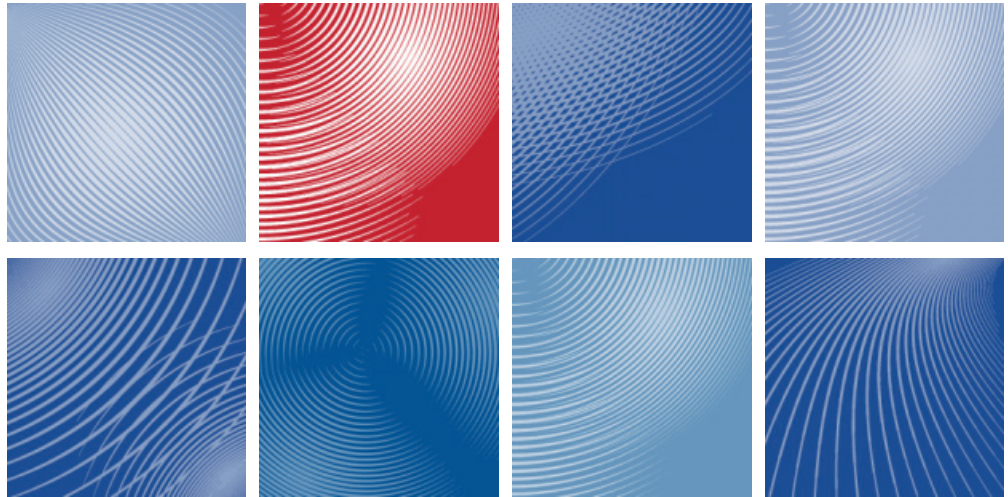




Avocats à la Cour ■ Rechtsanwälte



L'AGENT DES SÛRETÉS (ENFIN) CONSACRÉ PAR LE DROIT FRANÇAIS !

12.05.17

Pour le financement d'opérations importantes, les emprunteurs font souvent appel à plusieurs banques proposant alors des crédits syndiqués. Ce regroupement leur permet également de partager le risque entre elles. L'agent des sûretés en tant que chef de file joue à ce titre un rôle clé dans ce type d'opérations.

Alors que l'agent des sûretés avait été créé de façon tonitruante en droit français par l'article 2328-1 du Code civil de la loi du 19 février 2007, n°2007-211, les professionnels avaient vite délaissé ce mécanisme, le trouvant trop imprécis. Les praticiens ont alors continué à emprunter les mécanismes étrangers (parallel debt, trust) ou traditionnels (mandat, solidarité active) pour structurer leurs opérations de prêt syndiqués.

Très attendue des professionnels, l'ordonnance du 4 mai 2017 n°2017-748, par application de la loi dite Sapin II, vient apporter un nouveau souffle à l'agent des sûretés. Les articles 2488-6 à 2488-12 du Code civil relatifs à l'agent des sûretés entreront en vigueur à compter du 1er octobre 2017.

Cette réforme est prometteuse à de nombreux égards :

1. Élargissement du champ d'intervention de l'agent,
2. Création d'un patrimoine d'affectation,
3. Clarification des droits de l'agent et pouvoirs élargis,
4. Remplacement de l'agent des sûretés,
5. Responsabilité de celui-ci.

1. Au terme de l'article 2488-6 du Code civil, l'agent des sûretés pourra, à l'instar du droit OHADA, enfin gérer l'ensemble des sûretés déterminables, existantes ou futures, qu'elles soient des sûretés réelles et/ou personnelles.

L'ordonnance est venue clarifier ce point en soulignant que l'agent agira en son nom et pour le compte des créanciers.

Cette précision est la bienvenue car elle permettra d'anticiper le changement des créanciers au sein du pool bancaire, changement pour lequel la validité et l'opposabilité des sûretés peuvent vite devenir des questions lourdes et couteuses.

A titre d'exemple, si un créancier A venait à céder une sûreté à un créancier B, tiers au pool bancaire, l'agent des sûretés ne serait pas à nouveau contraint d'effectuer les formalités requises liées aux sûretés puisque celles-ci auront été faites en son nom et pour le compte des créanciers (jusqu'alors, cette imprécision juridique pouvait être palliée par la technique du mandat ou de la solidarité active sans pour autant que la notion française d'agent des sûretés ne remporte un franc succès).

Contact



Kim Linard

Associé
linard@gg-v.net



Diane Granboulan

Avocat
granboulan@gg-v.net

**GGV Avocats à la Cour -
Rechtsanwälte - Paris**

12 rue d'Astorg, 75008 Paris

www.gg-v.fr

2. Par ailleurs, réclamée depuis longtemps par la doctrine, la création d'un patrimoine d'affectation, séparant les créances liées à sa mission d'agent de son patrimoine propre, sera un vecteur de sécurité pour les créanciers à l'obligation garantie, notamment :

- À l'encontre des autres créanciers débiteurs ou du constituant de la sûreté, sauf cas de fraude ou créanciers titulaires d'un droit de suite sur ces biens et droits.
- Lorsque l'agent des sûretés fait l'objet d'une procédure collective.

3. Le nouvel article 2488-7 du Code civil imposera à ce que l'agent des sûretés soit désigné contractuellement avec mention de « sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs ».

Au regard de la rédaction de l'article 117 I. 2° b) de la loi Sapin II, certains auteurs avaient émis la crainte de voir nommer l'agent des sûretés dans le contrat de crédit en lui-même. Il n'en est rien dans l'ordonnance : la désignation de l'agent pourra être efficacement effectuée par les seuls créanciers connus au jour de sa désignation. Une ratification ultérieure par les créanciers futurs pourra être par la suite prévue.

Alors que l'agent des sûretés pouvait d'ores et déjà ester en justice sous réserve d'avoir obtenu un mandat exprès, le rôle de l'agent est désormais élargi en ce qu'il peut (i) représenter les créanciers, (ii) intenter une action pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, ainsi que (iii) procéder à la déclaration des créances garanties en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur de ladite obligation.

Lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de l'obligation garantie, il devra néanmoins faire expressément mention de sa qualité d'agent des sûretés.

4. En outre, le risque de défaillance de l'agent de sûretés ne pouvait plus être ignoré depuis la crise financière de 2008 et se devait être réglementé. En cas de procédure collective de l'agent, les sûretés seront donc protégées en raison du patrimoine distinct de celui-ci et, au besoin, un agent des sûretés provisoire pourra être désigné pour continuer de gérer lesdites sûretés. Ainsi, le remplacement de l'agent emportera de plein droit transmission du patrimoine affecté au nouvel agent des sûretés.

Le remplacement de l'agent des sûretés pourra être prévu judiciairement ou contractuellement ; ce qui nous semble important dans la pratique en cas de manquement de l'agent à ses obligations, de mise en péril des intérêts des créanciers ou de tout autre mésentente avec ledit pool bancaire.

5. La responsabilité de l'agent n'étant nullement évoquée dans la loi Sapin II, l'ordonnance s'inspire de du droit de l'OHADA en instaurant une responsabilité de l'agent sur son patrimoine propre dès lors qu'il commet des fautes dans l'exercice de sa mission.

Cette ordonnance vient ainsi apporter une simplification dans les montages juridiques d'opérations de financements et permet ainsi de redorer la compétitivité française en matière de financements syndiqués ou hybrides.

Par la suite, la pratique viendra clarifier le régime fiscal de l'opération afin de s'assurer de la neutralité fiscale de l'opération, notamment lors de la réalisation de la sûreté (conséquences de l'attribution judiciaire ou conventionnelle à l'agent des sûretés pour le compte des créanciers, profit éventuel réalisé au moment de la revente) : les créanciers devront rester redevables de l'ensemble des droits d'enregistrement, des taxes de publicité foncière et des impôts directs.