gestion des sûretés réelles*¹¹²¹ » devait être créée en parallèle à celle de la fiducie.

841. Outre une origine commune, les deux mécanismes se ressemblent aussi au regard des fonctions qu'ils impliquent.

b) Des liens fonctionnels

i. L'agent des sûretés en tant que complément de la fiducie

842. Les deux dispositifs ont été institués par le même texte dans le but d'importer le *trust* en France. Ainsi, la loi de 2007 a dès le début conçu l'agent des sûretés en tant que complément à la fiducie. Le législateur a effectivement reconnu que l'agent des sûretés « *n'a[vait] pas directement trait à la fiducie mais s'interprète plutôt comme un complément utile, notamment*

¹¹¹⁸ Article 2011 du Code civil.

¹¹¹⁹ Ancien article 2328-1 du Code civil.

¹¹²⁰ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie), p. 103.

¹¹²¹ *Ibid.*

*dans la perspective de financements internationaux mettant aux prises plusieurs créanciers titulaires de sûretés réelles*¹¹²² ».

843. Des techniques de gestion de sûretés. Précisément, le législateur a envisagé la fiducie comme une sûreté mais également comme une technique de gestion de sûretés déjà constituées. L'utilisation de la fiducie en tant que sûreté est prévue par les articles 2372-1 à 2372-5 du Code civil en ce qui concerne les biens meubles et par les articles 2488-1 à 2488-5 s'agissant des biens immeubles. À travers ce mécanisme, la propriété des biens meubles et immeubles peut être cédée « *à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030* »¹¹²³ du Code civil. Cette opération est connue sous le nom de « fiducie-sûreté ». Comme l'affirmait l'un des rapports élaborés au cours du processus législatif, « *la fiducie permettrait de confier à une seule et même personne – le fiduciaire – le soin de constituer, gérer et, le cas échéant, céder des sûretés au profit d'une pluralité de créanciers. La gestion des sûretés serait ainsi fortement facilitée, le fiduciaire agissant en qualité d'“agent des sûretés” comme dans le droit du trust anglo-saxon ou de la fiducie luxembourgeoise* »¹¹²⁴.

844. L'agent fiduciaire. Dès lors, un agent des sûretés peut être désigné par les créanciers comme fiduciaire dans le cadre d'une opération de financement. Le contrat de fiducie est alors conclu entre les banques et l'agent des sûretés qui, en tant que fiduciaire, gèrera, selon les modalités prévues par le contrat de fiducie, le patrimoine d'affectation contenant les droits et les biens qui y ont été placés par l'emprunteur afin de garantir son crédit. Outre la désignation des parties et du fiduciaire ainsi que la précision de ses missions, de ses pouvoirs (article 2018 du Code civil) et de la façon de rendre compte de sa gestion (article 2022 du Code civil), le contrat de fiducie indique quels biens font partie du patrimoine affecté (« les biens, droits ou sûretés transférés ») et la durée de leur affectation. Les mentions de l'article 2018 du Code civil sont exigées à peine de nullité. De plus, selon l'article 2011 du Code civil, le contrat de fiducie-sûreté peut porter sur les sûretés réelles et sur les sûretés personnelles qui sont détenues par le fiduciaire, au profit des bénéficiaires, jusqu'à leur réalisation. Le fiduciaire est ainsi habilité à déclarer les créances qui lui ont été transférées devant les organes chargés de conduire une

¹¹²² Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux au nom de la commission des lois le 1^{er} février 2007, sur la proposition de loi instituant la fiducie, p. 97.

¹¹²³ Article 2372-1 du Code civil.

¹¹²⁴ Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de Richemont, p. 18.

éventuelle procédure collective ouverte contre le débiteur et de réaliser dans ce cas les sûretés. Ces deux facultés du fiduciaire dispensent les créanciers de procéder eux-mêmes à la déclaration de leurs créances et à la réalisation de leurs sûretés. En ce sens, elles constituent un facteur de simplification et d'homogénéisation de la gestion du crédit.

ii. La fiducie en tant que droit commun

845. Un cadre fiduciaire. En adoptant la loi de 2007, le législateur visait à établir un régime de droit commun de la fiducie qui servirait de cadre à tous les autres mécanismes de nature fiduciaire. Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, le sénateur Marini indiquait en ce sens qu'« *il serait vain de mettre en exergue le fait que le système français est déjà enrichi de certaines fiducies “innommées”, c'est-à-dire qui n'ont pas reçu de la loi cette qualification mais qui en ont néanmoins les principales caractéristiques. En effet, d'une part, il n'est pas souhaitable d'introduire des mécanismes en cachant leur réalité juridique et en omettant de leur accorder la qualification qui leur est appropriée. D'autre part, la loi doit pourvoir de manière générale aux besoins des sujets de droit. Une loi permettra d'unifier le régime fiduciaire, alors que la multiplication des fiducies innommées implique le risque que des régimes multiples fleurissent, sans justification réelle derrière ces différences. La multiplication de ces fiducies innommées au champ d'application restreint illustre, de facto, la compatibilité de la fiducie et du droit français. Mais la loi perd de son caractère d'application générale dans de tels cas*¹¹²⁵ ».

846. Une telle intention explique l'introduction de la fiducie dans le Code civil : « *il est, sans doute, préférable que la loi consacrant la fiducie en droit français se limite à disposer des seuls éléments fondamentaux permettant de régir les aspects principaux de la fiducie, afin d'éviter d'encadrer trop strictement les diverses situations pouvant advenir. Le texte se doit de rester un texte général, “de droit commun” ; sa physionomie offre une grande liberté contractuelle aux personnes qui auront recours à cet instrument. Ceci conduit à préférer, comme proposé par certaines doctrines, l'insertion d'un régime de fiducie au sein du Code civil*¹¹²⁶. »

847. Un droit spécial. Si le régime de l'agent des sûretés de 2007 pouvait éventuellement mieux se comprendre en tant que « droit spécial » d'un « droit commun de la fiducie » et donc

¹¹²⁵ Exposé des motifs de la proposition de loi instituant la fiducie.

¹¹²⁶ *Ibid.*

comme un dispositif complémentaire de celui du fiduciaire, il n'est pas du tout certain qu'il en soit de même s'agissant du régime de l'agent des sûretés de 2017. Dans ce sens, un auteur regrettait : « *il reste que l'ordonnance a malheureusement omis de préciser l'essentiel, en adoptant un tel positionnement frileux : si l'agent des sûretés est effectivement un « fiduciaire spécial », ce qu'indique le rapport au président de la République, il eût fallu régler expressément la question sensible de la coordination entre droit commun et droit spécial de la fiducie. Sans évoquer, au surplus, l'hypothèse dans laquelle figurerait, parmi les sûretés gérées par l'agent, une fiducie-sûreté... À laisser subsister un tel flottement juridique, il n'est pas certain que l'on gagne la confiance totale des investisseurs*¹¹²⁷. » Et un autre auteur expliquait la situation de la manière suivante : « *le législateur a pu, sans grande difficulté, reconstruire l'agent des sûretés d'après le schéma général qu'offrait déjà la fiducie, mais sans le soumettre à son régime. Quoique le terme même [fiducie] n'apparaisse pas dans l'ordonnance, on en reconnaît au premier coup d'œil les traits essentiels : l'agent, qui “agit en son nom propre” (C. civ., art. 2488-6, al. 1^{er}), est directement “titulaire des sûretés et garanties ” (C. civ., art. 2488-6, al. 2), étant précisé que “les droits et biens acquis [...] dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre” (C. civ., art. 2488-6, al. 3). On éprouverait tout de même un léger scrupule à dire que l'on est en présence d'une fiducie spéciale. Cette appellation pourrait en effet laisser entendre que les articles 2011 et suivants constituent un “droit commun” de la fiducie, surplombant les dispositions propres à l'agent des sûretés et légitimes à régir celui-ci quant aux points dont son régime propre ne traite pas spécifiquement. Or, cela serait parfaitement contraire à l'esprit du texte : ainsi, le silence de l'ordonnance quant aux formalités auxquelles donne lieu la cession de participation de l'un des créanciers ne constitue nullement un appel au régime de la fiducie, lequel impose un enregistrement (C. civ., art. 2019), mais signifie au contraire que la cession échappe à toute formalité. Cet exemple montre que l'agent des sûretés doit être considéré comme une fiducie sui generis. Il convient donc, quitte à nuancer la règle au besoin, de partir du principe que les règles régissant la fiducie ne régissent pas l'agent des sûretés*¹¹²⁸. »

¹¹²⁷ B. Mallet-Bricout, « Un agent très spécial », *RTD civ.*, 2017, p. 740.

¹¹²⁸ M. Julienne, *loc. cit.*, n° 114m2, p. 461.

2. L'autonomie du régime de l'agent des sûretés

848. La nature imprécise de l'article 2328-1. L'article 2328-1 du Code civil était très lacunaire puisqu'il n'avait précisé ni la dénomination ni le régime ni la nature de l'agent des sûretés. L'espoir du législateur était que ce régime devienne compréhensible et efficace à la lumière du droit commun de la fiducie. Cependant, la doctrine n'a pas réussi à se mettre d'accord sur la nature de l'agent des sûretés de 2007. Ce manque de clarté a rendu plus difficile l'adhésion des praticiens à ce mécanisme qui, même en se référant au droit commun de la fiducie, restait incomplet et peu intelligible.

849. La nature précise du nouvel agent. Au regard de cette situation, le législateur de 2017 a considéré qu'il était indispensable de préciser la nature juridique de l'agent des sûretés afin d'éviter toute hésitation au moment d'appliquer son régime. L'ordonnance du 4 mai 2017 ne s'est donc pas uniquement inspirée du régime de la fiducie mais aussi d'autres figures civilistes tel le contrat de mandat. Le législateur a également pris en compte les propositions de Paris Europlace et du congrès des notaires de France. Toutefois, le principal modèle de cette réforme a été l'agent des sûretés du droit OHADA.

850. Un régime clair et précis. Tout d'abord, on peut relever que les articles 2488-6 et suivants du Code civil ne sont pas beaucoup plus explicites que l'article 2328-1 du Code civil en ce qui concerne la nature de l'agent des sûretés. Cependant, le régime prévu est désormais suffisamment clair et précis pour que l'on puisse conclure que l'agent des sûretés est de nature fiduciaire. Précisément, comme on l'a déjà noté, selon le rapport accompagnant l'ordonnance de 2017, il s'agit d'« un fiduciaire spécial » (*sui generis*)¹¹²⁹ ce qui implique que les formalités de la fiducie de droit commun des articles 2011 et suivants du Code civil ne lui sont pas applicables. De telles formalités seraient effectivement contraires à l'esprit de la réforme introduite par l'ordonnance du 4 mai 2017, parce qu'elles sont excessivement lourdes pour la simple gestion de sûretés dans le cadre d'un crédit syndiqué. Dans ce sens un auteur expliquait : « *le choix a été implicitement fait par l'ordonnance du 4 mai 2017 de ne pas recourir à la fiducie de droit commun prévue aux articles 2011 et suivants du Code civil [...]. Autrement dit,*

¹¹²⁹ L.-J. Laisney, « Changement de régime pour l'agent des sûretés », *AJ Contrat*, 2017, p. 273. Cet auteur précise : « *La comparaison [entre le nouvel agent des sûretés et d'autres figures] doit donc s'arrêter là : l'agent des sûretés n'est ni un commissionnaire ni un fiduciaire et il convient de considérer ce nouveau régime comme sui generis.* »

il existe bien un formalisme tenant, selon le rapport au Président de la République à l'importance des sommes en jeu et à la nécessité de protéger le créancier, mais les exigences imposées dans le cadre de la fiducie de droit commun sont écartées. Ce choix, clairement exprimé dans le rapport au Président de la République, s'imposait dès lors que la lourdeur du régime de cette fiducie de droit commun aurait été, à défaut, de nature à rendre l'agent des sûretés nettement moins attractif¹¹³⁰. »

851. La fiducie du Code civil. La fiducie de droit commun est régie par le titre XIV du livre III du Code civil. Ce régime constitue le fondement juridique auquel d'autres régimes fiduciaires peuvent éventuellement avoir recours en cas de vide légal ou hésitation quant à l'interprétation de dispositions spéciales. En ce qui concerne l'agent des sûretés, fiduciaire spécial, on peut ainsi se demander si le régime fiduciaire de droit commun s'applique à ce dernier.

852. L'autonomie de l'agent de droit OHADA. Par exemple, le droit OHADA a fait le choix de mettre en place un régime d'agent des sûretés autonome, c'est-à-dire sans faire référence à d'autres régimes qui rempliraient le rôle de régime de droit commun. Cela étant précisé, il importe de souligner que même si une telle volonté avait existé, cela n'aurait pas été possible étant donné que le droit des pays membres de l'OHADA ne comprend pas de régime équivalent à celui du titre XIV du Code civil français¹¹³¹.

853. L'autonomie de l'agent des sûretés français. Le législateur français semble avoir eu la même volonté que le législateur OHADA, à savoir créer un procédé juridique autonome détaché de la fiducie de droit commun. En effet, animé par l'objectif d'offrir aux praticiens une figure souple et adaptée aux marchés internationaux, il n'a pas fait de référence expresse à la fiducie du Code civil, ni dans les dispositions créées par l'ordonnance ni dans le Rapport au Président de la République. Il est important de rappeler à cet égard que le droit français a consacré la fiducie dans le Code civil au même moment qu'une première version d'agent des sûretés, seulement dix ans avant la rédaction de l'ordonnance de 2017. Or, si ce régime de droit commun avait été réellement adapté à la figure de l'agent des sûretés, les lacunes de

¹¹³⁰ D. Robine, *loc. cit.*

¹¹³¹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 33.

l'article 2328-1 du Code civil auraient pu éventuellement être comblées en y ayant recours et la récente réforme n'aurait pas été nécessaire.

854. Le formalisme. Par ailleurs, les dispositions du Code civil imposent un formalisme lourd pour le contrat de fiducie tandis que l'article 2488-7 du même code prévoit un formalisme minimal s'agissant du contrat d'agent des sûretés. L'existence même de cette disposition suffit à établir qu'en matière de formalisme, il n'est pas besoin de recourir aux dispositions s'appliquant à la fiducie. De plus, l'article 2488-6 du Code civil dispose que l'agent des sûretés est titulaire des sûretés qu'il prend pour le compte des créanciers alors que le fiduciaire se voit transférer les sûretés mais ce n'est pas lui qui les prend et, par conséquent, il n'en est pas titulaire¹¹³².

855. Résumé de la situation. En conclusion, dans aucun des articles consacrés à l'agent des sûretés, le Code civil ne renvoie au régime de la fiducie pour combler une lacune ou pour éclairer une situation. Si la volonté du législateur avait été de lier les deux régimes, il aurait pu le faire expressément comme à l'occasion de la rédaction de l'ordonnance n° 2017-1608 du 27 novembre 2017 relative à la création d'un régime de résolution pour le secteur de l'assurance qui prévoit l'existence d'un patrimoine fiduciaire régi par un contrat de fiducie relevant des dispositions du titre XIV du livre III du Code civil¹¹³³. Pour sa part, le rapport accompagnant l'ordonnance du 4 mai 2017 explique, on l'a vu, que l'agent des sûretés est un fiduciaire spécial soumis à des dispositions spécifiques. Les formalités de la fiducie de droit commun des articles 2011 et suivants du Code civil, très lourdes pour la seule gestion de sûretés, ne lui sont ainsi pas applicables. Précisément, les exigences prévues en matière de fiducie aux articles 2018 (mentions obligatoires), 2019 (obligation d'enregistrement auprès du service des impôts) et 2020 (inscription sur le registre national des fiducies) du Code civil ont été jugées inadaptées au regard des finalités de la mission de l'agent des sûretés et n'ont donc pas été reprises par l'ordonnance du 4 mai 2017.

¹¹³² *Ibid.*

¹¹³³ *Ibid.* L'article L. 311-41 du Code des assurances prévoit : « *La structure de gestion de passifs est établie sous la forme d'un patrimoine fiduciaire régi par un contrat de fiducie relevant des dispositions du titre XIV du livre III du code civil, à l'exception des articles 2017, 2024 et 2027 de ce même code.* »

856. Un contrat spécial. Les dispositions du Code civil relatives à ce fiduciaire spécial doivent donc être considérées comme établissant un régime propre et indépendant : il s'agit d'un contrat spécial pour les crédits syndiqués désignant un agent des sûretés.

B. Le patrimoine d'affectation, clé de voûte du mécanisme

857. L'élément essentiel de la nature fiduciaire. Une question se pose tout de même : si l'agent des sûretés n'est pas soumis au droit commun de la fiducie, pourquoi est-il établi qu'il s'agit d'un mécanisme de nature fiduciaire ? Cette qualification s'explique par l'existence d'un patrimoine d'affectation lié à son activité. Comme l'affirme l'article 2488-6 du Code civil, « *les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre* ». Le patrimoine d'affectation est distinct du patrimoine propre de l'agent et n'est pas seulement composé de sûretés et de garanties ; il comprend aussi des actifs perçus dans le cadre de la gestion et de la réalisation des dites sûretés et garanties. Ce patrimoine est géré dans le seul intérêt des créanciers.

858. Une nouvelle exception à l'unicité du patrimoine. Comme on l'a déjà relevé, l'ordonnance du 4 mai 2017 a ainsi introduit une nouvelle exception à la théorie de l'unicité du patrimoine conçue par Aubry et Rau, l'un des principes les plus célèbres du droit français selon lequel toute personne dispose d'un seul et unique patrimoine. Le patrimoine d'affectation de l'agent des sûretés constitue une nouvelle exception à la théorie classique du patrimoine. Toutefois, les dérogations à ce principe sont aujourd'hui tellement répandues que l'on peut se demander si elles sont encore véritablement des exceptions à ce principe. En effet, des réformes récentes (déclaration d'insaisissabilité de l'entrepreneur individuel (2003), fiducie (2007), entrepreneur individuel à responsabilité limitée (2010), compartiments étanches dans les organismes de titrisation [2013, article L. 214-169 du CMF]) ont apporté des exceptions à ce principe qui, en réalité, peut désormais être synthétisé par formule suivante : « *toute personne a au moins un patrimoine*¹¹³⁴. »

¹¹³⁴ *Ibid.*, p. 37. La formule « *toute personne a au moins un patrimoine* » est tirée de R. C. Gnahoudi David, *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Paris : Dalloz, 2017.

859. Ce régime instaure une protection totale du patrimoine d'affectation en cas de procédure collective déclenchée à l'encontre de l'agent des sûretés (1) et en cas de transmission de ce patrimoine (2). Il faut également examiner une nouvelle utilisation de l'agent des sûretés (3).

1. Le patrimoine de l'agent dans le cadre d'une procédure collective ouverte à son encontre

860. En cas d'ouverture d'une procédure collective, il faut distinguer le sort du patrimoine propre de l'agent des sûretés (a) de celui du patrimoine affecté à sa mission (b).

a) La soumission du patrimoine propre aux procédures collectives

861. Deux patrimoines. L'agent des sûretés dispose de deux patrimoines : son patrimoine personnel et le patrimoine d'affectation lié à son activité d'administration de sûretés. Ces deux types de patrimoine mènent des existences complètement séparées. Le troisième alinéa de l'article 2488-6 du Code civil l'énonce expressément : « *les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre* ». Une telle séparation stricte entre les deux patrimoines n'existe cependant pas dans le régime de la fiducie qui prévoit qu'« *en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire* »¹¹³⁵.

862. Comparaison avec la fiducie. Par conséquent, on peut considérer que le mécanisme de patrimoine d'affectation prévu dans le régime de l'agent des sûretés est plus protecteur du patrimoine personnel de ce dernier que celui applicable au fiduciaire. En effet, il n'existe pratiquement aucune possibilité pour les créanciers personnels de l'agent de saisir les biens s'y trouvant.

863. Le lien entre les deux patrimoines. Le seul lien entre le patrimoine personnel de l'agent des sûretés et le patrimoine affecté à sa mission est établi par l'article 2488-12 du Code civil aux termes duquel « *l'agent des sûretés est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ». En cas de procédure collective déclenchée à l'encontre de l'agent des sûretés, seul son patrimoine propre pourra être touché puisque

¹¹³⁵ Article 2025 du Code civil.

l'article 2488-10 du Code civil précise qu'une telle procédure est « *sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission* ». Cette distinction est indispensable à la protection des intérêts des créanciers bénéficiaires des sûretés qui se trouvent dans le patrimoine d'affectation.

b) La résistance du patrimoine d'affectation aux procédures collectives

i. Les procédures concernées

864. Les cinq procédures d'insolvabilité. Le législateur français a fait le choix d'établir une liste mentionnant cinq procédures d'insolvabilité : sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, rétablissement professionnel et résolution bancaire. Au moment de la publication de l'ordonnance de 2017¹¹³⁶, l'alinéa 2 de l'article 2488-10 du Code civil ne mentionnait que les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel. Celles de surendettement et de résolution bancaire ont été introduites par la loi de ratification de l'ordonnance. Sur ce point, le législateur a suivi l'avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF)¹¹³⁷.

865. Une stratégie discutable. Le choix initial du législateur de rédiger une liste paraît contestable dans la mesure où une telle démarche est rarement exhaustive. La loi de ratification a essayé de corriger cette erreur en incluant d'autres procédures mais ces ajouts ne suffisent pas à résoudre entièrement le problème d'exclusion de certaines procédures. Par exemple, la liste actuelle ne mentionne toujours pas les procédures collectives de droit étranger. La question se pose alors de savoir si l'ouverture de ce type de procédure à l'encontre d'un agent des sûretés aura un impact sur le bénéfice des sûretés contenues dans le patrimoine d'affectation.

866. L'approche pragmatique. À cet égard, il semblerait que le plus prudent et le plus correct est d'interpréter ces textes à la lumière de l'intention du législateur qui souhaitait doter le patrimoine d'affectation d'une protection internationale. Cette approche nous conduit à penser qu'aucune procédure d'insolvabilité, qu'elle soit française ou étrangère, n'aura d'effet sur le patrimoine d'affectation¹¹³⁸.

¹¹³⁶ V. D. Robine, « Agent des sûretés et procédure collective : une interaction désormais maîtrisée », *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales*, juin 2017, n° 11, repère 165.

¹¹³⁷ Avis n° 2017-26 du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF).

¹¹³⁸ V. chapitre 8 de cette thèse.

ii. Les biens concernés

867. Une formule large. Le régime de l'agent des sûretés établit le principe selon lequel les biens conservés dans le patrimoine d'affectation sont insaisissables en cas de procédure collective. Consacré par l'article 2488-6 du Code civil, le législateur a fait le choix de retenir une définition la plus large possible de ce patrimoine afin qu'elle recouvre toute sorte de droits et de biens. En premier lieu, le patrimoine d'affectation est formé par les droits que les sûretés et garanties, dont l'agent des sûretés est titulaire et qu'il gère au profit des créanciers, lui confèrent. En second lieu, il contient tous les droits et biens que l'agent des sûretés reçoit dans le cadre de l'exercice de sa mission. Ceux-ci lui seront cédés à titre de garantie ou il en deviendra propriétaire après la réalisation d'une sûreté. Les fruits et produits des actifs du patrimoine d'affectation sont également conservés dans celui-ci¹¹³⁹. L'article 2488-6 du Code civil ne prévoit toutefois pas que les paiements reçus de la part d'un garant intègrent le patrimoine d'affectation comme c'est le cas de l'article 9 de l'AUS en droit OHADA qui dispose que les « paiements reçus par l'agent des sûretés » font partie du patrimoine d'affectation. En effet, le choix du législateur ayant été de retenir une formule large, il n'était pas nécessaire, dans le cas du droit français, d'aller à ce point dans le détail. Il est évident que les paiements reçus par l'agent des sûretés entrent dans son patrimoine d'affectation¹¹⁴⁰.

868. La primauté du droit spécial de l'agent des sûretés sur le droit des procédures collectives Selon l'article 2287 du Code civil, le droit des procédures collectives prime le droit des sûretés. En effet, d'après cet article, les dispositions du livre IV du Code civil (consacré au droit des sûretés) ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ; ou encore en cas de déclenchement d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers. Cependant, s'agissant de l'agent des sûretés, l'article 2287 du Code civil peut être dérogé en raison de l'article 2488-10 du même code placé lui aussi dans le livre IV. En effet, cette disposition prévoit, dans son second alinéa, que « *l'ouverture d'une procédure de*

¹¹³⁹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 36. Cet auteur donne comme exemples des biens pouvant faire partie du patrimoine d'affectation : « *des biens meubles corporels gagés suite à une attribution judiciaire ou conventionnelle par le jeu d'un pacte comissoire, ou encore pour un nantissement de compte-titres ou de parts sociales* » ; et comme exemple des fruits et produits des actifs du patrimoine : « *des dividendes reçus au titre de droits sociaux nantis, des loyers perçus à l'occasion d'un gage immobilier ou encore suite à un paiement par le débiteur d'une créance cédée ou nantie.* »

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire, de rétablissement professionnel, de surendettement ou de résolution bancaire à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission ».

869. Une protection accrue. L'article 2488-10 du Code civil apporte donc une précision importante qui renforce la protection du patrimoine d'affectation : l'ouverture d'une procédure collective n'a pas d'effet sur le bénéfice des sûretés gérées par l'agent des sûretés. Une telle caractéristique constitue l'un des intérêts majeurs de cette figure juridique. Avant l'ordonnance de 2017, un auteur mettait en avant la figure de la fiducie car elle assurait mieux cette protection *« la fiducie présente en tout état de cause un avantage. Elle permet aux créanciers d'être protégés contre les risques inhérents à la défaillance de l'agent des sûretés en raison de l'existence du patrimoine fiduciaire. Cette vertu de la fiducie est d'autant plus importante que les autres techniques envisagées n'offrent pas une protection identique. Le mandat ou la solidarité active exposent les créanciers au risque de défaillance de l'agent des sûretés. En l'absence d'isolement des actifs reçus du débiteur ou d'un garant au sein de son patrimoine, les prêteurs seront exposés à la concurrence de ses créanciers personnels. Certes, les qualités des personnes qui exercent la fonction d'agent des sûretés réduisent fortement ce risque de défaillance. Il existe néanmoins comme l'a montré la crise financière récente¹¹⁴¹ ».*

870. Situations permettant de saisir des biens dans le patrimoine d'affectation. L'insaisissabilité de principe du patrimoine d'affectation n'est néanmoins pas absolue étant donné que le même article 2488-10 du Code civil, dans son second alinéa, établit que *« les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de leur conservation ou de leur gestion, sous réserve de l'exercice d'un droit de suite et hors les cas de fraude¹¹⁴² ».* Cette disposition prévoit donc trois conditions quant à la possibilité de saisir des biens contenus dans le patrimoine d'affectation¹¹⁴³.

871. Les titulaires des créances nées à l'occasion de la mission de l'agent. Premièrement, les biens faisant partie du patrimoine d'affectation peuvent être saisis uniquement par les

¹¹⁴¹ D. Robine, « Le sort de l'agent des sûretés », *Rev. proc. coll.*, mai 2013, n° 3, dossier 18.

¹¹⁴² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 36 signale que ces créanciers peuvent être, par exemple, *« des tiers dépositaires ou entrepositaires, des établissements teneurs de comptes, et plus généralement tous les éventuels intermédiaires à rémunérer ».*

¹¹⁴³ V. Y. Berrada, *op. cit.*, p. 36-37.

titulaires des créances nées à l'occasion de l'exercice de la mission de l'agent des sûretés. Ces créanciers sont naturellement ceux qui ont participé à la conservation et à la gestion des actifs du patrimoine d'affectation en tant qu'intermédiaires tels que, par exemple, des dépositaires ou des établissements teneurs des comptes. Comme l'explique un auteur, « *la préférence de ces créanciers par rapport aux créanciers de l'obligation garantie paraît justifiée, dès lors que les premiers ont servi les intérêts des seconds en participant à la conservation et à la gestion des droits et biens*¹¹⁴⁴ ».

872. Le droit de suite. Deuxièmement, si un droit de suite porte sur l'un des biens du patrimoine d'affectation, il est préservé pour des raisons de sécurité juridique. Le droit de suite est un « *attribut du droit réel permettant au titulaire de celui-ci de saisir le bien grevé du droit en quelque main qu'il se trouve*¹¹⁴⁵ ». C'est un droit qui permet à son titulaire de l'exercer *erga omnes*, à l'égard de tout le monde, y compris donc l'agent des sûretés.

873. La fraude. Troisièmement, en droit français, « *la fraude corrompt tout* » (« *fraus omnia corrumpit* »). Selon ce principe, toute manœuvre visant à protéger frauduleusement un actif de la possibilité d'être saisi par les créanciers en l'intégrant dans le patrimoine affecté est nulle. Il est cependant peu probable que le mécanisme de l'agent des sûretés soit utilisé à de telles fins puisque ce dernier ne gère que des sûretés, comme l'affirme un auteur : « *quant à l'hypothèse d'une application de l'adage fraus omnia corrumpit, qui aurait pour effet de retirer aux créanciers de l'obligation garantie le bénéfice de l'étanchéité du patrimoine d'affectation, elle nécessite une démonstration du fait que le recours au mécanisme avait pour unique but de soustraire certains biens à l'assiette des droits d'autres créanciers, ou encore de masquer le passif du constituant pour le maintenir artificiellement in bonis. Il est toutefois peu probable que cela soit le cas, l'agent des sûretés ne gérant que des sûretés et garanties, certes lato sensu, mais avec un faible intérêt pour celui qui poursuivrait de tels objectifs, ce qui laisse penser que les cas de fraude seront marginaux voire inexistant*¹¹⁴⁶. »

874. Résumé de la situation. Le patrimoine d'affectation est ainsi la clé de voûte de tout le mécanisme de l'agent des sûretés ; il matérialise l'objectif à l'origine de la création de ce régime : la gestion unique et sécurisée des sûretés et garanties d'une opération de financement.

¹¹⁴⁴ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁴⁵ G. Cornu, *op. cit.*, p. 999.

¹¹⁴⁶ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 37.

Il permet de distinguer les créanciers de l'opération pour la réalisation de laquelle l'agent a été désigné d'autres créanciers avec qui ce dernier peut entretenir une relation dans le cadre d'autres activités.

875. Le patrimoine d'affectation n'est pas uniquement protégé en cas de procédure collective, il l'est aussi en cas de changement d'agent des sûretés.

2. La transmission du patrimoine d'affectation

876. En cas de substitution (conventionnelle ou judiciaire) de l'agent des sûretés, le patrimoine d'affectation est transmis automatiquement à son remplaçant. L'article 2488-11 du Code civil énonce en ce sens : « *Tout remplacement conventionnel ou judiciaire de l'agent des sûretés emporte de plein droit transmission du patrimoine affecté au nouvel agent des sûretés.* »

a) Les effets de la transmission du patrimoine sur les sûretés

877. Un transfert rapide. Le bon fonctionnement du mécanisme requiert que la transmission du patrimoine d'affectation se fasse de la façon la plus simple et rapide possible. Il est dans ce sens conseillé de prévoir dès le début les personnes pouvant remplacer l'agent des sûretés. Si ce n'est pas le cas, selon un auteur, « *ce remplacement pourra prendre la forme d'une novation avec réserve de sûretés*¹¹⁴⁷ ».

878. Les conséquences sur les sûretés. L'acte de transmission du patrimoine d'affectation soulève la question de ses conséquences sur les sûretés qu'il contient. Cette interrogation se pose principalement en matière de publicité des sûretés réelles. La publicité foncière, obligatoire pour les hypothèques à peine d'inopposabilité aux tiers (article 2422 du Code civil), a pour but d'informer ces derniers des droits réels pesant sur les biens concernés. Il ne s'agit donc pas d'informer les tiers sur le bénéficiaire de l'hypothèque. Or, la transmission du patrimoine d'affectation à un nouvel agent des sûretés ne change que le bénéficiaire de la sûreté et non le droit réel dont est grevé le bien. Une telle transmission pourrait ainsi être constatée par voie de mention en marge. En effet, l'article 2430 du Code civil dispose que « *sont publiées au fichier immobilier, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, les*

¹¹⁴⁷ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 39. L'article 1134 du Code civil dispose : « *L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants.* » Même s'il semble que le droit français suit sur ce point le droit OHADA selon lequel le remplacement s'opère sans aucune formalité (voir *infra*).

subrogations aux privilèges et hypothèques, mainlevées, réductions, cessions d'antériorité et transferts qui ont été consentis, prorogations de délais, changements de domicile et, d'une manière générale, toutes modifications, notamment dans la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur ». Étant donné que la modification intervenue en raison d'un changement d'agent des sûretés n'a pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur, elle devrait être publiée au fichier immobilier sous la forme d'une mention en marge des inscriptions existantes. Telle est la solution que la Cour de cassation a retenue en ce qui concerne la cession et la subrogation relatives à une hypothèque¹¹⁴⁸.

879. L'hypothèse d'un intermédiaire. En ce qui concerne les sûretés faisant intervenir un intermédiaire, il suffira de signaler à ce dernier le nom du nouveau bénéficiaire de celles-ci, c'est-à-dire celui de l'agent des sûretés provisoire ou remplaçant¹¹⁴⁹. Il est à cet égard intéressant de constater que le dispositif de l'agent des sûretés du droit OHADA est plus clair que celui du droit français en ce qui concerne les formalités à accomplir en cas de transfert du patrimoine d'affectation¹¹⁵⁰. En effet, l'alinéa 4 de l'article 10 de l'AUS dispose expressément qu'« *en cas de remplacement de l'agent des sûretés, qu'il soit de source contractuelle ou judiciaire, tous les droits et toutes les actions, que celui-ci détient dans l'intérêt des créanciers de la ou des obligations garanties sont transmis de plein droit et sans autre formalité au nouvel agent des sûretés* ». En d'autres termes, aucune procédure lourde n'est requise pour la transmission du patrimoine d'affectation qui se réalise sans engendrer de conséquences majeures sur les sûretés contenues dans celui-ci. Cet aspect du mécanisme de l'agent des sûretés est un énorme progrès en comparaison du régime consacré à l'ancien article 2328-1 de Code civil qui requérait, en cas de transmission du patrimoine d'affectation, de modifier le contrat de crédit et celui relatif aux sûretés.

¹¹⁴⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p 39. L'auteur cite Cass. 3^e civ., 16 juillet 1987, n° 85-10.541 : « *Attendu que toutes modifications, notamment dans la personne du créancier bénéficiaire d'une inscription hypothécaire, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur, sont publiées sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes.* » L'auteur rappelle que cette inscription est d'ailleurs d'un montant moins élevé que la taxe de publicité foncière de 0,715 %.

¹¹⁴⁹ *Ibid.* L'auteur donne l'exemple d'un nantissement de compte-titres pour lequel il faudra signifier le remplacement de l'agent des sûretés au teneur de compte.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

b) La transmission du patrimoine d'affectation pendant la « période suspecte »

880. Par ailleurs, la question se pose de savoir si les règles prévoyant la nullité des actes passés pendant la « période suspecte » sont applicables à la transmission du patrimoine d'affectation d'un agent des sûretés à un autre¹¹⁵¹. Une telle hypothèse semble peu probable dans la mesure où la transmission de ce type de patrimoine ne correspond à aucun des cas mentionnés à l'article L. 632-1 du Code de commerce¹¹⁵². De plus, il s'agit d'un patrimoine déjà formé qui est transféré sans que ne soient constituées de nouvelles sûretés, comme l'affirme Étienne Gentil : « *le nouvel article 2488-11 se conclut par un alinéa, commun aux divers cas de remplacement de l'agent des sûretés [...]. Qu'il s'agisse donc d'un remplacement par décision de justice, mais aussi par les clauses du contrat (auxquelles il sera a priori donné plein effet), ce sont les sûretés consenties à l'agent des sûretés initial qui sont transférées au*

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 39-40.

¹¹⁵² L'article L. 632-1 du Code de commerce dispose :

« I. — Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants :

1° Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;

2° Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;

3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ;

4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par l'article L. 313-23 du code monétaire et financier ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ;

5° Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2350 du code civil (1), à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ;

6° Toute sûreté réelle conventionnelle ou droit de rétention conventionnel constitués sur les biens ou droits du débiteur pour dettes antérieurement contractées, à moins qu'ils ne remplacent une sûreté antérieure d'une nature et d'une assiette au moins équivalente et à l'exception de la cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier, intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à la date de cessation des paiements ;

7° Toute hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;

8° Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ;

9° Toute autorisation et levée d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants et L. 22-10-56 et suivants du présent code ;

10° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;

11° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ;

12° Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur ;

13° La déclaration d'insaisissabilité faite par le débiteur en application de l'article L. 526-1.

II. — Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I et la déclaration visée au 13° faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements. »

nouvel agent des sûretés, sans risque de création de période suspecte (que l'on aurait rencontré s'il avait fallu consentir de nouvelles sûretés). Il n'y a donc pas de nécessité de procéder à une quelconque formalité, dans un cas comme dans l'autre¹¹⁵³. » Enfin, l'application des règles relatives à la nullité de la « période suspecte » irait à l'encontre de l'objectif même de transmettre le patrimoine en cas de défaillance de l'agent des sûretés ; une défaillance qui peut très bien être liée à une faillite.

3. Une nouvelle utilisation de l'agent des sûretés

881. Le recouvrement des sommes tirées de la liquidation. Un auteur a mis en avant une nouvelle utilisation de l'agent des sûretés¹¹⁵⁴ « *consistant, pour certains créanciers, à confier à un organe fiduciaire le rôle de recouvrer une partie des sommes tirées de la liquidation de l'actif du débiteur, pour qu'il les distribue entre eux¹¹⁵⁵* ». Selon cet auteur, « *un aspect semble avoir échappé à l'examen de ses observateurs, alors qu'il pourrait contribuer à alimenter une pratique en passe de devenir monnaie courante depuis la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie. Une personne physique ou morale, l'agent, reçoit conventionnellement le pouvoir de gérer les sûretés et garanties prises en commun par certains créanciers, soit parce qu'elle est devenue titulaire de leurs créances à la suite d'une cession (fiduciaire), soit, désormais, parce qu'elle est devenue titulaire de leurs sûretés et garanties (agent des sûretés). Lors du règlement des créanciers, le mandataire de justice – en sauvegarde, redressement ou en liquidation – lui verse le produit du remboursement du crédit ou de la réalisation des sûretés dont il assure la gestion. Il ne s'agit pas pour le fiduciaire de rembourser les créanciers en procédant lui-même à la réalisation des actifs du débiteur, mais de le faire en recevant du liquidateur les sommes dues à ces mêmes créanciers et de procéder lui-même à la répartition entre eux. En un mot, ce n'est pas tant le liquidateur qui se substitue un tiers, qu'un groupe de créanciers qui s'efface derrière une seule tête¹¹⁵⁶* ».

882. L'application des accords de subordination. Plus précisément, l'agent des sûretés aurait la tâche de faire respecter les accords de subordination entre créanciers. En effet, « *le*

¹¹⁵³ Intervention d'Étienne Gentil dans P. Crocq, J.-J. Ansault et E. Gentil, « L'agent des sûretés », *RLDC*, 1^{er} octobre 2017, n° 152.

¹¹⁵⁴ M. Houssin, « Une nouvelle utilisation des mécanismes fiduciaires dans la procédure collective », *LPA*, 16 avril 2018, n° 135a5, p. 7 ; V. également sa thèse : M. Houssin, *La Subordination de créance*, Paris : LGDJ, 2018.

¹¹⁵⁵ M. Houssin, *loc. cit.*

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

nouvel article 2488-6 élargit le domaine de la mission de l'agent des sûretés aux sûretés personnelles mais aussi aux garanties, de sorte qu'en principe, il devrait entrer dans la mission de l'agent des sûretés de respecter les accords de subordination, qui ne créent aucune sûreté. Mais surtout, le texte précise que les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre. De plus, l'article 2488-9 permet à l'agent de défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie et de procéder aux déclarations de créance nécessaires, puisqu'il est titulaire des sûretés et garanties, alors que cette faculté était incertaine sous le régime mis en place par l'ancien article 2328-1. Enfin, il apparaît que l'agent des sûretés pourrait aussi bien être un tiers qu'un créancier, au même titre que ceux dont il gère les sûretés et garanties, ce qui rend plus accessible le système de l'agent des sûretés pour les besoins du règlement des créanciers ».

883. Incertitudes. Malgré l'intérêt de cette technique, elle n'est pas dépourvue d'incertitudes : *« L'étendue même du rôle de l'agent des sûretés pourrait comporter quelques zones d'ombre. Il serait en effet possible de voir naître un conflit entre l'agent des sûretés, qui peut, d'après l'article 2488-9 du Code civil, et sans avoir à justifier d'un mandat spécial, "exercer toute action pour défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie", et le liquidateur judiciaire, légalement investi de la mission du mandataire judiciaire fixée à l'article L. 622-20 du Code de commerce, consistant à défendre "l'intérêt collectif des créanciers". Par exemple, il conviendra de déterminer le rôle de chacun de ces organes, lorsque, en présence d'un accord de subordination conclu entre des créanciers avant l'ouverture de la procédure collective de leur débiteur, le liquidateur décidera de ne pas appliquer cette priorité construite conventionnellement. L'organe fiduciaire pourra-t-il contester l'ordre des paiements appliqué par le liquidateur judiciaire, si les créanciers dont il gère les sûretés sont tous seniors par exemple ? Sera-t-il ensuite tenu d'appliquer l'ordre des paiements stipulé contractuellement, alors même qu'un jugement aura été rendu par un tribunal compétent, sans que l'autorité de la chose jugée s'y oppose ? Là encore, l'ordonnance du 4 mai 2017 est muette sur ces questions, ce qui est regrettable, alors que les difficultés d'appréciation de la notion d'"intérêt collectif des créanciers" sont loin d'être inconnues¹¹⁵⁷. »*

¹¹⁵⁷ Ibid.

§2. L'agent des sûretés, titulaire des sûretés

884. L'agent des sûretés est titulaire de sûretés et de garanties sans être créancier. En revanche, les créanciers sont vraiment détenteurs de créances mais sans être titulaires des sûretés et des garanties qui leur sont associées. Le régime de l'agent des sûretés est donc caractérisé par une dissociation entre le titulaire des créances et le titulaire des sûretés et garanties (A). Cette dissociation n'est pas sans conséquences (B). Autrement dit, la titularité de sûretés et de garanties par l'agent suppose que les créanciers sont propriétaires des créances et bénéficiaires des sûretés et des garanties qui leur sont attachées mais sans toutefois en être titulaires. Ce dernier point constitue une véritable exception au droit des sûretés français.

A. La dissociation entre la créance et la sûreté

885. La dissociation entre la créance et la sûreté a un aspect théorique (1) et un autre pratique (2).

1. Une dissociation théorique

886. Le caractère accessoire des sûretés. Le principe du caractère accessoire des sûretés est résumé par l'adage « l'accessoire suit le sort du principal » (« *accessorium sequitur principale* »)¹¹⁵⁸. Dans une opération de financement, la sûreté garantit une créance ; la sûreté est l'accessoire et la créance le principal¹¹⁵⁹. Toute sûreté n'est ainsi qu'un accessoire qui suit la créance dans un autre patrimoine que celui de son titulaire d'origine¹¹⁶⁰. En d'autres termes, la sûreté est « l'adjonction [...] d'un droit d'agir accessoire » au droit de créance initial¹¹⁶¹. Ce droit d'agir accessoire dépend du droit d'agir principal, à savoir le droit de créance. Ce rapport entre les deux se manifeste de multiples façons, notamment : la sûreté est mise en œuvre si la créance n'est pas payée ; la sûreté disparaît lorsqu'est réglée la créance ; la sûreté se transfère avec la transmission de la créance. Le droit d'hypothèque est une bonne illustration de ces trois configurations. En effet, celui-ci implique que : « *le créancier hypothécaire impayé peut*

¹¹⁵⁸ G. Cornu, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁵⁹ *Ibid.* définit l'accessoire de la façon suivante : « *qui est lié à un élément principal, mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui.* »

¹¹⁶⁰ M. Cabrillac, S. Cabrillac, C. Mouly, *et al.*, *Droit des sûretés*, 10^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, n° 582.

¹¹⁶¹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, Paris : LGDJ, 1995, n° 272.

demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement » (article 2458 du Code civil), « les privilèges et hypothèques s'éteignent : 1° Par l'extinction de l'obligation principale » (article 2488 du Code civil) ; « *l'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie* » (article 2424 du Code civil)¹¹⁶².

887. Le créancier titulaire de la sûreté. La logique du caractère accessoire des sûretés suppose que ces dernières sont toujours constituées pour garantir une créance. En suivant ce raisonnement, une sûreté sera toujours, en principe, constituée au bénéfice d'un créancier. C'est pourquoi, *a priori*, le titulaire de la sûreté ne pourrait être que le créancier. C'est sur ce point que l'ordonnance relative à l'agent des sûretés de 2017 semble introduire une véritable exception au principe de l'accessoire étant donné que dans ce mécanisme, l'agent des sûretés est titulaire de sûretés sans être titulaire de créances.

2. Une dissociation pratique

a) Le créancier, titulaire économique des sûretés

888. La pertinence du principe de l'accessoire. Le problème existe bel et bien même s'il se présente essentiellement de façon conceptuelle. En effet, dans la pratique, l'agent des sûretés est souvent créancier dans l'opération de financement, nommé parmi les membres du *pool*. Cependant, même dans cette hypothèse¹¹⁶², une question persiste au niveau pratique et conceptuel puisque l'on est en présence de deux liens de droit différents : l'agent des sûretés n'est pas titulaire des sûretés parce qu'il est aussi créancier mais parce qu'il a été nommé pour exercer cette fonction. En tout état de cause, l'agent des sûretés qui est aussi créancier sera également titulaire des sûretés correspondant à la créance d'autres prêteurs (le montant global du crédit étant supérieur à sa seule créance). De plus, il pourrait très bien vendre sa participation dans l'opération et n'être ainsi plus prêteur mais rester tout de même agent des sûretés. Enfin, il pourrait être remplacé dans son rôle d'agent et continuer à être créancier. L'essentiel de la problématique n'est pas là. La principale question qui se pose ici est celle de savoir quelle est actuellement l'importance du principe de l'accessoire ? On aurait pu imaginer que la dissociation des qualités de titulaire des sûretés et de titulaire des créances introduite par l'ordonnance de 2017 s'inscrivait dans un contexte de perte d'influence et de pertinence de ce

¹¹⁶² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 66.

principe. Cependant, il n'en est rien. C'est plutôt le contraire qui se produit. Deux exemples viennent à l'appui de ce constat. D'une part, l'article 2286-2 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant¹¹⁶³ accorde à ce principe le statut de principe directeur du droit du crédit, même s'il est supplétif (livre IV du Code civil). D'autre part, en droit OHADA, l'article 2 de l'AUS précise que les sûretés régies par l'Acte sont, sauf exception, accessoires de l'obligation dont elles garantissent l'exécution. Cette disposition a été introduite par la réforme du 15 décembre 2010 qui a aussi consacré le régime applicable à l'agent des sûretés. Dès lors, il semblerait que la figure de l'agent des sûretés en droit OHADA soit compatible avec le principe de l'accessoire des sûretés¹¹⁶⁴.

889. La compatibilité avec le principe de l'accessoire. Cependant, la question la plus importante à cet égard reste celle de savoir si la dissociation entre la créance et la sûreté respecte le principe de l'accessoire des sûretés. Plusieurs règles découlent de ce principe. Or, de prime abord, le régime de l'agent des sûretés ne semble être en contradiction qu'avec l'une d'entre elles : l'identité entre le créancier et le titulaire de la sûreté¹¹⁶⁵. Par exemple, l'extinction de la créance produirait la disparition de la sûreté gérée par l'agent¹¹⁶⁶. Nonobstant, cette identité est en réalité respectée si l'on considère que les sûretés prises et gérées par l'agent le sont toujours au bénéfice des créanciers. Dans cette logique, l'agent n'est pas pleinement titulaire des sûretés. Effectivement, le régime de l'agent des sûretés implique que les sûretés sont prises au profit exclusif des créanciers (article 2488-6 du Code civil) qui en sont les bénéficiaires ultimes, c'est pourquoi « *les qualités requises du bénéficiaire de la sûreté s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie* » (article 2488-6, alinéa 3 du Code civil, introduit par la loi de ratification de l'ordonnance). De fait, selon un auteur, le principe de l'accessoire implique surtout que la sûreté « *soit exclusivement au service de la créance*¹¹⁶⁷ » ce qui est le cas

¹¹⁶³ L'article 2286-2 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant dispose : « *Sauf disposition ou clause contraire, la sûreté suit la créance garantie.* »

¹¹⁶⁴ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 66-67.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, note de bas de page n° 1.

¹¹⁶⁷ M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », dans *Études dédiées à Alex Weill*, Paris : Dalloz ; Litec, 1983, p. 107 et s. Cet auteur affirme à la p. 15 (§ 20) : « *Puisque le propre de l'accessoire est de suivre la créance dans les patrimoines de ses titulaires successifs, il doit être un droit ou une action qui n'a pas d'autre finalité que d'en renforcer la valeur ou d'en favoriser le recouvrement ; une prérogative dont l'exercice ne peut être profitable qu'au titre quel qu'il soit. On peut traduire cette exigence dans une formule elliptique et quelque peu approximative : l'accessoire doit avoir été conçu, par la loi ou par les parties, pour le service exclusif d'une créance.* »

s'agissant de la mission confiée à l'agent des sûretés qui est « *toute entière tournée vers la satisfaction des créanciers membres du pool bancaire dans un crédit syndiqué*¹¹⁶⁸ ». Les créanciers ne sont juridiquement pas titulaires des sûretés mais, comme ils en sont les bénéficiaires, ils en sont économiquement les titulaires¹¹⁶⁹. Une analogie de ce mécanisme fiduciaire avec le droit de propriété peut ainsi être tentée. Le propriétaire d'un bien peut volontairement limiter son droit de propriété en octroyant un droit réel sur son bien à un tiers (par exemple, accorder un usufruit, le donner en garantie), sans néanmoins cesser d'être propriétaire. En effet, « *l'essence du droit de propriété est compatible avec l'existence de limitations restreignant le pouvoir d'user et de disposer du propriétaire et donnant un caractère temporaire à ce droit*¹¹⁷⁰ ». Suivant cette logique, le principe de l'accessoire pourrait être limité : pendant un certain temps, le titulaire d'une sûreté céderait cette dernière sans pour autant céder la créance et la sûreté resterait toujours au service de la créance¹¹⁷¹.

890. Comparaison avec la fiducie. Quant au régime de la fiducie, le fiduciaire reste le propriétaire des biens donnés en fiducie alors qu'il ne s'enrichit plus des fruits produits par ces biens qui lui appartiennent. Dans le mécanisme de l'agent des sûretés, le créancier reste propriétaire de la créance sans être titulaire de la sûreté. On peut même affirmer que dans ce dernier cas, le créancier est mieux positionné que le fiduciaire dans la mesure où *in fine* c'est lui qui recevra le bénéfice de la sûreté alors que dans le cas de la fiducie ce peut être un tiers qui en profitera (donc pas toujours le fiduciaire)¹¹⁷².

b) L'agent des sûretés, titulaire limité des sûretés

891. Bien que la loi reconnaisse expressément que l'agent des sûretés est titulaire des sûretés, en réalité, il ne l'est pas pleinement. Les droits qu'il détient sur les sûretés sont limités par la loi et le contrat qui l'a désigné ; ils le sont également par la possibilité qu'il soit remplacé.

i. Limité par le contrat

892. De manière générale, l'agent des sûretés agit au service des membres d'un *pool* bancaire, il doit donc suivre leurs indications. Cette réalité montre à quel point le principe de

¹¹⁶⁸ B. Mallet-Bricout, *loc. cit.*, p. 740.

¹¹⁶⁹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁷⁰ P. Crocq, *op. cit.*, n° 118.

¹¹⁷¹ Y. Berrada, *op. cit.*, p 67-68.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 68.

l'accessoire n'est finalement pas si atteint que cela dans la mesure où être au service des créanciers équivaut à être au service de la créance. Ce sont les créanciers qui décident du sort des sûretés en accordant plus ou moins de prérogatives à l'agent dans le contrat. Précisément, le Code civil dispose que « *la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs* » (article 2488-7). Ainsi, les droits dont dispose l'agent sur les sûretés et les garanties sont limités par le contrat le désignant qui définit « l'étendue de ses pouvoirs ». Par exemple, le contrat décrira les circonstances dans lesquelles l'agent des sûretés pourra les réaliser, cette opération étant le sort ultime et le plus important réservé à ces dernières. La situation de l'agent des sûretés peut alors être comparée à celle du fiduciaire¹¹⁷³ qui « *ne tire pas de sa propriété tous les pouvoirs attachés à la propriété ordinaire ; il en tire uniquement ceux que le contrat lui confère*¹¹⁷⁴ ». Ainsi, l'agent ne tire pas des sûretés toutes les prérogatives attachées à sa qualité de titulaire de ces dernières mais uniquement celles que les créanciers, à travers le contrat, lui confèrent¹¹⁷⁵.

ii. Limité par la loi

893. Le remplacement de l'agent. En vertu du dernier alinéa de l'article 2488-11 du Code civil, les droits de l'agent sur les sûretés et garanties sont également limités par la possibilité de son remplacement. Il est effectivement prévu que « *tout remplacement conventionnel ou judiciaire de l'agent des sûretés emporte de plein droit transmission du patrimoine affecté au nouvel agent des sûretés* ». Cette exigence légale illustre que la titularité dont il est question est fragile et liée aux créances ; non à l'agent. Les causes mentionnées par l'article 2488-11 pour lesquelles les créanciers peuvent demander le remplacement de l'agent des sûretés – à savoir le manquement à ses devoirs, la mise en péril des intérêts des créanciers et l'ouverture d'une procédure collective – révèlent également la fragilité des droits dont dispose l'agent sur les sûretés. Ces cas de figure visent à protéger les intérêts des créanciers, les bénéficiaires des sûretés qui peuvent être menacés par l'agent¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 68-69.

¹¹⁷⁴ M. Grimaldi, « Rapport de synthèse » in *La fiducie-sûreté, Actes du colloque organisé le 8 octobre 2013 par l'Association française des fiduciaires*, Paris : LGDJ, 2015.

¹¹⁷⁵ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*

894. Interprétation large du principe. Dès lors, au vu des arguments exposés, il ne semble pas que l'ordonnance du 4 mai 2017 ait introduit une véritable exception au principe du caractère accessoire des sûretés. La nouveauté de ce texte réside plutôt dans la dissociation qu'elle consacre entre le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté conduisant à adopter une interprétation large du principe de l'accessoire. En effet, le lien entre la créance et la sûreté « *peut se trouver relâché aussi bien par le législateur que par les parties*¹¹⁷⁷ ». La dissociation du titulaire de la sûreté et du titulaire de la créance est construite sur le fondement d'une fiction juridique afin de permettre à l'agent d'agir en tant que titulaire des sûretés ; il ne s'agit donc pas forcément d'une exception à la règle de l'accessoire¹¹⁷⁸.

895. Motivé par les besoins de la pratique et du marché, le droit français a finalement su s'adapter en mettant en avant l'un de ses principaux principes : la liberté contractuelle. Une telle dissociation entre créance et sûreté, nouvelle en droit français, a des conséquences sur le droit des sûretés.

B. Les conséquences de la dissociation du titulaire de la sûreté et du titulaire de la créance

1. L'assouplissement de la cession de participation

896. Dans un syndicat bancaire, il est très fréquent que les prêteurs changent au gré des cessions de participations. L'une des principales qualités d'un agent des sûretés performant est justement de pouvoir s'adapter à ces mutations en faisant preuve de flexibilité. L'article 2488-6 du Code civil précise que l'agent des sûretés, titulaire des sûretés et garanties, agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie. Cela signifie que le changement d'un créancier membre du syndicat bancaire n'a pas d'incidence sur les pouvoirs de l'agent des sûretés. En effet, il n'agit pas au nom de chaque créancier mais en son nom propre : les sûretés sont prises au nom de l'agent des sûretés et non pas au nom des créanciers. De cette façon, le nouveau régime est complètement en accord avec ce que les praticiens attendaient de la réforme.

¹¹⁷⁷ P. Crocq, *op. cit.*, n° 279.

¹¹⁷⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 69.

897. Différence avec le mandat. La formule de l'article 2488-6 selon laquelle l'agent des sûretés agit en son nom propre distingue le mécanisme de représentation de l'agent du contrat de mandat¹¹⁷⁹. En effet, à la différence du mandat, qui est un contrat dans lequel le mandataire agit au nom du mandant, l'agent des sûretés agit en son nom propre et ne pourra donc pas être qualifié de mandataire. Cependant, lorsque l'agent des sûretés est institué sur le fondement d'un contrat de mandat, une cession de participation au sein du syndicat bancaire a des conséquences plus graves. En effet, puisque l'agent agit alors au nom de ses mandants, les sûretés sont prises au nom des créanciers et non pas du sien. C'est pourquoi, dans l'hypothèse d'une cession de participation, l'inscription et les autres formalités concernant les sûretés devront de nouveau être réalisées afin que le nouveau créancier soit le véritable bénéficiaire de la sûreté. Le cessionnaire doit dans ce cas notifier l'agent du crédit afin que celui-ci informe les autres membres du syndicat tandis que l'agent des sûretés doit engager la procédure de changement de nom du bénéficiaire de la sûreté. Néanmoins, il convient de noter que certains praticiens ne suivent pas cette pratique en faisant confiance au principe du caractère accessoire des sûretés, selon lequel l'accessoire suit le principal, qui permettrait, sans avoir besoin de modification du bénéficiaire de la sûreté, de transférer cette dernière avec la créance¹¹⁸⁰.

898. Les nouveaux créanciers. Contrairement au mandataire, l'agent des sûretés peut intervenir non seulement au profit des créanciers originaux mais également de créanciers nouveaux, éventuellement entrés dans le syndicat à travers l'acquisition d'une fraction de la créance. Cette faculté est possible grâce à la logique fiduciaire sous-tendant le régime de l'agent qui a pour conséquence que ce dernier peut agir en son propre nom (article 2488-6 du Code civil). Grâce à ce mécanisme, les créanciers intégrant le syndicat postérieurement à la désignation de l'agent n'ont pas à renouveler les formalités effectuées pour l'inscription des sûretés, ce qui est une grande simplification du fonctionnement du groupement.

899. Le droit de propriété. De nature fiduciaire, l'agent des sûretés est titulaire d'un droit différent d'un droit de propriété. Son droit est plus vaste ou plus complet que la simple propriété à titre de garantie dans la mesure où, en vertu de l'article 2488-6 du Code civil, l'agent peut prendre, inscrire, gérer et réaliser toute sûreté ou garantie. Cette faculté va au-delà d'un transfert de propriété de biens. Par ailleurs, la titularité de l'agent lui permet d'agir en son nom, sans

¹¹⁷⁹ V. chapitre 2 de cette thèse sur les avantages et inconvénients du mandat.

¹¹⁸⁰ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 35.

avoir à justifier d'un mandat spécial, pour exercer toute action visant à défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie et procéder à toute déclaration de créance. Un cas particulier est cependant celui de l'action en réalisation d'une sûreté.

2. La facilité de la réalisation du pacte comissoire

900. L'interprétation du terme « créancier ». Un problème d'interprétation du terme « créancier »¹¹⁸¹ en droit des sûretés peut se rencontrer en matière de procédures civiles d'exécution. Les juges ont tendance à adopter une interprétation trop stricte des textes légaux. Ainsi, par exemple, l'article L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « *le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution* ». *A priori*, selon une telle formule, seul le créancier peut poursuivre l'exécution de la sûreté. Autrement dit, la faculté de poursuivre l'exécution forcée n'est pas tant liée à la qualité de titulaire de la sûreté qu'à celle de créancier de la sûreté¹¹⁸². Un risque d'interprétation stricte peut se présenter mais il semble facilement surmontable. En effet, l'article 2488-6 du Code civil donne le droit à l'agent de réaliser toute sûreté tandis que l'article 2488-9 du même code renforce cette prérogative en précisant que « *l'agent peut des sûretés peut, sans avoir à justifier d'un mandat spécial, exercer toute action pour défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie* ».

901. Le bénéfice du pacte comissoire. Parmi les facultés dont dispose l'agent des sûretés figure celle lui permettant de bénéficier d'un pacte comissoire ou d'une attribution judiciaire, alors que ce serait en principe uniquement au créancier de s'en prévaloir. Il devient dans ce cas propriétaire des biens concernés, en lieu et place des créanciers. L'agent agit ici en suivant les indications des créanciers. L'agent devient alors vraiment propriétaire des biens qui intègrent son patrimoine d'affectation. C'est dans cette situation que se révèle clairement sa nature fiduciaire étant donné que l'agent est propriétaire en vertu de sa qualité et parce qu'il agit pour le compte du *pool* bancaire. Il s'agit toutefois d'une propriété fonctionnelle qui ne se comprend que pour les besoins de l'opération en tend à simplifier le paiement des créanciers. L'ordonnance relative à l'agent des sûretés n'ayant cependant pas précisé les modalités de mise

¹¹⁸¹ Concernant cette problématique d'interprétation, v. chapitre 8 de cette thèse.

¹¹⁸² Y. Berrada, *op. cit.*, p. 86-87.

en place d'un pacte comissoire par l'agent des sûretés, ce sont les parties qui devront les indiquer dans le contrat. Dans le silence du contrat à ce sujet, il faudra, en toute hypothèse, que l'agent suive la volonté des membres du *pool* bancaire¹¹⁸³.

902. Conclusion section. À la différence de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil, le régime créé en 2017 a une nature juridique définie : l'agent des sûretés est un fiduciaire spécial. Une telle nature lui permet de disposer d'un patrimoine d'affectation en étant titulaire des sûretés qu'il administre. Sans être régi par les règles propres au contrat de fiducie du Code civil, l'agent des sûretés partage sa nature. Dans ce sens, la nature fiduciaire constitue le cadre de réception de l'agent des sûretés en droit civil.

903. Conclusion chapitre. L'ordonnance relative à l'agent des sûretés instaure un régime très performant, doté de qualités recherchées par les praticiens pour encadrer le mécanisme dans des marchés où le droit français est en concurrence avec le *security trustee*. La création des articles 2488-6 et suivants du Code civil correspond à une réception complète de l'agent des sûretés, après un long processus qu'un auteur explique de la manière suivante « *mais s'il peut être rassurant d'expliquer les nouveaux textes en y voyant des réminiscences de mécanismes déjà connus du droit français, il est sans doute plus juste d'y voir la conjonction de deux phénomènes qui relèvent de la sociologie juridique : un processus d'acculturation juridique, l'importation du security trustee, laisserait apparaître l'existence d'une « loi de structure » unissant le fonctionnement de cette institution à une certaine conception des sûretés elles-mêmes. Il semble en effet que le fonctionnement du security trust de droit anglais et américain roule sur une conception du caractère accessoire qui n'est pas tout à fait celle du droit français : ce lien, qui chez nous serait "structurel", ne serait là-bas que "fonctionnel"*¹¹⁸⁴ ». Malgré les grandes qualités de ce régime, une dernière étape sera nécessaire pour que sa réception soit définitive.

¹¹⁸³ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 93-94.

¹¹⁸⁴ M. Julienne, *loc. cit.*, n° 114m2. En ce qui concerne les « lois de structure », l'auteur renvoie à la définition de Doyen Carbonnier (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004, p. 245 et s. : « *Leur objet, ce sont des rapports nécessaires [...] de simultanéité ou, plus profondément, d'interdépendance, de solidarité entre phénomènes juridiques, soit entre institutions soit entre éléments d'une même institution.* »

Chapitre 8 :

La ratification de l'ordonnance : une réception définitive de l'agent des sûretés

904. Sécurité juridique de l'ordonnance. L'ordonnance du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés a été globalement bien reçue par les banques, les cabinets d'avocats, les professeurs d'université et les centres d'études. Toutefois, plusieurs voix se sont élevées pour interroger le législateur sur certains points, voire pour critiquer l'absence de sécurité juridique engendrée par quelques dispositions du nouveau régime. Deux droits en particulier posaient difficulté à l'heure de consacrer en leur sein la figure de l'agent des sûretés : le droit des procédures d'insolvabilité (section 1) et le droit des sûretés (section 2). Cependant, le souhait du législateur étant d'accorder une plus grande sécurité juridique au nouveau régime, il a profité de la ratification de l'ordonnance pour la modifier en ce sens.

Section 1 : La réception de l'agent des sûretés par le droit des procédures d'insolvabilité

905. L'efficacité de l'agent des sûretés. Le droit des procédures d'insolvabilité constitue un élément important à l'heure d'évaluer l'efficacité du dispositif de l'agent des sûretés consacré en droit français. Seules trois procédures de ce type ont été mentionnées par l'ordonnance : la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire. Ce texte précise, par ailleurs, que l'ouverture de l'une d'entre elles est « *sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission* [celle de l'agent] » (article 2328-10 du Code civil). Dans cette hypothèse, « *tout créancier bénéficiaire des sûretés et garanties peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés* » (article 2328-11 du Code civil).

906. La référence ainsi faite aux procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire a sans doute pris comme modèle le régime de la fiducie¹¹⁸⁵. En tout état de cause, la loi d'habilitation a autorisé le gouvernement à prendre des mesures uniquement à l'égard de ces trois procédures, en écartant donc la résolution bancaire (§1) et le surendettement des particuliers (§2).

§1. L'agent des sûretés soumis à une procédure de résolution bancaire

907. L'agent des sûretés est souvent l'un des membres d'un *pool* bancaire ; il a alors la qualité d'établissement de crédit. Conformément à ce statut, il est logique qu'il soit soumis à une procédure de résolution bancaire, cela même si la loi ne l'envisage pas (A). Dans le silence de l'ordonnance à ce sujet, le législateur a préféré prévoir explicitement cette soumission (B).

A. Une soumission implicite

908. La qualité d'établissement bancaire. Il est fréquent que l'agent des sûretés soit désigné parmi les banques prêteuses. Alors, en raison de sa qualité d'établissement de crédit, il peut être soumis à une procédure de résolution bancaire. En effet, en application de l'article L. 613-34 du Code monétaire et financier, les mesures de résolution bancaire (par exemple, les cessions d'activité à des établissements relais, la mise en place d'une structure de gestion d'actifs pour qu'elle gère les biens, droits ou obligations de l'établissement défaillant, des mesures de renflouement interne, une réduction de capital) sont applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (1). De plus, avant la publication de l'ordonnance de 2017, le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) avait suggéré que la procédure de résolution bancaire soit expressément mentionnée dans la loi (2).

¹¹⁸⁵ L'article 2024 du Code civil dispose : « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire. » De son côté, l'article 2029 du même code précise que le contrat de fiducie « prend fin lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire » et ne mentionne donc pas les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

1. Le droit de la résolution bancaire

909. La directive BRRD. La crise financière débutée en 2008 a été d'une telle gravité qu'elle a provoqué une prise de conscience des pouvoirs publics qui s'est notamment traduite par le vote de diverses dispositions visant à prévenir de nouvelles crises¹¹⁸⁶. Au niveau du droit de l'Union européenne, l'une des principales mesures a été l'adoption de la directive 2014/59/UE du 14 mai 2015 sur le redressement et la résolution des défaillances bancaires¹¹⁸⁷ (dite « directive BRRD »). Ce texte part du constat suivant : « *La crise financière a révélé un manque criant, au niveau de l'Union, d'instruments permettant de faire face efficacement aux établissements de crédit et entreprises d'investissement peu solides ou défaillants. De tels instruments sont, en particulier, nécessaires pour éviter l'insolvabilité ou, en cas d'insolvabilité avérée, pour en minimiser les répercussions négatives en préservant les fonctions importantes, sur le plan systémique, de l'établissement concerné. Pendant la crise, ces défis ont pris une importance majeure, contraignant les États membres à utiliser l'argent des contribuables pour sauver des établissements. L'objectif d'un cadre crédible pour le redressement et la résolution est de rendre cette intervention aussi inutile que possible*¹¹⁸⁸. »

910. En outre, le législateur européen regrettait qu'« *il n'existe actuellement aucune harmonisation des procédures de résolution des établissements au niveau de l'Union*¹¹⁸⁹ ». Or, cette dernière comprenant des marchés très intégrés dans lesquels interagissent des établissements dont les activités sont de nature transfrontalière, la faillite de l'un d'entre eux suppose un risque certain de provoquer une crise systémique et, par conséquent, de porter

¹¹⁸⁶ Comme le signale Virginie Barbier, « *le patrimoine d'affectation de l'agent est et, comme on l'a déjà vu, doit être protégé du risque de faillite de l'agent lui-même. Théorique encore avant la crise des subprimes, la question de la faillite des banques revêtant la qualité d'agent ne doit plus être prise à la légère en effet* ». V. V. Barbier, « Le nouvel agent des sûretés : une petite révolution au service des crédits syndiqués », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 28. Dans le même sens, d'autres auteurs affirment : « *la faillite de la banque Lehman, qui, outre son activité de banque prêteuse, était souvent nommée agent des sûretés dans les financements internationaux, y compris impliquant des emprunteurs ou garants français, a montré la nécessité de pouvoir gérer ces problématiques en droit français.* » V. J.-F. Adelle et E. Gentil, « Le régime *ad hoc* de l'agent des sûretés de droit français devient l'égal du *security agent* anglo-saxon dans les financements syndiqués », *RTDF*, 2017, n° 2, p. 73.

¹¹⁸⁷ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 1.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 2.

atteinte à la stabilité du marché européen dans son ensemble. Afin d'éviter une telle situation, la directive avait pour objectif « *d'instituer un régime qui fournisse aux autorités un ensemble crédible d'instruments leur permettant d'intervenir suffisamment tôt et suffisamment rapidement dans un établissement peu solide ou défaillant, de manière à assurer la continuité de ses fonctions financières et économiques critiques, tout en limitant le plus possible l'impact de sa défaillance sur l'économie et le système financier*¹¹⁹⁰ ».

911. La transposition de la directive BRRD en droit français. Le but poursuivi par les autorités européennes avec l'adoption de ce texte était donc d'harmoniser les règles nationales afin d'établir un cadre commun de résolution des défaillances des banques, à travers la mise en place d'un mécanisme de coopération entre les autorités de résolution sous la supervision de la Banque centrale européenne (BCE). Concrètement, la directive BRRD a instauré des mesures de prévention applicables aux établissements en difficulté consistant en la mise en œuvre de plans de redressement et de mesures d'intervention précoce. En cas de crise majeure, un plan de résolution est prévu, mis en place grâce à une coopération entre le Conseil de résolution unique et les autorités nationales de résolution.

912. En France, avant la transposition de la directive BRRD, le régime de résolution applicable était celui prévu par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Le texte européen a rénové ce cadre juridique. La directive BRRD a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 et par le décret n° 2015-1160 du 17 septembre 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière. Le nouveau régime se trouve désormais à la section 4 (intitulée « Mesures de prévention et de gestion des crises bancaires ») du chapitre III du titre I^{er} du livre VI du Code monétaire et financier.

913. Les mesures de résolution bancaire. L'article 613-43 II du Code monétaire et financier précise plusieurs conditions à remplir afin qu'une mesure de résolution puisse être mise en œuvre :

- ° La défaillance de l'établissement est avérée ou prévisible. L'article L. 613-48 du Code monétaire et financier énonce plusieurs situations révélatrices d'une telle défaillance, à savoir : l'établissement ne respecte plus les conditions de son agrément, il n'est pas en

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 2.

mesure de s'acquitter de ses dettes ou de ses autres engagements à l'échéance prévue, un soutien financier exceptionnel est requis des pouvoirs publics, ou encore la valeur de ses actifs est inférieure à la valeur de son passif ;

° Il n'existe aucune perspective raisonnable que cette défaillance puisse être évitée dans un délai raisonnable autrement que par la mise en œuvre d'une mesure de résolution ;

° La mise en œuvre de la mesure de résolution est cohérente avec les objectifs de ce type de procédure mentionnés à l'article L. 613-50 I du Code monétaire et financier : assurer la continuité des fonctions critiques, éviter des effets négatifs importants sur la stabilité financière, protéger les ressources de l'État en réduisant autant que possible le recours aux aides financières publiques exceptionnelles et protéger les fonds et les actifs des clients. Enfin, il est requis que la procédure de liquidation judiciaire prévue au livre VI du Code de commerce ne puisse atteindre ces objectifs avec la même efficacité.

914. Ce cadre juridique de la résolution bancaire révèle à quel point il s'agit d'une procédure aussi importante que complexe. Les pouvoirs publics ont consacré beaucoup d'énergie à la mettre en œuvre, celle-ci étant considérée comme essentielle compte tenu de son rôle central quant à la stabilité de tout le système financier. Dans ce contexte, la question se pose de savoir pourquoi l'ordonnance du 4 mai 2017 n'en avait pas fait mention aux articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil. Cette interrogation est d'autant plus pertinente qu'un avis du CCLRF émis un mois avant la publication de l'ordonnance, avait suggéré d'inclure la résolution bancaire dans la liste des procédures d'insolvabilité établie par cette dernière.

2. L'avis n° 2017-26 du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières

915. Le CCLRF. Le CCLRF est un organisme chargé, sur saisine du ministre de l'Économie, de fournir des avis sur tous les projets de textes normatifs à portée générale (loi, ordonnance, décret, etc.) traitant de questions relatives au secteur bancaire, financier ou des assurances

(émetteurs de monnaie électronique, prestataires de services de paiement, entreprises d'investissement)¹¹⁹¹.

916. Les observations du CCLRf. C'est dans le cadre de cette mission que le CCLRf a rendu l'avis n° 2017-26 du 21 mars 2017¹¹⁹² sur le projet d'ordonnance portant réforme de l'agent des sûretés avant qu'il ne soit publié. Dans cet avis, le CCLRf s'est montré favorable à l'ensemble du texte ; il a néanmoins émis deux observations : d'une part, il a suggéré d'ajouter une mention des procédures de résolution des établissements de crédit aux articles 2287-5 et 2287-6 du Code civil ; d'autre part, il a conseillé de supprimer le terme « alors » au troisième alinéa de l'article 2287-6 du Code civil.

917. Plusieurs autres éléments particulièrement intéressants sont à signaler concernant cet avis.

i. La question de la numérotation des articles

918. La place de l'agent dans le Code civil. Tout d'abord, il est évident que la référence faite par le CCLRf aux articles 2287-5 et 2287-6 du Code civil est erronée puisqu'elle ne correspond pas aux articles créés par l'ordonnance du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés. Si, à première vue, une telle erreur semble inexplicable, tout laisse cependant à penser qu'il existait l'intention, à l'origine, de placer le régime de l'agent des sûretés au début du livre IV (« Des sûretés »), dans un titre I, et non à la fin, dans un titre III, comme cela a été finalement décidé. Cette idée n'était pas complètement nouvelle puisque, on l'a vu, le congrès des notaires de France avait déjà suggéré de consacrer le régime de l'agent des sûretés dans un titre général s'appliquant à tous les types de sûretés. Plus concrètement, un tel choix avait été opéré en droit OHADA dans lequel le régime de l'agent des sûretés est placé juste avant les titres se rapportant aux sûretés personnelles et réelles.

919. Le « projet d'ordonnance ». Il convient aussi de remarquer que dans l'avis précité, le CCLRf vise non pas l'ordonnance elle-même mais le « projet d'ordonnance portant réforme de l'agent des sûretés ». Or, ce dernier n'ayant pas été rendu public, il a pu être modifié avant la publication officielle de l'ordonnance. Dès lors, il est vraisemblable que dans le « projet

¹¹⁹¹ Source : <https://cclrf.banque-france.fr/> [consulté le 28 décembre 2020] ; articles L. 614-1 et s. et articles D. 614-1 et s. du Code monétaire et financier.

¹¹⁹² L'avis n° 2017-26 a été rendu public sur le site internet du CCLRf le 10 juillet 2017, c'est-à-dire, deux mois après la publication de l'ordonnance relative à l'agent des sûretés.

d'ordonnance » que le CCLRF a reçu pour avis, le titre I du livre IV ait porté l'intitulé « De l'agent des sûretés » et ait contenu six articles : 2287-1 à 2287-7 du Code civil. Il s'agit là de la seule explication possible permettant de comprendre pourquoi le CCLRF demande d'« *ajouter une mention des procédures de résolution des établissements de crédit*¹¹⁹³ » aux articles 2287-5 et 2287-6 du Code civil. Étant donné que les seules dispositions de l'ordonnance mentionnant les procédures collectives sont les articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil, il n'y pas de doute quant au fait qu'il s'agit, en réalité, des articles auxquels faisait référence le CCLRF. Cet élément est *a priori* anecdotique, pourtant de telles considérations relatives à la place du régime de l'agent des sûretés dans le Code civil sont somme toute intéressantes puisqu'elles révèlent qu'un débat a eu lieu sur le sujet. Il n'est, en effet, pas anodin de placer les articles relatifs à l'agent des sûretés soit au début, soit à la fin du livre sur les sûretés. Le choix opéré par le droit OHADA semble le plus approprié puisque le régime décrit en premier lieu s'applique aux deux titres suivants (respectivement consacrés aux sûretés personnelles et réelles) ; une telle organisation suit l'ordre logique du plus général au plus particulier. Le législateur OHADA a profité du fait que l'AUS était une norme plutôt récente pour placer en premier le régime de l'agent des sûretés. Il était, sans doute, plus difficile de faire de même en droit français étant donné que le nouveau régime venait s'insérer dans un code déjà existant. Ainsi, choisir de le positionner au début du livre IV du Code civil aurait supposé de changer la structure du livre consacré aux sûretés ; une tâche qui aurait été délicate¹¹⁹⁴.

ii. Le suivi partiel de l'avis du CCLRF par le gouvernement

920. Caractère de l'avis. Le gouvernement n'a néanmoins pas suivi toutes les recommandations mentionnées dans l'avis du CCLRF. Il convient, toutefois, de préciser qu'il n'était pas obligé de le faire étant donné qu'en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 614-2 du Code monétaire et financier, le CCLRF est doté d'un pouvoir renforcé uniquement en ce qui concerne les projets de décret ou d'arrêté¹¹⁹⁵.

¹¹⁹³ Avis n° 2017-26 du CCLRF du 21 mars 2017.

¹¹⁹⁴ Dans ce sens D. Robine écrit : « *on peut regretter la numérotation adoptée mais elle présente l'intérêt de ne pas modifier celle des articles qui suivent.* » V. D. Robine, « Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur », *RD banc. et fin.*, 2017, n° 5, étude 12.

¹¹⁹⁵ Disponible sur : <https://cclrf.banque-france.fr/presentation/missions-0> [consulté le 28 décembre 2020].

L'alinéa 2 de l'article L. 614-2 du Code monétaire et financier dispose : « *Les projets de décret ou d'arrêté, autres que les mesures individuelles, intervenant dans les mêmes domaines ne peuvent être adoptés qu'après l'avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières. Il est également saisi pour avis par le*

921. Stratégie du gouvernement. Le gouvernement a agi ici en deux temps.

922. La seconde recommandation. En premier lieu, il a immédiatement pris en compte la seconde recommandation du CCLRf : supprimer le terme « alors » indiqué à l'article 2287-6 du Code civil (qui, comme cela a été démontré, correspond en réalité à l'article 2488-11 du Code civil). En effet, le vocable est complètement absent de l'ordonnance¹¹⁹⁶.

923. La première recommandation. En revanche, en ce qui concerne la première recommandation qui proposait d'ajouter la résolution bancaire à la liste des procédures collectives énoncées par l'ordonnance, l'avis n'a pas été suivi. Cette position du gouvernement s'explique par le fait que la loi d'habilitation ne faisait pas mention de la procédure de résolution bancaire mais uniquement des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel. Il s'agit de la raison pour laquelle « *seules ces procédures ont pu être prises en compte dans l'ordonnance*¹¹⁹⁷ ». Une fois l'ordonnance publiée et entrée en vigueur, ces textes ont intégré le Code civil en tant que tels sachant que « *seule une modification apportée dans la loi permet[tait] de procéder aux ajouts envisagés*¹¹⁹⁸ ».

924. Intérêt de la première recommandation. De fait, c'est surtout la première recommandation précitée qui est intéressante étant donné qu'elle a eu une influence sur la position dubitative adoptée par les banques au moment de la publication de l'ordonnance. C'est ainsi que, dans un second temps, le gouvernement a profité de la loi de ratification pour suivre l'avis du CCLRf sur ce point et rassurer ce faisant les banques. Poursuivant un objectif d'exhaustivité en matière de procédures d'insolvabilité, la loi de ratification a effectivement prévu de manière explicite le cas de la soumission de l'agent des sûretés à la procédure de résolution bancaire.

ministre chargé de l'économie des demandes d'homologation des codes de conduite mentionnés à l'article L. 611-3-1. Il ne peut être passé outre à un avis défavorable du comité sur ces projets qu'après que le ministre chargé de l'économie a demandé une deuxième délibération de ce comité. »

¹¹⁹⁶ On peut essayer d'imaginer où il était mentionné dans le projet d'ordonnance mais cela semble inutile étant donné qu'il est probable que sa suppression postérieure ait obligé le législateur à reformuler l'ensemble de l'article concerné.

¹¹⁹⁷ Étude d'impact du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés du 19 juillet 2017, p. 8.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 11.

B. Une soumission explicite

925. Le gouvernement a dû déposer deux projets de loi de ratification avant de pouvoir concrètement faire gré à la demande des banques de soumettre l'agent des sûretés à la procédure de résolution bancaire. En effet, un premier projet ayant été présenté mais jamais voté¹¹⁹⁹ (1), un second texte a été nécessaire pour introduire définitivement cette procédure dans le régime de l'agent des sûretés (2).

1. Une première tentative d'introduction de la résolution bancaire dans le régime de l'agent des sûretés

926. Le respect du délai de dépôt de la loi de ratification. L'article 117 de la loi d'habilitation (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016) prévoyait qu'un projet de loi de ratification devait être déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance. L'ordonnance relative à l'agent des sûretés ayant été publiée au *Journal officiel* le 5 mai 2017, le projet de loi de ratification ne devait donc pas être déposé après le 5 août 2017¹²⁰⁰. Ce délai a été respecté puisque le projet de loi n° 691 ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés a été enregistré à la présidence du Sénat le 28 juillet 2017.

927. Contenu du projet de loi de ratification. L'article 1^{er} du projet de loi n° 691 prévoyait la ratification de l'ordonnance tandis que son article 2 modifiait les articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil afin d'ajouter de nouvelles procédures d'insolvabilité. Ces dispositions, créées par l'ordonnance du 4 mai 2017 ne mentionnaient que les procédures de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel étant donné, comme on l'a précédemment relevé, que la loi d'habilitation visait uniquement ces trois procédures. Cependant, en pratique, l'agent des sûretés peut être confronté à d'autres types de procédure d'insolvabilité mettant en péril sa mission et pouvant porter préjudice aux créanciers l'ayant

¹¹⁹⁹ Plus précisément, ce premier projet de loi de ratification n'a pas été inscrit à l'ordre du jour.

¹²⁰⁰ L'article 38 de la Constitution dispose : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

désigné. La liste des procédures d'insolvabilité établie par l'ordonnance n'étant pas exhaustive, il a été considéré nécessaire de la compléter en ajoutant le surendettement et la résolution bancaire. Au-delà d'un souci d'exhaustivité, le législateur a ici tenu compte de l'avis du CCLRF ainsi que des doutes exprimés par les banques.

928. La nouvelle liste de procédures d'insolvabilité. Si le gouvernement pouvait difficilement suivre l'avis du CCLRF au moment de l'élaboration du texte de l'ordonnance – il était lié par les termes de la loi l'habilitant à agir –, il a été décidé d'étendre cette liste à l'occasion du vote de la loi de ratification. Pour des raisons de sécurité juridique, il a ainsi été prévu de mentionner explicitement la procédure de surendettement (régie par le livre VII du Code de la consommation) étant donné qu'une personne physique peut être désignée agent des sûretés. De plus, comme ce sont surtout les banques qui agissent en tant qu'agent des sûretés, il a été considéré opportun de faire mention de la procédure de résolution bancaire¹²⁰¹.

929. Un droit spécial. La situation dans laquelle se trouve un établissement bancaire en difficulté financière échappe au droit commun des procédures collectives (livre VI du Code de commerce) et est soumise à des règles juridiques propres prévues par le Code monétaire et financier. Dès lors, on peut se demander si la particularité de cette configuration méritait que le législateur la vise spécifiquement dans le régime applicable à l'agent des sûretés ou si la formule consacrée par l'ordonnance était suffisante.

930. La stabilité du système financier. La question se pose à double titre. De manière générale, il est certain que la précision faite par une loi qui s'adapte à la pratique qu'elle régit est source de confiance et de sécurité juridique. De manière plus spécifique, la mention de la résolution bancaire n'est pas anodine puisqu'il s'agit de préserver la stabilité de l'ensemble du système financier. Il peut ainsi paraître surprenant que le législateur ait omis de mentionner la procédure de résolution bancaire dans la loi d'habilitation étant donné que les banques agissent souvent en tant qu'agent des sûretés.

¹²⁰¹ Introduite, comme on l'a déjà signalé, par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, ayant transposé la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, applicable aux termes de l'article L. 613-34 du Code monétaire et financier aux établissements de crédit et entreprises d'investissement.

931. L'application par analogie. Sa volonté de procéder à cet ajout à l'occasion de la ratification de l'ordonnance est donc compréhensible. Cependant, comme il est mentionné dans l'exposé des motifs du projet de loi de ratification : « *les juridictions pourraient, en cas de litige, appliquer par analogie les articles 2388-10 et 2488-11 du code civil en cas d'ouverture d'une telle procédure à l'égard de l'agent des sûretés, toutefois le silence du texte est source d'insécurité juridique, ce qui est contraire à l'objectif recherché par le texte*¹²⁰². » En effet, il aurait pu être possible de ne rien ajouter en supposant que les juges feraient preuve d'une approche flexible dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure de résolution bancaire à l'encontre d'un agent des sûretés.

932. La cohérence du dispositif. Outre la poursuite d'un objectif de sécurité juridique, le législateur a aussi expliqué dans l'exposé des motifs de la loi de ratification qu'il avait agi pour des raisons de « *cohérence avec ce qui est prévu en cas d'ouverture d'une procédure collective ou de rétablissement professionnel prévue par le livre VI du code de commerce, le présent projet de loi prévoit expressément que l'ouverture d'une telle procédure de résolution, à l'encontre d'un établissement de crédit qui aurait la qualité d'agent des sûretés :*

- *D'une part, est sans effet sur le patrimoine d'affecté à sa mission d'agent des sûretés, conformément à la logique du patrimoine d'affectation ;*
- *D'autre part, permet à tout créancier bénéficiaire des sûretés de demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés*¹²⁰³ ».

933. Intérêt relatif du projet de loi n° 691. Déposé mais jamais voté, le projet de loi n° 691 de ratification de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés n'avait donc qu'un intérêt partiel. En premier lieu, on peut considérer qu'il s'agit d'un texte utile dans le sens où ayant été déposé le 28 juillet 2017 au Sénat, il a permis que l'ordonnance relative à l'agent des sûretés ne devienne pas caduque. Les craintes à cet égard n'étaient pas sans fondement¹²⁰⁴ dans la mesure où ce dépôt est intervenu une semaine seulement avant la date limite qui était fixée au 5 août 2017. Ce projet de loi est aussi important au regard de la façon

¹²⁰² Étude d'impact du projet de loi du 19 juillet 2017 précité, p. 11.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 11-12.

¹²⁰⁴ Il faut également préciser que les élections présidentielles et législatives venaient d'avoir lieu. Ce contexte pouvait perturber le calendrier législatif.

dont l'agent des sûretés avait été reçu en 2017 étant donné qu'il a mis en lumière et pris en compte l'avis du CCLRF concernant la mention de la résolution bancaire. Cette question avait généré une certaine méfiance à l'égard de la réforme parmi les banquiers. Or, sans la confiance des banques, celle-ci était vouée à l'échec ; de fait, elle n'aurait pas été appliquée. Dès lors, cette question devait être absolument résolue. En second lieu, sachant qu'un projet de loi de ratification doit être voté pour qu'une ordonnance soit effectivement ratifiée et acquière une valeur légale mais que le projet de loi n° 691 ne l'a jamais été, on peut aussi considérer que ce dernier a été en partie un échec. Un second projet de loi de ratification (cette fois-ci voté) a cependant permis d'accomplir ce que n'avait pas réussi à faire le premier.

2. L'introduction définitive de la résolution bancaire dans le régime de l'agent des sûretés

934. La loi « PACTE ». Le contenu du projet de loi n° 691 ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés (qui n'a jamais été voté) a été repris dans la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite « loi PACTE »)¹²⁰⁵ qui a finalement ratifié l'ordonnance précitée. La loi PACTE prévoit notamment un élargissement de la liste des procédures collectives auxquelles peut être soumis l'agent des sûretés. En effet, son article 206, XIII C, 1° dispose qu'« *au second alinéa de l'article 2488-10 et au premier alinéa de l'article 2488-11 du code civil, les mots : “ou de rétablissement professionnel” sont remplacés par les mots : “de rétablissement professionnel, de surendettement ou de résolution bancaire”* ». Sur cet aspect, la loi PACTE n'a fait que recopier le projet de loi de ratification de 2017. Précisément, elle a inclus dans la liste des procédures d'insolvabilité dont peut faire l'objet l'agent des sûretés deux dispositifs : la résolution bancaire et la procédure de surendettement. De même, l'étude d'impact de la loi PACTE reprend quasiment à l'identique l'exposé des motifs du projet de loi du 28 juillet 2017.

935. Intérêt de la loi « PACTE ». Cette loi acte ainsi l'introduction explicite et définitive de la procédure de résolution bancaire au sein du régime applicable à l'agent des sûretés. Même si cet ajout peut sembler être un élément mineur quant à la consécration de l'agent des sûretés en droit français, il n'en est rien. En effet, il s'est révélé déterminant quant à l'acceptation de la

¹²⁰⁵ Loi n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, 23 mai 2019, n° 0119.

réforme par le secteur bancaire. Il en a été de même s'agissant de la procédure de surendettement des particuliers.

§2. L'agent des sûretés soumis à la procédure de surendettement

936. L'autre dispositif ajouté au Code civil à l'occasion de la ratification de l'ordonnance de 2017 a été la procédure de surendettement des particuliers.

A. Une soumission implicite

937. La procédure de surendettement des particuliers. Selon les termes de l'article L. 711-1 du Code de la consommation, « *le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi* » dont « *la situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* ». Le même article dispose, en outre, que « *l'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement* ».

938. L'agent des sûretés personne physique. Or, une personne physique désignée en tant qu'agent des sûretés peut faire l'objet d'une procédure de surendettement¹²⁰⁶. Effectivement, l'article L. 711-3 du Code de la consommation indique que les dispositions relatives à cette procédure ne sont pas applicables seulement lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le livre VI du Code de commerce, c'est-à-dire les procédures de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire. Dès lors, peuvent être concernées par une procédure de surendettement les personnes physiques qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet de l'une des procédures mentionnées au livre VI du Code de commerce en raison de leur activité

¹²⁰⁶ Les dispositions relatives à cette procédure ont été créées par la loi du 31 décembre 1989. Modifiées plusieurs fois depuis leur introduction, elles se trouvent actuellement au livre VII du Code de la consommation, aux articles L. 711-1 et suivants (pour la partie législative) et aux articles R. 711-1 et suivants (pour la partie réglementaire).

économique. Le cas de l'agent des sûretés est ici à rapprocher de celui de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée¹²⁰⁷. Ce dernier a effectivement le droit, en vertu de l'article L. 711-7 du Code de la consommation¹²⁰⁸, de soumettre son patrimoine non affecté à son activité professionnelle à la procédure de surendettement ouverte aux particuliers si sa situation de surendettement trouve son origine exclusivement dans des dettes contractées en dehors du cadre de cette activité. En cas de difficultés financières, le statut d'entrepreneur individuel permet ainsi de mettre en œuvre deux procédures : tandis que son patrimoine professionnel sera soumis au droit des entreprises en difficulté prévu par le livre VI du Code de commerce, son patrimoine personnel fera l'objet de la procédure de surendettement ouverte aux particuliers qui est encadrée par le Code de la consommation.

939. Mesure de désendettement. Dans le cadre de ce dernier type de procédure, plusieurs mesures de désendettement sont prévues telles que le report, la suspension ou encore un rééchelonnement, voire un effacement total, des dettes.

940. Besoin d'inclure la procédure de surendettement. Par conséquent, étant donné qu'une personne physique peut être désignée agent des sûretés et qu'une procédure de surendettement pourrait donc être ouverte à son encontre, le législateur a considéré que le régime alors en vigueur n'était pas complet tant que la liste des procédures auxquelles l'agent peut être confronté n'était pas exhaustive. Le cas de figure de l'ouverture d'une procédure de surendettement impliquant l'agent des sûretés existe effectivement même s'il n'est pas le plus probable. Dans ce sens, un auteur affirmait : « *la référence au rétablissement professionnel pourrait paraître superflue au regard des conditions d'ouverture de cette procédure. Cependant, il n'y avait pas de raison de l'exclure puisqu'il n'est pas exigé que l'agent des sûretés possède une qualité spécifique*¹²⁰⁹. »

¹²⁰⁷ Le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, introduit par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, permet d'établir, sans créer une personne morale, un patrimoine pour les besoins de l'activité professionnelle, distinct du patrimoine personnel (article L. 526-6 du Code de commerce).

¹²⁰⁸ L'article 711-7 du Code de la Consommation a été créé par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement.

¹²⁰⁹ D. Robine, *loc. cit.*

B. Une soumission explicite

941. Domaine de la procédure de surendettement. Les dispositions régissant la procédure de surendettement ne s'appliquent pas aux personnes soumises aux règles prévues à l'égard des entreprises par le Code de commerce. C'est le cas, par exemple, des commerçants, artisans, agriculteurs et, de manière générale, des personnes exerçant une activité professionnelle indépendante ; tous sont exclus de la procédure de surendettement dans la mesure où ils sont soumis aux règles du livre VI du Code de commerce. Une hypothèse pour pouvoir bénéficier de la procédure de surendettement est celle où la personne physique désignée par un groupe de créanciers en tant qu'agent des sûretés exerce sa mission sous le statut d'entrepreneur individuel. Le bénéfice de ce régime est évidemment partiel puisque, en vertu de l'article L. 711-7 du Code de la consommation, seul le patrimoine non affecté à son activité professionnelle d'agent des sûretés est concerné.

942. Un rappel. Le premier projet de loi de ratification de l'ordonnance de 2017 avait déjà prévu d'ajouter la procédure de surendettement aux côtés de la procédure de résolution bancaire dans la liste des procédures concernées. Ce faisant, le législateur avait cherché à encadrer de manière explicite une situation en réalité peu probable. Plus qu'une nouvelle règle, il s'agissait, comme l'énonce l'étude d'impact relative à la loi de ratification n° 691, de « *rappeler à l'article 2488-10 que l'ouverture d'une procédure de surendettement, même si les hypothèses sont résiduelles, est sans effet sur le patrimoine affecté de l'agent des sûretés* » et de prévoir « *à l'article 2488-11 que l'ouverture d'une telle procédure a les mêmes effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité du code de commerce, en ce qu'elle permet à tout créancier de demander le remplacement de l'agent des sûretés ou la désignation d'un agent provisoire*¹²¹⁰ ».

943. Conséquences de l'omission de la procédure de surendettement. Si l'omission avait uniquement concerné la procédure de surendettement et non celle de résolution bancaire, il semble peu probable que la loi de ratification aurait prévu son seul ajout. En effet, les conséquences d'une telle omission paraissent bien moins importantes à l'heure de comparer les problèmes de solvabilité d'un particulier à ceux d'une banque ; des difficultés qui ont des conséquences plus graves dans le second cas. Dans son avis n° 2017-26 du 21 mars 2017 portant sur le projet d'ordonnance relatif à l'agent des sûretés, le CCLRF ne s'est d'ailleurs prononcé

¹²¹⁰ Étude d'impact du projet de loi du 19 juillet 2017 précité, p. 12.

qu'au sujet de la procédure de résolution bancaire en omettant donc le cas de la procédure de surendettement des particuliers. Le projet de loi de ratification a lui aussi été soumis au CCLRf qui a donné un avis conforme et n'a émis aucune réserve puisque le projet de loi suivait son premier avis¹²¹¹. Cependant, il est possible que le CCLRf ait gardé le silence¹²¹² au sujet de la procédure de surendettement des particuliers non pas parce qu'il ne la considérait pas importante mais parce qu'il s'agit d'une question qui ne relève pas de ses prérogatives. En effet, la procédure de surendettement des particuliers est un dispositif relevant du droit de la consommation alors que, comme on l'a déjà relevé, le CCLRf est compétent pour donner des avis sur des questions relatives au secteur bancaire, financier ou des assurances (émetteurs de monnaie électronique, prestataires de services de paiement, entreprises d'investissement)¹²¹³. Sur la question de la procédure de surendettement, le gouvernement aurait pu saisir le Conseil national de la consommation (CNC)¹²¹⁴, un organisme placé auprès du ministre chargé de la consommation dont l'avis est sollicité par les pouvoirs publics « *sur les grandes orientations de leur politique qui concernent les consommateurs et les usagers et en particulier à l'occasion des discussions des textes européens ayant une incidence sur le droit français de la consommation*¹²¹⁵ ». En particulier, les avis du CNC « *portent sur les projets ou propositions de lois et règlements susceptibles d'avoir une incidence sur la consommation*¹²¹⁶ ».

944. Finalement, de manière comparable à la résolution bancaire, la procédure de surendettement des particuliers a donc été définitivement introduite dans le Code civil (articles 2488-10 et 2488-11) par la Loi PACTE.

¹²¹¹ Avis n° 2017-61 du CCLRf du 5 juillet 2017. La formulation de cet avis est peu précise car il énonce le « projet d'ordonnance » et non pas le projet de loi qui lui était soumis, même si au fond cela revenait au même, avec la différence qu'une fois le projet de loi voté, l'ordonnance serait de nature légale et non plus de nature réglementaire.

¹²¹² Ce silence existe surtout dans le premier avis (21 mars 2017) portant sur l'ordonnance qui ne faisait pas mention de la procédure de surendettement. Au contraire, il est moins précis de parler de silence pour le deuxième avis (5 juillet 2017) qui a examiné le projet de loi ratifiant l'ordonnance qui prévoyait d'ajouter la procédure de surendettement. En émettant un avis favorable sans réserve, l'ajout de la procédure de surendettement est approuvé implicitement par le CCLRf même si lors du premier avis il n'avait pas explicitement conseillé son inclusion dans le texte.

¹²¹³ Source : www.cclrf.banque-france.fr [consulté le 31 décembre 2020] ; articles L. 614-1 et s. et articles D. 614-1 et s. du Code monétaire et financier.

¹²¹⁴ Le CNC a été créé par le décret n° 83-642 du 12 juillet 1983 qui a été ensuite abrogé par le décret n° 97-298 du 27 mars 1997. Il est régi par les articles D. 821-1 à D. 821-17 du Code de la consommation.

¹²¹⁵ Article D. 821-3 du Code de la consommation.

¹²¹⁶ Article D. 821-3 du Code de la consommation.

945. Conclusion de la section. Les objectifs poursuivis par le projet de loi de ratification de l'ordonnance de 2017 s'alignaient sur ceux, plus généraux, visés par la réforme de l'agent des sûretés ; à savoir « rendre l'agent des sûretés français plus attractif pour les praticiens afin de concurrencer les dispositifs de droit étranger¹²¹⁷ ». Plus précisément, le législateur était d'avis que « les compléments apportés à l'ordonnance, quant aux procédures d'insolvabilité mentionnées, permettent de garantir la sécurité juridique du dispositif, essentielle pour son attractivité. En effet, en l'absence de mention des procédures du surendettement et de résolution bancaire, il pourrait exister un doute sur leur effet à l'égard du patrimoine affecté de l'agent des sûretés ainsi que sur la possibilité de remplacement judiciaire de l'agent des sûretés, une telle incertitude pouvant détourner les praticiens de cet instrument¹²¹⁸ ».

946. Effectivement, la nécessité de mentionner la procédure de surendettement des particuliers, mais surtout la procédure de résolution bancaire, est compréhensible du point de vue de la sécurité juridique qui constituait le principal objectif de la réforme du régime applicable à l'agent des sûretés.

947. Cependant, il semble que le projet de loi de ratification, puis la loi PACTE, ont moins cherché à préserver la sécurité juridique que tenté de corriger une erreur qui se trouvait dans la loi d'habilitation ; celle de n'avoir indiqué que certaines procédures de défaillance. À cet égard, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple de prévoir, dès la loi d'habilitation, une formule générale pour se référer à toute forme de procédure d'insolvabilité à l'instar de celle de l'article 2287 du Code civil tel qu'envisagé dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés proposé par l'Association Henri Capitant qui énonçait que « les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou de surendettement¹²¹⁹ ». La formule « procédure d'insolvabilité ou de surendettement » aurait remplacé la formule alors existante « de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ». En adoptant une telle stratégie, la loi d'habilitation aurait été respectée étant donné qu'une telle formule générale comprend implicitement les procédures mentionnées. Parfois, la volonté de tout prévoir peut être

¹²¹⁷ Exposé des motifs du projet de loi n° 691 ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, p. 4.

¹²¹⁸ *Ibid.*, p. 12-13.

¹²¹⁹ Article 2287 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant.

contreproductive et porter *in fine* atteinte à la sécurité juridique. La réforme de l'agent des sûretés avait vocation à s'appliquer à différentes formes d'opérations, internationales comme françaises. Or, en mentionnant spécifiquement ces cinq procédures d'insolvabilité dans le droit français, on peut se demander, par exemple, si l'ouverture d'une procédure collective à l'étranger à l'encontre de l'agent des sûretés aura les mêmes effets que ceux que les articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil attachent à l'ouverture d'une procédure semblable en France. Une autre possibilité envisageable aurait été d'employer une formule générale se référant, par exemple, « à toute procédure d'insolvabilité en France ou à l'étranger ». Au niveau de l'Union européenne, un renvoi à l'annexe A du règlement 2015/848¹²²⁰ contenant une liste de procédures d'insolvabilité aurait été une éventuelle meilleure solution dans la mesure où même si cette liste ne mentionne pas la résolution bancaire, le rétablissement professionnel ni le surendettement des particuliers, elle fait référence à la sauvegarde, la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée. Ainsi, en voulant à tout prix être exhaustif, le législateur a finalement oublié certaines procédures et le doute à leur égard a subsisté.

948. L'erreur d'origine contenue dans la loi d'habilitation était difficile à corriger tant son article 117 était précis s'agissant des types de procédure collective dont peut faire l'objet l'agent des sûretés. Pour pallier cette lacune, il a été envisagé de faire confiance au bon sens des juges dans le cadre de leur mission d'interprétation de la loi. Comme le signale effectivement l'exposé des motifs de la loi, la modification apportée n'a pas été envisagée comme indispensable, car « *les juridictions pourraient, en cas de litige, appliquer par analogie les articles 2488-10 et 2488-11 du code civil en cas d'ouverture d'une telle procédure à l'égard de l'agent des sûretés*¹²²¹ ». Néanmoins, ce silence a été considéré comme un facteur d'insécurité juridique. À ce propos, un auteur pensait que « *les auteurs de l'ordonnance semblent parfois avoir éprouvé la crainte de fixer des règles trop précises susceptibles de se révéler inadaptées. Cette prudence est louable. Le silence conservé paraît néanmoins être source d'une imprécision regrettable. Afin de ne pas handicaper le nouvel agent des sûretés, il convient de tenter de combler ce vide*¹²²² ».

¹²²⁰ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement Européen et du conseil du 20 mai 2015 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

¹²²¹ Exposé des motifs du projet de loi n° 691 précité, p. 11.

¹²²² D. Robine, *loc. cit.*

949. Malgré la rédaction limitative de l'article 117 de la loi Sapin 2, une telle restriction aurait pu être surmontée par l'ordonnance elle-même. En effet, la loi d'habilitation autorisait le gouvernement à « *adapter toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications ainsi apportées*¹²²³ ». Cette possibilité aurait pu servir de fondement pour modifier *a posteriori* et implicitement la loi d'habilitation en mentionnant la résolution bancaire dans l'ordonnance.

950. Au-delà de tous les arguments qui viennent d'être avancés, il est évident que l'hypothèse de la mention de la résolution bancaire était importante compte tenu du rôle des banques dans la mise en œuvre des opérations syndiquées. Par conséquent, on peut considérer que le succès de la réforme en dépendait. Ce point aurait donc dû être envisagé en priorité dès la préparation de la loi d'habilitation.

951. Il en va autrement de la procédure de surendettement des particuliers dont la mention ne semblait pas aussi indispensable. L'absence de référence dans la liste des procédures collectives concernées aurait pu être efficacement palliée soit à travers une application par analogie des articles 2328-10 et 2328-11 du Code civil, soit par le biais d'une simple application des règles relatives au patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel. Dès lors que l'ordonnance prévoyait que l'agent des sûretés pouvait aussi être une personne physique, il était évident que l'ouverture d'une procédure de surendettement produisait les mêmes effets que les autres procédures.

952. Le principal intérêt du projet de loi de ratification n° 691 réside dans le fait qu'il a permis, comme on l'a déjà relevé, que l'ordonnance ne devienne pas caduque. De plus, ce texte a joué un rôle important au regard de la consécration légale de l'agent des sûretés en révélant une erreur du législateur ; celle d'avoir conçu trop étroitement la liste des procédures collectives mentionnée dans la loi d'habilitation. En ajoutant la résolution bancaire à cette dernière, ce projet de loi visait à réinstaurer une certaine sécurité juridique qui aurait néanmoins pu être obtenue simplement par l'emploi d'une formule générale. Une telle formule aurait, en effet, donné plus de souplesse à l'agent des sûretés quel que soit son statut juridique (particulier ou banque) et aurait ce faisant offert toutes les garanties d'efficacité nécessaires aux créanciers dont les droits doivent être préservés en cas d'ouverture d'une procédure pour insolvabilité.

¹²²³ Article 117, I, 2°, e. de la loi Sapin 2.

953. Une autre lacune a nécessité une nouvelle intervention du législateur quant à l'harmonisation du régime de l'agent des sûretés avec le droit des sûretés.

Section 2 : La réception de l'agent des sûretés par le droit des sûretés

954. La loi d'habilitation prévoyait un délai de trois mois après la publication de l'ordonnance pour déposer un projet de loi de ratification ; une condition qui a été remplie, on l'a vu, par le projet de loi n° 691 du 28 juillet 2017 qui est cependant resté lettre morte étant donné qu'il n'a pas été inscrit à l'ordre du jour du Parlement. Pourtant, les modifications introduites par ce projet intéressaient beaucoup les praticiens, notamment parce qu'elles étaient censées renforcer la sécurité juridique du mécanisme. Or, selon la procédure propre aux ordonnances établie par l'article 38 de la Constitution, le vote d'une loi de ratification est nécessaire pour qu'une ordonnance acquière valeur législative et non pas uniquement réglementaire.

955. Dernière étape du processus de réception. Aussi le gouvernement a-t-il profité de l'occasion d'une nouvelle importante loi pour ratifier l'ordonnance sur l'agent des sûretés. Ainsi, la dernière étape de la réception légale de l'agent des sûretés en France, à tout le moins jusqu'à ce jour, a été la loi 22 de mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite « loi PACTE »¹²²⁴ qui a effectivement ratifié l'ordonnance du 4 mai 2017 sur l'agent des sûretés.

956. Comme on l'a déjà noté, la loi PACTE a pour l'essentiel repris le premier projet de loi de ratification en introduisant toutefois un changement concernant la réception de la réforme par le droit des sûretés lui-même. Précisément, des incertitudes existaient quant à la dissociation entre la titularité de la créance et la titularité de la sûreté (§1). En réponse à ces doutes, la loi PACTE a su apporter des précisions intéressantes (§2).

¹²²⁴ Loi n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, 23 mai 2019, n° 0119.

957. C'est donc à travers cette loi, qui ratifie l'ordonnance de 2017 tout en la modifiant, qu'a été réalisée la réception définitive de l'agent des sûretés en droit français.

§1. Incertitudes liées à la dissociation créance-sûreté

958. Impact sur l'ensemble du droit des sûretés. En créant sept nouveaux articles dans le Code civil, l'ordonnance du 4 mai 2017 a eu un fort impact sur le droit des sûretés allant au-delà du régime applicable à l'agent des sûretés. En effet, les articles 2488-6 et suivants décrivent l'essentiel de ce régime mais il convient de ne pas oublier que cette réforme avait pour ambition de s'appliquer à l'ensemble des sûretés. À cet égard, la dissociation entre le titulaire des sûretés et le titulaire des créances a pu poser quelques difficultés¹²²⁵. Les textes légaux applicables aux sûretés ont été conçus suivant la logique que le titulaire d'une sûreté est toujours le créancier. Or, avec l'ordonnance du 4 mai 2017, la lecture et l'interprétation de ces dispositions ont dû être adaptées afin de prendre en compte le fait que le titulaire de la sûreté peut aussi ne pas être le créancier.

959. Plus précisément, des difficultés ont pu se présenter à l'heure de mentionner l'identité du créancier (A) et de déterminer la qualité du bénéficiaire de la sûreté (B). Tout se résume alors à une question d'interprétation conforme à l'esprit de l'ordonnance ; l'enjeu étant d'éviter une interprétation trop restrictive du droit des sûretés.

A. L'équivalence des termes « créancier » et « agent des sûretés »

1. Une interprétation souple du droit des sûretés

960. L'un des grands atouts du nouveau régime applicable à l'agent des sûretés est la capacité qui a été reconnue à ce dernier de prendre, inscrire, gérer et réaliser toute sûreté ou garantie de droit français ou étranger. Cette faculté trouve son fondement à l'article 2488-6 du Code civil et dans le Rapport au Président de la République qui accompagnait l'ordonnance. Il est aussi

¹²²⁵ V. P. Crocq, « L'agent des sûretés et la dissociation des qualités de titulaire de la sûreté et de titulaire de la créance garantie », in *Liberté, justesse, autorité. Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Paris : LGDJ, 2019.

intéressant de noter que le premier article consacré au nouveau régime débute par une description de son champ d'application, particulièrement vaste.

a) « Créancier », un terme inclusif

961. La situation avant la réforme de l'agent des sûretés. Avant l'ordonnance du 4 mai 2017, le droit des sûretés ne connaissait pas de dissociation entre le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté. Ce constat explique que les textes de loi mentionnent le créancier comme la seule personne pouvant prendre une sûreté. À ce sujet, on peut, à titre d'illustration, citer :

- L'article 2333 du Code civil : « *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.* »
- L'article 2357 du Code civil : « *Lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci.* »
- L'article L. 211-20-I du Code monétaire et financier : « *Le nantissement d'un compte-titres est réalisé, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte. Cette déclaration comporte les énonciations fixées par décret. Les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent en garantie de la créance initiale du créancier nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement. Les titres financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte nanti, en garantie de la créance initiale du créancier nanti, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale. Le créancier nanti peut obtenir, sur simple demande au teneur de compte, une attestation de nantissement de compte-titres, comportant inventaire des titres financiers et sommes en toute monnaie inscrits en compte nanti à la date de délivrance de cette attestation.* »

962. Logique de la situation. Le fait que le droit des sûretés mentionne seulement le créancier est logique puisque seul le créancier pouvait prendre des sûretés. Une autre formulation aurait même été incompréhensible. Dans le cas d'autres systèmes juridiques, l'introduction de l'agent des sûretés a pu être l'occasion d'adapter le droit des sûretés afin de

faire mention explicite de l'agent des sûretés. Par exemple, le droit OHADA, comme on l'a déjà mentionné, dispose que « *l'inscription des sûretés mobilières est faite à la requête du créancier, de l'agent des sûretés ou du constituant* » (article 51 de l'AUS). Dans le cas du Maroc, il a été jugé nécessaire de faire spécifiquement mention de l'agent des sûretés dans certaines dispositions légales concernant les sûretés. Ainsi, ces textes ont été réformés pour inclure l'agent des sûretés. Par exemple, la formule suivante a pu être édictée : « *chaque inscription sur le Registre National des Nantissements fait mention [...] du ou des bénéficiaires du nantissement, ou, le cas échéant, de l'agent des sûretés qui les représente*¹²²⁶. »

963. Esprit de la réforme. Cependant, si l'on considère que l'agent des sûretés ne peut prendre de sûretés au motif que le texte légal ne parle que de créancier, la réforme de 2017 aurait été dépourvue de sens et d'utilité pratique étant donné que les sûretés qui auraient pu être concernées par le nouveau régime applicable à l'agent auraient de fait été très peu nombreuses. Autrement dit, suivant une interprétation stricte et rigoriste du droit des sûretés, l'agent ne pourrait prendre de gage ou de nantissement de créance ou toute autre sûreté puisque les textes ne mentionnent que le créancier.

964. Le nouveau sens du terme « créancier ». Néanmoins, à partir de l'ordonnance du 4 mai 2017, le terme « créancier » ne pouvait plus être uniquement entendu suivant son acception « classique » selon laquelle il s'agit de la « *personne à qui le débiteur doit quelque chose en nature ou en argent*¹²²⁷ ». Le créancier n'est plus seulement le titulaire d'une créance ; il est aussi le titulaire de la sûreté. Autrement dit, cette notion est devenue inclusive : elle comprend aussi celle d'agent des sûretés. La même logique doit être retenue s'agissant de l'obligation de mentionner l'identité du créancier dans l'acte d'inscription ou de constitution de la sûreté.

b) La mention obligatoire de l'identité du créancier

965. Le terme « créancier » est employé en droit des sûretés en tant que seul titulaire des sûretés mais certaines dispositions légales exigent en plus que l'identité du créancier soit

¹²²⁶ Article 1185 du dahir formant code des obligations et des contrats. V. Note de présentation du projet de loi portant réforme du droit des sûretés mobilières, Direction du Trésor et des Finances extérieures du ministère de l'Économie et des Finances du Maroc.

¹²²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016, p. 285.

mentionnée dans l'acte d'inscription ou de constitution de la sûreté. À défaut, la sanction peut être la nullité ou l'inopposabilité de cette dernière.

966. Exemples. Les régimes du nantissement de comptes-titres et de la cession Dailly illustrent bien cette problématique¹²²⁸.

967. Le nantissement de comptes-titres. D'une part, l'article D. 211-10 3° du Code monétaire et financier exige que la déclaration de nantissement d'un compte-titres mentionne le nom ou la dénomination sociale ainsi que l'adresse du constituant et du créancier nanti ou de leur siège social s'il s'agit de personnes morales.

968. La cession Dailly. Dans le cas de la cession Dailly, l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier exige que le bordereau comporte le nom ou la dénomination sociale du créancier (l'établissement de crédit, du FIA ou de la société de financement bénéficiaire). Le dernier alinéa de cet article précise, en outre, que le titre dans lequel l'une des mentions indiquées à l'article L. 313-23 précité fait défaut ne vaut pas acte de cession ou de nantissement de créances professionnelles.

969. La finalité des formalités. De telles formalités doivent être interprétées au regard de leur finalité¹²²⁹. Elles ont effectivement un but précis ; à savoir informer les parties au contrat et les tiers. Ainsi, la loi veille à ce que celui qui s'engage soit conscient de ce qu'il fait (l'un des meilleurs exemples à ce sujet est la mention manuscrite de la caution engagée envers un créancier professionnel prévue à l'article L. 331-1 du Code de la consommation). De la même manière, les textes protègent les tiers afin qu'ils sachent quels droits réels existent sur tel ou tel bien (par exemple, à travers la publicité foncière). Ici encore, la notion de créancier doit être comprise *lato sensu*. En effet, signaler le nom de l'agent des sûretés à la place de celui du créancier n'affecte pas le but recherché par la loi. Au contraire, mentionner le nom de l'agent semble plus protecteur des parties et des tiers, parce que c'est véritablement lui qui est titulaire de la sûreté ; il peut la mettre en œuvre et ainsi affecter les droits des parties et des tiers.

970. Application absolue de l'ordonnance. L'esprit de l'ordonnance du 4 mai 2007 est, à cet égard, absolu¹²³⁰ : on doit mentionner le nom de l'agent des sûretés sans devoir signaler

¹²²⁸ V. P. Crocq, *loc. cit.*, p. 121-123 ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 85.

¹²²⁹ P. Crocq, *loc. cit.* ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 85.

¹²³⁰ *Ibid.*, p. 85-86.

celui des créanciers. En effet, il serait erroné de penser que le plus prudent et le plus conforme à la légalité serait d'ajouter le nom de l'agent des sûretés à celui des créanciers. Un tel choix irait à l'encontre de l'une des finalités de la réforme qui est de faciliter le transfert de participation sans affecter le bénéfice des sûretés. En ne mentionnant que l'agent des sûretés, les éventuels changements se produisant au sein du syndicat bancaire n'auraient aucun effet sur la validité des sûretés. Ce n'est toutefois pas le même raisonnement qu'il convient d'appliquer en cas de changement d'agent des sûretés étant donné que dans une telle hypothèse il serait absolument nécessaire de changer le nom de l'agent des sûretés.

971. Interprétation intégrale. Une interprétation trop stricte et littérale des dispositions applicables aux sûretés aurait comme conséquence d'écarter systématiquement les missions de l'agent des sûretés (par exemple, toutes celles liées à des mesures de publicité). En effet, nombre de dispositions applicables aux sûretés¹²³¹ font mention du ou des créanciers alors que le bon sens indique qu'il convient simplement d'y lire « agent des sûretés ». La dissociation entre le titulaire de la créance et le titulaire de la sûreté doit être interprétée de façon intégrale, c'est-à-dire comme s'appliquant à toutes les sûretés.

972. Un équilibre est donc à trouver : s'il est impératif d'interpréter avec souplesse le droit des sûretés, il est également indispensable d'interpréter strictement le régime applicable à l'agent des sûretés.

2. Une interprétation stricte de l'ordonnance du 4 mai 2007

973. Il est dans la logique du mécanisme de l'agent des sûretés que ce dernier puisse être chargé de toute sûreté ou garantie. Ainsi, les arguments selon lesquels l'ordonnance de 2017 n'est pas conforme au droit des sûretés (a) ne résistent pas à une analyse sérieuse (b).

a) Arguments contre la conformité de l'ordonnance au droit des sûretés

974. Outre le fait que le droit des sûretés mentionne le terme « créancier » d'une façon générale, sans donner une place explicite à la figure de l'agent des sûretés, deux arguments liés à l'élaboration même de l'ordonnance peuvent être avancés à l'appui de l'hypothèse de la non-conformité de l'ordonnance au droit des sûretés.

¹²³¹ V. annexe n° 4 « Les dispositions du droit des sûretés qui auraient pu poser des difficultés d'articulation avec le régime de l'agent des sûretés sans la précision apportée par la loi de ratification ».

i. L'autorisation d'adapter les dispositions touchées par l'ordonnance

975. Les termes de la loi d'habilitation. En premier lieu, on peut relever que le législateur ne s'est pas soucié de modifier la lettre des textes applicables à toutes les garanties et sûretés afin de les rendre conformes et compatibles avec l'ordonnance du 4 mai 2017. Il s'agit là d'un argument théoriquement intéressant, ce d'autant plus que la loi d'habilitation autorisait le gouvernement à adapter « *toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications ainsi apportées*¹²³² ». En exécution d'une telle autorisation, l'ordonnance aurait donc pu modifier tous les textes qui posaient difficulté afin d'ajouter systématiquement le terme « agent des sûretés » à côté de celui de « créancier ». Toutefois, concrètement, la solution décrite est impraticable tant elle est difficile à mettre en œuvre, non seulement parce que l'exercice en matière de droit des sûretés est difficile à cerner dans sa portée mais également parce que le nouveau régime a vocation à s'appliquer au-delà du droit des sûretés (à des mécanismes qui ne sont pas strictement des sûretés ou des garanties) et au-delà du droit français (à des mécanismes de droit étranger). Puisque le champ d'application du régime encadrant l'agent des sûretés est très vaste, il était impossible d'entreprendre une révision de chaque dispositif pouvant faire l'objet de l'activité de ce dernier. Pour toutes ces raisons, la prudence du législateur l'a conduit à résoudre le problème en employant une formule générale, inscrite à l'article 2488-6 du Code civil. De plus, il importe de souligner que la loi PACTE a initié une réforme du droit des sûretés dont l'élaboration prendra en compte l'ordonnance du 4 mai 2017¹²³³.

ii. La place de l'agent des sûretés dans le Code civil

976. En second lieu, on peut noter que la place du régime applicable à l'agent des sûretés au sein du Code civil n'indique pas avec clarté son application à l'ensemble du droit des sûretés. En effet, les dispositions portant sur l'agent des sûretés se trouvent au livre IV consacré aux sûretés. Le nouveau régime est mentionné au titre III créé spécialement à cet égard, donc après le titre I sur les sûretés personnelles et le titre II relatif aux sûretés réelles.

¹²³²Article 117, I, 2°, e. loi Sapin 2.

¹²³³ La réforme du droit des sûretés a été adoptée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021. Elle n'a pas modifié le droit des sûretés dans le sens de mentionner systématiquement l'agent des sûretés dans chaque texte pouvant poser problème. Cette réforme entre en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

977. Importance de la place dans le Code civil. Certes, tant que le contenu d'un mécanisme est clair et précis, il peut être avancé que sa place au sein d'un code importe peu. Il est vrai que l'essentiel est le contenu des dispositions. Pour autant, la place accordée à un dispositif au sein du droit n'est pas à négliger. Il aurait, en effet, été intéressant que le titre consacré à l'agent des sûretés soit placé au début du livre sur les sûretés et non pas à la fin. Cette configuration aurait permis d'établir, sans hésitations, au regard de la structure même du code, que le régime décrit s'applique à tout le livre ; c'est-à-dire, à toutes les sûretés. La rédaction du livre IV aurait ainsi suivi l'ordre du plus général au plus particulier.

978. Un tel choix a été opéré, on l'a vu, par le droit OHADA. Dans ce système juridique, la figure de l'agent des sûretés a effectivement été introduite dans le chapitre second du titre préliminaire de l'AUS. De cette manière, sa place même au sein du texte montre que tout le droit des sûretés est concerné par ce chapitre.

979. Dans le même sens, le congrès des notaires de France de 2011 avait suggéré que si sa proposition – précédemment mentionnée – était suivie d'effets, il serait nécessaire que le futur régime encadrant l'agent des sûretés soit placé au sein du livre IV du Code civil consacré aux sûretés, en tant que dispositions communes à toutes les sûretés.

980. Enfin, l'avis n° 2017-26 du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières a fait référence aux « articles 2287-5 et 2287-6 » du Code civil ; une mention manifestement erronée – car elle ne correspondait pas aux articles créés par l'ordonnance – mais qui démontre qu'il existait l'intention – à tout le moins une discussion à ce sujet – de placer le régime applicable à l'agent des sûretés au début du livre IV (« Des sûretés »), dans un titre I ou comme chapitre préliminaire, et non à la fin, en tant que titre III, comme cela a été finalement décidé.

981. Différence avec le droit OHADA. Toutefois, si en droit OHADA les dispositions relatives à l'agent des sûretés ont été consacrées de manière qu'elles s'appliquent sans hésitations à l'ensemble du droit des sûretés, il n'était pas simple de reproduire ce schéma en droit français. En effet, le nouveau régime s'insérant dans un code déjà existant et structuré, un tel choix aurait eu comme conséquence de devoir changer de manière substantielle toute la structure du livre IV du Code civil. Le législateur a ainsi jugé que les conséquences d'une telle

modification auraient été trop importantes et qu'il valait mieux faire appel aux techniques d'interprétation.

b) Arguments en faveur de la conformité de l'ordonnance avec le droit des sûretés

982. Les arguments en faveur de la conformité de l'ordonnance avec le droit des sûretés se fondent sur les différentes techniques d'interprétation à disposition¹²³⁴ : l'interprétation stricte de l'article 2488-6 du Code civil (i), le respect de la hiérarchie des normes (ii), la cohérence du droit des sûretés (iii) et le régime de la sûreté (iv).

i. L'interprétation stricte de l'article 2488-6 du Code civil

983. Plutôt que de « tomber dans le piège » d'une interprétation *stricto sensu* de toutes les dispositions faisant uniquement référence au créancier ou exigeant la mention de son identité, ce sont surtout l'article 2488-6 du Code civil et le rapport précité remis au président de la République qui doivent être interprétés de façon étroite. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 2488-6 énonce clairement que « *toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie* ». Trois éléments de cette disposition sont à souligner. En premier lieu, la loi dispose que toute sûreté et garantie peut faire l'objet de l'activité de l'agent des sûretés. Il s'agit là de l'élément le plus important de la démonstration dans la mesure où il est manifestement affirmé qu'il n'existe pas de limite quant au domaine d'application. En deuxième lieu, l'agent devant agir en son nom propre, il ne peut utiliser l'identité des créanciers pour accomplir sa mission. C'est pourquoi, même si parfois la loi exige que l'identité du créancier soit mentionnée dans un acte de constitution ou d'inscription, c'est nécessairement le nom de l'agent qui doit être indiqué. Enfin, il est important de s'arrêter sur la formule « au profit des créanciers » qui sous-entend que l'activité de l'agent doit toujours préserver les droits des créanciers. De plus, si une incompatibilité existait entre l'ordonnance et le droit des sûretés, elle serait surtout justifiée par l'atteinte portée aux droits des créanciers. Or, l'article 2488-11 du Code civil spécifie que l'agent doit préserver les intérêts des créanciers.

984. L'explication du rapport. Pour sa part, le rapport accompagnant l'ordonnance précise que « *le champ d'application du texte est élargi à toutes les sûretés et garanties et n'est plus*

¹²³⁴ V. P. Crocq, *loc. cit.* ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 78 et s.

*limité aux seules sûretés réelles : l'agent des sûretés pourra désormais également gérer les sûretés personnelles mais également les promesses de sûretés ou encore les sûretés de droit étranger, sans être limité aux sûretés énumérées dans le code civil, le code de commerce et le code monétaire et financier*¹²³⁵ ».

985. En outre, le même texte éclaire la problématique relative aux actes pour lesquels il est exigé de mentionner l'identité du créancier en précisant que « *l'agent agit en son propre nom : les changements de créanciers membres du "pool" bancaire sont donc sans incidence puisque l'agent n'agit pas au nom de chaque créancier, à la différence du mandat*¹²³⁶ ».

986. **La ratio legis.** Dès lors, à l'heure d'interpréter le régime légal actuel du droit des sûretés, il ne suffit pas de se limiter à l'étude de la lettre de la loi ; il convient encore d'analyser les réflexions doctrinales, les demandes de la pratique ainsi que les évolutions législatives et jurisprudentielles qui ont inspiré la réception de l'agent des sûretés à travers l'ordonnance du 4 mai 2017. Une telle interprétation suit la *ratio legis*, ou raison d'être de la loi, qui désigne les « *considérations qui ont déterminé le législateur à établir une règle*¹²³⁷ » et « *la raison d'être de la règle établie d'où l'interprétation tire la mesure de la pleine application de celle-ci*¹²³⁸ ».

987. Il résulte de cet examen que toutes ces sources visaient à ce que soit établi un agent capable de gérer tout type de sûretés.

ii. L'interprétation selon la hiérarchie des normes

988. **La théorie de la hiérarchie normative.** Selon la théorie de la hiérarchie normative, les normes de rang inférieur doivent respecter les normes de rang supérieur, aussi bien en termes de procédure que de contenu. Or, les dispositions de l'ordonnance du 4 mai 2007 encadrant l'activité de l'agent des sûretés ont acquis valeur de loi à partir de leur ratification. Par conséquent, les articles du Code civil issus de cette dernière priment les règles issues de normes de rang inférieur tels les décrets. Par exemple, comme cela a été signalé par deux auteurs au sujet de l'article D. 211-10 du Code monétaire et financier en ce qui concerne la mention du créancier et non de l'agent des sûretés dans la déclaration de nantissement d'un compte-titres :

¹²³⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ G. Cornu, *op. cit.*, p. 847. Voir « raison de la loi ».

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 852. Voir « *ratio legis* ».

« la question peut se poser aussi [...] pour les nantissements de compte titre financiers, pour lesquels le décret d'application exige qu'il soit fait mention du nom ou de la dénomination sociale et de l'adresse ou siège social du créancier nanti – décret dont les exigences, selon l'ordre juridique, ne devraient bien évidemment pas primer sur une ordonnance, eu égard notamment à la généralité de ses dispositions¹²³⁹. »

989. Primauté de la loi plus récente. Par ailleurs, une autre règle est que la loi la plus récente prime la loi la plus ancienne en cas de contradiction entre les deux textes. Or, l'article 2488-6 du Code civil est actuellement plus récent que les dispositions concernant les sûretés¹²⁴⁰.

iii. L'interprétation selon la cohérence du droit des sûretés

990. La logique d'interprétation des contrats. Un autre aspect à prendre en compte est celui des effets de l'ordonnance sur le droit des sûretés. Bien que cette réforme ait apporté un changement important du Code civil, elle n'avait pas pour but de modifier tout le droit des sûretés. En suivant la logique classique de l'interprétation des contrats – selon laquelle les clauses contractuelles doivent être interprétées les unes par rapport aux autres en donnant à chacune un sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier (l'article 1189 du Code civil dispose : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci. ») –, l'introduction de l'agent des sûretés en droit français doit être interprétée de telle manière qu'il s'agisse d'une consécration cohérente au regard de l'ensemble du droit des sûretés¹²⁴¹. C'est ce qu'explique le rapport précité remis au président de la République à l'appui de l'ordonnance : la réforme « prévoit l'insertion à la fin du livre IV du code civil relatif aux sûretés, d'un nouveau titre relatif à l'agent des sûretés. Le livre IV est actuellement composé d'un titre I^{er} relatif aux sûretés personnelles et d'un titre II relatif aux sûretés réelles, dans lequel figure l'article 2328-1 qui régit l'agent des sûretés. Toutefois, dès lors que la présente ordonnance prévoit que l'agent des sûretés peut désormais gérer tant des

¹²³⁹ J.-F. Adelle et E. Gentil, *loc. cit.*, p. 72. Il faut préciser que cette note est antérieure à la loi de ratification d'où la référence uniquement à l'ordonnance et non pas à la valeur légale du dispositif acquise avec la loi de ratification. V. aussi Y. Berrada, *op. cit.*, p. 86.

¹²⁴⁰ Cette affirmation est à nuancer compte tenu de la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021.

¹²⁴¹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 80.

*sûretés personnelles que des sûretés réelles, les dispositions qui le régissent ne peuvent être maintenues dans le titre II du livre IV consacré aux seules sûretés réelles. C'est pourquoi est créé un nouveau titre III relatif à l'agent des sûretés à la fin du livre IV, dont les dispositions sont communes aux sûretés personnelles et aux sûretés réelles*¹²⁴² ».

991. L'efficacité de la réforme. Il est ici manifeste que législateur souhaitait véritablement créer un agent des sûretés efficace et moderne. Aussi, penser qu'à chaque fois que la loi mentionne le terme « créancier » sans préciser qu'il peut s'agir d'un « agent des sûretés », ce dernier doit être écarté reviendrait tout simplement à nier la réforme¹²⁴³. Comme en matière contractuelle, en cas de contradiction entre deux clauses, il convient toujours de préférer l'interprétation qui donne effet à l'une des clauses (l'article 1191 du Code civil dispose : « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun.* »). Par ailleurs, l'argument selon lequel l'ordonnance est dépourvue de sens, poussé à l'extrême, mènerait à la conclusion que la réforme aurait en fait supposé de changer tout le droit des sûretés, c'est-à-dire qu'il aurait fallu modifier de nombreux articles de loi afin que la figure de l'agent puisse être reçue sans laisser place à aucun doute¹²⁴⁴. La position inspirée par la prudence est de considérer que l'ordonnance du 4 mai 2017 doit s'insérer harmonieusement dans l'ensemble du droit des sûretés. Ce dernier doit ainsi être lu à la lumière de la réforme afin que la figure de l'agent créée puisse réellement être efficace.

iv. L'interprétation au regard du régime des sûretés

992. Les pouvoirs du créancier. Une interprétation *lato sensu* doit aussi être préférée au regard du régime des sûretés, précisément en ce qui concerne les pouvoirs du créancier. Si la loi octroie des facultés particulières au créancier, il semble logique que l'agent puisse en disposer à sa place. Ainsi, par exemple, l'article L. 211-20-V du Code monétaire et financier prévoit que le créancier nanti titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut réaliser le nantissement indiqué dans la disposition. Dans ce cas, il convient de lire que l'agent des sûretés

¹²⁴² Rapport précité.

¹²⁴³ P. Crocq, *loc. cit.*, p. 116-117 ; Y. Berrada, *op. cit.*, p. 80.

¹²⁴⁴ V. P. Crocq, *loc. cit.*, p. 116-117. V. également l'avis de J.-F. Adelle et E. Gentil, *loc. cit.*, p. 73, ces auteurs affirmaient : « *le mandat de la loi d'habilitation est clair. Le gouvernement est tenu d'adopter toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications ainsi apportées. On doit espérer que le législateur agira sur cette base, notamment dans les deux cas précités [la cession Dailly et le nantissement de compte titre financier], pour éviter tout doute à cet égard.* »

dispose également de ce droit non seulement en raison du fait que le droit du créancier fondé sur l'article 211-20-V lui revient dès sa nomination en tant qu'agent mais aussi parce que, d'une façon générale, l'agent des sûretés a le droit de réaliser des sûretés en vertu de l'article 2488-6 du Code civil. Même s'il s'agit effectivement ici d'un droit du créancier, l'objectif d'un tel article est d'organiser la réalisation de la sûreté et non de préciser spécifiquement qui est en droit de la mettre en œuvre. De toute évidence, avant la réforme de l'agent des sûretés, seul le créancier pouvait le faire¹²⁴⁵.

993. Une tendance générale. Toutefois, d'une manière générale, le terme « créancier » doit désormais souvent être interprété comme désignant également l'agent des sûretés. Il en est ainsi pour les expressions suivantes : « créancier nanti » (dispositions concernant le nantissement de compte-titres et le nantissement de créances, à savoir les articles 2357, 2360, 2363, 2364 et 2365 du Code civil) ; « créancier gagiste » (articles 2340 à 2348 du Code civil relatifs au gage de droit commun, article 2352 du Code civil sur le gage automobile et article 1866 du Code civil sur le nantissement de parts sociales de société civile) ; « créancier hypothécaire » (articles 2458 à 2466 du Code civil sur l'hypothèque conventionnelle)¹²⁴⁶.

994. Un critère de discernement. Un critère pouvant aider à discerner quand le remplacement du terme « créancier » par celui d'« agent des sûretés » doit être opéré consiste à déterminer si le premier terme (créancier) fait référence à un titulaire de sûretés entendu comme la personne qui a la charge de prendre, gérer, inscrire et réaliser des sûretés. En effet, il se peut que le vocable fasse plutôt référence au véritable et unique créancier, en tant que bénéficiaire des sûretés. Une disposition peut aussi directement concerner la créance garantie (par exemple, en précisant des délais accordés au débiteur)¹²⁴⁷.

995. En tenant compte de ce critère, la lecture des dispositions légales est nettement moins rigoriste et plus adaptée au cas d'espèce. À titre d'exemple, en ce qui concerne la lettre d'intention, la formulation de l'article 2322 du Code civil selon laquelle « *la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* » fonctionne aussi dans le cas où

¹²⁴⁵ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 79-80.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 80.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

l'opération est réalisée par un agent des sûretés. Autrement dit, une interprétation littérale n'est pas toujours à écarter¹²⁴⁸.

996. Résumé de la situation : l'interprétation téléologique. Selon le professeur Crocq la solution au problème de l'interprétation du nouveau régime de l'agent des sûretés confronté au droit des sûretés était le principe d'une interprétation téléologique qui résume bien tous les arguments qui viennent d'être exposés : *« Si l'interprétation téléologique s'impose ici, c'est d'abord, parce qu'une interprétation littérale des textes n'aurait, ici, ni sens ni fondement. Elle n'aurait pas de sens, tout d'abord, car elle rendrait inapplicable, en pratique, la réforme de l'agent des sûretés, ce qui irait à l'encontre de la volonté du législateur, lequel n'a pas pu adopter une réforme tout en acceptant qu'elle ne s'applique point. Elle n'aurait pas de fondement, ensuite, car elle supposerait que l'absence de modification des textes antérieurs réponde à une volonté du législateur de limiter le domaine d'application de la réforme créant le nouvel agent des sûretés. Or, en l'occurrence, le fait que les textes antérieurs du droit des sûretés n'aient pas été modifiés s'explique par bien d'autres considérations et, notamment, par le fait que la tâche aurait été considérable, puisqu'elle aurait imposé une réécriture de la totalité du droit des sûretés, par le fait que cette réécriture aurait alourdi inutilement la rédaction de ces textes en imposant de viser très souvent (mais pas toujours ce qui rendait la tâche encore plus complexe) "le créancier ou l'agent des sûretés" là où seul le créancier était visé préalablement et par le fait, enfin, que, des oublis étant toujours possibles, une telle démarche aurait sans doute généré des interprétations a contrario erronées lorsque l'on aurait constaté qu'un texte n'avait pas été modifié alors que des textes similaires l'étaient. La mise en œuvre de la réforme implique nécessairement de faire le choix d'une interprétation téléologique, c'est-à-dire d'interpréter les textes anciens à la lumière de la distinction nouvelle en prenant en compte non pas la lettre du texte devant être appliqué, mais son esprit [...]»¹²⁴⁹.* »

997. L'interprétation du terme créancier à la lumière de la nouvelle ordonnance est une problématique générale étant donné qu'elle s'est présentée au sujet de plusieurs sûretés. De manière un peu plus spécifique, la question s'est posée de savoir si l'agent des sûretés avait la capacité de prendre des sûretés dont le régime exige une qualité précise du créancier ; une qualité dont l'agent ne dispose pas forcément.

¹²⁴⁸ *Ibid.* voir note de bas de page n° 6.

¹²⁴⁹ P. Crocq, *loc. cit.*, p. 116-117.

B. La qualité spécifique du bénéficiaire de certaines sûretés

998. Dans certains régimes de sûretés, la loi impose que le bénéficiaire de la sûreté possède une qualité spécifique. C'est pourquoi « *plusieurs plumes ne tardèrent pas à se faire l'écho de doutes relatives à la réelle polyvalence de l'instrument. Si, comme le dit désormais le législateur, "l'agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties" (C. civ., art. 2488-6, al. 2), ne faut-il pas qu'il remplisse les exigences relatives auxdites sûretés et garanties, notamment quant aux qualités que doit parfois afficher le créancier pour pouvoir en être valablement investi ? Que l'on songe au privilège de prêteur de deniers qui n'est reconnu qu'à celui qui a prêté des deniers pour l'acquisition d'un immeuble (C. civ., art. 2374), au bordereau Dailly qui n'ouvre ses bras qu'à un "établissement de crédit" ou une "société de financement" (C. mon. fin., art. L. 313-23), ou encore au nantissement de matériel et d'outillage qui ne peut être établi qu'au profit du vendeur ou du prêteur qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur (C. com., art. L. 525-1). On a ainsi redouté que l'agent ne puisse valablement endosser la titularité de telles garanties s'il n'affichait pas les qualités exigées par la loi, ce qui risquait de se produire chaque fois qu'il n'est pas membre du pool*¹²⁵⁰ ».

999. Le cas le plus significatif est sans doute celui de la cession par bordereau Dailly ou cession de créances professionnelles à titre de garantie (1) ; il y en a cependant d'autres (2).

1. La cession par bordereau Dailly

1000. Très utilisée dans la pratique du financement, des interrogations ont surgi quant à la compatibilité de ce type de sûreté avec le mécanisme de l'agent des sûretés en raison de la limitation de son utilisation aux seuls prêts consentis pas un établissement de crédit, une société de financement ou un fonds d'investissement alternatif (FIA)¹²⁵¹.

a) Le risque d'une interprétation trop restrictive

1001. **L'article L. 313-23 du Code monétaire et financier.** L'article L. 313-23 du Code monétaire et financier dispose que « *tout crédit qu'un établissement de crédit, qu'un FIA*

¹²⁵⁰ Ch. Gijsbers, « L'agent des sûretés après la loi Pacte : un outil enfin opérationnel dans les financements syndiqués ? », *Chroniques Défrenois*, 31 octobre 2019, n° 44, p. 32. V. également M. Julienne, « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC*, 2017, n° 114m2, p. 461 ; N. Borga et A. Manterola, « L'agent des sûretés, fiduciaire particulier au service de la syndication », *RLDA*, décembre 2019, n° 154, p. 20.

¹²⁵¹ V. P. Crocq, *loc. cit.*, p. 118-120.

relevant du paragraphe 2 de la sous-section 3 ou de la sous-section 5 de la section II du chapitre IV du titre I^{er} du livre II, ou qu'une société de financement consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, de ce FIA, ou de cette société, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle ».

1002. Interprétation stricte de l'article L. 313-23. En application de cette disposition, la cession de créances par bordereau Dailly peut uniquement garantir le crédit octroyé par certaines entités déterminées. Il est cependant intéressant de se demander si cet article doit être interprété strictement ou s'il est possible d'accepter quelques exceptions. Cette problématique a reçu une précision assez claire à la suite d'une question parlementaire. En réponse à cette dernière, le garde des Sceaux de l'époque a effectivement tenu à indiquer que l'article en question devait être strictement interprété, c'est-à-dire, en l'espèce, dans le sens que les banques étrangères ne sont pas éligibles à ce mécanisme¹²⁵².

1003. Compatibilité avec l'agent des sûretés. Une interprétation trop restrictive de L. 313-23 du Code monétaire et financier peut néanmoins conduire à une hésitation quant à la possibilité d'utiliser ce mécanisme par l'agent des sûretés : *« l'octroi de la sûreté au nom de l'agent est susceptible de se heurter parfois à des textes spéciaux. Ainsi l'article L. 313-23 du code monétaire et financier prescrit que des cessions à titre de garantie ou nantissements Dailly de créances professionnelles soient établies au nom de l'établissement de crédit ou la société de financement qui a consenti le crédit, condition qui ne serait pas strictement remplie dans le cas de l'agent des sûretés ; la jurisprudence a remis en cause les cessions qui ne respectaient pas strictement les conditions de fond¹²⁵³ »*. Précisément, on a pu se demander si l'agent des sûretés est susceptible d'agir en tant que cessionnaire dans le cadre d'une cession Dailly. En

¹²⁵² Rép. min. n° 4067 du 27 janvier 2003, 12^e législature, député Jérôme Bignon ; P. Minor et C. Coatalem, « Les établissements de crédit étrangers peuvent-ils se prévaloir des dispositions de la loi Dailly ? », *Les Échos*, février 2003 ; V. également Cass. com., 23 octobre 2001, n° 98-20.442 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ces constatations que le bordereau ne comportait ni le nom ni la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

¹²⁵³ J.-F. Adelle et E. Gentil, *loc. cit.*, p. 72.

théorie, pour être parfaitement en conformité avec les règles de la cession Dailly, l'agent des sûretés doit être cessionnaire et également avoir consenti le crédit.

1004. Il existait donc une incertitude quant au fait de savoir si l'agent des sûretés prévu par l'ordonnance du 4 mai 2007 allait pouvoir prendre et gérer des cessions Dailly.

b) La nécessité d'une interprétation souple

1005. En adoptant une approche plus large et souple, plusieurs arguments ont pu être soulevés en faveur de l'utilisation de la cession Dailly par l'agent des sûretés.

i. Au regard des règles du monopole bancaire

1006. La protection du monopole bancaire. En premier lieu, rappelons que les restrictions imposées par l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier ont pour but de protéger le monopole bancaire. En effet, en aucun cas la loi instaurant la cession Dailly ne cherchait à créer un privilège en bénéfice de ces établissements. La cession Dailly étant une opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier¹²⁵⁴, elle ne peut être exercée que par des entités nécessitant un agrément national ou européen (articles L. 511-5, L. 511-10 et L. 511-22 du Code monétaire et financier). De manière générale, les règles instaurant le monopole bancaire ont pour finalité de contrôler l'octroi de crédit sachant que, comme l'expérience de nombreuses crises tout au long de l'histoire l'a montré, l'activité bancaire est intrinsèquement caractérisée par le risque que se déclenche une crise économique générale et pas uniquement sectorielle¹²⁵⁵.

1007. La menace du monopole bancaire. Au vu de l'objectif poursuivi par le droit encadrant le monopole bancaire, il est en réalité questionnable de considérer que l'agent des sûretés représente une menace. Dans une cession de créances professionnelles, l'agent occuperait le rôle de cessionnaire de ces créances utilisées pour garantir un prêt octroyé par des banques intégrant le *pool* bancaire au profit duquel l'agent agit. Ce serait une cession en garantie d'un prêt accordé antérieurement à cette cession ; une opération qui a été jugée conforme à la loi par la Cour de cassation¹²⁵⁶. L'application des règles relatives au monopole bancaire se justifie

¹²⁵⁴ Rép. min. précitée.

¹²⁵⁵ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 81-83.

¹²⁵⁶ Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-20.466 : « Une cession de créances consentie dans les formes de la loi du 2 janvier 1981 peut garantir le remboursement d'un crédit accordé antérieurement par le cessionnaire au

lorsque l'acteur accorde le crédit. Or, ici, l'agent des sûretés n'agit pas en tant que prêteur mais uniquement dans le cadre de sa principale activité consistant à prendre et gérer des sûretés¹²⁵⁷.

1008. L'ouverture du mécanisme. Dans le cas de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, son but est de préciser, dans le cadre légal du monopole bancaire, les types d'établissements pouvant bénéficier de la sûreté. Il ne s'agit donc pas de déterminer quelles personnes ont des droits liés à la cession Dailly. C'est la raison pour laquelle le législateur a ouvert ce mécanisme à d'autres catégories de personnes, à l'occasion des réformes permettant des exceptions au monopole bancaire¹²⁵⁸.

1009. L'interprétation correcte. Par conséquent, l'interprétation correcte de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier devrait permettre à un agent des sûretés, sans posséder les qualités énoncées par cet article, d'être cessionnaire dans une cession Dailly dans le cas où il agit au profit d'un ou de créanciers respectant les conditions imposées par cet article. Au contraire, il n'est pas conforme au droit qu'un agent ayant les conditions de l'article L. 313-23 soit cessionnaire s'il n'agit pas au profit d'un ou de créanciers ne respectant pas les qualités énoncées par l'article¹²⁵⁹.

ii. En considération de l'action « au profit » des créanciers

1010. L'expression « au profit des créanciers ». L'article 2488-6 du Code civil relatif à l'agent des sûretés et l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier sur le bordereau Dailly emploient la formule « au profit ». Précisément, l'article 2488-6 dispose que l'agent des sûretés « agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie » tandis que l'article L. 313-23 énonce que le crédit que le prêteur accorde à un emprunteur peut donner lieu, « au profit » du prêteur, à la cession de la créance que l'emprunteur détient sur un tiers. Il doit être remarqué que la rédaction de ces dispositions est particulièrement parlante puisque dans les deux cas, il est fait référence au prêteur. Une formulation identique pour se référer au même acteur suppose une certaine proximité entre les deux mécanismes décrits et donc une certaine compatibilité.

cedant. » V. également Cass. com., 8 janvier 1991, n° 89-13.711 : « les cessions de créances échues sont, en principe, autorisées, même à titre de garantie, par la loi du 2 janvier 1981. »

¹²⁵⁷ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁵⁸ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 82-83.

¹²⁵⁹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 83.

1011. La distinction entre le créancier et le cessionnaire. Dans le cadre de l'article L. 313-23 il est évident que c'est le créancier, celui ayant consenti le prêt, et non le titulaire de la sûreté qui est soumis à la règle. Certes, la législation sur la cession Dailly n'a pu distinguer entre ces deux titulaires (car l'agent des sûretés tel qu'on le connaît aujourd'hui n'existait pas encore lorsqu'elle a été déterminée), cependant la logique juridique, à la lumière de la nouvelle ordonnance, permet de le faire : le créancier doit être un établissement de crédit, un FIA ou une société d'investissement mais le bénéficiaire de la cession Dailly garantissant ce crédit peut, sans aucun problème, être l'agent des sûretés. De la même manière que sont dissociés le créancier et l'agent des sûretés, doivent être distinguées les règles applicables au bordereau Dailly. Ainsi, l'approche restrictive selon laquelle seuls peuvent être créanciers des établissements de crédit, des FIA, des sociétés de financement concerne le créancier alors que les règles des articles L. 313-28 et L. 313-29 du Code monétaire et financier s'appliquent à l'agent des sûretés, cessionnaire de la ou des créances cédée(s)¹²⁶⁰.

1012. Une lecture conjointe. En conclusion, une lecture conjointe des textes concernant respectivement la cession Dailly et l'agent des sûretés s'imposait afin de donner pleine efficacité à la figure créée par l'ordonnance de 2017. L'équilibre trouvé permet à l'agent des sûretés d'être bénéficiaire d'une telle sûreté en étant cessionnaire de créances professionnelles et sans devoir remplir les conditions relatives à la qualité qui sont exigées pour le créancier de l'opération. D'autre part, la logique qui sous-tend le droit du monopole bancaire comme celle qui préside à la cession Dailly exigent que les créanciers, bénéficiaires de la sûreté mentionnée, disposent des qualités mentionnées à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier. Les textes sur la cession Dailly et sur l'agent des sûretés trouvent leur point de contact dans l'expression « au profit » de telle façon que, suivant la lecture proposée, « *l'agent des sûretés est cessionnaire des créances professionnelles au profit des créanciers* » (lecture combinée des deux articles). Cette proposition d'interprétation ne porte pas du tout atteinte au monopole bancaire puisque c'est toujours un établissement de crédit, une société de financement ou un FIA qui accorde le crédit. Pour assurer le respect du monopole bancaire, il ne faudrait pas que l'agent agisse en tant que cessionnaire des créances professionnelles au profit des prêteurs n'ayant pas la qualité d'établissement de crédit, de société de financement ou de FIA (il conviendrait de faire spécialement attention à l'hypothèse d'un financement mixte faisant

¹²⁶⁰ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 83 voir spécialement note de bas de page n° 1.

participer des prêteurs obligataires). Par ailleurs, malgré leur qualité conforme aux exigences de L. 313-23 du Code monétaire et financier, les banques de couverture ne pourront pas non plus bénéficier de la cession Dailly étant donné qu'elles n'ont pas participé au crédit (une condition pour être bénéficiaire). Elles devront donc demander à bénéficier d'autres sûretés¹²⁶¹.

2. Les autres sûretés imposant une qualité spécifique du bénéficiaire de la sûreté

1013. Outre la cession Dailly, qui est le cas le plus emblématique en la matière, d'autres sûretés ont pu poser certaines difficultés quant à la possibilité pour l'agent des sûretés de les prendre compte tenu des exigences indiquées par la loi en ce qui concerne leur bénéficiaire¹²⁶². C'est le cas, par exemple, du gage de stocks (a), du nantissement d'outillage (b) et du privilège du prêteur de deniers (c). Là encore, la posture permettant de dépasser toute hésitation consiste à se concentrer sur le but de la loi pour réserver le bénéfice de la sûreté au seul titulaire de la créance garantie. Souvent, de telles dispositions légales s'expliquent par le fort lien de dépendance qui existe entre la sûreté et le crédit dont elle est la garantie¹²⁶³.

a) Le gage des stocks

1014. L'article L. 527-1 du Code de commerce dispose que le « *gage des stocks est une convention par laquelle une personne morale de droit privé ou une personne physique accorde à un établissement de crédit ou à une société de financement qui lui a consenti un crédit pour l'exercice de son activité professionnelle le droit de se faire payer sur ses stocks par préférence à ses autres créanciers* ». Comme dans le cas de la cession par bordereau Dailly, il a pu être affirmé qu'un agent des sûretés ne peut être titulaire d'un gage des stocks étant donné qu'il n'est pas titulaire de la créance. La même argumentation que celle adoptée s'agissant du bordereau Dailly peut alors être mise en avant : l'agent des sûretés peut être titulaire d'un gage des stocks tant que les prêteurs pour lesquels il agit ont financé l'acquisition des biens grevés de cette sûreté et sont donc les titulaires de la créance garantie et les bénéficiaires uniques de la

¹²⁶¹ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁶² V. P. Crocq, *loc. cit.*, p. 120-121.

¹²⁶³ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 83-84.

sûreté. Une telle interprétation de l'opération est conforme au texte relatif au gage des stocks du Code de commerce et accorde une place centrale au mécanisme de l'agent des sûretés¹²⁶⁴.

b) Le nantissement d'outillage et de matériel d'équipement

1015. L'article L. 525-1 du Code de commerce indique que « *le paiement du prix d'acquisition de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel peut être garanti, soit vis-à-vis du vendeur, soit vis-à-vis du prêteur qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur, par un nantissement restreint à l'outillage ou au matériel ainsi acquis* ».

1016. Le même raisonnement que celui décrit pour le cas du gage des stocks s'applique à ce type de sûreté. Si l'on a pu penser qu'un agent des sûretés n'avait pas la capacité de gérer un nantissement d'outillage et de matériel d'équipement, un tel raisonnement s'explique par le fait que ce dernier n'est ni le vendeur du matériel ni le prêteur des fonds servant à acheter les biens. Cependant, l'agent des sûretés peut être titulaire d'un nantissement d'outillage et de matériel d'équipement tant que les prêteurs pour lesquels il agit ont financé l'acquisition des biens grevés de cette sûreté. Une telle interprétation respecte les exigences indiquées à l'article L. 525-1 du Code de commerce¹²⁶⁵.

c) Le privilège du prêteur de deniers

1017. Avec l'hypothèque et le cautionnement, le privilège du prêteur de deniers constitue l'une des garanties les plus utilisées dans le cadre d'un crédit immobilier¹²⁶⁶. L'article 2374 du Code civil décrit ce mécanisme comme étant la garantie permettant à la banque qui a accordé un prêt (« fourni les deniers ») pour l'acquisition d'un immeuble d'être remboursée en priorité. Ainsi, seuls bénéficient de ce privilège les créanciers qui ont financé l'acquisition de l'immeuble. Dès lors que l'article 2374 du Code civil mentionne le terme général de « créanciers » (la formule exacte étant « *les créanciers privilégiés sur les immeubles sont [...]* »), il ne s'agit pas d'une catégorie spécifique de créanciers tels que les établissements de crédit ou les sociétés de financement. Cela étant précisé, il est évident que la volonté du législateur était de lier le prêt immobilier au privilège. De prime abord, il semble difficilement concevable que l'agent des

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 84.

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ « Hypothèque ou caution pour un prêt immobilier ? », article de la plateforme immobilière Consortium Immobilier. Disponible sur : <https://www.consortium-immobilier.fr/guide/argent/3/10/> [consulté en novembre 2021].

sûretés puisse bénéficier de ce privilège s'il n'est pas lui-même à l'origine du financement de l'acquisition de l'immeuble. Suivant la même logique, l'inscription du privilège du prêteur doit être, en principe, établie au nom du prêteur. En effet, les actes permettant la validité du privilège ne mentionneront pas le nom de l'agent des sûretés (à savoir les actes de vente et d'emprunt établis par un notaire)¹²⁶⁷.

1018. Intérêt pratique de l'agent des sûretés. Malgré ces équivoques, un auteur affirmait qu'« *on ne saurait trop insister sur l'intérêt pratique attaché au nouveau régime de l'agent des sûretés lorsque le financement syndiqué est garanti par un privilège de prêteur de deniers (et/ou une hypothèque conventionnelle). En voici trois illustrations.*

D'abord, la sûreté pourra donner lieu au dépôt d'un bordereau unique, établi au seul nom de l'agent, là où, actuellement, la pratique est obligée de prendre autant d'inscriptions qu'il y a de créanciers dans le pool (v. D. n° 55-1350, 14 oct. 1955, art. 54-117).

Ensuite, la modification de la composition du pool n'imposera aucune mise à jour de l'inscription, par le biais d'une mention en marge ou du renouvellement de l'inscription, dans la mesure où le changement des créanciers laisse intact le titulaire de la sûreté.

Enfin, l'agent, seul titulaire de la sûreté, pourra en donner mainlevée sans recueillir l'accord des différents prêteurs.

Tout cela, bien entendu, sans préjudice des clauses qui, dans le contrat instituant l'agent des sûretés, viendraient restreindre les pouvoirs de celui-ci ou en soumettraient l'exercice à une autorisation préalable des créanciers du pool¹²⁶⁸ ».

§2. Les certitudes apportées par la loi de ratification

1019. Concernant l'agent des sûretés, la loi PACTE a prévu un cadre sécurisant (A) dans la mesure où elle contient une habilitation pour réformer le droit des sûretés qui devrait faciliter encore davantage le recours à l'agent des sûretés. De plus, elle permet de donner sa forme

¹²⁶⁷ Y. Berrada, *op. cit.*, p. 84.

¹²⁶⁸ Ch. Gijsbers, *loc. cit.*, p. 33.

définitive au régime tout en apportant une dernière précision quant à la qualité du bénéficiaire de la sûreté (B).

A. Un cadre sécurisant

1020. L'ambition du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. La loi du 22 mai 2019 contient les mesures prévues dans le cadre du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), d'où elle tire son nom. Ce plan a été voulu comme une nouvelle étape de la transformation économique de la France¹²⁶⁹ ayant pour but « *de lever les obstacles à la croissance des entreprises, à toutes les étapes de leur développement : de leur création jusqu'à leur transmission, en passant par leur financement*¹²⁷⁰ ».

1021. Comprenant 221 articles, répartis dans cinq chapitres, la loi PACTE aborde de nombreux sujets de la vie des entreprises, en particulier la question de leur financement. Parmi toutes ces dispositions, 27 ordonnances ont été ratifiées dont celle du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés et celle du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires¹²⁷¹. Par ailleurs, on peut souligner que l'article 60 de la loi concerne aussi, bien qu'indirectement, l'agent des sûretés dans la mesure où il prévoit une réforme du droit des sûretés.

1. La réforme du droit des sûretés en faveur de l'agent des sûretés

a) L'habilitation du gouvernement à réformer le droit des sûretés

1022. La réforme du droit des sûretés. L'article 60, I, de la loi PACTE a autorisé le gouvernement à « *prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les*

¹²⁶⁹ CONSEIL DES MINISTRES, compte-rendu du Conseil des ministres du 18 juin 2018.

¹²⁷⁰ Site internet du ministère de l'Économie et des Finances : www.economie.gouv.fr/loi-pacte-croissance-transformation-entreprises [consulté le 5 janvier 2021].

¹²⁷¹ Ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires.

intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants [...] ¹²⁷² ».

1023. Objectif de la réforme. Comme indiqué dans son article 60, « *l'objectif de cette réforme est d'une part, de rendre plus clair et intelligible le droit des sûretés, dans un souci de sécurité juridique mais également d'attractivité du droit français ; et d'autre part, de renforcer l'efficacité de ce droit, tout en garantissant l'équilibre entre les intérêts des créanciers, des débiteurs et des garants ¹²⁷³ ».* Pour ce faire, la démarche suivie concerne évidemment les sûretés du Code civil mais également celles mentionnées dans le Code de commerce. Il est ainsi recherché une harmonisation du droit des sûretés avec le droit des entreprises en difficulté établi dans le livre VI du Code de commerce.

1024. La technique de l'ordonnance. Cette habilitation confirme la tendance, établie depuis déjà quelques années, d'employer l'ordonnance en tant que mécanisme habituel lorsqu'il s'agit d'engager des réformes portant sur des sujets techniques. Plusieurs exemples peuvent, à cet égard, être cités : la dernière grande réforme du droit des sûretés par l'ordonnance 23 mars 2006 ¹²⁷⁴, la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 ¹²⁷⁵, ou encore l'ordonnance relative à l'agent des sûretés du 4 mai 2017.

1025. En outre, une nouvelle ordonnance ¹²⁷⁶ devra réformer l'ensemble du droit des sûretés personnelles et réelles en s'inspirant « *pour partie des travaux du groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, auquel la Direction des affaires civiles et du Sceau avait confié la mission de formuler des propositions permettant de parachever la réforme de 2006 ¹²⁷⁷ ».*

¹²⁷² V. J.-D. Pellier, « La réforme du droit des sûretés est lancée », *D. Actualité*, 2 juillet 2019.

¹²⁷³ Site internet de la Chancellerie : www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-des-suretes-32476.html [consulté le 5 janvier 2021].

¹²⁷⁴ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés

¹²⁷⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

¹²⁷⁶ Comme nous l'avons déjà mentionné, la réforme a été opérée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021. Cette ordonnance devait être publiée avant le 21 mai 2021. Le projet de loi de ratification doit être déposé dans un délai de quatre mois à compter de la publication de l'ordonnance (article 60, II).

¹²⁷⁷ Site internet de la Chancellerie : www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-des-suretes-32476.html [consulté le 5 janvier 2021].

b) L'agent des sûretés valorisé dans l'avant-projet de réforme

1026. Les motifs de la réforme. Le ministère de la Justice a confié à l'Association Henri Capitant l'élaboration d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés. Présidée par le professeur Michel Grimaldi, la commission¹²⁷⁸ qui a été chargée de rédiger ce texte l'a remis à l'automne 2017¹²⁷⁹. Une présentation synthétique de l'avant-projet¹²⁸⁰ a exposé trois raisons justifiant l'urgence d'une telle réforme. Toutes se rattachent à l'exigence de sécurité juridique et à la volonté de renforcer l'attractivité du droit français. Les objectifs poursuivis sont identiques à ceux qui ont guidé la réforme de l'agent des sûretés. Premièrement, il s'agit ici de parachever la réforme de 2006 qui avait été partielle puisqu'elle avait exclu le cautionnement et les privilèges en raison des termes limités de la loi d'habilitation. Deuxièmement, il est nécessaire d'« *ajuster la réforme de 2006*¹²⁸¹ » qui, « *comme toute loi nouvelle, a donné lieu à certaines difficultés d'interprétation qui embarrassent les milieux économiques*¹²⁸² ». En effet, il a été constaté qu'après plus de dix ans de mise en œuvre de l'ordonnance de 2006, « *la réflexion doctrinale et jurisprudentielle a aujourd'hui atteint une maturité qui permet de clarifier des points encore incertains*¹²⁸³ ». Enfin, il a été considéré comme indispensable « *d'assurer la cohérence entre la réforme de 2006 et les réformes ultérieures*¹²⁸⁴ » comme, par exemple, celles de la fiducie¹²⁸⁵, du gage des stocks¹²⁸⁶, du droit des contrats¹²⁸⁷, ou encore de l'agent des sûretés.

1027. Impact indirect sur l'agent des sûretés. L'avant-projet de réforme ne fait aucun commentaire sur le régime introduit par l'ordonnance relative à l'agent des sûretés, cependant le but poursuivi était de veiller à ce que la réforme des sûretés intègre bien les particularités de ce fiduciaire spécial. En ce sens, il était important que la capacité de l'agent de prendre toute sûreté ou garantie ne soit pas remise en cause par une lecture stricte des nouvelles dispositions

¹²⁷⁸ Les membres de cette commission étaient : Laurent Aynès, Pierre Crocq, Philippe Dupichot, Charles Gijssbers, Maxime Julienne, Philippe Simler, Hervé Synvet et Philippe Théry.

¹²⁷⁹ L'avant-projet de réforme du droit des sûretés peut être consulté en ligne sur le site de l'Association Henri Capitant : <http://www.henricapitant.org/contact>.

¹²⁸⁰ M. Grimaldi, D. Mazeaud et Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.*, 2017, p 1717.

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007.

¹²⁸⁶ Ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016.

¹²⁸⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

s'appliquant aux sûretés. Plus généralement, tant la réforme du droit des sûretés que celle de l'agent des sûretés tendent à ce que le droit français devienne plus compétitif et attractif. C'est pour toutes ces raisons que même si la loi PACTE n'avait pas vocation à avoir un impact direct sur le régime de l'agent des sûretés, elle doit être considérée comme une étape importante de la consécration de cette figure juridique en droit français. En effet, plus le droit des sûretés français sera attractif, plus le sera également le régime de l'agent des sûretés qui fait désormais partie intégrante de ce droit.

2. La ratification définitive de l'ordonnance du 4 mai 2017

1028. La place de la ratification dans la loi PACTE. Les règles relatives à la ratification et à la modification du régime encadrant l'agent des sûretés se trouvent à l'article 216 de la loi PACTE, dans un chapitre IV portant sur les diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne. Au premier abord, il peut paraître peu évident de comprendre pourquoi une telle place a été choisie sachant que, par exemple, la réforme du droit des sûretés est prévue à l'article 60 du chapitre I de cette loi qui est consacré aux « entreprises libérées ». Prévu au chapitre III du livre IV « Des sûretés » dans le Code civil, il convient de souligner que le régime de l'agent des sûretés relève du droit des sûretés et aurait donc eu éventuellement sa place au sein du chapitre I de la loi PACTE. La justification d'un tel choix de positionnement par le législateur pourrait être que la mention de la résolution bancaire que la loi PACTE devait introduire parmi les procédures d'insolvabilité dont peut faire l'objet l'agent des sûretés est une adaptation issue du droit de l'Union européenne. En effet, la nouvelle procédure de résolution bancaire a été introduite en droit français par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière qui a transposé la directive BRRD¹²⁸⁸.

1029. Mesure principale. En réalité, la place de la disposition prévoyant la ratification de l'ordonnance du 4 mai 2017 n'est pas si importante. Elle révèle cependant, dans une certaine

¹²⁸⁸ Dans ce sens, le compte rendu du Conseil des ministres du 28 juillet 2017 rappelle : « *Le projet de loi renforce en outre la sécurité du dispositif en ajoutant à la liste des procédures de sauvegarde, de redressement, de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel, la procédure de surendettement qui pourrait affecter un agent s'il est une personne physique et la procédure de résolution bancaire introduite dans le code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière et qui s'applique aux établissements de crédit et entreprises d'investissement.* »

mesure, que l'ouverture d'une résolution bancaire à l'encontre de l'agent des sûretés était, à tout le moins dans le projet de loi, la principale mesure liée à la ratification de l'ordonnance.

1030. Modifications prévues. Précisément, l'article 206 du chapitre IV de la loi PACTE prévoit la ratification de l'ordonnance mais aussi la modification de trois articles du Code civil introduits par celle-ci. Ainsi, cette loi, d'une part, reprend ce qu'avait envisagé le projet de loi n° 691 de ratification l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés quant à l'élargissement de la liste des procédures d'insolvabilité dont peut faire l'objet l'agent des sûretés et, d'autre part, apporte une précision concernant la qualité de l'agent titulaire de sûretés spéciales.

B. Une précision opportune sur la qualité du bénéficiaire

1. Des craintes non justifiées

1031. Les doutes. On peut se demander si les doutes exprimés quant à la capacité de l'agent des sûretés à prendre n'importe quelle sûreté étaient justifiés. Il est vrai que le mécanisme permettant à une personne d'être titulaire de toute sûreté, peu importe sa qualité, est nouveau en droit français. On aurait pu imaginer que la logique du droit des sûretés exige à l'égard de l'agent le respect des conditions que le créancier doit lui-même remplir pour prendre une sûreté. Cependant, la question que se posaient surtout les praticiens était celle de savoir si l'agent des sûretés pouvait être titulaire d'une cession de créances professionnelles par bordereau Dailly. En effet, l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, on l'a vu, limite le bénéfice d'une telle cession aux établissements de crédit, aux fonds d'investissement alternatifs¹²⁸⁹ et aux sociétés de financement ayant consenti le crédit. Or, la cession Dailly étant une technique très répandue, son exclusion du champ d'application de l'agent des sûretés ne serait pas sans conséquence au regard de l'intérêt d'une telle réforme. Pour autant, la cession Dailly n'était pas la seule sûreté susceptible de remettre en cause l'alinéa 2 de l'article 2488-6 du Code civil disposant que l'agent des sûretés est titulaire de toute sorte de sûretés et garanties. D'autres sûretés ont pu, elles aussi, poser un problème comme on l'a précédemment noté : le privilège

¹²⁸⁹ Il s'agit des fonds d'investissement alternatifs relevant du paragraphe 2 de la sous-section 3 ou de la sous-section 5 de la section II du chapitre IV du titre I^{er} du livre II du Code monétaire et financier. C'est l'ordonnance n° 2017-1432 du 4 octobre 2017 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette qui a autorisé les FIA ouverts aux professionnels à avoir recours à la cession Dailly.

de prêteur de deniers qui, en vertu de l'article 2374 du Code civil, s'applique à celui qui a prêté des deniers pour acheter un immeuble ; le nantissement de matériel et d'outillage qui, d'après les dispositions de l'article L. 525-1 du Code de commerce, peut être accordé au vendeur ou prêteur qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur. Les craintes reposaient sur l'hypothèse selon laquelle l'agent des sûretés ne pouvait être titulaire de l'une de ces sûretés que s'il respectait les conditions imposées par la loi pour en bénéficier. Ainsi, par exemple, la titularité d'une cession Dailly serait soumise à la condition que l'agent lui-même soit un établissement de crédit, un FIA ou une société de financement ayant octroyé un crédit au cédant des créances professionnelles. De même, afin d'endosser la titularité du privilège du prêteur de deniers, il devrait avoir lui-même prêté les deniers pour l'acquisition de l'immeuble. Enfin, pour être titulaire d'un nantissement de matériel ou d'outillage, l'agent devrait avoir été le vendeur ou le prêteur ayant avancé les fonds nécessaires au paiement du vendeur. Les situations ainsi décrites pouvaient se présenter assez fréquemment. Simplement, il suffisait que l'agent ne fasse pas partie du syndicat bancaire pour qu'il soit considéré comme ne respectant pas les conditions de la titularité de ces sûretés. Ces craintes méritaient néanmoins d'être prises en compte, le risque étant que les doutes aboutissent à une paralysie des acteurs du marché. Il était donc nécessaire de les rassurer.

1032. Les certitudes du « portage juridique ». Les doutes nés au sujet de la possibilité pour l'agent d'être titulaire de certaines sûretés sans remplir toutes les conditions que la loi exige n'étaient pas entièrement justifiés. Il suffit de bien comprendre la nature juridique de cette figure et de considérer la volonté du législateur d'élargir son champ d'application à toutes les sûretés pour les écarter. La logique du mécanisme créé par l'ordonnance du 4 mai 2017 permet à l'agent d'être titulaire des dites sûretés à titre fiduciaire et uniquement dans le but de les administrer au sens large. Comme l'explique Charles Gijbers, l'agent des sûretés assure le « portage juridique » des sûretés et garanties sans en tirer un bénéfice, ce dernier étant entièrement acquis aux créanciers dans l'intérêt desquels l'agent exerce sa mission. La présence des conditions substantielles que la loi exige pour la prise des sûretés doit donc être vérifiée non pas à l'égard de l'agent des sûretés mais des créanciers¹²⁹⁰.

¹²⁹⁰ C. Gijbers, *loc. cit.*, p. 32.

2. La nécessaire intervention du gouvernement

1033. Une copie du premier projet de ratification. En ratifiant l'ordonnance relative à l'agent des sûretés (article 206, XIII A) et en étendant la liste des procédures collectives des articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil (article 206, XIII C, 1^o), le projet de loi PACTE était initialement conçu comme une copie du premier projet de loi de ratification.

1034. L'amendement du gouvernement. Cependant, au cours de sa première lecture à l'Assemblée nationale, le gouvernement a déposé un amendement¹²⁹¹ passé inaperçu sur le moment alors qu'il s'agissait d'une précision importante. Une telle initiative était d'autant plus inattendue qu'elle n'avait pas été conseillée par le CCLRF¹²⁹². L'amendement en question proposait de compléter l'article 2488-6 du Code civil par un alinéa rédigé de la manière suivante : « *Les qualités requises du bénéficiaire de la sûreté s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie.* » Finalement adoptée, cette modification apparaît à l'article 206, XIII B de la version publiée de la loi PACTE.

1035. L'objectif du gouvernement. En ajoutant ce nouvel alinéa, le but du gouvernement était de rassurer le marché et de consolider sa réforme. La volonté de prévoir dans le droit français un agent des sûretés performant ne devait pas être bloquée par la peur et la crainte de certains acteurs. Il fallait « aller jusqu'au bout des choses ». L'incertitude quant au fait de savoir si l'agent des sûretés, n'étant pas le titulaire de la créance garantie, pouvait être titulaire de certaines sûretés dont le régime exige qu'il soit aussi créancier était dangereuse pour une correcte réception de la réforme.

1036. À ce propos, l'exposé des motifs de l'amendement déposé par le gouvernement est particulièrement parlant :

« La volonté du Gouvernement telle qu'affichée dans le rapport au Président de la République de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, était de permettre à ce dernier de pouvoir prendre, inscrire et gérer n'importe quelle sûreté, dans une logique de plus grande attractivité de ce mécanisme. »

¹²⁹¹ Un tel amendement a pu être déposé en vertu de l'alinéa premier de l'article 44 de la Constitution : « *les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement.* » Concrètement, ce droit consiste à pouvoir proposer des modifications à un texte (projet ou proposition de loi ou de résolution).

¹²⁹² V. Avis n° 2017-26 du 21 mars 2017 et n° 2017-61 du 5 juillet 2017 du CCLRF.

Malgré cela, en pratique, des doutes ont été émis quant à la capacité pour un agent des sûretés de prendre une sûreté lorsqu'il ne présente pas lui-même les qualités requises par les textes du créancier pour la constitution d'une telle sûreté (par exemple établissement financier pour une cession Dailly ou un gage sur stocks), réduisant par là-même l'intérêt de recourir à cet outil.

Ainsi, pour lever cette ambiguïté révélée par la pratique, il est proposé de préciser dans l'article 2488-6 du code civil, que les qualités requises pour constituer une sûreté, s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie¹²⁹³. »

1037. Les effets sur le marché. Ainsi, depuis cette modification, certaines banques d'abord réticentes à utiliser le nouveau régime de l'agent des sûretés devraient avoir changé d'avis sur le sujet.

3. Le renforcement de la capacité de l'agent des sûretés de prendre toute sûreté

1038. Application à toutes les sûretés. Depuis le début des réflexions qui ont été menées sur la réforme du régime de l'agent des sûretés, il a été admis que ce mécanisme devait pouvoir s'appliquer à toutes les sûretés. L'une des principales critiques avancées contre l'article 2328-1 du Code civil était effectivement qu'il permettait que seules des sûretés réelles pouvaient être gérées par un agent des sûretés. Le législateur a pris acte du souhait des praticiens d'élargir le champ d'action de ce dernier en consacrant à l'article 2488-6 du Code civil la formule suivante : « *toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés.* » Bien que la formule ici employée soit apparemment suffisamment claire, elle a tout de même été précisée par le rapport remis au président de la République accompagnant l'ordonnance qui insiste aussi sur l'élargissement de la possibilité d'agir de l'agent des sûretés dans les termes suivants : « *tout d'abord, le champ d'application du texte est élargi à toutes les sûretés et garanties et n'est plus limité aux seules sûretés réelles : l'agent des sûretés pourra désormais également gérer les sûretés personnelles mais également les promesses de sûretés ou encore les sûretés de droit étranger, sans être limité aux sûretés énumérées dans le code civil, le code*

¹²⁹³ Amendement n° 1950 déposé le 21 septembre 2018, déposé sur le texte n° 1237, adopté par la commission spéciale, sur le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (n° 1088). Disponible sur : www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1237/AN/1950 [consulté le 6 janvier 2021].

*de commerce et le code monétaire et financier*¹²⁹⁴ ». Dans la même lignée, l'étude d'impact du projet de loi PACTE mentionne que « *le champ d'intervention de l'agent des sûretés a été élargi à toutes les sûretés et garanties et n'est plus limité aux seules sûretés réelles*¹²⁹⁵ », mais aussi que « *l'ordonnance ne pose aucune exigence concernant les personnes pouvant agir en qualité d'agent des sûretés. Il pourra s'agir de l'un des établissements prêteurs ou d'un tiers, personne physique ou personne morale*¹²⁹⁶ ». Les mêmes arguments se retrouvent aussi dans l'étude d'impact de la première loi de ratification¹²⁹⁷. Il semble donc évident que le nouvel agent des sûretés avait le droit de gérer tout type de sûreté ou garantie. Dès lors, le débat paraissait complètement clos.

1039. Renforcement de l'argument. Par ailleurs, l'amendement n° 1950 a repris et renforcé cette position en expliquant que « *la volonté du Gouvernement telle qu'affichée dans le rapport au Président de la République de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, était de permettre à ce dernier de pouvoir prendre, inscrire et gérer n'importe quelle sûreté, dans une logique de plus grande activité de ce mécanisme*¹²⁹⁸ ».

1040. Hésitation. Néanmoins, malgré une telle volonté politique manifestée dans la réforme, notamment à travers la rédaction de l'article 2488-6 du Code civil, « *des doutes ont été émis quant à la capacité pour un agent des sûretés de prendre une sûreté lorsqu'il ne présente pas lui-même les qualités requises par les textes du créancier pour la constitution d'une telle sûreté (par exemple établissement financier pour une cession Dailly ou un gage sur stocks), réduisant par là-même l'intérêt de recourir à cet outil*¹²⁹⁹ ». Dans ce contexte d'hésitation qui portait atteinte à la bonne réception de la réforme par certains acteurs du marché, le gouvernement a simplement jugé nécessaire de « *préciser dans l'article 2488-6 du code civil, que les qualités requises pour constituer une sûreté s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie*¹³⁰⁰ ».

¹²⁹⁴ Rapport précité.

¹²⁹⁵ Étude d'impact projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, p. 668.

¹²⁹⁶ *Ibid.*

¹²⁹⁷ Étude d'impact projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, p. 6-7.

¹²⁹⁸ Amendement n° 1950 précité.

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ *Ibid.*

1041. À travers cet amendement, une précision qui semblait évidente est venue compléter le régime décrit par l'ordonnance de 2017 : l'agent peut être titulaire des sûretés même s'il ne remplit pas les conditions requises pour être créancier.

1042. Conclusion de la section. La logique fiduciaire du mécanisme de l'agent des sûretés et la volonté politique d'établir un dispositif capable de concurrencer les figures prévues dans des droits étrangers n'ont, dans un premier temps, pas été suffisantes pour surmonter les doutes exprimés par les praticiens concernant la dissociation entre la titularité de la créance et celle de la sûreté. Le gouvernement a donc profité de la loi PACTE pour concrétiser une nouvelle fois son souhait de doter le droit français d'un agent des sûretés qui dispose d'un périmètre d'action le plus vaste et souple possible. Il a ainsi estimé préférable d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 2488-6 du Code civil que de laisser le silence des textes en vigueur produire d'éventuels effets négatifs sur le marché.

1043. Grâce à cette intervention gouvernementale, l'article 2488-6 du Code civil a acquis sa rédaction définitive. Il dispose désormais que « *les qualités requises du bénéficiaire de la sûreté s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie* ». La formule choisie a le mérite d'être précise, ce qui permet d'affirmer sans aucun doute, « *d'une part, qu'une sûreté dont la loi subordonne le bénéfice à certaines qualités chez le créancier pourra être prise par un agent dépourvu de telles qualités dès lors qu'elles existent en la personne des créanciers initiaux de l'obligation garantie ; d'autre part, et réciproquement, que cette sûreté ne pourra être prise par l'agent, quoiqu'il arbore de telles qualités, si ceux dans l'intérêt de qui la sûreté est prise n'en sont pas dotés*¹³⁰¹ ».

1044. Conclusion du chapitre. La ratification de l'ordonnance du 4 mai 2017 constitue la réception légale définitive de l'agent des sûretés. Réalisée en deux temps, deux projets de loi ont en effet été nécessaires pour finir le processus, cette dernière étape n'a pas été simplement une formalité. Elle a introduit trois changements importants dans le régime de l'agent des sûretés.

1045. Premièrement, le changement de nature de l'ordonnance. D'une part, avant le dépôt du premier projet de loi de ratification, l'ordonnance avait un caractère incertain puisque sans un tel dépôt l'ordonnance était soumise à la caducité. C'est l'unique et grand apport du premier

¹³⁰¹ Ch. Gisjsbers, *loc. cit.*, p. 32.

projet de loi de ratification qui n'a par la suite pas été voté. D'autre part, avant la ratification de l'ordonnance, celle-ci était de nature réglementaire. Avec le vote de la loi PACTE, l'ordonnance a acquis sa nature légale et a ainsi en quelque sorte gagné sa légitimité au sein du Code civil et à l'heure de se positionner face aux autres dispositions légales, notamment celles du droit des procédures d'insolvabilité et du droit des sûretés.

1046. Deuxièmement, la loi de ratification a complété la réception du nouveau régime de l'agent des sûretés dans le droit des procédures d'insolvabilité. En ajoutant les procédures de résolution bancaire et celle de traitement des situations de surendettement des particuliers, le législateur a voulu donner un caractère d'exhaustivité à liste de ce type de procédures prévue aux articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil.

1047. Troisièmement, la loi de ratification a renforcé la capacité de l'agent de prendre tout type de sûreté. La dissociation entre la titularité de la créance et celle de la sûreté étant vraiment un élément nouveau en droit français, la pratique ne l'a pas acceptée aisément, surtout concernant quelques sûretés exigeant des qualités spécifiques au créancier. Ainsi, la loi PACTE a créé, pour compléter l'article 2488-6 du Code civil, un nouvel alinéa selon lequel « *les qualités requises du bénéficiaire de la sûreté s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie* ».

1048. Parmi tous les apports de la ratification de l'ordonnance du 4 mai 2017, seul le premier semble être absolument nécessaire. En effet, il est préférable que le nouveau régime de l'agent des sûretés soit de nature légale et non pas réglementaire surtout si l'on tient compte de sa place au sein du Code civil. Cependant, les deux autres éléments participent à une fâcheuse tendance de surproduction du droit. En effet, on l'a vu, la version originale de l'ordonnance et sa correcte interprétation, notamment grâce aux éléments d'appréciation apportés par le Rapport au Président de la République, permettaient de déduire facilement que toute procédure d'insolvabilité était concernée par les articles 2488-10 et 2488-11 du Code civil. Dans la même lignée, la dissociation entre la créance et la sûreté est au cœur même du dispositif et ne méritait pas une nouvelle précision au sein de l'article 2488-6 du même Code. En tout état de cause, alors même que les ajouts opérés au dernier moment par la loi de ratification sont caractéristiques d'une surproduction du droit et ne sont par conséquent pas à proprement dire nécessaires à la correcte réception du mécanisme, ils se justifient par le besoin de rassurer les praticiens et sont dans ce sens légitimes. Plus qu'une réception juridique, cette dernière étape a

été une manœuvre intelligente pour assurer la réception juridique par les acteurs du marché des crédits syndiqués.

1049. Conclusion du titre II. La réforme de l'agent des sûretés opérée en 2017 et ensuite en 2019 avec la loi PACTE constitue un succès car elle a supposé la réception définitive de l'agent des sûretés par le droit français. En 2017, l'ordonnance a mis en place un mécanisme de qualité, apprécié par les praticiens et solide du point de vue juridique. En 2019, la loi de ratification a su répondre aux doutes que certains avaient soulevés. C'est avec un esprit pragmatique que le législateur a su assurer la dernière phase de ce long processus.

1050. Conclusion de la seconde partie. Après des tentatives contractuelles et jurisprudentielles qui n'ont pas été satisfaisantes, le législateur français a dû réagir pour créer un cadre propice à l'agent des sûretés. Ce processus opéré dans le cadre de la loi n'a pas été à la hauteur des attentes dans un premier temps, mais il le sera par la suite : le résultat sera un mécanisme aussi performant que ses concurrents étrangers, caractérisé par une grande sécurité juridique fondée sur un régime clair et une acceptation des praticiens.

Conclusion

1051. La réception d'un mécanisme d'origine étrangère. D'une manière générale, l'étude de la réception de l'agent des sûretés en droit français permet de comprendre comment un instrument d'origine étrangère, créé par la pratique des professionnels, a pu être introduit en France par la voie contractuelle et ensuite par la voie légale. Un tel travail montre à quel point le droit a cherché à appréhender une technique développée par les entreprises pour leurs besoins de financement. Dans le cas de l'agent des sûretés, il est manifeste que cette démarche reposait avant tout sur la volonté de doter le droit français d'une figure semblable à celle du *trust* du droit anglais. L'agent des sûretés idéal, celui que recherchait le droit français, n'était autre que le mécanisme du *trust* adapté au droit civil ; telle est l'idée transversale qui a irrigué tout ce processus de réception juridique.

1052. La consécration de la notion d'agent des sûretés. Ce processus a finalement abouti à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 instituant l'agent des sûretés au sein du Code civil en opérant ainsi une transition : de l'agent des sûretés comme fonction à l'agent des sûretés comme figure du droit civil. Il s'agit désormais d'un contrat nommé du Code civil. En effet, avant sa consécration textuelle, le mécanisme était avant tout une activité pouvant être encadrée par différents types de mécanismes juridiques prévus par les parties à un contrat. En ce sens, il est possible d'affirmer que la réception de ce mécanisme de droit étranger est aussi une reconnaissance de sa spécificité en droit français s'agissant de la gestion collective des sûretés. Dans ce processus, l'ordre juridique français apparaît comme ayant surtout joué un rôle passif : il n'a pas vraiment été le créateur de la figure qui s'est en quelque sorte imposée à lui. C'est la raison pour laquelle il est question d'un processus de réception qui a tenté, dans un premier temps, de trouver un procédé équivalent en droit civil mais qui a finalement abouti à une reconnaissance directe¹³⁰². D'un point de vue théorique, il s'agissait de déterminer si l'admission du mécanisme d'agent des sûretés pouvait reposer sur la seule liberté contractuelle découlant de l'article 1134 du Code civil¹³⁰³ ; de manière plus concrète, s'il fallait une consécration législative de cette figure par le droit français.

¹³⁰² R. Damman et A. Albertini, « L'arrêt Belvédère : la réception du *Trust* et de la *Parallel Debt* en droit français », *JCP E*, 17 novembre 2011, n° 46.

¹³⁰³ *Ibid.*

1053. La réception de l'agent des sûretés confrontée à l'inflation normative. En termes de politique juridique, cette étude doit être comprise à la lumière du phénomène d'inflation normative et du contexte de « guerre du droit ». En effet, la tension et la concurrence entre les systèmes juridiques pour conquérir des parts du marché juridique mondial peuvent avoir comme conséquence la production de normes dans les ordres juridiques internes. C'est dans l'équilibre de ces deux phénomènes que l'on trouve la réponse à donner à la question de savoir si la réception de l'agent des sûretés constitue une « surproduction législative ». La réponse doit être nuancée. D'une part, il peut sans doute être conclu que le régime de l'agent des sûretés en tant que tel ne peut être considéré comme participant à l'inflation normative dans la mesure où il est inédit : le droit civil français ne prévoyait pas de figure permettant de gérer, dans un patrimoine d'affectation, des sûretés grâce à la dissociation de la créance et de la sûreté. Il s'agit là d'une véritable innovation juridique qui était nécessaire compte tenu du fait que le droit français ne reconnaissait pleinement ni le *trust* ni la dette parallèle. Par ailleurs, s'il avait pu être affirmé que « *le droit français commun [...] offre des possibilités fiables de syndication des crédits et sûretés. Ne faut-il pas, dès lors, résister à la tentation trop facile – et finalement risquée – de délocaliser le montage sous l'empire d'un droit étranger de commodité, lorsqu'il apparaît clairement que c'est en France que ce montage a finalement pour vocation de prospérer, parce que le débiteur y est principalement établi ?*¹³⁰⁴ ». L'étude du processus de réception montre que les figures du droit français telles que le mandat, la commission ou encore la solidarité passive étaient insuffisantes pour exercer le rôle d'agent des sûretés. D'autre part, du point de vue de la « guerre du droit », il est aussi possible d'affirmer que l'introduction d'un régime légal d'agent des sûretés était nécessaire et ne relève donc pas d'une « surproduction législative ». Sans la création d'un régime français d'agent des sûretés, les acteurs du marché auraient recouru à des mécanismes issus de droits étrangers. Par ailleurs, l'on observe que d'autres pays de droit civil (tels que la Russie, la Belgique, Haïti, ou le Maroc¹³⁰⁵) ont jugé nécessaire d'instituer dans leur ordre juridique la figure de l'agent des sûretés. Tous ces

¹³⁰⁴ L. d'Avout et N. Borga, « Belvédère : les “dettes parallèles” de droit étranger reconnues dans la faillite française », *D.*, 2011, p. 2518.

¹³⁰⁵ V. pour l'agent des sûretés russe, belge et marocain : A. Pesneau, *L'Agent des sûretés dans les financements appréhendé par les droits anglais et français : approche comparée*. Thèse : droit privé : Tours, école doctorale Sciences de l'homme et de la société : 2017, p. 278 et s. ; B. Gousse, « Le nouveau droit des sûretés. Présentation générale et sûretés personnelles », *Le Nouvelliste* [Haïti], 15 juin 2020. Disponible sur : <https://lenouvelliste.com/article/217384/le-nouveau-droit-des-suretes-1> [consulté en novembre 2021] ; Pour le Maroc, v. également : « L'agent des sûretés intègre le paysage financier marocain », *Challenge*, 3 avril 2019.

éléments permettent d'affirmer qu'au regard de la place du droit français sur le marché mondial, il était indispensable de prévoir un régime spécifique d'agent des sûretés afin d'augmenter l'attractivité du pays en matière d'opérations de financement international. Toutefois, la première introduction de l'agent des sûretés réalisée par la loi de 2007, à travers la création de l'article 2328-1 du Code civil, peut sans doute être qualifiée de « surproductrice » ou même d'« inutile ». En effet, comme on l'a relevé, cet article n'a été que très peu utilisé, voire pas du tout, et a fait l'objet de vives critiques d'une grande partie de la place de Paris dès sa promulgation. Le seul mérite de l'article 2328-1 du Code civil a été celui de « lancer un processus » de réforme plus profonde, car il a permis de préparer doctrinalement la réforme de 2017. En ce qui concerne cette dernière, elle a consacré un régime complet d'agent des sûretés aux articles 2488-6 et suivants du Code civil. Il doit être souligné à cet égard qu'elle avait pour mission de combler un véritable vide juridique et à répondre à une demande des praticiens. En ce sens, l'ordonnance du 4 mai 2017 ne peut être considérée comme étant la conséquence d'une politique de « surproduction de droit » tant elle était nécessaire et attendue. D'un point de vue de pure logique juridique, on l'a vu, le nouveau régime a constitué une véritable nouveauté en droit civil, voire une « petite révolution¹³⁰⁶ », étant donné qu'avec lui le droit français se dotait d'un mécanisme jusqu'alors inconnu en ce qui concerne la gestion collective des sûretés. Enfin, il est intéressant de rappeler que l'ordonnance mentionnée a été ratifiée par la loi dite « PACTE » en 2019 qui a modifié cette dernière : il a été ajouté un nouvel alinéa à l'article 2488-6 du Code civil (« *Les qualités requises du bénéficiaire de la sûreté s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie* ») et a également inclus dans la liste des procédures d'insolvabilité dont peut faire l'objet l'agent des sûretés la résolution bancaire et la procédure de surendettement des particuliers. Ces ajouts ont eu pour but de rassurer certaines banques qui avaient exprimé leur réticence à avoir recours au nouveau mécanisme sans ces modifications. Selon elles, ces ajouts étaient nécessaires pour que, d'une part, l'agent des sûretés soit en mesure de bénéficier des sûretés lorsque la loi exige que seul le créancier puisse en bénéficier et, d'autre part, pour que les créanciers soient protégés en cas d'ouverture d'une procédure de résolution bancaire ou de surendettement des particuliers à l'encontre de l'agent. Il semblerait ainsi que ces banques, grâce à la loi de ratification, ont fait évoluer favorablement leur position et ont accepté d'utiliser le régime des articles 2488-6 et suivants du Code civil. Au

¹³⁰⁶ Selon l'expression utilisée par Virginie Barbier dans son article « Le nouvel agent des sûretés : une petite révolution au service des crédits syndiqués », *loc. cit.*

regard de la problématique de « surproduction du droit », cette dernière étape du processus de réception semble effectivement relever d'un tel phénomène. En effet, si la loi PACTE était indispensable pour achever le processus de réception législative de l'agent des sûretés, il semble que les compléments qu'elle a introduits ne l'étaient pas. En effet, une interprétation globale de l'ordonnance de 2017, au regard notamment du Rapport au Président de la République qui accompagnait le texte, permet de conclure aisément que ces modifications n'étaient pas indispensables. Les questions qu'elles étaient censées préciser étaient en réalité déjà claires dans l'ordonnance, mais peut-être pas suffisamment pour tranquilliser le marché.

1054. La fin du processus de réception. La réception de l'agent des sûretés en droit français s'est terminée ou, on l'espère, devrait s'achever avec la loi de ratification de 2019. Cette dernière joue un rôle important dans la mesure où elle clôt un processus législatif commencé en 2007 par la loi introduisant la fiducie qui a créé le premier agent des sûretés en droit français. Concrètement, la loi PACTE a permis d'accorder une nature légale à la réforme de l'agent des sûretés¹³⁰⁷. Ce point était indispensable pour donner une stabilité à la réforme. Il n'est toutefois pas exclu que le régime fasse l'objet de nouvelles modifications à court terme, l'expérience montrant que la réception légale d'une nouvelle figure du droit peut subir des adaptations malgré une promulgation récente. Les praticiens du droit se révèlent parfois être conservateurs, réticents aux changements législatifs. Dans le cas de l'agent des sûretés, son introduction dans le Code civil en 2007 a en quelque sorte été « boycottée » par le marché tellement elle s'éloignait de ce que celui-ci attendait. Une telle situation a provoqué un blocage et il a fallu attendre dix ans pour qu'une nouvelle version du mécanisme soit mise en place. Il en va autrement lorsque les nouveaux dispositifs sont *a priori* appréciés par les praticiens, cependant il se peut qu'une réforme soit globalement admise mais que des points de blocage continuent à exister. La critique ne porte alors pas sur toute la réforme mais se focalise sur quelques aspects de celle-ci. Dans ce genre d'hypothèse, le législateur cherche, dans la mesure de ses possibilités, à rétablir la confiance dans sa démarche réformatrice en modifiant rapidement les dispositions mises en cause. Certains exemples en droit bancaire sont à cet égard remarquables. Ainsi, le législateur a préféré modifier la loi introduisant la cession Dailly pour confirmer expressément que le mécanisme pouvait être utilisé comme une garantie. La réaction fut immédiate et très

¹³⁰⁷ Créé par une ordonnance du gouvernement, la réforme était de nature réglementaire avant sa ratification par la loi PACTE.

positive car « *la pratique bancaire s'empara de la formule avec une certaine frénésie*¹³⁰⁸ ». Un autre exemple est celui de la loi instaurant la fiducie qui a tout de suite été considérée comme lacunaire¹³⁰⁹, une situation qui a provoqué une réaction du législateur deux ans après sa publication¹³¹⁰.

1055. La stabilité souhaitée. Afin de rendre vraiment attractive la figure de l'agent des sûretés et qu'elle soit capable de remplacer le *security trustee* ou la dette parallèle, il est souhaitable que la loi PACTE soit le dernier épisode de sa réception en droit français, au moins dans les dix années à venir. Rien n'est cependant moins sûr étant donné, comme cela a été dit, qu'il est rare que la pratique s'approprie immédiatement une réforme. Plus particulièrement, en matière de crédits syndiqués qui mettent en jeu des sommes colossales, les conseils juridiques cherchent avant tout à sécuriser l'opération et cette recherche de sécurité explique qu'il n'est parfois pas facile d'innover. Une justification de cette attitude peut se trouver dans le célèbre « esprit conservateur » des juristes déjà mis en évidence par Ripert qui affirmait que « *les praticiens*

¹³⁰⁸ D. R. Martin, « De la cession de créance professionnelle », *Banque & Droit*, mai-juin 2019, n° 185, p. 17 et s.. L'auteur l'explique de la manière suivante : « *Le dispositif de la cession de créance professionnelle est une très belle réussite juridique du XX^e siècle, sur le triple plan législatif, pratique et judiciaire. Dans sa fraîcheur originelle, la loi « Dailly » du 2 janvier 1981 aura constitué, d'abord, un joyau législatif de son siècle. Tout y était dit en six articles essentiels, ciselés, d'une rare densité théorique et d'une intelligibilité remarquable. Mais déjà, à l'époque, où pointait l'amphigouri rédactionnel des lois et règlements, on trouva suspecte tant de clarté : elle cachait sûrement, sous la limpidité de sa lettre, des pièges occultes dont on conseillait de se méfier, et dont on se méfia. De sorte que la nouvelle cession fut un long moment regardée avec envie par les praticiens intéressés, mais sans céder à la tentation de l'adopter. Il fallut donc déjouer les préventions en déliant la loi de sa romaine concision. Ce qui fut fait, trois ans plus tard, à la faveur de la loi portant réforme bancaire. On donna donc, à l'article 61 d'icelle, deux séries de précisions juridiques. La première confirmait la cessibilité des créances résultant même d'actes « à intervenir », et indiquait le mode de désignation des créances cédées. Il résultait de la seconde, d'une part, que la cession opérait en toute circonstance transfert de la créance au cessionnaire et, d'autre part, que, sauf convention contraire, le cédant devait garantir le paiement des créances cédées ou nanties. Ainsi sécurisé, l'emploi de cette nouvelle cession à titre de garantie allait immédiatement connaître un très vif succès. La pratique bancaire s'empara de la formule avec une certaine frénésie. On chercha d'abord, et surtout, à conforter des crédits en cours mal garantis, en acceptant en cession des liasses de créances souvent médiocres, parfois même douteuses. Les déboires consécutifs – fruits amers d'une récolte précipitée – accréditèrent bientôt la conviction que la nouvelle garantie ne vaut que ce que valent les créances cédées. »*

¹³⁰⁹ Voir par exemple P. Crocq, « La fiducie. Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.*, 2007, p. 1354. Cet auteur affirme « *Certes, on peut comprendre la démarche politique : lorsqu'il paraît essentiel de franchir une étape, notre législateur préfère parfois adopter des textes imparfaits (le cas du PACS en fut en son temps un exemple flagrant), en se disant qu'il aura toujours l'occasion de les modifier ultérieurement, plutôt que de courir le risque que la longueur d'une discussion approfondie n'ait pour conséquence que le projet ou la proposition de loi ne voie jamais le jour.* »

¹³¹⁰ Comme le disait un auteur un mois après la publication de la loi instituant la fiducie : « *Que l'on ne se méprenne pas : le législateur aura sans doute singé la politique des petits pas de la Cour de cassation. Car la loi du 19 février 2007 ne fait-elle pas semblant d'ouvrir une phase d'expérimentation de la fiducie, prélude à un souhaitable élargissement du périmètre des contractants éligibles.* » V. Ph. Dupichot, « Opération de fiducie sur le sol français », *JCP E*, 22 mars 2007, n° 12, act. 134.

trouvent dans la répétition des mêmes actes, établis dans les mêmes formes, une sécurité que ne leur donnerait pas la plus intelligente initiative¹³¹¹ ». Or, l'esprit des juristes est peut-être devenu plus conservateur dans le mauvais sens du terme, c'est-à-dire sclérosé et rigide, incapable de s'adapter au marché du crédit du XXI^e siècle, de faire un pas dans l'inconnu, de faire preuve d'audace et d'inventivité. Ils ne prendront pas de risques, pourtant indissociables de l'activité bancaire, s'ils ne disposent pas d'un fondement légal extrêmement précis et pointilleux pour se sentir en sécurité. Cette attitude n'est pourtant pas très logique. En effet, en cherchant à échapper à la loi française en avançant l'argument selon lequel recourir à la loi française était trop risqué, les praticiens prenaient d'autres risques en soumettant leurs opérations à des droits étrangers dont les effets n'étaient pas très prévisibles en France, par exemple en ayant recours au *trust* ou à la dette parallèle. Sans doute, les praticiens avaient l'habitude d'opérer le calcul qui les conduisait à choisir l'option la moins risquée, en l'occurrence le choix du droit étranger.

1056. Une question ouverte. La question qui se pose aujourd'hui est donc la suivante : la loi PACTE du 22 mai 2019 sera-t-elle l'ultime modification du régime d'agent des sûretés en France ? Il s'agit concrètement de savoir si la loi de ratification réussira à lever toutes les inquiétudes manifestées par la pratique à l'égard d'un outil pourtant riche de promesses. Élaboré en suivant les souhaits des acteurs du marché bancaire parisien, l'agent des sûretés devrait finir par convaincre ; même si des voix critiques se font encore entendre¹³¹².

1057. La possibilité d'une nouvelle réforme. Malgré les ajustements intervenus avec la loi de ratification, il a été suggéré que le régime était encore incomplet à cause du silence de la loi sur le traitement comptable des opérations de l'agent des sûretés¹³¹³. Cependant, même si cette question n'a pas été traitée dans la réforme, il n'est pas souhaitable de retoucher le régime car le droit commun peut apporter des solutions tout à fait satisfaisantes. Il convient de ne pas oublier, d'une part, que l'agent est titulaire uniquement de la sûreté et non pas de la créance. Il n'est donc pas non plus propriétaire du bien affecté en garantie, sauf si la sûreté elle-même implique le transfert de la propriété au bénéficiaire de la sûreté comme c'est le cas de la cession *Dailly* ou du gage-espèces, ou dans l'hypothèse où l'agent doit réaliser la sûreté, par exemple

¹³¹¹ G. Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, n° 5, p. 14.

¹³¹² C. Gisjsbers, *loc. cit.*, p. 31.

¹³¹³ N. Borga et A. Manterola, *loc. cit.*, p. 19.

si un pacte comissoire est exécuté, une créance nantie payée, ou encore si le garant autonome ou la caution payent l'agent. D'autre part, l'agent des sûretés étant un fiduciaire spécial c'est en cette qualité, et jamais à titre définitif, qu'il acquiert, dans son patrimoine d'affectation, les sûretés ou le produit de leur réalisation. Il semblerait que pour ces raisons fondées sur le besoin de sécurité juridique, le plus prudent soit de ne pas toucher une nouvelle fois à la loi¹³¹⁴.

1058. Une législation n'est jamais parfaite et ne peut prévoir toutes les situations qui peuvent apparaître dans la pratique. On peut chercher et on trouvera toujours des lacunes ou des vides dans la loi. Ainsi, par exemple, que se passe-t-il si le contrat d'agent des sûretés est révoqué avant la fin de sa mission et qu'il n'est pas remplacé ? Même si la loi ne le dit pas, il est dans la logique des choses que la titularité des sûretés revienne aux créanciers au profit desquels l'agent les administrait¹³¹⁵. L'expérience montre que toute loi peut être améliorée ou précisée, c'est pourquoi même après des années de réflexion et une fois la loi définitivement publiée, des voix peuvent encore se lever pour dénoncer le manque de clarté d'un régime. La réalité est toujours bien plus riche et variée que la loi et il est pertinent de dire que souvent « la réalité précède le droit ». Dès lors, il est tout à fait normal qu'une nouvelle règle de droit soit soumise à des interrogations, comme le signalait le doyen Carbonnier : « *il faut s'inquiéter quand une loi reste vierge de questions*¹³¹⁶. » Souvent, les acteurs du marché du crédit devront interpréter le droit des sûretés existant pour trouver des solutions adaptées aux défis qui se présentent, comme cela a été le cas dans le passé¹³¹⁷, sans demander de modifier les règles existantes. Comme l'affirme Marie-Laure Mathieu, « *le discours du juriste semble également paradoxal en ce qu'il fait valoir l'imprécision des concepts juridiques, au service d'une souplesse jugée souhaitable, mais dénonce aussi ce défaut de netteté, au nom de la sécurité juridique ; l'imprécision étant appréciée tantôt positivement tantôt négativement, on pourrait voir là une contradiction ; mais cela s'explique par la poursuite de deux objectifs divergents, souplesse et sécurité, au service d'un même but : la justice*¹³¹⁸ ». En fixant un cadre général et souple afin qu'il puisse s'adapter à de nombreux types d'opérations, le nouveau régime d'agent des sûretés

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 32-33.

¹³¹⁵ *Ibid.*, p. 32, note de bas de page n° 13.

¹³¹⁶ J. Carbonnier, « Introduction à l'étude de la réforme », dans P. Blondy, G. Morin et M. Morin (dir.), *La Réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, 1965, t. I, p. 15.

¹³¹⁷ Ph. Dupichot, *Le Pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés* sous la direction de Michel Grimaldi. Thèse : droit : Paris II : 2005, préf. Michel Grimaldi, spéc. p. 425 et s.

¹³¹⁸ M.-L. Mathieu, *Logique et raisonnement juridique*, 2^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2015, p. 60.

semble convenir à la vision que Portalis se faisait de la loi dans son discours préliminaire au Code civil : « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*¹³¹⁹ ».

¹³¹⁹ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, le 21 janvier 1801, Bordeaux : Éd. Confluences, 2004.

Bibliographie

Ouvrages

AYNÈS L., *Rapport français : les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris : LGDJ, 1991.

BEUDANT R., LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., VORIN P., *Cours de droit civil français. IV, Les biens*, 2^e éd., Paris : Rousseau, 1938

BÉNABENT A., *Droit civil. Les obligations*, 8^e éd., Paris : Montchrestien, 2001.

BÉRAUDO J.-P., *Les Trusts anglo-saxons et le droit français*, Paris : LGDJ, 1992.

BONNEAU Th., *Droit bancaire*, Paris-La Défense : LGDJ, 2013.

BONNEAU Th. et DRUMMOND F., *Droit des marchés financiers*, 3^e éd., Paris : Economica, 2010.

BOUREL P., LOUSSOUARN Y. et VAREILLES-SOMMIÈRES P. (DE), *Droit international privé*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2013.

BUREAU D. et MUIR WATT H., *Droit international privé*, 3^e éd., Paris : PUF, 2014.

CABRILLAC M., CABRILLAC S., MOULY C., *et al.*, *Droit des sûretés*, 10^e éd., Paris : LexisNexis, 2015.

CAPITANT H., *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, Paris : Dalloz, 1926.

CAPITANT H., TERRÉ F. et LEQUETTE Y., Dalloz, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2002.

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004.

CHAPON-LE BRETHON A., *Le principe d'égalité entre créanciers*, Paris : LGDJ, 2021.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2016.

CROCQ P., *Propriété et garantie*, Paris : LGDJ, 1995.

DERRUPÉ J., *La Nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris : Dalloz, 1952.

DONALD R.-P., *International Syndicated Loan*, Londres : Euromoney Publications, 1982.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel. III, La Théorie générale de l'État (suite et fin)*, 2^e éd., Paris : E. de Boccard, 1913.

DUPICHOT Ph., *Le Pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris : Éd. Panthéon Assas, 2005.

FAHRI S., *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficultés – Étude de l'efficacité du mécanisme*, Paris : LGDJ, 2016, t. 6.

FRANCOIS (Pape), exhort. apost. *Evangelii Gaudium*, 24 novembre 2013.

GABRIEL P., *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Londres : Butterworths, 1986.

GOUTHIERÈRE B., *Les Impôts dans les affaires internationales*, 11^e éd., Levallois-Perret : Éd. Francis Lefebvre, 2016.

HAYTON D.-Y., *The Law of Trusts. Fundamental Principles of Law*, Londres : Sweet & Maxwell, 1989.

HOUSSIN M., *La Subordination de créance*, Paris : LGDJ, 2018.

JOSSERAND L., *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris : Dalloz, 1928.

MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Droit civil. Les biens*, Paris : Defrénois, 2003.

MATHIEU M.-L., *Logique et raisonnement juridique*, 2^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2015.

MORIN M., *Les Clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments*, Paris : Defrénois, 1971.

LARREUR C.-H., *Financements structurés*, Paris : Ellipses, 2014.

LEPAULLE P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris : Rousseau, 1932.

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955.

SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris : Rousseau, 1922.

SEKFALI, Z. *Droit des financements d'entreprise*, 2^e éd., Paris : RB édition, 2018.

SÉRIAUX A., *Le Droit comme langage*, Paris : LexisNexis, 2020.

SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2020.

SÉROUSSI R., *Introduction aux droits anglais et américain*, 4^e édition, Paris : Dunod, 2007.

SIMLER Ph., *Les clauses d'inaliénabilité*, D. 1971.

TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, 6^e éd., Paris : Dalloz, 2002.

URBAIN-PARLÉANI I., *Les Comptes courants d'associés*, Paris : LGDJ, 1986.

WOOD Ph. R., *Law and Practice of International Finance*, Londres : Sweet & Maxwell, 2008.

ZEIN Y., *Les Pools bancaires : aspects juridiques*, Paris, Economica, 1998.

Rapports / Notes / Guides

AMF, rapport annuel 2012.

ANSA, Comité juridique, avis n° 13-033 du 5 juin 2013 : « Le représentant de la masse des obligataires (ou des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital) peut-il se faire représenter ? »

ANSA, Comité juridique, avis n° 17-021 mai 2017 : « Ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires. »

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Avant-projet de réforme du droit des sûretés, 2017.

ATTALI J., *300 décisions pour changer la France. Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris : XO Éd. ; La Documentation française, 2008.

BANQUE DE FRANCE, *Bulletin de la Banque de France*, mars 2004, n° 123.

BANQUE DE FRANCE ET AL., Financement des ETI – Charte relative aux « Euro Private Placements » ou « Euro PP », juin 2014.

BÉTEILLE L., LAMURE É. et MARINI Ph., Rapport n° 413 (2007-2008) fait au nom de la commission spéciale, déposé le 24 juin 2008.

CCLRF, Avis n° 2017-26 du 21 mars 2017.

CCLRF, Avis n° 2017-61 du 5 juillet 2017.

COMMISSION EUROPÉENNE, rapport final, « EU loan syndication and its impact on competition in credit markets », avril 2019.

CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (Troisième commission du 107^e Congrès des Notaires de France), « Plaidoyer pour l'agent des sûretés / pour une réécriture de l'article 2328-1 du Code civil », juin 2011.

CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (Cannes, 5-8 juin 2011), Rapport du 107^e congrès.

CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (Cannes, 5-8 juin 2011), Propositions du 107^e congrès.

CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (2-5 juin 2019, Bruxelles), Rapport du 115^e congrès.

CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (2-5 juin 2019, Bruxelles), Propositions du 115^e congrès.

CONSEIL DES MINISTRES, ordre du jour du Conseil des ministres du mercredi 3 mai 2017.

CONSEIL DES MINISTRES, compte-rendu du Conseil des ministres du mercredi 3 mai 2017

CONSEIL DES MINISTRES, compte-rendu du Conseil des ministres du 28 juillet 2017.

CONSEIL DES MINISTRES, compte-rendu du Conseil des ministres du 18 juin 2018

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, « Actes et documents de la quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé. II, *Trust*, loi applicable et reconnaissance », *Revue internationale de droit comparé*, avril-juin 1987, vol. 39.

COUR DE CASSATION, rapport annuel 2013.

DAMMANN R., « Fiducie-sûreté et conflit de lois », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 19^e année, 2008-2009 , 2011.

Étude d'impact du projet de loi n° 3623 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« loi Sapin 2 »).

Exposé des motifs de la proposition de loi n° 178 instituant la fiducie d'impact du projet de loi n° 691 ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés du 19 juillet 2017.

Étude d'impact du projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises.

Exposé des motifs de la proposition de loi n° 178 instituant la fiducie.

Exposé des motifs de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Exposé des motifs du projet de loi n° 3623 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« loi Sapin »).

Exposé des motifs du projet de loi n° 691 ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.

Exposé général de la proposition de loi n° 178 instituant la fiducie.

GRIMALDI M., « Rapport de synthèse » in *La fiducie-sûreté, Actes du colloque organisé le 8 octobre 2013 par l'Association française des fiduciaires*, Paris : LGDJ, 2015.

LSTA, U.S. Corporate Loan Market Economic Impact Study, 2020.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DU MAROC (direction du Trésor et des Finances extérieures), Note de présentation du projet de loi portant réforme du droit des sûretés mobilières.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Projet de réforme de la responsabilité civile, 2017.

PARIS EUROPLACE et le CERCLE DES ÉCONOMISTES, 3^e RENCONTRES DE LA COMPÉTITIVITÉ. *La Compétitivité de la place financière de Paris. Menaces et opportunités à l'horizon 2010* », septembre 2004, Paris.

PARIS EUROPLACE, « L'environnement juridique de la place financière de Paris : les principales réformes 2008-2009 », 2009.

PARIS EUROPLACE, « Quelques propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés français », 1er septembre 2015.

PARIS EUROPLACE, « Des avancées significatives en termes de compétitivité du cadre réglementaire français », vendredi 6 octobre 2017.

PARIS EUROPLACE (Comité droit financier, Commission droit des sûretés), « Commentaires et propositions sur l'Avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant et rappel de quelques autres propositions de modernisation et simplification du droit des sûretés français précédemment faites par notre commission », 20 septembre 2018.

PRACTICAL LAW FINANCE, « Intercreditor deeds: overview », 2016.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires.

REVEL C., « Développer une influence normative internationale stratégique pour la France », rapport remis à Nicole Bricq, ministre du Commerce extérieur, le 28 décembre 2012.

RICHEMONT H. (DE), Rapport n° 11 (2006-2007) fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie).

ROUX X. (DE), Rapport n° 3655 présenté à l'Assemblée nationale par M. Xavier de Roux au nom de la commission des lois le 1^{er} février 2007, sur la proposition de loi instituant la fiducie.

WIGHT R. (avec Warren Cooke et Richard Grey), *The LSTA's complete credit agreement guide*, New York : McGraw Hill, 2009.

Monographies

BARRIÈRE F., *La Réception du trust au travers de la fiducie*, Paris : Litec, 2004.

BENHAMOU-GABRIEL A., *Les Financements structurés et le droit des entreprises en difficultés* sous la direction de François-Xavier Lucas. Thèse : droit : Paris I Panthéon-Sorbonne : 2017.

BERRADA Y., *Le Nouvel Agent des sûretés français dans les schémas de crédit syndiqué* sous la direction de Monsieur le Professeur Pierre Crocq. Mémoire DJCE : droit privé : Panthéon-Assas Paris II : 2017.

BLAISE J., FOUCHARD Ph. et KAHN Ph., *Les Euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international*, Paris : Librairies techniques, vol. 8, 1981, p. 593 (Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux).

BRAQUEHAYE B., *Les Transferts de risques au sein de la syndication bancaire* sous la direction d'Hubert de Vauplane. Mémoire MJA : Panthéon-Assas Paris II : 2009.

GOLDENBERG SERRANO J.-L., *La subordinación voluntaria de créditos con especial referencia a los derechos español y chileno* sous la direction de Mercedes Curto-Polo et de José Ramón García Vicente. Thèse : droit privé : Universidad de Salamanca : 2010.

GOUTAL J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris : LGDJ, 1981.

MULTRIER-TRÉBULLE A., *La Notion de subordination de créance* sous la direction d'Hervé Synvet. Thèse : droit : Paris II : 2002.

PESNEAU A., *L'Agent des sûretés dans les financements appréhendé par les droits anglais et français : approche comparée* sous la direction de Bénédicte François. Thèse : droit privé : Tours, école doctorale Sciences de l'homme et de la société : 2017.

TERZIC V., *La Dette parallèle, un mécanisme de gestion intermédiée pragmatique dans le cadre des crédits syndiqués* sous la direction d'Hugues Bouthinon-Dumas et de Jacinthe Etter. Master : droit des affaires internationales et management : ESSEC Business school : 2013.

Articles

ADELLE J.-F., « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie sûreté », *RD banc. et fin.*, 2010, n° 5, étude 20.

ADELLE J.-F., « L'agent des sûretés en droit français : la jurisprudence consacre la validité de la *parallel debt* », *Option Finance*, novembre 2010, n° 1100.

ADELLE J.-F. et NAULAIS E., « Financements internationaux : reconnaissance en droit français du *trust* et de la *parallel debt* », *Option Finance*, 10 octobre 2011, n° 1143.

ADELLE J.-F. et GENTIL E., « Le régime *ad hoc* de l'agent des sûretés de droit français devient l'égal du *security agent* anglo-saxon dans les financements syndiqués », *RTDF*, 2017, n° 2.

AKONO ADAM R., « Le sort des sûretés personnelles dans l'avant-projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives du 10 avril 1998 », *RD banc. et fin.*, n° 5, septembre 2015, étude 17 .

ANSALONI G., « Retour sur la subordination des créances », *Banque & Droit*, janvier-février 2012, n° 141.

ANSALONI G. et DURSUN I., « L'agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un *pool* bancaire », *JCP E*, juillet 2009, n° 1671.

ARSAC A. et M. ROUSSILLE M., « La cession de contrat au service du transfert des participations des financements syndiqués », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 26.

D'AVOUT L. et BORGA N., « Belvédère : les "dettes parallèles" de droit étranger reconnues dans la faillite française », *D.*, 2011.

BARBIER V., « Le nouvel agent des sûretés : une petite révolution au service des crédits syndiqués », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 28.

BARRIÈRE F., « *Trust* et fiducie : influences réciproques », *Dr. et patri.*, mars 2019, n° 289, p. 24-38.

BARRIÈRE F., « L'appréhension du *trust*. À propos du jugement du tribunal correctionnel de Paris du 12 janvier 2017, affaire *Wildenstein* », *D.*, 2017.

BARRIÈRE F., « Fiducie, *trust*, mandat : quelle délimitation ? » [actes du colloque « La fiducie-gestion : états des lieux et perspectives » et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

BATIFFOL H., « *Trusts*. The *trust* problem as seen by a French lawyer », in H. Batiffol, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976.

BAUER M., « La solidarité active, *parallel debt* à la française, ou les vertus de la simplicité », *Banque & Droit*, septembre-octobre 2015, n° 163.

BENDELAC E., « Le registre public des *trusts* et sa saga législative », *LPA*, 17 février 2017, n° 124a9.

BÉRARD P.-Y., « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *Revue Banque*, avril 2016, n° 795.

BÉRAUDO J.-P., « La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 7^e année, 1985-1986*, Paris : Éd. du CNRS, 1988, p. 21-46.

BERGOIN E., « L'interdépendance de la nature juridique du syndicat bancaire et des pouvoirs de son chef de file », *D.*, 1998.

BERLIOZ G., « La crise iranienne et les euro-crédits », in J.-B. Blaise, Ph. Fouchard, Ph. Kahn, *Les Euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international*, Paris : Librairies techniques, vol. 8, 1981, p. 593 (Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux), p. 593.

BERTRAN DE BALANDA J., « Crédits consortiaux : quelles règles du jeu ? 1. Les différents types de crédits consortiaux », *JCP E*, 1994, n° 50, p. 561-566.

BERTRAN DE BALANDA J., « À la recherche de la nature juridique des conventions de sous-participation bancaires », *JCP E*, 1996, n° 27.

BERTRAN DE BALANDA J., « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque & Droit*, mars-avril 1997, n° 52.

BHATTACHRYYA G. « The duties and liabilities of lead managers in syndicated loans », *BJIBFL*, avril 1995.

BONNEAU Th., « La réforme 2017 des émissions obligataires », *JCP E*, 8 juin 2017, n° 23.

BORDENAVE A., obs. précitées sous Cass. com., 13 sept. 2011, aff. jtes n°s 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908.

BORDENAVE A. et GUILLEMINOT B., « Les crédits syndiqués après la réforme du Code civil : la mise à jour du modèle LMA – Analyse juridique », *Option Finance*, 17 novembre 2016.

BORDENAVE A. et GUILLEMINOT B., « Le nouvel agent des sûretés à la française », *Option Finance*, 29 mai 2017, n° 1416.

BORDENAVE A., FOURNIER B. et GUILLEMINOT B., « Le modèle LMA après la réforme du droit des contrats », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 25.

BORGA N., « La fiducie-gestion et l'ouverture d'une procédure collective » [actes du colloque « La fiducie-gestion : états des lieux et perspectives » et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

BORGA N. et MANTEROLA A., « L'agent des sûretés, fiduciaire particulier au service de la syndication », *RLDA*, décembre 2019, n° 154.

BOUAISS K. et REFAIT-ALEXANDRE C., « La structure des crédits syndiqués comme défense contre les problèmes informationnels : une analyse empirique sur le marché français », *Finance Contrôle Stratégie*, juin 2009, vol. 12, n° 2, p. 35-68.

BOURETZ E., « Crédits syndiqués : la syndication directe », *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, 2003, fasc. n° 505 [dernière mise à jour : 1^{er} février 2019].

BOURETZ E., « Sous-participation. Rapports entre banques et effet relatif du contrat », *RD banc. et fin.*, janvier/février 2004, n° 1.

BOURETZ E., « L'explosion en France des crédits syndiqués pourrait renforcer la compétitivité juridique de la Place de Paris », *LPA*, 3 août 2005, n° 153, p. 3.

BROWN C. R., « Sharing strains on Euromarket syndicates », *IFLR*, juin 1982, p. 4.

BUCHHEIT L.C., « Lost innocence in the Euromarkets », *IFLR*, novembre 1992.

BUCHHEIT L., « How to negotiate the sharing clause », *IFLR*, juillet 1994.

CABRILLAC M., « Les ambiguïtés de l'égalité entre créanciers », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris : Dalloz, 1991, p. 31-39.

CABRILLAC M., « Les accessoires de la créance », in *Études dédiées à Alex Weill*, Paris : Dalloz ; Litec, 1983, p. 107 et s.

CARBONNIER J., « Introduction à l'étude de la réforme », dans P. Blondy, G. Morin et M. Morin (dir.), *La Réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, 1965, t. I, p. 15.

CARPENTIER A., « Crédits syndiqués et droit de la concurrence : retour sur les apports d'une étude attendue », *Revue Banque*, octobre 2019, n° 836.

CHAMMAS L. et SEVENNEC Ch., « Obligations. – Généralités. Émission. Souscription », *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, 2010, fasc. n° 1870 [dernière mise à jour : 26 avril 2018].

COURET A., « Comptes courants d'associés et entreprises en difficulté », *Revue Banque*, décembre 1981, n° 412, p. 1422 et s..

CROCQ P., « La fiducie. Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.*, 2007, p. 1354 et s..

CROCQ P., « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patri.*, 1^{er} novembre 2010, n° 197.

CROCQ P., « Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés », *D.*, 2011.

CROCQ P., ANSAULT J.-J. et GENTIL E., « L'agent des sûretés », *RLDC*, 1^{er} octobre 2017, n° 152.

CROCQ P., « L'agent des sûretés et la dissociation des qualités de titulaire de la sûreté et de titulaire de la créance garantie », in *Liberté, justice, autorité. Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Paris : LGDJ, 2019.

DAMMANN R. et ALBERTINI A., « L'arrêt Belvédère : la réception du *Trust* et de la *Parallel Debt* en droit français », *JCP E*, 17 novembre 2011, n° 46.

DAMMANN R. et PODEURS G., « Éclairage – Affaire Thomson-Technicolor : le clap de fin », *BJE*, 1^{er} mars 2012, n° 2.

DAMMANN R. et PODEURS G., « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752.

DAMMANN R. et ROTARU V., « La fiducie et le *trust* : une concurrence inégale », *D.*, 2018.

DANIS-FATÔME A., « L'efficacité des sûretés consenties dans le cadre d'opérations de syndication », *LPA*, 5 mai 2004, n° 90, p. 4-7.

DAUNIZEAU J.-M., « Banques et partage du risque de crédit (*pools* bancaires) », *Banque & Droit*, septembre-octobre 1998, n° 61, p. 3-12.

DAVIES R. et HALLIDAY D. G., « Risks and Responsibilities of the Agent and the Arranging Bank in Syndicated Credit Facilities », *JIBL*, 1997, vol. 12, n° 5.

DELMOTTE P., « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », in *Rapport de la Cour de cassation*, 2003.

DELPECH X., « Précisions réglementaires sur la consultation des informations contenues dans les registres des *trusts* et des fiducies », *D. Actualité*, 10 septembre 2021.

DISSAU N., SINDRES D. OBAJTEK T. *et al.*, « Le contrat cadre, développements récents », *AJ Contrat*, 2017, p. 103.

DOGUE K., « Regard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, septembre 2014, n° 4.

- DRUOT A., « Quelles seront les conséquences de la ratification de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 pour les créanciers titulaires d'une fiducie sûreté ? », *Revue OFIS*, janvier 2014.
- DUFLOUX C. et MARGULICI L., « La syndication : un mécanisme essentiel de collecte de fonds et de répartition des risques (première partie) », *Revue Banque*, juillet-août 1981, n° 408, p. 823-828.
- DUFLOUX C. et MARGULICI L., « La syndication : l'analyse préalable des banques participantes (deuxième partie) », *Revue Banque*, septembre 1981, n° 409, p. 945-948.
- DUFLOUX C. et MARGULICI L., « La syndication : les risques de conflit entre banques (3^e partie) », *Revue Banque*, octobre 1981, n° 410, p. 1149-1153.
- DUFLOUX C. et MARGULICI L., « La syndication : les risques de conflit entre banques (4^e partie) », *Revue Banque*, novembre 1981, n° 411, p. 1215-1219.
- DUPICHOT Ph., « L'unicité du patrimoine aujourd'hui – Observations introductives », *JCP N*, 2009, n° 52.
- DUPICHOT Ph., « Opération de fiducie sur le sol français », *JCP E*, 22 mars 2007, n° 12, act. 134.
- DUPICHOT Ph., « La fiducie-sûreté en pleine lumière – À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP N*, 24 avril 2009, n° 17.
- DUPICHOT Ph., « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA*, 16 avril 2010.
- DUPICHOT Ph., « La *parallel debt* vue du Belvédère » dans « L'actualité des sûretés vue du Belvédère », *Dr. et patri.*, février 2012, n° 211.
- ENDRÉO G., « La masse contractuelle des obligataires : états des lieux et pistes de réforme (C. com., art. L. 228-90) », *BJB*, 31 décembre 2014, n° 12.
- ENDRÉO G., « Ordonnance du 10 mai 2017 visant à favoriser le développement des émissions obligataires régies par le droit français », *BJS*, juin 2017, n° 116.
- ENDRÉO G., « Agent des sûretés et émission obligataire », *BJB*, 1^{er} septembre 2017, n° 5.
- FAGES B., « Reconnaissance de la *parallel debt* », *RTD civ.*, 2012.
- FARHI S., « *Trust* et droit français : les petits pas du législateur », *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n° 315b8.
- FAUGÉROLAS L., « La subordination des créances », in *Les Activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris : GLN-Joly ; Litec, 1991, p. 227-243.
- FOHRER-DEDEURWAERDER E., « Qualification en droit international privé », *Juris-Classeur Civil Code*, 17 août 2015, fasc. n° 20 [dernière mise à jour : 17 août 2015].

FERRARI A., « Les nouvelles formes de coopération bancaire internationale », *Revue Banque*, avril 1972, n° 306, p. 379-387.

FISZELSON E., « La transmission des sûretés françaises consenties dans le cadre de crédits syndiqués de droit étranger », *RD banc. et fin.*, juillet 2011, n° 4, prat. 5.

FISZELSON E., « L'arrêt *Belvédère* et la gestion des sûretés de droit français », *RLDC*, décembre 2012, supplément au n° 90.

FISZELSON E., « L'affaire *Belvédère* : la consécration du *trust* et de la dette parallèle », *RD banc. et fin.*, novembre 2011, n° 6, étude 32.

FONTAINE M., « Le rayonnement international du droit français des contrats. Le cas particulier de l'OHADA », *D.*, 2016.

FOURNIER-DE FAÏ A., « La recherche de l'attractivité internationale et la réforme du droit des obligations », *Option Finance*, 6 novembre 2017, n° 1436.

GALLAND M., « La subordination de dernier rang : régime et finalités des titres super-subordonnés », *BJS*, 2006 n° 10, p. 1111 et s..

GAILLARD E. et TRAUTMAN D., « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 1 et s..

GARCIA Ch. et BEBE EPALE A., « L'apport de l'arrêt *Belvédère* », *Banque & Droit*, mars-avril 2012, n° 142.

GARINOT J.-M., « Pacte d'associés : préférez la fiducie ! » [actes du colloque « La fiducie-gestion : états des lieux et perspectives » et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

GENTIL E. et DELBARD J., « L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil », *Option Finance*, n° 1050.

GIJSBERS Ch., « L'agent des sûretés après la loi Pacte : un outil enfin opérationnel dans les financements syndiqués ? », *Chroniques Défrenois*, 31 octobre 2019, n° 44.

GOLDENBERG SERRANO J.-L., « Los créditos legalmente postpuestos en la Ley 20.720 », *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII n° 2.

GRASE R., « Le droit outil d'influence et de coercition », *Conflicts*, juillet 2016, n° 23.

GRIMALDI M., MAZEAUD D. et DUPICHOT Ph., « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.*, 2017.

GUILLEMINOT B. et FOURNIER B., « La réforme de l'agent des sûretés à la faveur du projet de loi Sapin 2 », *Option Finance*, 27 juin 2016, n° 1372.

HANNOUN H., « Places financières et banques centrales », *Revue d'économie financière*, 2^e trimestre 2000, n° 57.

HOUSSIN M., « Le droit français est-il *creditor friendly* ? », *International Journal on Insolvency Law*, 2017, vol. 1, p. 69 .

HOUSSIN M., « Une nouvelle utilisation des mécanismes fiduciaires dans la procédure collective », *LPA*, 16 avril 2018, n° 135a5.

HOUSSIN M., « Pour une consécration de la subordination de créance par le Code civil », *BJE*, janvier 2018, n° 1.

IBARRA GARZA R., « La protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* : étude comparée droit français-droit anglais », *Dr. et patri.*, janvier 2014, n° 232.

JAUFFRET-SPINOSI C., « La convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985) », *JDI*, 1987.

JAULT-SESEKE F. et ROBINE D., « *Trust*, “dettes parallèles” et procédures d'insolvabilité : une alchimie réussie », *RDLA*, décembre 2011, n° 66.

JULIENNE M., « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC*, 2017, n° 114m2.

LAISNEY L.-J., « Changement de régime pour l'agent des sûretés », *AJ Contrat*, 2017.

LAVAL S., « Pour une réforme de l'agent des sûretés », *Dr. et patri.*, avril 2016, n° 257.

LEAVY J., « En droit français, l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque & Droit*, mars-avril 2011, n° 136.

LE CORRE P.-M., « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.*, 2010.

LE GALL J.-P., « De l'arrêt *Belvédère* à la loi de finances rectificative pour 2021 : des visions concurrentes des *trusts* étrangers », *Dr. fisc.*, 12 avril 2012, n° 15.

LE GALLOC'H E., « Réforme de l'agent des sûretés : vers une modernisation et un renouvellement du régime », *Banque & Droit*, novembre-décembre 2016, n° 170.

LEGEAIS D., « Affaire *Belvédère* : validité du mécanisme du “*parallel debt*” », *RD banc. et fin.*, novembre 2011, n° 6.

LEGEAIS D., « Publication de l'ordonnance relative à l'agent des sûretés », *JCP E*, 25 mai 2017, n° 21-22.

LEGEAIS D., « Un nouveau droit pour l'agent des sûretés : une bonne nouvelle pour les notaires », *JCP N*, 13 octobre 2017, n° 41.

LERÈGLE N., « *Le selfish law: in my law we trust... vous de même !* », *Conflits*, juillet 2016, n° 23.

LIBCHABER R., « Le *trust* et la dette parallèle devant la Cour de cassation », *BJS*, décembre 2011, n° JBS-0509.

LIKILLIMBA G.-A., « La consécration de la *parallel debt* en droit français », *RLDC*, janvier 2012, n° 89.

LIKILLIMBA G.-A., « L'agent des sûretés en droit OHADA », *RTD Com.*, 2012.

LIKILLIMBA G.-A., « L'agent des sûretés et des garanties en droit français », *RTD Com.*, 2019.

LUCAS F.-X., « Déclaration de créance par un *trustee* et traitement des *parallel debts*, l'exotique dossier Belvédère », *LEDEN*, octobre 2011, n° EDED-411147-41109.

LUCAS F.-X., « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.*, mai 2013, n° 3, dossier 19.

M. C., « Crédits syndiqués : vers un contrat standard », *Option Finance*, 2 avril 2001, n° 636.

M. C., « Un faux contrat standard pour les crédits syndiqués », *Option Finance*, 4 novembre 2002, n° 710.

MAGES A. et CHEYNET DE BEAUPRÉ M., « La fiducie-gestion : aspects historiques » [actes du colloque et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

MALLET-BRICOUT B., « Un agent très spécial », *RTD civ.*, 2017.

MALLET-BRICOUT B., « L'unité et l'indivisibilité du patrimoine à l'épreuve du droit des affaires », *Dr. et patri.*, 1^{er} mars 2018, n° 278.

MARJAULT Y., « Le renouveau du contrat d'agent des sûretés », *RLDC*, septembre 2015, n° 151.

MARTIN D. R., « De la cession de créance professionnelle », *Banque & Droit*, mai-juin 2019, n° 185, p. 17 et s.

MARTIN F. et GÉRARD-GODARD B., « Brefs propos sur la notion de prêt syndiqué », *JCP N*, 27 mai 2011, n° 21.

MARTIN-SISTERON H., « Réflexions liminaires sur l'avant-projet de réforme des sûretés mobilières, ou comment le Maroc développe de nouveaux dispositifs de garanties des financements », *LexisNexis Maroc*, septembre 2015.

MENJUCQ M. et MASTRULLO Th., « Affaire Belvédère : qualité de créancier, *trust* et dette parallèle », *Rev. proc. coll.*, novembre 2011, n° 6.

MOTULSKY H., « De l'impossibilité de constituer un *trust* anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP*, 1948.

NABET P., « Pour un agent des sûretés efficace en droit français. Ou comment donner un effet utile à l'article 2328-1 du code civil », *D.*, 2012.

NOE J.-B., « Entre le loup et le chien », *Conflits*, juillet 2016, n° 23.

NOURISSAT C., « Retour sur le 115^e congrès [des notaires de France] : les propositions commentées par son rapporteur de synthèse, le professeur Cyril Nourissat », *Deffrénois*, 13 juin 2019, n° 149p2.

OPPETIT B., « Le *trust* dans le droit du commerce international », *Rev. crit. DIP*, 1973.

PAILLUSSEAU J., « Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques », *D.*, 2017.

PARENT D., « La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission » [actes du colloque « La fiducie-gestion : états des lieux et perspectives » et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

PEISSE H., « Quelle est l'utilisation classique du *trust* anglo-saxon ? », *Dr. et patri.*, n° 289, mars 2019.

PEÑA BRISEÑO M., « La subordinación de créditos en Derecho Concursal Comparado. El caso mexicano », *Perspectiva Jurídica*, n° 4.

PESNEAU A., « The new French law security agent : an efficient tool for syndicated loans », *RTDF*, n° 2.

PLANTIN G., THESMAR D. et TIROLE J., « Les enjeux économiques du droit des faillites », *Les notes du conseil d'analyse économique*, juin 2013, n° 7.

PORTÉ F. Les tours de table bancaire », *Banque & Droit*, juillet-août 1995, n° 42.

KLOCK F. et M. ROUSSILLE M., « Comment gérer les transferts des sûretés postérieurement à la réforme ? – Précautions pratiques face à une clarification en demi-teinte », *RD banc. et fin.*, juillet 2017, n° 4, dossier 27.

RAVEL D'ESCLAPON P. (DE), « Compétitivité relative des systèmes juridiques : le point de vue d'un praticien américain », in J.-F. Gaudreault-Desbiens, E. Mackaay, B. Moore, *et al.*, *Convergence, Concurrence et harmonisation des systèmes juridiques – Les Journées Maximilien Caron 2008*, université de Montréal : Thémis, 2009.

REMÉRY J.-P., « Reconnaissance des dettes parallèles dans la faillite française », *Rev. crit. DIP*, 2011.

REVILLARD M., « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », *Deffrénois* 1986, n° 33731.

REYMOND C., « Réflexions de droit comparé sur la Convention de La Haye sur le trust », *Revue de droit international et de droit comparé belge*, 1991, vol. 68, p. 17.

ROBIN B. et LANTOURNE R., « L'utilisation des fiducies en France », *Dr. et patri.*, mars 2019, n° 289.

ROBIN B. et LANTOURNE R., « Quelles perspectives pour la fiducie ? », *Dr. et patri.*, mars 2019, n° 289.

ROBINE D., « Le sort de l'agent des sûretés », *Rev. proc. coll.* n° 3, mai 2013, dossier 18.

ROBINE D., « L'esquisse d'un nouvel agent des sûretés », *RDBF*, novembre 2016, n° 6, étude 36.

ROBINE D., « Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur », *RD banc. et fin.*, 2017, étude 12.

ROBINE D., « Agent des sûretés et procédure collective : une interaction désormais maîtrisée », *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales*, juin 2017, n° 11.

SEKFALI Z., « La technique de subordination dans les financements internationaux d'acquisitions d'entreprises, de projets et d'actifs », *Banque & Droit*, juillet-août 1999, n° 66.

SÉRIAUX A., « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994.

TERRAY J., STOUFFLET J., BAUER M. *et al.*, « Les pools bancaires de crédit. Crédits conjoints et transferts interbancaires de risques », *RD banc. et fin.*, janvier/février 2004, n° 1.

THOMAS V., « Fiducie sur titres sociaux : la qualité d'associé du constituant » [actes du colloque « La fiducie-gestion : états des lieux et perspectives » et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

TOLEDO-WOLFSOHN A.-M., « Transfert de participation et crédit syndiqué », *RD banc. et fin.*, septembre-octobre 2003, n° 5.

TOLEDO-WOLFSOHN A.-M., « Le *trust* et le droit civil français (1^{re} partie) », *RLDC*, septembre 2004, n° 8.

TOLEDO-WOLFSOHN A.-M., « Le *trust* et le droit civil français (2^e partie) », *RLDC*, 1^{er} octobre 2004, n° 9.

TRIPET F., « Loi du 29 juillet 2011 : c'est le *trust* qu'on assassine ! », *Gaz. Pal.*, 24 avril 2011.

VABRES R., « La fiducie-gestion : quelle neutralité fiscale ? » [actes du colloque « La fiducie-gestion : états des lieux et perspectives » et autres contributions], *RLDC*, 1^{er} mars 2019, n° 168.

VALLENS J.-L., « La qualité de créancier est déterminé par la loi du contrat », *RTD Com.*, 2011.

VAN LOON H., « L'Actualité de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Paris : Defrénois 2007, p. 323 et s.

VARIN F. et REVILLARD M., « Pour la ratification par la France de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et sa reconnaissance », *Dr. et Patri.*, 1^{er} octobre 2019, n° 295.

VERMEILLE S., BOURGUEIL R. et BEZERT A., « L'affaire *Belvédère* ou les effets contre-productifs du droit français des entreprises en difficulté – Plaidoyer pour une réforme ambitieuse », *RDTF*, 2013, n° 3.

VIDAL F., « Vers un contrat standard pour le financement des LBO », *Les Échos*, 23 février 2004.

Articles de périodiques électroniques

« L'agent des sûretés intègre le paysage financier marocain », *Challenge*, 3 avril 2019. Disponible sur : <https://www.challenge.ma/lagent-des-suretes-integre-le-paysage-financier-marocain-107174/>.

« Hypothèque ou caution pour un prêt immobilier ? », article de la plateforme immobilière Consortium Immobilier. Disponible sur : <https://www.consortium-immobilier.fr/guide/argent/3/10/> [consulté en novembre 2021].

D'AMORE P., « Clap de la fin pour Andersen Tax Legal à Paris », *Décideurs : stratégie, finance, droit*, 3 décembre 2019. Disponible sur : <https://www.magazine-decideurs.com/news/clap-de-fin-pour-andersen-tax-legal-a-paris> [consulté en septembre 2021].

ATTALI J., « La guerre du droit », 30 juin 2014. Disponible sur le site web de l'auteur : www.attali.com [consulté en décembre 2020].

BALLAÏ J.-F., « Les crédits syndiqués européens ont augmenté de 20 % par rapport à 2012 », *Décideurs : stratégie, finance, droit*, Guide-Annuaire 2013-2014, p. 26. Disponible sur :

<https://www.ca-cib.fr/sites/default/files/2017-02/2014-interview-decideurs-jean-francois-balay.pdf>
[consulté en septembre 2021].

BIGOT M., « Afrique : le droit OHADA, un enjeu de puissance économique », 17 juin 2016, École de guerre économique. Disponible sur le site : www.infoguerre.fr [consulté en décembre 2020].

COLLIN V. et LOUIS-JOSEPH C., « Loi Sapin II : promesse d'un agent des sûretés moderne aux allures de *trustee* anglais », *La Revue Squire Patton Boggs*, 20 janvier 2017. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/loi-sapin-ii-promesse-d-un-agent-des-suretes-moderne-aux-allures-de-trustee-anglais_a3054.html [consulté le 18 décembre 2020].

COMITÉ PLACE DE PARIS 2020, dossier de presse, 22 juillet 2015. Disponible sur : www.paris-europlace.com/sites/default/files/public/communiquede_presse_cpp2020.pdf [consulté le 21 décembre 2020].

CONESA E., « Les crédits syndiqués affichent une croissance record en France », *Les Échos*, 11 octobre 2004. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2004/10/les-credits-syndiques-affichent-une-croissance-record-en-france-649898> [consulté en septembre].

COUET I., « Paris Europlace, un lobby très en vue », *Les Échos*, 10 janvier 2020. Disponible sur : www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/paris-europlace-un-lobby-tres-en-vue-1161740 [consulté en septembre 2021].

DALLOZ, fiches d'orientation « Courtage », juin 2021.

DALLOZ, fiches d'orientation « Contrat d'entreprise », avril 2021.

DALLOZ, fiches d'orientation « Mandat », juin 2021.

DEFRANCE A.-L., « Immobilier : atouts et pièges du club deal », *Les Échos*, 7 décembre 2018. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/patrimoine/immobilier/immobilier-atouts-et-pieges-du-club-deal-1033250> [consulté en septembre 2021].

Dictionnaire Vernimmen.

« Quand le droit OHADA inspire le droit français : l'exemple de l'agent des sûretés », *Hogan Lovells*, 16 mai 2017. Disponible sur : www.hoganlovells.com/fr/publications/quand-le-droit-ohada-inspire-le-droit-francais-exemple-de-l-agent-des-suretes [consulté en septembre 2021].

FORTIN D., « L'inflation des normes, poison de nos économies », *Les Échos*, 18 mai 2018. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2018/05/l-inflation-des-normes-poison-de-nos-economies-990700> [consulté en septembre 2021].

GONZALÈS P., « Place forte de l'arbitrage, Paris et sous le feu de la concurrence », *Le Figaro*, 4 juillet 2021. Disponible sur : <https://www.lefigaro.fr/international/place-forte-de-l-arbitrage-paris-est-sous-le-feu-de-la-concurrence-20210704> [consulté en septembre 2021].

GOUSSE B., « Le nouveau droit des sûretés. Présentation générale et sûretés personnelles », *Le Nouvelliste* [Haïti], 15 juin 2020. Disponible sur : <https://lenouvelliste.com/article/217384/le-nouveau-droit-des-suretes-1> [consulté en novembre 2021].

LEDERER E., « Les emprunteurs proposent un nouveau cadre pour ce type de crédit », *Les Échos*, 29 décembre 2009. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2009/12/les-emprunteurs-proposent-un-nouveau-cadre-pour-ce-type-de-credit-471033#:~:text=cr%C3%A9dit%20%7C%20Les%20Échos-.Les%20emprunteurs%20proposent%20un%20nouveau%20cadre%20pour%20ce%20type%20de,par%20la%20Loan%20Market%20Association> [consulté en septembre 2021].

LEDERER E., « Prêts géants aux entreprises : les banques européennes tiennent bon », *Les Échos*, 9 janvier 2020. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/prets-geants-aux-entreprises-les-banques-europeennes-tiennent-bon-1161359> [consulté en septembre 2021].

MINOR P. et COATALEM C., « Les établissements de crédit étrangers peuvent-ils se prévaloir des dispositions de la loi Dailly ? », *Les Échos*, 12 février 2003. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2003/02/les-etablissements-de-credit-etrangers-peuvent-ils-se-prevaloir-des-dispositions-de-la-loi-dailly-659684>.

PELLIER J.-D., « La réforme du droit des sûretés est lancée », *D. Actualité*, 2 juillet 2019. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/reforme-du-droit-des-suretes-est-lancee#.YaSWAy3pNQI>.

PINAUD O., « Une nouvelle clause fait son apparition dans les contrats Euro PP », *L'Agefi*, 25 septembre 2014, p. 8. Disponible sur : <https://www.agefi.fr/corporate/actualites/quotidien/20140925/nouvelle-clause-fait-apparition-dans-contrats-euro-131285> [consulté en septembre 2021].

POULLENNEC S., « Crédit : les banques sont promptes à travailler en “pools” », *Les Échos*, 14 septembre 2017, n° 22529. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2017/09/credit-les-banques-sont-promptes-a-travailler-en-pools-183063> [consulté en septembre 2021].

DE ROULHAC B., « Foncière des Murs innove avec son emprunt obligataire sécurisé », *L'Agefi*, 20 novembre 2012. Disponible sur : <https://www.agefi.fr/corporate/actualites/quotidien/20121120/fonciere-murs-innove-emprunt-obligataire-securise-109238> [consulté en septembre 2021].

SOFFER R., « Les dangers de l'inflation normative », *Les Échos*, 6 novembre 2018. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/les-dangers-de-linflation-normative-145309> [consulté en septembre 2021].

Modèles de contrats

LOAN MARKET ASSOCIATION, « French Law LMA Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement », French Law Investment Grade.

LOAN MARKET ASSOCIATION, « Intercreditor Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions (Senior/Mezzanine) », 2014.

LOAN MARKET ASSOCIATION, « Users guide to Form of Intercreditor agreement for real estate finance transactions (Senior/Mezzanine) », 2014.

PRACTICAL LAW FINANCE, « Intercreditor deeds : overview », 2016.

Prospectus Foncière des Murs, 14 novembre 2012, visa n° 12-549. Disponible sur le site de l'émetteur : www.foncieredesmurs.fr.

Traités internationaux

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) du 17 octobre 1993.

Acte uniforme OHADA du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés.

Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

Note en date du 3 juin 1997 de l'ambassadeur de la République populaire de Chine à La Haye concernant Hong Kong.

Discours

CHAGNOLLAUD D., allocution introductive du colloque Vive la loi (25 mai 2004, Sénat en partenariat avec le Centre d'études constitutionnelles et politiques de l'université Paris II). Disponible sur : https://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi1.html [consulté en septembre 2021].

PORTALIS J.-E.-M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, le 21 janvier 1801, Bordeaux : Éd. Confluences, 2004.

Publications de cabinet d'avocats

AUGUST DEBUZY (O. Moriceau, A. Reboulot et J. Pernin), « Le nouveau régime français de l'agent des sûretés », 17 mai 2017.

ALLEN & OVERY, « Un nouveau régime juridique pour l'agent des sûretés... enfin ! », 23 mai 2017.

HOGAN LOVELLS, « Un deuxième tour (de clarification) pour l'agent des sûretés », 5 mai 2017.

JEANTET, « Réforme de l'agent des sûretés : un dispositif aussi performant que celui du *security trustee* dans les crédits consortiaux et les émissions obligataires sécurisées », mai 2017.

Table des annexes

ANNEXE 1 : CHRONOLOGIE DE LA RECEPTION DE L'AGENT DES SURETES	533
ANNEXE 2 : L'AGENT DES SURETES PROPOSE PAR PARIS EUROPLACE.....	534
ANNEXE 3 : RAPPORT AU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE RELATIF A L'ORDONNANCE N° 2017-748 DU 4 MAI 2017 RELATIVE A L'AGENT DES SURETES.....	536
ANNEXE 4 : LES DISPOSITIONS DU DROIT DES SÛRETÉS QUI AURAIENT PU POSER DES DIFFICULTÉS D'ARTICULATION AVEC LE RÉGIME DE L'AGENT DES SÛRETÉS SANS LA PRÉCISION APPORTÉE PAR LA LOI DE RATIFICATION.	543
ANNEXE 5 : MODELE DE CLAUSE AGENT DES SURETES DES ARTICLES 2488-6 ET SUIVANTS DU CODE CIVIL.	570

ANNEXE 1 : Chronologie de la réception de l'agent des sûretés

Utilisation contractuelle : inadaptation du contrat de mandat et de la solidarité active.

Utilisation de la dette parallèle.

1985 : convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

2007 : création de l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil par la loi ayant institué la fiducie.

2008 : Modification légère de l'article 2328-1 du Code civil par la loi « LME » 2008.

2010 : Création de l'agent des sûretés en droit OHADA.

2011 : Arrêt *Belvédère* de la Cour de cassation.

2011 : Proposition du congrès des notaires de France visant à réécrire l'article 2328-1 du Code civil.

2011-2012 : Travaux de Paris Europlace sur l'agent des sûretés.

2016 : la loi d'habilitation (« loi Sapin 2 ») autorise le gouvernement à réformer l'agent des sûretés par voie d'ordonnance.

2017 (mars) : avis favorable du CCLRF au projet d'ordonnance relative à l'agent des sûretés.

2017 (avril) : l'ordonnance relative à l'agent des sûretés créé le nouveau régime de l'agent des sûretés des articles 2488-6 et suivants du Code civil.

2017 (juillet) : le projet de loi de ratification de l'ordonnance tente d'introduire des procédures de résolution et de surendettement (ce projet ne sera jamais voté).

2017 (juillet) : avis favorable du CCLRF au projet de loi de ratification.

2019 : la loi « PACTE » ratifie l'ordonnance relative à l'agent des sûretés. Cette loi reprend la première loi de ratification (en ce qu'elle introduit les procédures de résolution et de surendettement) et apporte une précision quant au bénéficiaire de la sûreté.

ANNEXE 2 : L'agent des sûretés proposé par Paris Europlace

Livre quatrième *Des sûretés* – Titre III – « De l'agent des sûretés » (nouveau)

Article 2488-6 Code civil (nouveau)

Les sûretés et garanties peuvent être constituées au nom d'un agent des sûretés désigné par les créanciers qui en bénéficient.

L'agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties et perçoit le produit de leur réalisation ou exercice, qu'il tient séparés de son patrimoine propre. Les dispositions du titre XIV du livre III ne sont pas applicables.

Article 2488-7 Code civil (nouveau)

L'agent des sûretés, agissant en son nom et au profit des créanciers, exerce les droits attachés aux sûretés et garanties, et notamment détient, gère, réalise, et le cas échéant inscrit celles-ci. Il exerce tous droits en justice pour le compte des créanciers, et procède à la déclaration de créances garanties en cas de procédure collective, sans être investi d'un mandat spécial. Toute désignation, publicité ou inscription est faite à son seul nom. Lorsqu'il agit en qualité d'agent des sûretés, il doit en faire expressément mention.

Article 2488-8 Code civil (nouveau)

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou sauvegarde financière accélérée, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de l'agent des sûretés n'affecte pas les sûretés et garanties dont celui-ci est titulaire en cette qualité, ni le produit de leur réalisation ou exercice. Ceux-ci ne peuvent être saisis que par les titulaires des créances nées de leur gestion.

Article 2488-9 Code civil (nouveau)

En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si l'agent des sûretés manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de

liquidation judiciaire, tout créancier bénéficiant des sûretés et garanties peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou solliciter le remplacement de l'agent des sûretés. L'agent des sûretés remplaçant ou provisoire devient titulaire de plein droit des sûretés et garanties ainsi que du produit de réalisation ou de l'exercice de celles-ci.

ANNEXE 3 : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés

Monsieur le Président de la République,

La présente ordonnance est prise en application de l'article 117 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique. Afin de « doter le droit français d'un régime juridique de l'agent des sûretés efficace, permettant de concurrencer les dispositifs existants dans les pays anglo-saxons », le gouvernement est habilité à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi tendant à clarifier et moderniser le régime défini à l'article 2328-1 du code civil :

a) En permettant aux créanciers de constituer les sûretés et garanties dont ils bénéficient au nom d'un agent des sûretés qu'ils désignent, qui sera titulaire desdites sûretés et garanties, qu'il tiendra séparées de son patrimoine propre et dont il percevra le produit de la réalisation ou de l'exercice ;

b) En définissant les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de l'obligation garantie, intenter une action pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, et procéder à la déclaration des créances garanties en cas de procédure collective ;

c) En précisant les effets de l'ouverture, à l'égard de l'agent des sûretés, d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou d'une procédure de rétablissement professionnel sur les sûretés et garanties dont celui-ci est titulaire en cette qualité et sur le produit de leur réalisation ou exercice ;

d) En permettant la désignation d'un agent des sûretés provisoire, ou le remplacement de l'agent des sûretés, lorsque ce dernier manquera à ses devoirs ou mettra en péril les intérêts qui lui sont confiés, ou encore fera l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou d'une procédure de rétablissement professionnel ;

e) *En adaptant toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications ainsi apportées.*

Objectifs de la réforme.

Certaines opérations financières importantes ne peuvent être financées que par un crédit syndiqué, c'est-à-dire un crédit consenti par plusieurs prêteurs réunis au sein d'un groupement ou « syndicat bancaire », chaque banque prêtant une partie de la somme. Les sûretés garantissant le prêt doivent alors pouvoir être gérées de façon homogène et unitaire par une seule personne au profit de l'ensemble des créanciers. Il en va de même lorsqu'une société émet des obligations et que des sûretés viennent garantir cette émission au profit des obligataires, ou lorsqu'un même débiteur consent des sûretés à plusieurs groupes de créanciers.

Face aux insuffisances des instruments juridiques existant en droit français (mandat ou solidarité active entre créanciers) et à la concurrence des droits étrangers connaissant des techniques telles que le security trustee anglo-saxon ou la parallel debt de droit anglo-saxon, allemand ou néerlandais (qui permet la création par le débiteur, au profit de l'agent des sûretés d'une dette parallèle fictive, identique à l'obligation principale, mais seule garantie par les sûretés), le législateur est intervenu en 2007. C'est ainsi que la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie a introduit dans le code civil un article 2328-1 prévoyant que « toute sûreté réelle peut être 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 ». Cette loi a été complétée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 pour préciser que l'agent des sûretés peut également « constituer » des sûretés pour le compte des créanciers.

Toutefois le caractère lacunaire de l'article 2328-1 a rapidement été souligné par les praticiens, qui ont peu fait usage de ce nouvel instrument. Les imperfections dénoncées sont diverses : incertitude sur la qualification juridique de l'opération et donc sur le régime applicable (mandat, fiducie ou institution sui generis) ; limitation de l'intervention de l'agent des sûretés aux seules sûretés réelles ; obligation de procéder à sa désignation dans l'acte qui constate la créance ; indétermination des conditions de son remplacement ; interrogations quant à l'étendue de son pouvoir d'agir en justice et de déclarer les créances en cas de procédure collective, sans mandat spécial des créanciers. Ces imperfections ont conduit les acteurs à continuer à privilégier les mécanismes de droit étranger précédemment mentionnés.

La présente ordonnance, prise en application de cette habilitation, vise donc à rendre plus efficace le dispositif français de l'agent des sûretés, condition de la compétitivité de la place française en matière de financements syndiqués.

Présentation des articles.

L'article 1er de la présente ordonnance prévoit l'insertion à la fin du livre IV du code civil relatif aux sûretés, d'un nouveau titre relatif à l'agent des sûretés. Le livre IV est actuellement composé d'un titre Ier relatif aux sûretés personnelles et d'un titre II relatif aux sûretés réelles, dans lequel figure l'article 2328-1 qui régit l'agent des sûretés. Toutefois, dès lors que la présente ordonnance prévoit que l'agent des sûretés peut désormais gérer tant des sûretés personnelles que des sûretés réelles, les dispositions qui le régissent ne peuvent être maintenues dans le titre II du livre IV consacré aux seules sûretés réelles. C'est pourquoi est créé un nouveau titre III relatif à l'agent des sûretés à la fin du livre IV, dont les dispositions sont communes aux sûretés personnelles et aux sûretés réelles.

L'article 2488-6 reprend l'actuel article 2328-1 du code civil qui permet, lorsque plusieurs créanciers interviennent dans une opération de financement, le recours à un agent des sûretés pour prendre, inscrire, gérer et réaliser les sûretés garantissant cette opération. Le terme « prendre » a été préféré à « constituer », qui figure actuellement dans le code civil, dans la mesure où seul le débiteur peut constituer une sûreté. Il est toutefois apporté plusieurs améliorations au texte, afin de sécuriser le dispositif et de répondre aux besoins des praticiens.

Tout d'abord, le champ d'application du texte est élargi à toutes les sûretés et garanties et n'est plus limité aux seules sûretés réelles : l'agent des sûretés pourra désormais également gérer les sûretés personnelles mais également les promesses de sûretés ou encore les sûretés de droit étranger, sans être limité aux sûretés énumérées dans le code civil, le code de commerce et le code monétaire et financier.

Il est ensuite précisé que l'agent agit en son propre nom : les changements de créanciers membres du « pool » bancaire sont donc sans incidence puisque l'agent n'agit pas au nom de chaque créancier, à la différence du mandat.

Par ailleurs, contrairement à l'actuel article 2328-1 du code civil, l'ordonnance n'exige plus que la désignation de l'agent des sûretés figure dans l'acte qui constate l'obligation garantie,

c'est-à-dire dans l'acte de crédit : cette désignation pourra donc intervenir dans un autre acte et elle ne sera pas nécessairement contemporaine de la naissance de l'obligation garantie.

Enfin, la nature juridique du mécanisme est explicitée : l'agent des sûretés se voit reconnaître les pouvoirs d'un fiduciaire puisqu'il devient titulaire des sûretés et garanties, qui sont transférées dans un patrimoine d'affectation distinct de son patrimoine propre, qu'il gèrera dans l'intérêt des créanciers bénéficiaires. Entreront dans ce patrimoine tant les sûretés et garanties elles-mêmes que les actifs perçus dans le cadre de leur gestion et de leur réalisation.

La logique fiduciaire et le fait que l'agent agisse en son propre nom lui permettent, contrairement au mandataire, d'intervenir non seulement pour les créanciers originaires mais également au profit des créanciers qui seront entrés dans la composition du « pool » postérieurement à sa désignation, sans avoir à renouveler les formalités effectuées notamment pour l'inscription des sûretés, à chaque transfert de créance.

L'agent des sûretés est toutefois un fiduciaire spécial, soumis à des dispositions spécifiques prévues dans les articles qui suivent. Il n'y a donc pas lieu à application des formalités de la fiducie de droit commun des articles 2011 et suivants du code civil, qui s'avèreraient excessivement lourdes pour la seule gestion de sûretés.

Il n'est pas davantage posé d'exigence concernant les personnes pouvant agir en qualité d'agent des sûretés : il pourra s'agir de l'un des établissements prêteurs ou d'un tiers, personne physique ou personne morale.

De manière générale, seules quelques règles sont fixées dans le code civil, une large place étant laissée à la liberté contractuelle, afin d'assurer la souplesse de cet instrument et son adaptation aux besoins de la pratique financière.

L'article 2488-7 prévoit seulement que la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par écrit, et ce à peine de nullité. Cette solennité, compte tenu de l'importance des sommes en jeu dans les opérations financières concernées, permet de garantir la protection des créanciers. Elle leur impose d'indiquer expressément la qualité d'agent des sûretés de leur cocontractant, ce qui permet d'éviter tout doute sur la qualification du contrat et la confusion avec d'autres contrats (comme la fiducie de droit commun ou le mandat) et de définir précisément l'objet et la durée de la mission ainsi que l'étendue des

pouvoirs conférés à l'agent des sûretés, ce qui est un gage de sécurité juridique pour les prêteurs. Les mentions obligatoires exigées par l'article 2018 du code civil sur la fiducie, l'obligation d'enregistrement auprès du service des impôts prévue à l'article 2019 et l'inscription sur le registre national des fiducies (article 2020) ne sont en revanche pas reprises, n'étant pas adaptées au regard des seules finalités de l'agent des sûretés.

L'article 2488-8 oblige l'agent des sûretés, puisqu'il agit en son propre nom, à faire mention de sa qualité lorsqu'il agit au profit des créanciers, afin que les tiers en soient informés.

L'article 2488-9 précise que l'agent des sûretés peut, sans pouvoir spécial, exercer tous droits même en justice dans l'intérêt des créanciers de l'obligation garantie et qu'il peut procéder à la déclaration des créances en cas de procédure collective. Cette précision dans la loi permet de mettre fin aux incertitudes des praticiens sur ce point, au regard en particulier du principe selon lequel « nul ne plaide par procureur ». Ces actions pourront aussi bien tendre à la conservation qu'à la gestion ou à la réalisation des sûretés et garanties. Bien entendu, elles ne s'exerceront cependant que dans les limites des pouvoirs qui auront été accordés à l'agent des sûretés par les créanciers dans le contrat de désignation.

L'article 2488-10 explicite les conséquences juridiques de la création d'un patrimoine d'affectation, distinct du patrimoine personnel de l'agent des sûretés :

- d'une part, seuls les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion des biens et droits acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission peuvent les saisir, à l'exclusion des créanciers personnels de l'agent des sûretés. Réserve est faite toutefois des droits des autres créanciers qui pourraient être titulaires d'une sûreté leur conférant un droit de suite sur un bien de ce patrimoine affecté, ainsi que des hypothèses de fraude aux droits des autres créanciers ;

- d'autre part, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission : seul son patrimoine propre sera concerné, ce qui permet d'assurer la protection des créanciers bénéficiaires.

L'article 2488-11 vise à préciser les conditions du remplacement de l'agent des sûretés. En l'absence de clause dans la convention prévoyant les modalités du remplacement de l'agent des sûretés, il est prévu que tout créancier bénéficiaire puisse demander en justice la

désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés en cas de manquement à ses devoirs ou d'ouverture à son encontre d'une procédure collective ou de rétablissement professionnel prévue au livre VI du code de commerce.

Lorsque l'agent des sûretés est remplacé, conventionnellement ou judiciairement, les droits et biens qui forment le patrimoine affecté sont alors transmis de plein droit au nouvel agent des sûretés.

Enfin, l'article 2488-12 rappelle que l'agent des sûretés est responsable des fautes qu'il commet dans l'accomplissement de sa mission, à l'égard de ses cocontractants comme à l'égard des tiers, conformément aux règles du droit commun de la responsabilité civile (articles 1240 du code civil en matière extracontractuelle et 1231-1 en matière contractuelle). Sa responsabilité contractuelle ne sera engagée que dans les limites éventuellement prévues au contrat, dans les conditions du droit commun, étant rappelé que les clauses limitatives ou élusives de responsabilité contractuelle sont valables en droit français, conformément au principe de liberté contractuelle, sauf faute lourde ou dolosive, et à condition qu'elles ne privent pas de sa substance l'obligation essentielle du débiteur en application de l'article 1170 du code civil.

Bien entendu, s'il est condamné à indemniser les créanciers, l'agent des sûretés engage alors son patrimoine personnel.

L'article 2 abroge l'actuel article 2328-1 du code civil qui régit l'agent des sûretés et devient sans objet.

L'article 3 prévoit l'application de l'ordonnance dans les îles Wallis et Futuna, à l'exception de l'article 2 dans la mesure où la loi du 19 février 2007 n'avait pas rendu applicable l'article 2328-1 du code civil dans cette collectivité.

L'article 4 précise les conditions d'application dans le temps de l'ordonnance. Il est ainsi prévu une entrée en vigueur différée au 1er octobre 2017, afin de permettre aux professionnels d'adapter leur documentation contractuelle. Conformément au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, la loi nouvelle ne s'appliquera qu'aux agents des sûretés désignés postérieurement à son entrée en vigueur : les agents des sûretés désignés avant le 1er octobre 2017 demeureront donc régis par la loi ancienne.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.

ANNEXE 4 : Les dispositions du droit des sûretés qui auraient pu poser des difficultés d'articulation avec le régime de l'agent des sûretés sans la précision apportée par la loi de ratification.

Au moment de la publication de l'ordonnance du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, nous avons relevé, parmi les sûretés les plus utilisées par la pratique, certains textes relatifs aux sujets suivants (seuls les textes pertinents sont cités) :

1. Cession de créances professionnelles par bordereau Dailly
2. Nantissement de compte-titres
3. Nantissement de créances
4. Nantissement de compte bancaire
5. Nantissement de parts de sociétés
6. Nantissement de fonds de commerce
7. Privilège du prêteur de deniers
8. Hypothèque conventionnelle
9. L'hypothèque aérienne
10. Hypothèque maritime
11. Délégation
12. Cautionnement
13. Garanties financières
14. Pacte comissoire

1. Cession et nantissement de créances professionnelles (bordereau Dailly)

Article **L. 313-23** du Code monétaire (CMF) :

« *Tout crédit qu'un établissement de crédit ou qu'une société de financement consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement ou de cette société, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.*

Peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés.

Le bordereau doit comporter les énonciations suivantes :

- 1. La dénomination, selon le cas, "acte de cession de créances professionnelles" ou "acte de nantissement de créances professionnelles" ;*
- 2. La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 ;*
- 3. Le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit ou de la société de financement bénéficiaire. »*

[...]

Article **L. 313-24** du CMF :

« *Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée.*

Sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement. »

Article L. 313-26 du CMF :

*« Le bordereau n'est transmissible qu'à **un autre établissement de crédit ou une autre société de financement**. »*

Article L. 313-27 du CMF :

« La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs.

*A compter de cette date, **le client de l'établissement de crédit ou de la société de financement bénéficiaire du bordereau** ne peut, sans l'accord de cet établissement ou de cette société, modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par ce bordereau.*

La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité.

*En cas de contestation de la date portée sur le bordereau, **l'établissement de crédit ou la société de financement** rapporte, par tous moyens, l'exactitude de celle-ci. »*

Article L. 313-28 du CMF :

*« **L'établissement de crédit ou la société de financement** peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification, dont les formes sont fixées par le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 313-35, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit ou de la société de financement. »*

2. Nantissement de comptes-titres

Article L. 211-20 du CMF :

« I. — Le nantissement d'un compte-titres est réalisé, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte. Cette déclaration comporte les énonciations fixées par décret. Les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent **en garantie de la créance initiale du créancier nanti**, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement. Les titres financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte nanti, **en garantie de la créance initiale du créancier nanti**, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale. **Le créancier nanti peut obtenir, sur simple demande au teneur de compte, une attestation de nantissement de compte-titres**, comportant inventaire des titres financiers et sommes en toute monnaie inscrits en compte nanti à la date de délivrance de cette attestation.

[...]

III. — Lorsque les titres financiers figurant dans le compte nanti sont inscrits dans un compte tenu par l'émetteur et que celui-ci n'est pas une personne autorisée à recevoir des fonds remboursables du public au sens de l'article L. 312-2, les fruits et produits mentionnés au I versés en toute monnaie doivent être inscrits au crédit d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire du compte nanti dans les livres d'un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3 ou d'un établissement de crédit. Ce compte spécial est réputé faire partie intégrante du compte nanti à la date de signature de la déclaration de nantissement. **Le créancier nanti peut obtenir, sur simple demande au teneur du compte spécial, une attestation comportant l'inventaire des sommes en toute monnaie inscrites au crédit de ce compte à la date de la délivrance de cette attestation.**

IV. — **Le créancier nanti définit avec le titulaire du compte-titres les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti. Le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti.**

V. — Le créancier nanti titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut, pour les titres financiers, français ou étrangers, négociés sur un marché réglementé, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, ainsi que pour les sommes en toute monnaie, réaliser le nantissement, civil ou commercial, huit jours — ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte — après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé. Cette mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti. La réalisation du nantissement intervient selon des modalités fixées par décret.

Pour les instruments financiers autres que ceux mentionnés à l'alinéa précédent, la réalisation du nantissement intervient conformément aux dispositions de l'article L. 521-3 du code de commerce. »

Article L. 521-3 du Code de commerce :

« A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, et selon les modalités prévues par le présent article, sans que la convention puisse y déroger.

Les ventes autres que celles dont les prestataires de services d'investissement sont chargés sont faites par les courtiers de marchandises assermentés. Toutefois, sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner pour y procéder un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice ou un notaire.

Les dispositions des articles L. 322-9 à L. 322-13 sur les ventes publiques sont applicables aux ventes prévues par l'alinéa précédent.

Le créancier peut également demander l'attribution judiciaire du gage ou convenir de son appropriation conformément aux articles 2347 et 2348 du code civil. ».

Article D. 211- 10 du CMF :

« La déclaration de nantissement d'un compte-titres tenu par un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3, un dépositaire central ou, le cas échéant, l'émetteur doit être datée et contenir :

- 1° *La dénomination “Déclaration de nantissement de compte de titres financiers” ;*
- 2° *La mention que la déclaration est soumise aux dispositions de l’article L. 211-20 ;*
- 3° ***Le nom ou la dénomination sociale ainsi que l’adresse du constituant et du créancier nanti ou de leur siège social s’il s’agit de personnes morales ;***
- 4° *Le montant de la créance garantie ou, à défaut, les éléments permettant d’assurer l’identification de cette créance ;*
- 5° *Les éléments d’identification du compte spécial prévu au II de l’article L. 211-20 lorsqu’un tel compte existe ;*
- 6° *La nature et le nombre des titres financiers inscrits initialement au compte nanti. »*

3. Nantissement de créances

Article 2357 du Code civil

« Lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci. »

Article 2363 du Code civil

« Après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts.

Chacun des créanciers, les autres dûment appelés, peut en poursuivre l'exécution. »

Article 2364 du Code civil

« Les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue.

Dans le cas contraire, le créancier nanti les conserve à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées. »

4. Nantissement de compte bancaire

Article 2360 du Code civil

« Lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution.

*Sous cette même réserve, au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, **les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture.** »*

5. Nantissement de parts de sociétés

Parts sociales de SCI/SNC

Article 1866 du Code civil

*« Les parts sociales peuvent faire l'objet d'un nantissement constaté, soit par acte authentique, soit par acte sous signatures privées signifié à la société ou accepté par elle dans un acte authentique, et donnant lieu à une publicité dont la date **détermine le rang des créanciers nantis**. Ceux dont les titres sont publiés le même jour viennent en concurrence.*

*Le **privilège du créancier gagiste** subsiste sur les droits sociaux nantis, par le seul fait de la publication du nantissement. »*

Article 1867 du Code civil

« Tout associé peut obtenir des autres associés leur consentement à un projet de nantissement dans les mêmes conditions que leur agrément à une cession de parts.

Le consentement donné au projet de nantissement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales à la condition que cette réalisation soit notifiée un mois avant la vente aux associés et à la société.

Chaque associé peut se substituer à l'acquéreur dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Si plusieurs associés exercent cette faculté, ils sont, sauf clause ou convention contraire, réputés acquéreurs à proportion du nombre de parts qu'ils détenaient antérieurement. Si aucun associé n'exerce cette faculté, la société peut racheter les parts elle-même, en vue de leur annulation. »

Article 54 du décret n°78-704 du 3 juillet 1978 pour les modalités de publicité du nantissement des parts sociales.

« Le créancier nanti remet ou fait remettre au greffe du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation de la société soit une copie authentique de l'acte notarié constitutif du titre, soit, s'il s'agit d'un acte sous seing privé, deux originaux de l'acte, accompagnés de l'acte de

signification du nantissement à la société ou d'une copie authentique de l'acte notarié portant acceptation par la société.

Il remet ou fait remettre en outre deux exemplaires de l'avis de nantissement comportant notamment :

1° Les nom, prénom usuel et domicile du créancier et du débiteur ; »

Parts de SARL

L. 223-15 du Code de commerce

*« Si la société a donné son consentement à un projet de nantissement de parts sociales dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 223-14, **ce consentement emportera agrément du cessionnaire** en cas de réalisation forcée des parts sociales nanties selon les dispositions du premier alinéa de l'article 2078 du code civil, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délai les parts, en vue de réduire son capital. »*

6. Nantissement des fonds de commerce

Article L.142-5 du Code de commerce

« Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. »

Article L.143-1 du Code de commerce

« En cas de déplacement du fonds de commerce, les créances inscrites deviennent de plein droit exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins d'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner.

Dans la quinzaine de l'avis à eux notifié ou dans la quinzaine du jour où ils ont eu connaissance du déplacement, le vendeur ou le créancier gagiste doivent faire mentionner, en marge de l'inscription existante, le nouveau siège du fonds, et si le fonds a été transféré dans un autre ressort, faire reporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège, sur le registre du tribunal de ce ressort.

Le déplacement du fonds de commerce, sans le consentement du vendeur ou des créanciers gagistes, peut, s'il en résulte une dépréciation du fonds, rendre leurs créances exigibles.

L'inscription d'un nantissement peut également rendre exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds.

Les demandes en déchéance du terme formées en vertu des deux alinéas précédents devant le tribunal de commerce sont soumises aux règles de procédure édictées par le quatrième alinéa de l'article L. 143-4. »

Article L. 143-5 du Code de commerce

« Le vendeur et le créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce peuvent également, même en vertu de titres sous seing privé, faire ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage, huit jours après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse.

La demande est portée devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite ledit fonds, lequel statue comme il est dit à l'article L. 143-4. »

Article L. 143-16 du Code de commerce

« L'inscription et la radiation du privilège du vendeur ou du créancier gagiste sont soumises à des formalités dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'État. »

Article R. 143-6 du Code de commerce

« Le vendeur ou le créancier gagiste, pour inscrire leur privilège, présentent, soit eux-mêmes, soit par un tiers, au greffier du tribunal de commerce, l'un des originaux de l'acte de vente ou du titre constitutif du nantissement s'il est sous seing privé ou une expédition de l'acte s'il est authentique. L'acte de vente ou de nantissement sous seing privé reste déposé au greffe. »

Article R. 143-7 du Code de commerce

« Le dépôt des actes sous seing privé de vente ou de nantissement de fonds de commerce, prescrit par l'article R. 143-6, est constaté sur un registre spécial tenu par le greffier.

Ce registre est divisé en deux colonnes :

1° La première contient le numéro d'ordre du registre ;

*2° Dans la seconde est inscrit le procès-verbal de dépôt contenant la date de ce dernier ; la mention, la date, le coût de l'enregistrement de l'acte ; son numéro d'entrée ; sa nature ; **l'indication du nom du créancier** et du débiteur ou du vendeur et de l'acheteur, la nature et l'adresse du fonds de commerce.*

Ce procès-verbal est signé par le greffier.

Le registre de dépôt, complété par un répertoire alphabétique des noms des débiteurs ou vendeurs, est signé, coté, paraphé et arrêté comme il est dit à l'article R. 143-9. »

Article R. 143-8 du Code de commerce

« Il est joint à l'acte de vente ou de nantissement deux bordereaux sur papier non timbré dont la forme est déterminée par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice. Ils contiennent :

1° Les nom, prénoms, domicile et profession du vendeur et de l'acquéreur, ou du créancier et du débiteur, ainsi que du propriétaire du fonds si c'est un tiers ;

2° *La date et la nature du titre ;*

3° *Les prix de la vente, établis distinctement pour le matériel, les marchandises et les éléments incorporels du fonds, ainsi que les charges évaluées ou le montant de la créance exprimée dans le titre, les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité ;*

4° *La désignation du fonds de commerce et de ses succursales avec l'indication précise des éléments qui les constituent et sont compris dans la vente ou le nantissement, la nature de leurs opérations et leur siège, sous réserve de tous autres renseignements propres à les faire connaître ; si la vente ou le nantissement s'étend à d'autres éléments du fonds de commerce que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et la clientèle, ces éléments sont nommément désignés ;*

5° *Élection de domicile par le vendeur ou le créancier gagiste dans le ressort du tribunal de commerce de la situation du fonds. »*

Article R. 143-11 du Code de commerce

« Lorsque les ventes ou cessions de fonds de commerce comprennent des marques de fabrique et de commerce et des dessins ou modèles industriels et lorsque les nantissements de ces fonds comprennent des brevets d'invention ou licences, des marques ou des dessins et modèles, le certificat d'inscription délivré par le greffier du tribunal de commerce, conformément à l'article L. 143-17, mentionne :

1° *La nature, la date et le numéro de l'inscription effectuée au greffe ;*

2° *La forme et la date de l'acte de vente ou de l'acte constitutif du nantissement ;*

3° *L'identité et l'adresse du créancier gagiste et du débiteur ;*

4° *La désignation du fonds de commerce ainsi que la nature et les références des titres de propriété industrielle concernés. »*

7. Privilège du prêteur de deniers

Article 2374 du Code civil

Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

[...]

2° « *Même en l'absence de subrogation, ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés.* »

8. Hypothèque conventionnelle

Article 2424 du Code civil

« *L'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie. **Le créancier hypothécaire peut subroger un autre créancier dans l'hypothèque et conserver sa créance.***

Il peut aussi, par une cession d'antériorité, céder son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur dont il prend la place. »

Article 2425 du Code civil

« *Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a rang que du jour de l'inscription **prise par le créancier au fichier immobilier**, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. »*

Article 2428 du Code civil

« *L'inscription des privilèges et hypothèques est opérée par le service chargé de la publicité foncière sur le dépôt de deux bordereaux datés, signés et certifiés conformes entre eux par le signataire du certificat d'identité prévu aux articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955 ; un décret en Conseil d'État détermine les conditions de forme auxquelles le bordereau destiné à être conservé par ce service doit satisfaire. Au cas où l'inscrivant ne se serait pas servi d'une formule réglementaire, le service chargé de la publicité foncière accepterait cependant le dépôt, sous réserve des dispositions de l'avant-dernier alinéa du présent article.*

*Toutefois, pour l'inscription des hypothèques et sûretés judiciaires, **le créancier présente en outre, soit par lui-même, soit par un tiers, audit service :***

1° L'original, une expédition authentique ou un extrait littéral de la décision judiciaire donnant naissance à l'hypothèque, lorsque celle-ci résulte des dispositions de l'article 2123 ;

2° L'autorisation du juge, la décision judiciaire ou le titre pour les sûretés judiciaires conservatoires.

Chacun des bordereaux contient exclusivement les indications et mentions fixées par décret en Conseil d'État.

Le dépôt est refusé :

1° A défaut de présentation du titre générateur de la sûreté pour les hypothèques et sûretés judiciaires ;

2° A défaut de la mention visée de la certification de l'identité des parties prescrite par les articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955, ou si les immeubles ne sont pas individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés.

Si le service chargé de la publicité foncière, après avoir accepté le dépôt, constate l'omission d'une des mentions prescrites, ou une discordance entre, d'une part, les énonciations relatives à l'identité des parties ou à la désignation des immeubles contenues dans le bordereau, et, d'autre part, ces mêmes énonciations contenues dans les bordereaux ou titres déjà publiés depuis le 1er janvier 1956, la formalité est rejetée, à moins que le requérant ne régularise le bordereau ou qu'il ne produise les justifications établissant son exactitude, auxquels cas la formalité prend rang à la date de la remise du bordereau constatée au registre de dépôts.

La formalité est également rejetée lorsque les bordereaux comportent un montant de créance garantie supérieur à celui figurant dans le titre pour les hypothèques et sûretés judiciaires ainsi que, dans l'hypothèse visée au premier alinéa du présent article, si le requérant ne substitue pas un nouveau bordereau sur formule réglementaire au bordereau irrégulier en la forme.

Le décret prévu ci-dessus détermine les modalités du refus du dépôt ou du rejet de la formalité. »

Article 2430 du Code civil

*« Sont publiées au fichier immobilier, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, les subrogations aux privilèges et hypothèques, mainlevées, réductions, cessions d'antériorité et transferts qui ont été consentis, prorogations de délais, changements de domicile et, d'une manière générale, toutes modifications, notamment dans la **personne du créancier bénéficiaire de l'inscription**, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur. »*

Article 5 al. 1 du décret n°55-22 portant réforme de la publicité foncière

« Tout acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit contenir les nom, prénoms dans l'ordre de l'état civil, domicile, date et lieu de naissance et profession des parties, ainsi que le nom de leur conjoint. »

[...]

Article 55 2 1° du décret n°55-1350 du 14 octobre 1955

« La désignation du créancier, du débiteur ou du propriétaire, si le débiteur n'est pas le propriétaire de l'immeuble grevé, conformément au premier alinéa de l'article 5 et aux premier à cinquième alinéas de l'article 6 du décret du 4 janvier 1955. »

9. Hypothèque aérienne

Article L. 6122-6 du Code des transports

« L'hypothèque peut être étendue à titre accessoire aux pièces de rechange définies par voie réglementaire et correspondant au type du ou des aéronefs hypothéqués, à condition que ces pièces soient individualisées.

Lorsque ces pièces sont utilisées sur les aéronefs auxquels elles sont affectées, elles sont immédiatement remplacées.

Le créancier est prévenu de cette utilisation. »

Article L. 6122-9 du Code des transports

*« En cas de perte ou d'avarie d'un aéronef, **le créancier hypothécaire** est, pour le montant de sa créance, subrogé, sauf convention contraire, à l'assuré dans le droit à l'indemnité due par l'assureur. »*

10. Hypothèque maritime

Article 12 du décret n°2017-974 du 10 mai 2017

« Le demandeur présente à la conservation des hypothèques maritimes, soit un des originaux du titre constitutif d'hypothèque, qui reste déposé s'il est sous seing privé ou reçu en brevet, soit une copie authentique, s'il en existe minute.

Il y joint trois bordereaux signés par lui qui contiennent :

1° Les noms, prénoms, professions et domiciles du créancier et du débiteur ;

2° La date et la nature du titre ;

3° Le montant de la créance exprimée dans le titre ;

4° Les conventions relatives aux intérêts et aux remboursements ;

5° Le nom et la désignation du navire hypothéqué, la date de l'acte de francisation ou de la déclaration de mise en construction ;

6° L'élection de domicile par le demandeur au lieu du siège de la conservation des hypothèques maritimes. »

Article 21 du décret n°2017-974 du 10 mai 2017

« La radiation de l'hypothèque inscrite peut être judiciaire ou volontaire.

*A défaut de jugement passé en force de chose jugée, la conservation des hypothèques maritimes ne peut procéder à la radiation, totale ou partielle, de l'hypothèque inscrite qu'après le dépôt d'un acte authentique ou sous seing privé par lequel **le créancier**, ou son cessionnaire justifiant de ses droits, consent à cette radiation.*

La conservation des hypothèques maritimes opère, séance tenante, la radiation, totale ou partielle, de l'inscription. »

Article 55 de la loi n°67-5 du 3 janvier 1967

« Les créanciers ayant hypothèque inscrite sur un bâtiment ou portion de bâtiment, le suivent, en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs inscriptions.

Si l'hypothèque ne grève qu'une portion du bâtiment, le créancier ne peut saisir et faire vendre que la portion qui lui est affectée. Toutefois, si plus de la moitié du bâtiment se trouve hypothéquée, le créancier pourra, après saisie, le faire vendre en totalité, à charge d'appeler à la vente les copropriétaires. »

11. Délégation

Article 1336 du Code civil

*« La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le **délégataire**, qui l'accepte comme débiteur.*

Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. »

Article 1337 du Code civil

« Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte, la délégation opère novation.

Toutefois, le délégant demeure tenu s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation. »

Article 1338 du Code civil

« Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur.

Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence. »

Article 1339 du Code civil

« Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence.

Jusque-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement que pour la part qui excèderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le délégataire.

La cession ou la saisie de la créance du délégant ne produisent effet que sous les mêmes limitations.

Toutefois, si le délégataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire. »

Article 1340 du Code civil

« La simple indication faite par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui. »

12. Cautionnement

Article 2288 du Code civil

« Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

Article 2298 du Code civil

« La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »

Article 2306 du Code civil

« La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

Article 2313 du Code civil

« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ;

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. »

Article 2314 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. »

13. Les garanties financières

Article L.211-38 du CMF

« I. — A titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36, **les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété**, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits, réalisables, même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, ou d'une procédure judiciaire ou amiable équivalente sur le fondement d'un droit étranger, ou d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition.

Les remises et sûretés mentionnées au premier alinéa du présent I peuvent être effectuées ou constituées par les parties elles-mêmes ou par des tiers.

Les dettes et créances relatives à ces garanties et celles afférentes à ces obligations sont alors compensables conformément au I de l'article L. 211-36-1.

II. — Lorsque les garanties mentionnées au I sont relatives aux obligations financières mentionnées aux 2°, 3° et 4° du I de l'article L. 211-36 :

1° La constitution de telles garanties et leur opposabilité ne sont subordonnées à aucune formalité. Elles résultent du transfert des biens et droits en cause, de la dépossession du constituant ou de leur contrôle **par le bénéficiaire ou par une personne agissant pour son compte** ;

2° L'identification des biens et droits en cause, leur transfert, la dépossession du constituant ou le contrôle par le **bénéficiaire** doivent pouvoir être attestés par écrit ;

3° La réalisation de telles garanties intervient à des conditions normales de marché, par compensation, appropriation ou vente, sans mise en demeure préalable, selon les modalités d'évaluation prévues par les parties dès lors que les obligations financières couvertes sont devenues exigibles.

III. — L'acte prévoyant la constitution des sûretés mentionnées au I peut définir les conditions dans lesquelles le **bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au constituant des biens ou droits équivalents. Les**

sûretés concernées portent alors sur les biens ou droits équivalents ainsi restitués comme si elles avaient été constituées dès l'origine sur ces biens ou droits équivalents. Cet acte peut permettre au bénéficiaire de compenser sa dette de restitution des biens ou droits équivalents avec les obligations financières au titre desquelles les sûretés ont été constituées, lorsqu'elles sont devenues exigibles.

Par biens ou droits équivalents, on entend :

1° Lorsqu'il s'agit d'espèces, une somme de même montant et dans la même monnaie ;

2° Lorsqu'il s'agit d'instruments financiers, des instruments financiers ayant le même émetteur ou débiteur, faisant partie de la même émission ou de la même catégorie, ayant la même valeur nominale, libellés dans la même monnaie et ayant la même désignation, ou d'autres actifs, lorsque les parties le prévoient, en cas de survenance d'un fait concernant ou affectant les instruments financiers constitués en sûreté.

Lorsqu'il s'agit d'autres biens ou droits que ceux mentionnés aux 1° et 2°, la restitution porte sur ces mêmes biens ou droits.

IV. — Les modalités de réalisation et de compensation des garanties mentionnées au I et des obligations mentionnées à l'article L. 211-36 sont opposables aux tiers. Toute réalisation ou compensation effectuée en raison d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition est réputée être intervenue avant cette procédure. »

14. Pacte comissoire.

a. Droit commun du gage

Article 2348 du Code civil :

« Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie **le créancier deviendra propriétaire du bien gagé**.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

b. Nantissement de créances

Article 2365 du Code civil :

« En cas de défaillance de son débiteur, le **créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent.**

Il peut également attendre l'échéance de la créance nantie. »

c. Hypothèque

Article 2459 du Code civil

« Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que **le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué**. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur. »

d. Nantissement de titres cotés

Article L.211-20 V du CMF

« **Le créancier nanti titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut, pour les titres financiers, français ou étrangers, négociés sur un marché réglementé, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, ainsi que pour les sommes en toute monnaie, réaliser le**

*nantissement, civil ou commercial, huit jours – ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte – après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé. Cette mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti. **La réalisation du nantissement intervient selon des modalités fixées par décret.** »*

Article D.211-12 2°

« Dans la limite du montant de la créance garantie et, le cas échéant, dans le respect de l'ordre indiqué par le titulaire du compte nanti, la réalisation du nantissement de ce compte prévue aux IV et V de l'article L. 211-20 intervient :

[...];

2° Pour les titres financiers, français ou étrangers admis aux négociations sur un marché réglementé que le titulaire du compte nanti ou, à défaut, le créancier nanti a désignés, par vente sur un marché réglementé ou attribution en propriété de la quantité déterminée par le créancier nanti. Cette quantité est établie, par le créancier nanti, sur la base du dernier cours de clôture disponible sur un marché réglementé ; [...]. »

ANNEXE 5 : Modèle de clause agent des sûretés des articles 2488-6 et suivants du Code civil.

CLAUSE DE NOMINATION D'AGENT ET D'AGENT DES SÛRETÉS POUR UN CONTRAT DE CREDIT DE DROIT FRANÇAIS

1. ROLE OF THE AGENT, THE SECURITY AGENT AND THE ARRANGER

1.1 Definitions

In this Clause:

Discharge Date means the first date on which:

- (a) all the Secured Liabilities have been unconditionally and irrevocably paid and discharged in full to the satisfaction of the Agent, whether or not as the result of an enforcement; and
- (b) the Lenders are under no further obligation to provide financial accommodation to any of the Obligors under the Finance Documents.

Secured Liabilities means all present and future obligations and liabilities (whether actual or contingent and whether owed jointly or severally or in any other capacity whatsoever) of the Obligors to any Secured Party under or in connection with the Finance Documents.

1.2 The Agent

- (a) Each of the Arranger and the Lenders appoints the Agent to act as its agent under and in connection with the Finance Documents.
- (b) Each of the Arranger and the Lenders authorises the Agent to:
 - (i) enter into each Finance Document expressed to be entered into by the Agent; and
 - (ii) perform the duties, obligations and responsibilities and to exercise the rights, powers, authorities and discretions specifically given to the Agent under or in connection with the Finance Documents together with any other incidental rights, powers, authorities and discretions.

1.3 Appointment of the Security Agent as *agent des sûretés*

- (a) Each of the Agent and the Lenders appoints the Security Agent to act as *agent des sûretés* as defined in articles 2488-6 et seq. of the French Civil Code.

(b) Unless expressly provided to the contrary in any Finance Document, in accordance with the provisions of article 2488-6 of the French Civil Code, the Security Agent shall hold:

- (A) any Security created by a Transaction Security Document;
- (B) the proceeds of any such Security; and
- (C) any other rights or assets acquired by the Security Agent in connection the relevant Transaction Security Documents,

in its own name (*en son nom propre*) for the benefit of (*au profit de*) the Secured Parties (together with any of their successors in title, assigns and transferees) on the terms contained in this Agreement. The Security Agent shall hold those rights and assets in its capacity as *agent des sûretés* and those rights and assets constitute, in accordance with article 2488-6 of the French Civil Code, an estate (*patrimoine affecté*) separate from all the Security Agent's own assets.

(c) The appointment of the Security Agent as *agent des sûretés* expires on the earlier of:

- (i) the Discharge Date; and
- (ii) the date on which the Security Agent's resignation takes effect under Clause X.

(d) Each other Finance Party:

- (i) confirms its approval of each Transaction Security Document;
- (ii) authorises the Security Agent as *agent des sûretés* to enter into, in its own name (*en son nom propre*) for the benefit of (*au profit de*) the Secured Parties, each Transaction Security Document; and
- (iii) authorises and directs the Security Agent (by itself or by such person(s) as it may nominate) to exercise the rights, powers, authorities and discretions given to the Security Agent under the Transaction Security Documents and in particular to:
 - (A) enforce the Transaction Security Documents, and in connection with any enforcement or any step to be taken in connection with any enforcement appoint any expert, to collect any sums, to give good discharge for any amount payable and to make any payment (including any *Soulte*);
 - (B) take any action in the interest of the Secured Parties in any proceedings including filing (*déclarer*) any debt owed to a Secured Party; and

- (C) exercise any of the rights, powers authorities and discretions which the Secured Parties would have had had they been parties as beneficiary under the Transaction Security Documents including:
 - I. giving any instruction to any third party in connection with any Security or any Charged Property;
 - II. receiving any payment in respect of any Security;
 - III. filing any applicable registration formalities in connection with the Transaction Security Documents; and
 - IV. receiving any information which a secured creditor is entitled to receive with respect to any Charged Property.

1.4 Enforcement through Security Agent only

The Secured Parties shall not have any independent power to enforce, or have recourse to, any of the Transaction Security or to exercise any right, power, authority or discretion arising under the Transaction Security Documents except through the Security Agent.

1.5 Instructions

- (a) Each of the Agent and the Security Agent shall:
 - (i) exercise or refrain from exercising any right, power, authority or discretion vested in it as Agent or Security Agent (as applicable) in accordance with any instructions given to it by:
 - (A) all Lenders if the relevant Finance Document stipulates the matter is an all Lender decision;
 - (B) the relevant Finance Party or group of Finance Parties if a Finance Document stipulates the matter is a decision for that Finance Party or group of Finance Parties; and
 - (C) in all other cases, the Majority Lenders; and
 - (ii) not be liable for any act (or omission) if it acts (or refrains from acting) in accordance with paragraph (i) au-dessus.
- (b) Each of the Agent and the Security Agent shall be entitled to request instructions, or clarification of any instruction, from the Majority Lenders (or, if the relevant Finance Document stipulates the matter is a decision for any other Finance Party or group of Finance Parties, from that Finance Party or group of Finance Parties) as to whether, and in what manner, it should exercise or refrain from exercising

any right, power, authority or discretion. The Agent or Security Agent (as applicable) may refrain from acting unless and until it receives any such instructions or clarification that it has requested.

- (c) Save in the case of decisions stipulated to be a matter for any other Finance Party or group of Finance Parties under the relevant Finance Document and unless a contrary indication appears in a Finance Document, any instructions given to the Agent or Security Agent (as applicable) by the Majority Lenders shall override any conflicting instructions given by any other Parties and will be binding on all Finance Parties.
- (d) Paragraph (a) au-dessus shall not apply:
 - (i) where a contrary indication appears in a Finance Document;
 - (ii) where a Finance Document requires the Agent or the Security Agent to act in a specified manner or to take a specified action;
 - (iii) in respect of any provision which protects the Agent's or Security Agent's own position in its personal capacity as opposed to its role of Agent or Security Agent for the relevant Finance Parties or Secured Parties (as applicable) including, without limitation, Clauses [...];
 - (iv) in respect of the exercise of the Security Agent's discretion to exercise a right, power or authority under any of:
 - (A) [Clause [X];
 - (B) Clause [X]; and
 - (C) Clause [X]
- (e) If giving effect to instructions given by the Majority Lenders would (in the Agent's or the Security Agent's opinion) have an effect equivalent to an amendment or waiver, the Agent or Security Agent (as applicable) shall not act in accordance with those instructions unless consent to it so acting is obtained from each Party whose consent would have been required in respect of that amendment or waiver.
- (f) The Agent or the Security Agent (as applicable) may refrain from acting in accordance with any instructions of any Finance Party or group of Finance Parties until it has received any indemnification and/or security that it may in its discretion require for any cost, loss or liability which it may incur in complying with those instructions.
- (g) Without prejudice to the remainder of this Clause, in the absence of instructions, each of the Agent and Security Agent may act (or refrain from acting) as it considers to be in the best interest of (in the case of the Agent) the Finance Parties and (in the case of the Security Agent) the Secured Parties.

- (h) Neither the Agent nor the Security Agent is authorised to act on behalf of a Finance Party (without first obtaining that Finance Party's consent) in any legal or arbitration proceedings relating to any Finance Document.

1.6 Duties of the Agent and the Security Agent

- (a) The duties, obligations and responsibilities of the Agent and Security Agent under the Finance Documents are solely mechanical and administrative in nature.
- (b) Subject to paragraph (c) au-dessous, each of the Agent and Security Agent shall promptly forward to a Party the original or a copy of any document which is delivered to the Agent or Security Agent (as applicable) for that Party by any other Party.
- (c) Without prejudice to Clause [X], paragraph (b) shall not apply to any Transfer Assignment Agreement or any Increase Confirmation.
- (d) Except where a Finance Document specifically provides otherwise, neither the Agent nor the Security Agent is obliged to review or check the adequacy, accuracy or completeness of any document it forwards to another Party.
- (e) If the Agent or Security Agent receives notice from a Party referring to this Agreement, describing a Default and stating that the circumstance described is a Default, it shall promptly notify the other Finance Parties.
- (f) If the Agent is aware of the non-payment of any principal, interest, commitment fee or other fee payable to a Finance Party (other than the Agent, the Arranger or the Security Agent) under this Agreement, it shall promptly notify the other Finance Parties.
- (g) The Agent shall provide to the Company a list (which may be in electronic form) setting out the names of the Lenders, their respective Commitments, the address and fax number of each Lender for any communication to be made or document to be delivered under or in connection with the Finance Documents, the electronic mail address and/or any other information required to enable the transmission of information by electronic mail or other electronic means to and by each Lender to whom any communication under or in connection with the Finance Documents may be made by that means and the account details of each Lender for any payment to be distributed by the Agent to that Lender under the Finance Documents.
- (h) Each of the Agent and the Security Agent shall have only those duties, obligations and responsibilities expressly specified in the Finance Documents to which it is expressed to be a party (and no others shall be implied).
- (i) The Security Agent is under no obligation to file (*déclarer*) a claim for any debt owed by an Obligor to a Secured Party in any insolvency proceedings unless:

- (i) each relevant Secured Party instructs the Security Agent to file (*déclarer*) such a claim;
- (ii) the Security Agent has received all information it deems necessary to file that claim (*déclaration*); and
- (iii) the Security Agent expressly agrees with each relevant Secured Party to file that claim on that Secured Party's behalf.

1.7 Soulte

- (a) If the Security Agent enforces a Transaction Security Document by way of a transfer of ownership of any Charged Property pursuant to a *pacte comissoire* or a foreclosure (*attribution judiciaire*), the Security Agent shall become, in accordance with the relevant Transaction Security Document and French law, the owner of that Charged Property for the benefit of (*au profit de*) the Secured Parties.
- (b) If, after any such enforcement, the estimated value of the Charged Property exceeds the Secured Liabilities and a *soulte* (the amount equal to that excess in value) becomes payable in relation to that Charged Property (the **Soulte**), the Security Agent shall:
 - (i) determine, for each Secured Party whose Secured Liabilities are discharged by that enforcement, the portion of the Soulte which is attributable to that Secured Party (its **Soulte Portion**); and
 - (ii) promptly notify each relevant Secured Party of its Soulte Portion and the name of each Obligor which is entitled to receive the Soulte.
- (c) In consideration of the Security Agent acting as *agent des sûretés* in connection with the Finance Documents, the Security Agent (as *délegant*), each Obligor (as *délégataire*) and each Secured Party (other than the Security Agent) (as *délegué*) agree that each relevant Secured Party is liable, pursuant to a *delegation parfaite* under article 1337 of the French Civil Code, to pay its Soulte Portion to each Obligor which, before the enforcement by way of transfer of ownership of any Charged Property, was the owner of that Charged Property.
- (d) In consideration of the Secured Parties undertaking to pay any Soulte in paragraph (b) above, each Obligor irrevocably and unconditionally:
 - (i) releases the Security Agent from any liability to pay any Soulte to that Obligor in respect of the relevant Charged Property; and
 - (ii) waives any right it may have to claim payment of any Soulte from the Security Agent and agrees not to make any such claim.

- (e) Each relevant Secured Party shall pay to the Security Agent its Soulte Portion for payment to the relevant Obligor promptly following any request by the Security Agent.

1.8 Role of the Arranger

Except as specifically provided in the Finance Documents, the Arranger has no obligations of any kind to any other Party under or in connection with any Finance Document.

1.9 No fiduciary duties

- (a) Nothing in any Finance Document constitutes:
 - (i) the Agent or the Arranger as a trustee or fiduciary of any other person; or
 - (ii) the Security Agent as an agent, trustee or fiduciary of any Obligor (other than as *agent des sûretés* under article 2488-1 et seq. of the French Civil Code).
- (b) None of the Agent, the Security Agent or the Arranger shall be bound to account to any other Finance Party or (in the case of the Security Agent) any Secured Party for any sum or the profit element of any sum received by it for its own account.

1.10 Business with the Group

The Agent, the Security Agent and the Arranger may accept deposits from, lend money to and generally engage in any kind of banking or other business with any member of the Group.

1.11 Rights and discretions

- (a) Each of the Agent and the Security Agent may:
 - (i) rely on any representation, communication, notice or document believed by it to be genuine, correct and appropriately authorised;
 - (ii) assume that:
 - (A) any instructions received by it from the Majority Lenders, any Finance Parties or any group of Finance Parties are duly given in accordance with the terms of the Finance Documents; and
 - (B) unless it has received notice of revocation, that those instructions have not been revoked; and
 - (iii) rely on a certificate from any person:

- (A) as to any matter of fact or circumstance which might reasonably be expected to be within the knowledge of that person; or
- (B) to the effect that such person approves of any particular dealing, transaction, step, action or thing,

as sufficient evidence that that is the case and, in the case of paragraph (A) au-dessus, may assume the truth and accuracy of that certificate.

- (b) Each of the Agent and Security Agent may assume (unless it has received notice to the contrary in its capacity as agent or *agent des sûretés* for the Finance Parties or Secured Parties) that:
 - (i) no Default has occurred;
 - (ii) any right, power, authority or discretion vested in any Party or any group of Finance Parties has not been exercised; and
 - (iii) any notice or request made by the Company (other than a Utilisation Request or Selection Notice) is made on behalf of and with the consent and knowledge of all the Obligors.
- (c) Each of the Agent and Security Agent may engage and pay for the advice or services of any lawyers, accountants, tax advisers, surveyors or other professional advisers or experts.
- (d) Without prejudice to the generality of paragraph (c) au-dessus or paragraph (e) au-dessous, each of the Agent and the Security Agent may at any time engage and pay for the services of any lawyers to act as independent counsel to the Agent or Security Agent (as applicable), (and so separate from any lawyers instructed by the Lenders) if the Agent or Security Agent (as applicable) in its reasonable opinion deems this to be necessary.
- (e) Each of the Agent and the Security Agent may rely on the advice or services of any lawyers, accountants, tax advisers, surveyors or other professional advisers or experts (whether obtained by the Agent or by the Security Agent or by any other Party) and shall not be liable for any damages, costs or losses to any person, any diminution in value or any liability whatsoever arising as a result of its so relying, unless directly caused by its gross negligence or wilful misconduct.
- (f) Each of the Agent and the Security Agent may act in relation to the Finance Documents and the Security Property through its officers, employees and agents and shall not:
 - (i) be liable for any error of judgment made by any such person; or

- (ii) be bound to supervise, or be in any way responsible for any loss incurred by reason of misconduct, omission or default on the part, of any such person,

unless such error or such loss was directly caused by the Agent's or the Security Agent's (as applicable) gross negligence or wilful misconduct.

- (g) Unless a Finance Document expressly provides otherwise each of the Agent and Security Agent may disclose to any other Party any information it reasonably believes it has received as agent or security agent under any Finance Document.
- (h) Without prejudice to the generality of paragraph (g) au-dessus, the Agent:
 - (i) may disclose; and
 - (ii) on the written request of the Company or the Majority Lenders shall, as soon as reasonably practicable, disclose,

the identity of a Defaulting Lender to the Company and to the other Finance Parties.

- (i) Notwithstanding any other provision of any Finance Document to the contrary:
 - (i) none of the Agent, the Security Agent or the Arranger is obliged to do or omit to do anything if it would, or might in its reasonable opinion, constitute a breach of any law or regulation or a breach of a fiduciary duty or duty of confidentiality; and
 - (ii) each of the Agent, the Security Agent and the Arranger may do anything which, in its opinion, is necessary or desirable to comply with any applicable law or regulation.
- (j) Notwithstanding any provision of any Finance Document to the contrary, neither the Agent nor the Security Agent is obliged to expend or risk its own funds or otherwise incur any financial liability in the performance of its duties, obligations or responsibilities or the exercise of any right, power, authority or discretion if it has grounds for believing the repayment of such funds or adequate indemnity against, or security for, such risk or liability is not reasonably assured to it.

1.12 Responsibility for documentation

None of the Agent, the Security Agent or the Arranger is responsible or liable for:

- (a) the adequacy, accuracy or completeness of any information (whether oral or written) supplied by the Agent, the Security Agent, the Arranger, an Obligor or any other person in or in connection with any Finance Document or the Information Memorandum or the transactions contemplated in the Finance Documents or any other agreement, arrangement or document entered into,

made or executed in anticipation of, under or in connection with any Finance Document; [or]

- (b) the legality, validity, effectiveness, adequacy or enforceability of any Finance Document or the Security Property or any other agreement, arrangement or document entered into, made or executed in anticipation of, under or in connection with any Finance Document or the Security Property; or
- (c) any determination as to whether any information provided or to be provided to any Finance Party or Secured Party is non-public information the use of which may be regulated or prohibited by applicable law or regulation relating to insider dealing or otherwise.

1.13 No duty to monitor

Neither the Agent nor the Security Agent shall be bound to enquire:

- (a) whether or not any Default has occurred;
- (b) as to the performance, default or any breach by any Party of its obligations under any Finance Document; or
- (c) whether any other event specified in any Finance Document has occurred.

1.14 Exclusion of liability

- (a) Without limiting paragraph (b) au-dessous (and without prejudice to any other provision of any Finance Document excluding or limiting the liability of the Agent, the Security Agent, or any Delegate), none of the Agent, the Security Agent, or any Delegate will be liable for:
 - (i) any damages, costs or losses to any person, any diminution in value, or any liability whatsoever arising as a result of taking or not taking any action under or in connection with any Finance Document or the Security Property, unless directly caused by its gross negligence or wilful misconduct;
 - (ii) exercising, or not exercising, any right, power, authority or discretion given to it by, or in connection with, any Finance Document, the Security Property or any other agreement, arrangement or document entered into, made or executed in anticipation of, under or in connection with, any Finance Document or the Security Property;
 - (iii) any shortfall which arises on the enforcement or realisation of the Security Property; or
 - (iv) without prejudice to the generality of paragraphs (i) to (iii) au-dessus, any damages, costs or losses to any person, any diminution in value or any liability whatsoever arising as a result of:

- (A) any act, event or circumstance not reasonably within its control;
or
- (B) the general risks of investment in, or the holding of assets in, any jurisdiction,

including (in each case and without limitation) such damages, costs, losses, diminution in value or liability arising as a result of: nationalisation, expropriation or other governmental actions; any regulation, currency restriction, devaluation or fluctuation; market conditions affecting the execution or settlement of transactions or the value of assets (including any Disruption Event); breakdown, failure or malfunction of any third party transport, telecommunications or computer services or systems; natural disasters; war, terrorism, insurrection or revolution; or strikes or industrial action.

- (b) No Party (other than the Agent, the Security Agent, or that Delegate (as applicable)) may take any proceedings against any officer, employee or agent of the Agent, the Security Agent, or a Delegate in respect of any claim it might have against the Agent, the Security Agent, or a Delegate or in respect of any act or omission of any kind by that officer, employee or agent in relation to any Finance Document or any Security Property and any officer, employee or agent of the Agent, the Security Agent, or a Delegate may rely on this Clause.
- (c) Neither the Agent nor the Security Agent will be liable for any delay (or any related consequences) in crediting an account with an amount required under the Finance Documents to be paid by the Agent or the Security Agent (as applicable) if the Agent or the Security Agent (as applicable) has taken all necessary steps as soon as reasonably practicable to comply with the regulations or operating procedures of any recognised clearing or settlement system used by the Agent or Security Agent (as applicable) for that purpose.
- (d) Nothing in this Agreement shall oblige the Agent, the Security Agent or the Arranger to carry out:
 - (i) any “know your customer” or other checks in relation to any person; or
 - (ii) any check on the extent to which any transaction contemplated by this Agreement might be unlawful for any Finance Party [or for any Affiliate of any Finance Party],

on behalf of any Finance Party and each Finance Party confirms to the Agent, the Security Agent and the Arranger that it is solely responsible for any such checks it is required to carry out and that it may not rely on any statement in relation to such checks made by the Agent, the Security Agent or the Arranger.

- (e) Without prejudice to any provision of any Finance Document excluding or limiting the liability of the Agent, the Security Agent, or any Delegate, any liability of the Agent, the Security Agent, or any Delegate arising under or in connection with any Finance Document or the Security Property shall be limited

to the amount of actual loss which has been suffered (as determined by reference to the date of default of the Agent, the Security Agent, or Delegate or, if later, the date on which the loss arises as a result of such default) but without reference to any special conditions or circumstances known to the Agent, the Security Agent, or any Delegate at any time which increase the amount of that loss. In no event shall the Agent, the Security Agent, or any Delegate be liable for any loss of profits, goodwill, reputation, business opportunity or anticipated saving, or for special, punitive, indirect or consequential damages, whether or not the Agent, the Security Agent, or Delegate has been advised of the possibility of such loss or damages.

1.15 Lenders' indemnity to the Agent and Security Agent

- (a) Each Lender shall (in proportion to its share of the Total Commitments or, if the Total Commitments are then zero, to its share of the Total Commitments immediately prior to their reduction to zero) indemnify the Agent, the Security Agent and every Delegate, within three Business Days of demand, against any cost, loss or liability incurred by any of them (otherwise than by reason of the Agent's, the Security Agent's or the Delegate's gross negligence or wilful misconduct) in acting as Agent, Security Agent, or Delegate under the Finance Documents (unless the relevant Agent, Security Agent, or Delegate has been reimbursed by an Obligor pursuant to a Finance Document).
- (b) The Company must immediately on demand reimburse any Lender for any payment that Lender makes to the Agent, the Security Agent, or a Delegate under paragraph (a) au-dessus.

1.16 Resignation of the Agent and the Security Agent

- (a) Each of the Agent and the Security Agent may resign and appoint one of its Affiliates acting through an office [in France] as successor by giving notice to the other Finance Parties and the Company.
- (b) Alternatively the Agent or the Security Agent may resign by giving 30 days' notice to the other Finance Parties and the Company, in which case the Majority Lenders (after consultation with the Company) may appoint a successor Agent or Security Agent (as applicable) which shall not be incorporated or acting through an office situated in a Non-Cooperative Jurisdiction.
- (c) The Company may, on no less than 30 days' prior notice to the Agent, require the Lenders to replace the Agent and appoint a replacement Agent if any amount payable under a Finance Document by an Obligor established in France becomes not deductible from that Obligor's taxable income for French tax purposes by reason of that amount (i) being paid or accrued to an Agent incorporated or acting through an office situated in a Non-Cooperative Jurisdiction or (ii) paid to an account opened in the name of that Agent in a financial institution situated in a Non-Cooperative Jurisdiction. In this case, the Agent shall resign and a replacement Agent shall be appointed by the Majority Lenders (after

consultation with the Company) within 30 days after notice of replacement was given.

- (d) If the Majority Lenders have not appointed a successor Agent or Security Agent in accordance with paragraph (b) au-dessus within 20 days after notice of resignation was given, the retiring Agent or Security Agent (as applicable) (after consultation with the Lenders and the Company) may appoint a successor Agent or Security Agent (as applicable)[(acting through an office in France)].
- (e) The retiring Agent or Security Agent (as applicable) shall [, at its own cost,]:
 - (i) make available to the successor Agent or Security Agent (as applicable) such documents and records and provide such assistance as the successor Agent or Security Agent may reasonably request for the purposes of performing its functions as Agent or Security Agent under the Finance Documents; and
 - (ii) enter into and deliver to the successor Agent or Security Agent (as applicable) those documents and effect any registrations as may be reasonably required for the transfer or assignment of all of its rights and benefits under the Finance Documents to the successor Agent or Security Agent.
- (f) [The Company shall, within three Business Days of demand, reimburse the retiring Agent or Security Agent (as applicable) for the amount of all costs and expenses (including legal fees) properly incurred by it in making available such documents and records and providing such assistance.]
- (g) The resignation notice of the Agent or Security Agent (as applicable) shall only take effect upon:
 - (i) the appointment of a successor which has accepted its role and in the case of the Security Agent has accepted its role as *agent des sûretés*; and
 - (ii) immediately on the successor Security Agent's acceptance of its appointment as *agent des sûretés* under paragraph (i) above, all rights and assets held by the Security Agent as *agent des sûretés* will be transferred to the successor Security Agent automatically (*de plein droit*) in accordance with article 2488-11 of the French Civil Code.
- (h) Upon the appointment of a successor, the retiring Agent or Security Agent (as applicable) shall be discharged from any further obligation in respect of the Finance Documents (other than its obligations under paragraph (e) above and, in the case of the Security Agent, under Clause 1.32 (Winding up of security arrangements)) but shall remain entitled to the benefit of Clause [15.3] (Indemnity to the Agent), Clause [15.4] (Indemnity to the Security Agent) and this Clause 0 (and any fees for the account of the retiring Agent or Security Agent (as applicable) shall cease to accrue from (and shall be payable on) that date). Any successor and each of the other Parties shall have the same rights and

obligations amongst themselves as they would have had if such successor had been an original Party.

- (i) The Agent shall resign in accordance with paragraph (b) au-dessus (and, to the extent applicable, shall use reasonable endeavours to appoint a successor Agent pursuant to paragraph (d) au-dessus) if on or after the date which is [three] months before the earliest FATCA Application Date relating to any payment to the Agent under the Finance Documents, either:
 - (i) the Agent fails to respond to a request under Clause [13.7] (FATCA and other information) and [the Company or] a Lender reasonably believes that the Agent will not be (or will have ceased to be) a FATCA Exempt Party on or after that FATCA Application Date;
 - (ii) the information supplied by the Agent pursuant to Clause [13.7] (FATCA and other information) indicates that the Agent will not be (or will have ceased to be) a FATCA Exempt Party on or after that FATCA Application Date; or
 - (iii) the Agent notifies the Company and the Lenders that the Agent will not be (or will have ceased to be) a FATCA Exempt Party on or after that FATCA Application Date;

and (in each case) [the Company or] a Lender reasonably believes that a Party will be required to make a FATCA Deduction that would not be required if the Agent were a FATCA Exempt Party, and [the Company or] that Lender, by notice to the Agent, requires it to resign.

- (j) [Each Obligor shall, at its own cost, take any action and enter into any document required by any successor Security Agent to ensure that each Transaction Security Document provides for effective and perfected security in favour of the successor Security Agent.]

1.17 Replacement of the Agent and the Security Agent

- (a) After consultation with the Company, the Majority Lenders may, by giving 30 days' notice to the Agent (or, at any time the Agent is an Impaired Agent, by giving any shorter notice determined by the Majority Lenders) or to the Security Agent replace the Agent or Security Agent (as applicable) by appointing a successor Agent or Security Agent [(acting through an office in the France)].
- (b) The retiring Agent or Security Agent shall (at its own cost if it is an Impaired Agent and otherwise at the expense of the Lenders):
 - (i) make available to the successor Agent or Security Agent such documents and records and provide such assistance as the successor Agent or Security Agent may reasonably request for the purposes of performing its functions as Agent or Security Agent under the Finance Documents; and

- (ii) enter into and deliver to the successor Agent or Security Agent those documents and effect any registrations as may be reasonably required for the transfer or assignment of all of its rights and benefits under the Finance Documents to the successor Agent or Security Agent.
- (c) The appointment of the successor Agent shall take effect on the date specified in the notice from the Majority Lenders to the retiring Agent.
- (d) The appointment of the successor Security Agent shall only take effect upon:
 - (i) the appointment of a successor which has accepted its role as *agent des sûretés*; and
 - (ii) immediately on the successor Security Agent's acceptance of its appointment as *agent des sûretés* under paragraph (ii) above, all rights and assets held by the Security Agent as *agent des sûretés* will be transferred to the successor Security Agent automatically (*de plein droit*) in accordance with article 2488-11 of the French Civil Code.
- (e) As from the date on which the appointment of a successor Agent or Security Agent shall have taken effect, the retiring Agent or Security Agent shall be discharged from any further obligation in respect of the Finance Documents (other than its obligations under paragraph (b) *au-dessus* and, in the case of the Security Agent, under Clause 1.32 (Winding up of security arrangements)) but shall remain entitled to the benefit of Clause [15.3](Indemnity to the Agent), Clause [15.4](Indemnity to the Security Agent) and this Clause 0 (and any fees for the account of the retiring Agent or Security Agent shall cease to accrue from (and shall be payable on) that date).
- (f) Any successor Agent or Security Agent and each of the other Parties shall have the same rights and obligations amongst themselves as they would have had if such successor had been an original Party.

1.18 Confidentiality

- (a) In acting as agent or *agent des sûretés* for the Finance Parties, the Agent or Security Agent (as applicable) shall be regarded as acting through its agency division which shall be treated as a separate entity from any other of its divisions or departments.
- (b) If information is received by another division or department of the Agent or Security Agent, it may be treated as confidential to that division or department and the Agent or Security Agent (as applicable) shall not be deemed to have notice of it.

1.19 Relationship with the Lenders

- (a) The Agent may treat the person shown in its records as Lender at the opening of business (in the place of the Agent's principal office as notified to the Finance Parties from time to time) as the Lender acting through its Facility Office:
 - (i) [entitled to or liable for any payment due under any Finance Document on that day; and]
 - (ii) entitled to receive and act upon any notice, request, document or communication or make any decision or determination under any Finance Document made or delivered on that day,

unless it has received not less than five Business Days' prior notice from that Lender to the contrary in accordance with the terms of this Agreement.

- (b) Any Lender may by notice to the Agent appoint a person to receive on its behalf all notices, communications, information and documents to be made or despatched to that Lender under the Finance Documents. Such notice shall contain the address, fax number and (where communication by electronic mail or other electronic means is permitted under Clause X) electronic mail address and/or any other information required to enable the transmission of information by that means (and, in each case, the department or officer, if any, for whose attention communication is to be made) and be treated as a notification of a substitute address, fax number, electronic mail address (or such other information), department and officer by that Lender for the purposes of Clause X and paragraph (a) (ii) of Clause X and the Agent shall be entitled to treat such person as the person entitled to receive all such notices, communications, information and documents as though that person were that Lender.
- (c) Each Finance Party and each Obligor shall supply the Security Agent with any information that the Security Agent may reasonably specify as being necessary or desirable to enable the Security Agent to perform its functions as Security Agent.

1.20 Credit appraisal by the Lenders

Without affecting the responsibility of any Obligor for information supplied by it or on its behalf in connection with any Finance Document, each Lender confirms to the Agent, the Security Agent and the Arranger that it has been, and will continue to be, solely responsible for making its own independent appraisal and investigation of all risks arising under or in connection with any Finance Document including but not limited to:

- (a) the financial condition, status and nature of each member of the Group;
- (b) the legality, validity, effectiveness, adequacy or enforceability of any Finance Document, the Security Property and any other agreement, arrangement or document entered into, made or executed in anticipation of, under or in connection with any Finance Document or the Security Property;

- (c) whether that Lender has recourse, and the nature and extent of that recourse, against any Party or any of its respective assets under or in connection with any Finance Document, the Security Property, the transactions contemplated by the Finance Documents or any other agreement, arrangement or document entered into, made or executed in anticipation of, under or in connection with any Finance Document or the Security Property;
- (d) the adequacy, accuracy or completeness of the Information Memorandum and any other information provided by the Agent, the Security Agent, any Party or by any other person under or in connection with any Finance Document, the transactions contemplated by any Finance Document or any other agreement, arrangement or document entered into, made or executed in anticipation of, under or in connection with any Finance Document; and
- (e) the right or title of any person in or to, or the value or sufficiency of any part of, the Charged Property, the priority of any of the Transaction Security or the existence of any Security affecting the Charged Property.

1.21 [Agent's and Security Agent's management time

- (a) Any amount payable to the Agent or Security Agent under Clause [15.3] (Indemnity to the Agent), Clause [15.4] (Indemnity to the Security Agent), Clause [17] (Cost and expenses) and Clause 1.15 (Lenders' indemnity to the Agent and Security Agent) shall include the cost of utilising the management time or other resources of the Agent or Security Agent (as applicable) and will be calculated on the basis of such reasonable daily or hourly rates as the Agent or Security Agent may notify to the Company and the Lenders, and is in addition to any fee paid or payable to the Agent or Security Agent under Clause [12] (Fees).]
- (b) Without prejudice to paragraph (a) au-dessus in the event of:
 - (i) a Default;
 - (ii) the Security Agent being requested by an Obligor or the Majority Lenders to undertake duties which the Security Agent and the Company agree to be of an exceptional nature or outside the scope of the normal duties of the Security Agent under the Finance Documents; or
 - (iii) the Security Agent and the Company agreeing that it is otherwise appropriate in the circumstances,

the Company shall pay to the Security Agent any additional remuneration that may be agreed between them or determined pursuant to paragraph (c) au-dessous.

- (c) If the Security Agent and the Company fail to agree upon the nature of the duties, or upon the additional remuneration referred to in paragraph (b) au-dessus or whether additional remuneration is appropriate in the circumstances, any dispute shall be determined by an investment bank (acting as an expert and not as an arbitrator) selected

by the Security Agent and approved by the Company or, failing approval, nominated (on the application of the Security Agent) by [the President of the Paris Commercial Court among international and independent [...] firms] (the costs of the nomination and of the [investment bank] being payable by the Company) and the determination of any [investment bank] shall be final and binding upon the Parties.]

1.22 Deduction from amounts payable by the Agent

If any Party owes an amount to the Agent under the Finance Documents the Agent may, after giving notice to that Party, deduct an amount not exceeding that amount from any payment to that Party which the Agent would otherwise be obliged to make under the Finance Documents and apply the amount deducted in or towards satisfaction of the amount owed. For the purposes of the Finance Documents that Party shall be regarded as having received any amount so deducted.

1.23 Notice periods

Unless expressly provided to the contrary, where this Agreement specifies a minimum period of notice to be given to the Agent or the Security Agent, the Agent or the Security Agent (as applicable) may, at its discretion, accept a shorter notice period.

1.24 Conflict with Transaction Security Documents

If there is any conflict between this Agreement and any Transaction Security Document with regard to instructions to, or other matters affecting, the Security Agent, this Agreement will prevail.

1.25 Reliance and engagement letters

The Agent and the Security Agent may obtain and rely on any certificate, report or other document from any professional adviser or expert (including any Obligor's auditor) and may enter into any reliance letter or engagement letter relating to that certificate, report or other document on such terms as it may consider appropriate (including, without limitation, restrictions on the adviser's or expert's liability and the extent to which that certificate, report or other document may be relied on or disclosed).

1.26 No responsibility to perfect Transaction Security

The Security Agent shall not be liable for any failure (unless caused by its gross negligence or wilful misconduct) to perfect or protect the Transaction Security including any failure to:

- (a) require the deposit with it of any document certifying, representing or constituting the title of any Obligor to any of the Charged Property;
- (b) obtain any licence, consent or other authority for the execution, delivery, legality, validity, enforceability or admissibility in evidence of any Finance Document or the Transaction Security;

- (c) register, file or record or otherwise protect any of the Transaction Security (or the priority of any of the Transaction Security) under any law or regulation or to give notice to any person of the execution of any Finance Document or of the Transaction Security;
- (d) take, or to require any Obligor to take, any step to perfect its title to any of the Charged Property or to render the Transaction Security effective or to secure the creation of any ancillary Security under any law or regulation; or
- (e) require any further assurance in relation to any Transaction Security Document.

1.27 Insurance by Security Agent

- (a) The Security Agent shall not be obliged:
 - (i) to insure any of the Charged Property;
 - (ii) to require any other person to maintain any insurance; or
 - (iii) to verify any obligation to arrange or maintain insurance contained in any Finance Document,

and the Security Agent shall not be liable for any damages, costs or losses to any person as a result of the lack of, or inadequacy of, any such insurance.

- (b) Where the Security Agent is named on any insurance policy as an insured party, it shall not be liable for any damages, costs or losses to any person as a result of its failure to notify the insurers of any material fact relating to the risk assumed by such insurers or any other information of any kind, unless the Majority Lenders request it to do so in writing and the Security Agent fails to do so within fourteen days after receipt of that request.

1.28 Release of security

- (a) If an Obligor:
 - (i) ceases (or is to cease) to be a member of the Group; or
 - (ii) is released (or is to be released) from all its obligations under the Finance Documents, in a manner permitted under the Finance Documents, the Security Agent may release any Transaction Security created by that Obligor over its assets.
- (b) If a disposal of any asset subject to any Transaction Security is made (or is to be made) in the following circumstances:
 - (i) the disposal is permitted under the Finance Documents and will not result in, or could not reasonably be expected to result in, any Default;
 - (ii) [the Majority Lenders/all the Lenders] agree to the disposal;

- (iii) the disposal is made at the request of the Security Agent in circumstances where any Transaction Security has become enforceable; or
- (iv) the disposal is effected by enforcement of a Transaction Security Document,

the Security Agent may:

- (A) release the asset being disposed of from any Transaction Security over it; and
- (B) in the case of a disposal of shares in an Obligor which results in it ceasing to be a member of the Group, release all of the assets of that Obligor and any of its Subsidiaries from any Transaction Security over them, and release all of their respective liabilities and obligations under the Finance Documents.

However, the proceeds of any disposal (or an amount corresponding to them) shall be applied in accordance with the requirements of the Finance Documents (if any).

- (c) Any release under this Clause 1.28 will not become effective until the date the relevant Obligor ceases to be a member of the Group or is released from all its obligations under the Transaction Documents, or the date of the relevant disposal (as applicable) or otherwise in accordance with the consent of the Majority Lenders.
- (d) If a relevant Obligor remains a member of the Group or is not released from all its obligations under the Finance Documents, or a relevant disposal is not made, then any related release will have no effect, and the obligations of the Obligors under the Finance Documents will continue in full force and effect.
- (e) If the Security Agent is satisfied that a release is allowed under this Clause 1.28, (at the request and expense of the relevant Obligor) each Finance Party shall enter into any document and do all such other things which are reasonably required to achieve that release. Each other Finance Party irrevocably authorises the Security Agent to enter into any such document. Any release will not affect the obligations of any other Obligor under the Finance Documents.

1.29 Custodians and nominees

The Security Agent may appoint and pay any person to act as a custodian or nominee on any terms in relation to any Security Property as the Security Agent may determine, including for the purpose of depositing with a custodian this Agreement or any other document and the Security Agent shall not be responsible for any loss, liability, expense, demand, cost, claim or proceedings incurred by reason of the misconduct, omission or default on the part of any person appointed by it under this Agreement or be bound to supervise the proceedings or acts of any person.

1.30 Delegation by the Security Agent

- (a) Each of the Security Agent and any Delegate may, at any time, delegate by power of attorney or otherwise to any person for any period, all or any right, power, authority or discretion vested in it in its capacity as such.
- (b) That delegation may be made upon any terms and conditions (including the power to sub-delegate) and subject to any restrictions that the Security Agent, or that Delegate (as the case may be) may, in its discretion, think fit in the interests of the Secured Parties.
- (c) No Security Agent, or Delegate shall be bound to supervise, or be in any way responsible for any damages, costs or losses incurred by reason of any misconduct, omission or default on the part of, any such delegate or sub-delegate.

1.31 Acceptance of title

The Security Agent shall be entitled to accept without enquiry, and shall not be obliged to investigate, any right and title that any Obligor may have to any of the Charged Property and shall not be liable for, or bound to require any Obligor to remedy, any defect in its right or title.

1.32 Winding up of security arrangements

If the Security Agent, with the approval of the Agent, determines that:

- (a) all of the obligations and liabilities secured by the Transaction Security Documents have been fully and finally discharged; and
- (b) no Secured Party is under any commitment, obligation or liability (actual or contingent) to make advances or provide other financial accommodation to any Obligor pursuant to the Finance Documents,

then:

- (i) the rights acquired by and the asserts transferred to Security Agent in its capacity to act as *agent des des sûretés* under the Transaction Security will cease; and
- (ii) any Security Agent which has resigned pursuant to Clause 1.16 (Resignation of the Agent and the Security Agent) or been replaced pursuant to Clause 1.17 (Replacement of the Agent and the Security Agent) shall release, without recourse or warranty, all of its rights under each Transaction Security Document.

Index

A

Administrative agent : 178
Affaire Colocotronis : 62, 63
Affaire du gel des avoirs iraniens : 64
Afrique : 34, 110, 234, 459, 480, 495, 563, 568, 572, 573, 716
Agent de crédit : 39, 41, 42, 103, 105, 106, 139, 140, 142, 144, 147, 149, 151, 154, 155, 158, 163, 164, 174, 177, 180, 213
Agent des sûretés/agent des garanties (notion) : 2, 3, 185, 782
Arrangeur : 37, 42-44, 47-49, 51, 54, 63, 94, 105-108, 110-112, 114, 118-138, 159, 163, 164, 180, 213
Association Henri Capitant : 888, 947, 1025, 1026
Attractivité du droit français : 221, 363, 492, 494, 510, 639, 640, 644, 759, 1023, 1026

B

Bonne foi : 112, 254, 314, 792, 937

C

Cause d'un contrat : 386, 387, 427
CCLRF : 739, 864, 908, 914-916, 918-920, 922, 924, 927, 928, 933, 943, 1034
Chef de file : 41, 42, 56, 62, 77, 106, 110, 153, 171, 180, 405, 796
Clause de partage des paiements : 66, 67, 83
Clause de *pro tanto* : 356, 375, 402, 417, 429, 450, 454
Clauses limitatives de responsabilité : 63, 138, 828, 829
Club deal : 43, 51-53, 94
Collateral agent : 178, 179
Commission européenne : 68, 494
Common law : 7, 9, 79, 80, 87, 92, 182, 189, 220, 222, 223, 225, 226, 234, 236, 244, 249, 250, 286, 293, 294, 296-298, 301, 304, 308, 321, 344, 480, 649
Commonwealth : 7, 234, 235

Congrès des notaires de France : 344, 346, 459, 624, 625, 629, 630, 634, 637, 712, 717, 849, 918, 979
Contrat de commission : 197, 206, 210-213, 539, 632
Contrat de mandat : 12, 123, 152, 163, 180, 189-191, 195, 206, 212, 214, 215, 379, 382, 472, 538, 631, 804, 849, 897
Convention de partage des sûretés : 393, 400, 416, 435, 436
Convention inter-créanciers : 400, 552, 757,
Crédit syndiqué
 Crédit syndiqué (général) : 1, 3, 15-19, 25, 26, 36, 37, 54, 62, 68, 86, 87, 100, 102-104, 125, 141, 158, 163-166, 187, 195, 199, 200, 204, 209, 214, 215, 232, 235, 237, 238, 357, 366, 370, 375, 376, 380, 392, 408, 425, 463, 472, 475, 542, 551, 557, 558, 591, 684, 770, 787, 850, 889
 Concentration du pouvoir : 64, 65
Crédit unilatéral : 24
Crédit multilatéral : 25

D

Délocalisation : 9, 120, 317, 475, 496, 693
Dette parallèle : 7, 12, 215, 238, 349, 350-359, 361, 362, 364-371, 373-380, 382-389, 391-398, 400-403, 406-411, 416, 419, 421-426, 428, 429, 431-443, 446, 449-451, 454-463, 466, 471, 474, 527, 531, 545, 548, 557, 643, 658, 672, 695, 712, 1053, 1055
Droit de la concurrence : 60, 68-71

E

Économie comme facteur de changement de lois : 4, 5
Égalité entre créanciers : 164, 264
Enrichissement sans cause : 429, 435
Entrepreneur individuel : 4, 273, 482, 486, 858, 937, 938, 941, 951
Equity : 220, 222, 223, 226, 229, 242, 244, 276, 286
Euro Placements Privés : 169
Euro-crédits : 30, 62, 64

F

Facility agent : 177, 178

Fiducie : 185, 220-222, 226, 273, 281, 284, 317, 320, 321, 324, 326, 328, 331, 332, 336, 359, 392, 402, 423, 450, 456-459, 464, 466, 469, 475, 476, 479-485, 487-497, 499-507, 511, 513, 514, 519, 522, 523, 527, 537, 540-543, 549, 556, 559, 577, 582, 594, 620, 632, 669, 682, 710, 721, 740, 741, 748-750, 759, 760, 762, 818, 819, 821, 827, 834, 836-840, 842-851, 853-855, 857, 858, 861, 862, 869, 881, 890, 902, 906, 1026, 1054

Financement de projet : 1, 29, 69, 120, 232

Financement structuré : 27, 29, 35

G

Gage des stocks : 1014, 1016, 1026

Guerre du droit : 7, 11, 89, 496, 574, 575, 1053

H

Hiérarchie des normes : 982, 988

I

Inflation législative/surproduction de droit : 4-6, 1053

Interprétation de la loi : 229, 441, 452, 948

L

LBO : 27, 69, 168

LMA : 81-87, 89, 92-95, 97, 99, 133, 405, 829

M

Market flex clauses : 48, 49

Material Adverse Clause : 49

N

Nantissement

Nantissement de comptes-titres : 549, 570, 786, 961, 966, 967, 993

Nantissement de créances : 549, 963, 968, 993

Nantissement de fonds de commerce : 398, 604

Nantissement de matériel et d'outillage : 786, 998, 1013, 1015, 1016, 1031

Nantissement de parts sociales : 181, 549, 993

Nantissement de solde du compte bancaire : 181

O

Obligations sécurisées : 167, 169, 648, 692

OHADA : 185, 459, 560-578, 581-586, 588-592, 597, 601, 604, 612, 620-622, 637, 712, 716, 717, 744, 745, 749, 751, 752, 762, 764, 766, 783, 798, 807, 813, 816, 820, 826, 829, 849, 852, 853, 867, 879, 888, 918, 919, 962, 978, 981

Ordre public international : 411, 412, 419-424, 427-429, 433-435, 437, 441, 442, 444, 456

P

Pacte commissoire : 457, 604, 672, 801, 901, 1057

Paris Europlace : 623, 637-644, 646, 648, 650-653, 661-670, 673, 674, 676, 677, 679, 680, 682-684, 701, 714, 717, 849

Patrimoine

Patrimoine d'affectation : 4, 189, 211, 232, 238, 244, 269, 270, 273-275, 282, 326, 359, 361, 364-367, 402, 450, 454, 480, 482-484, 497, 503, 506, 554, 605, 607, 608, 632, 695, 703-705, 710, 712, 714, 730, 750, 811, 820, 822, 823, 827, 834-836, 844, 857-859, 861-863, 865-867, 869-880, 901, 902, 932, 951, 1053, 1057

Théorie classique du patrimoine : 4, 269, 271, 336, 484, 485, 858

Privilège du prêteur de deniers : 786, 1013, 1017, 1018, 1031

R

Résolution bancaire : 682, 738, 739, 743, 745, 746, 814, 864, 868, 906-908, 914, 923-925, 927, 928, 930, 931, 933-935, 942-947, 949-950, 952, 1028, 1029, 1046, 1053

Reverse flex clauses : 48, 49

S

Security agent : 2, 176-178, 241, 336, 440, 643, 782

Security package : 181, 183, 184, 415, 549, 796

Security trustee : 167, 171, 172, 176, 178, 185, 189, 215, 217, 226, 232, 234, 235, 238-242, 244, 246, 247, 284, 298, 300, 302, 303, 332, 335-338, 348, 349, 353, 357, 364, 366, 369, 370, 408, 433, 444, 454, 455, 462, 471, 476, 513, 518, 522, 527, 540, 557, 560, 643, 658, 697, 703, 714, 722, 903, 1055

Solidarité active : 12, 147, 197-200, 203-205, 212, 213, 332, 357, 375-378, 392, 441, 456, 458, 461, 463, 471, 473, 513, 527, 534, 643, 869

Subordination : 8, 882, 883

Surendettement des particuliers : 746, 868, 906, 935-937, 943-944, 946, 947, 1046, 1053

Syndicat bancaire : 1, 3, 16, 26, 39, 47, 56, 58, 61, 64, 65, 76, 77, 100, 103, 105, 108-110, 113, 114, 118, 119, 125,

127, 128, 140, 155, 166, 180, 181, 190, 194, 198, 206, 207, 212, 226, 232, 284, 350, 354, 356, 364, 370, 372, 376, 399, 405, 433, 606, 612, 617, 692, 703, 737, 755, 770, 799, 896, 897, 970, 1031

T

Trust : 7-9, 12, 178, 189, 190, 215, 216, 215-240, 242-251, 253-256, 258, 260, 262, 264-270, 272, 275-288, 293-326, 328-332, 334-346, 348-350, 357, 361-366, 369, 382, 398, 415, 440, 442, 458, 459, 461-463, 466-468, 475, 480, 488, 491, 494-496, 498, 503, 504, 542, 557, 573, 577, 590, 643, 658, 672, 695, 839, 840, 842, 943, 903, 1051, 1053, 1055

