

Conférence du Certificat de Droit Bancaire et Financier du 4 mai 2018 - L'agent des sûretés à la française

Le 4 mai 2018, la promotion 2018 du Certificat de droit bancaire et financier a eu l'honneur de participer à une conférence organisée par l'association du certificat animée par Thierry Bonneau et Maître Benjamin Guillemot, avocat chez CMS Francis Lefebvre Avocats sur le thème de la réforme du régime de l'agent des sûretés. Les professeurs Hervé Synvet et Pierre Crocq étaient présents et sont également intervenus pour mettre en lumière certains aspects du nouveau régime.

L'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 a réformé en profondeur le régime de l'agent des sûretés. Ce dispositif a pour but de combler les imperfections du Code civil et de l'ancien article 2328-1, qui a été abrogé par l'ordonnance, ainsi que de concurrencer le *security trustee* anglo-américain. Codifié aux nouveaux articles 2488-6 à 2488-12 du Code civil, le nouveau régime est grandement inspiré du régime de l'agent des sûretés en droit OHADA entré en vigueur en 2010.

L'un des fondements de l'aménagement du régime de l'agent des sûretés réside dans la nécessité d'organiser un partage des sûretés entre plusieurs créanciers. En effet, notamment en ce qui concerne les crédits syndiqués, il était nécessaire d'instaurer une gestion efficace des sûretés au regard de l'importance de ces opérations et du grand nombre de participants qui les caractérise.

Jusqu'à présent, à défaut d'un régime d'agent des sûretés défini avec précision, la technique juridique du mandat était généralement utilisée par la pratique en réponse à l'inefficacité du régime instauré par l'article 2328-1 du Code civil - qui était notamment réservé aux seules sûretés réelles - et aux incertitudes nées de son caractère laconique.

Le nouveau régime figurant aux articles 2488-6 à 2488-12 du Code civil fait la part belle au principe de liberté contractuelle. En effet, les conditions de désignation de l'agent des sûretés sont très souples. L'agent des sûretés n'est pas tenu d'être un créancier à l'opération garantie et il n'y a aucune condition de nationalité à respecter (ceci au risque de ne pas choisir un agent des sûretés français dans le cadre d'opérations internationales et s'exposer à des problématiques de procédure collective internationale).

Cependant, à peine de nullité, un écrit est imposé pour désigner l'agent des sûretés, lequel doit mentionner « *sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs* » (article 2488-7 du Code civil).

L'agent des sûretés a la titularité des sûretés qu'il prend et gère en son nom et pour le compte des bénéficiaires des sûretés, ce qui est une innovation majeure. Il est titulaire d'un patrimoine distinct de son patrimoine propre, affecté aux sûretés dont il a la gestion. L'article 2488-10 nouveau du

Code civil pose le principe selon lequel ce patrimoine d'affection est totalement étanche à une procédure collective affectant l'agent des sûretés. Les créanciers n'ont aucun droit sur le patrimoine propre de l'agent des sûretés, sauf s'il a engagé sa responsabilité contractuelle envers eux.

La gestion des sûretés est grandement facilitée par le nouveau régime à plusieurs égards. L'agent des sûretés va gérer les sûretés réelles et personnelles. Ainsi, l'obligation d'information de la caution pèsera sur lui. De la même manière, il organisera la gestion des stocks dans le cadre d'un gage de stocks avec dépossession. Il peut également avoir une mission de représentation et agir en justice pour le compte des créanciers garantis. Ses prérogatives vont être précisément définies par la convention établie entre les parties, laissant ainsi une grande place à la liberté contractuelle. L'agent des sûretés peut même déléguer une partie de ses pouvoirs.

S'agissant de la fin de la mission de l'agent des sûretés, il ne peut désormais plus être révoqué *ad nutum* comme c'était le cas avec la technique du mandat. Le nouvel article 2488-11 du Code civil liste des conditions de révocation. Ce même article prévoit que « *tout remplacement conventionnel ou judiciaire de l'agent des sûretés emporte de plein droit transmission du patrimoine affecté au nouvel agent des sûretés* », ce qui permet d'assurer la continuité du patrimoine affecté aux sûretés même en cas de remplacement ou de démission de l'agent des sûretés.

Malgré les importantes améliorations apportées au régime de l'agent des sûretés par l'ordonnance 2017-748, quelques interrogations subsistent.

Au titre de ces interrogations, on observera, d'une part, que l'article 2488-10 du Code civil ne vise pas, parmi les procédures collectives sans effet sur le patrimoine d'affectation, la procédure de résolution bancaire. Or, souvent l'agent des sûretés sera désigné parmi les créanciers garantis, lesquels seront souvent des banques. Le Sénat a relevé cet oubli et a proposé de le corriger dans le projet de loi de ratification de l'ordonnance 2017-748.

D'autre part, l'ordonnance s'est bornée à façonner le nouveau régime de l'agent des sûretés sans revenir sur certains des textes relatifs aux sûretés. Si l'esprit doit inviter à relire ces textes, antérieurs au régime de l'agent des sûretés, en substituant l'agent des sûretés aux références aux créanciers des obligations garanties, une certaine confusion peut subsister, notamment lorsque certaines sûretés sont réservées à une catégorie de créanciers. Tel sera par exemple le cas, s'agissant des articles du Code monétaire et financier relatifs à la cession Dailly, sûreté très prisée des banques.

Pour conclure, les praticiens font observer que, quelques mois après l'entrée en vigueur du nouveau régime de l'agent des sûretés, les banques sont encore nombreuses à réserver l'usage de ce nouvel agent des sûretés et à désigner, à l'occasion d'un crédit syndiqué assorti de sûretés, un agent des sûretés mandataire des créanciers. Le faible engouement autour du nouveau régime de l'agent des sûretés doit être relativisé par le caractère très récent de son entrée en vigueur et l'absence de loi de

ratification du texte à ce jour qui pourrait encore améliorer les dispositions de l'ordonnance 2017-748. En outre, la réforme du droit des sûretés actuellement envisagée pourrait balayer les incertitudes précédemment évoquées.

Cette réforme nous semble devoir être saluée, en ce qu'elle était nécessaire pour l'attractivité de la place française.