

Droit des sûretés

EN DROIT FRANÇAIS, L'AGENT DES SÛRETÉS N'EST PAS UN FIDUCIAIRE



JAMES LEAVY
Associé
Weil, Gotshal
& Manges,
Paris

L'Article 2328-1 du Code civil sur l'agent des sûretés, qui a été adopté en même temps que les articles sur la fiducie, devra sans doute faire l'objet de modifications dans le but de dissiper les incertitudes qui semblent l'entourer. À cette occasion, il serait important de préciser que l'agent des sûretés 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.

Au cours des dernières années, la modernisation du droit des sûretés en France a été impressionnante, ce qui, en principe, devrait permettre aux entreprises françaises d'accéder plus facilement au crédit. Cependant, 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.

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 de 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. En revanche, le droit français ne pouvait conceptualiser les relations juridiques entre le constituant d'une sûreté, l'agent des sûretés et les bénéficiaires de la sûreté, de manière à offrir une solution pratique dans ce domaine pouvant rivaliser avec l'agent des sûretés de droit anglais.

Puisque le droit français connaît maintenant une institu-

tion, 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 de sûretés pour le bénéfice d'un pool bancaire¹.

Après avoir rappelé brièvement la contribution du trust en droit anglais à l'activité et à l'efficacité juridique de l'agent des sûretés, nous examinerons dans quelle mesure la fiducie française pourrait constituer le fondement juridique pour le rôle de l'agent des sûretés en droit français. Nous postulons alors que la fiducie française étant mal adaptée à cette fin, c'est une version plus étoffée de l'article 2328-1, mais indépendante de la fiducie du Code civil, qui pourrait permettre au droit français de reconnaître à la personne visée par cet article un rôle essentiellement équivalent à celui de l'agent des sûretés de droit anglais.

L'AGENT DES SÛRETÉS EN DROIT ANGLAIS : UN MÉCANISME FIDUCIAIRE

Le trust est utilisé depuis longtemps en droit anglais dans les émissions d'obligations. Dans le cas d'un crédit consenti par un pool bancaire, 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 étant un véritable fiduciaire.

Étant un trustee, l'agent des sûretés peut prendre, gérer et réaliser des sûretés en son propre nom et de son pro-

1. Par exemple G. Ansaloni et I. Dursons, « L'Agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un pool bancaire », JCP Semaine juridique, n° 27, 2009, p. 8.

pre chef. Il n'agit pas à cette fin en tant que mandataire des bénéficiaires et l'identité des bénéficiaires n'a aucune importance pour les relations entre l'agent des sûretés, le constituant et les tiers. Par conséquent, la composition du pool de bénéficiaires peut évoluer sans que cette évolution n'affecte les sûretés déjà consenties à l'agent.

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. Mais dans ce cas, on parle d'un droit qui n'a pas son équivalent en droit français et qu'un juriste français hésiterait à qualifier comme un véritable droit de propriété².

On n'entrera pas ici dans la description du trust anglais et le rôle de l'*equity* qui en est le fondement, car ce qui nous intéresse ici est surtout le droit français. 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 l'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 ;

- 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 tout.

LA FIDUCIE FRANÇAISE : FONDEMENT JURIDIQUE IMPARFAIT POUR L'AGENT DES SÛRETÉS

Puisque le trust constitue le fondement juridique de l'agent des sûretés de droit anglais, il y a une certaine logique à chercher dans la nouvelle fiducie française un nouveau fondement juridique de l'agent des sûretés de droit français. Dans quelle mesure la fiducie française peut-elle constituer un fondement juridique pour l'agent des sûretés ?

Une façon simple de répondre à cette question est de se demander si l'on peut, sur le fondement de la fiducie française, obtenir pour l'agent des sûretés, ainsi que pour les membres du pool bancaire, les trois résultats que

nous avons identifiés en examinant le trust anglais, c'est-à-dire, simplicité dans la constitution, gestion et réalisation des sûretés, indépendance des sûretés en cas de changement dans la composition du pool bancaire et un véritable droit de type réel reconnu aux prêteurs du pool sur les sûretés ainsi créées.

Simplicité dans la constitution, la gestion et la réalisation des sûretés

Si l'on veut analyser la fiducie française à l'aune de la simplicité dans le contexte de l'activité de l'agent des sûretés, il faut distinguer trois situations :

- l'utilisation de la fiducie en tant que mécanisme de sûreté (la fiducie-sûreté) ;

- « la fiducie de sûretés », c'est-à-dire le transfert au patrimoine fiduciaire de sûretés déjà existantes ;

- la prise des sûretés autres que la fiducie-sûreté par l'agent des sûretés agissant à titre de fiduciaire.

Dans le premier cas, celui de la fiducie-sûreté, le droit français offre en effet un mécanisme simple et direct de prendre une sûreté très efficace. Par un acte sous seing privé, le constituant peut transférer à un fiduciaire, à titre de garantie d'une obligation, des biens, des droits ou des sûretés ou un ensemble de biens, droits ou sûretés. Le fiduciaire tient ces biens, droits ou sûretés dans un patrimoine d'affectation, séparés de son patrimoine propre. Le transfert au fiduciaire constitue lui-même la sûreté et cette sûreté est une vraie sûreté-propriété.

C'est le contrat de fiducie qui détermine pour l'essentiel les droits et obligations des différentes parties à la fiducie. Sous la seule réserve de respecter les règles fondamentales inhérentes à la fiducie, notamment les conséquences du transfert des biens, droits et sûretés au patrimoine fiduciaire³, le droit français offre un régime très flexible de gestion et de réalisation de la fiducie-sûreté. Les formalités d'opposabilité aux tiers de la fiducie sûreté sont simples. Dans le cas d'une fiducie-sûreté portant sur des biens meubles, il s'agit de l'enregistrement fiscal dans les 30 jours de la signature de l'acte de fiducie⁴. Dans le cas d'une fiducie-sûreté portant sur un bien immeuble ou sur les droits immobiliers, il faut publier à la conservation des hypothèques et dans le cas d'une fiducie-sûreté portant sur des créances, il faut, pour que cette sûreté soit opposable au débiteur de la créance cédée, lui notifier la cession fiduciaire par voie de notification simple⁵. Certaines informations sont inscrites au Registre national des fiducies mis en œuvre par le ministère du Budget⁶.

Ces règles simples se comparent avantageusement avec la création d'une sûreté en faveur d'un agent de sûretés en droit anglais. S'agissant des bénéficiaires de la fiducie, au cas où le fiduciaire ne serait pas lui-même le bénéficiaire de la fiducie, on peut en droit français limiter leur rôle

2. Même dans certains ouvrages de doctrine en Angleterre, on parle de « *equitable ownership* » (pour la distinguer du « *legal ownership* » dont le trustee est investi). La réalité est plus complexe. Cette explication, tirée du jugement d'un tribunal australien dans l'affaire *re Transphere Pty Ltd.* (1986) 5 NSWLR 309, pourrait peut-être aider le juriste français à comprendre la nature des droits du bénéficiaire d'un trust en droit anglais : « *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 law 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.* » Il n'y a donc pas de rapprochement à faire entre le « *equitable ownership* » et le démembrement de propriété que connaît le droit civil français.

3. *Banque de Nouvelle-Écosse c/ Thibault* (2004) 1 RCS 758 (décision de la Cour suprême du Canada), J. Leavy, « Administration de la fiducie : Quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire ? », *Banque & droit* n° 123, janvier-février 2009, p. 14.

4. Code civil, article 2019.

5. Code civil, article 2018-2.

6. Code civil, article 2020 : Décret 2010-219 du 2 mars 2010.

pour tout ce qui concerne la gestion et la réalisation des sûretés car, en principe, ces activités relèvent de la seule autorité du fiduciaire.

En plus, la participation des bénéficiaires de la fiducie à l'acte de constitution de la fiducie n'est pas nécessaire. Il n'est même pas nécessaire que l'identité des bénéficiaires soit connue au moment de la constitution de la fiducie. Il suffit que les règles permettant de déterminer l'identité des bénéficiaires de la fiducie soient prévues dans l'acte de constitution de la fiducie⁷.

Mais à la différence du droit anglais pour lequel l'identité des bénéficiaires du trust est une affaire purement privée, en droit français, l'identification nominative des bénéficiaires de la fiducie est un élément essentiel du contrat de fiducie.

Si les bénéficiaires ne sont pas nominativement désignés dans le contrat au moment de sa signature, mais le sont plus tard, cette désignation postérieure doit être, sous peine de nullité, enregistrée de la même manière que le contrat lui-même⁸. Par conséquent, un bénéficiaire non-enregistré ne pourrait pas se prévaloir de ses droits au titre de la fiducie car il n'en aurait pas. Le fiduciaire agissant à titre d'agent des sûretés devrait s'assurer à tout moment que les formalités permettant de reconnaître les bénéficiaires de la fiducie en tant que tels auront été accomplies – surtout en cas de réalisation de la sûreté – un souci qui n'est pas imposé à l'agent des sûretés de droit anglais.

Jusqu'à présent nous avons examiné la fiducie-sûreté, c'est-à-dire la constitution d'une sûreté au moyen d'un transfert fiduciaire. Deux autres situations pourraient être envisagées : (i) le transfert de sûretés au patrimoine fiduciaire comme l'article 2018 du Code civil le permet et (ii) la prise de sûretés autres que la fiducie-sûreté elle-même par l'entité visée à l'article 2328-1 du Code civil agissant en tant que fiduciaire.

Dans le premier cas, il faut passer par deux étapes : la prise des sûretés et ensuite le transfert de celles-ci au patrimoine fiduciaire. Ce système ne simplifie en rien la prise de sûretés mais il pourrait simplifier la gestion et la réalisation des sûretés ainsi transférées au patrimoine fiduciaire.

Mais en l'absence de précisions dans la législation, des incertitudes existent sur le fonctionnement de la « fiducie de sûretés »⁹. Par exemple, comment transférer des sûretés au patrimoine fiduciaire sans transférer à ce même patrimoine les droits dont les sûretés transférées sont accessoires ? En cas de transfert de sûretés dont la constitution ou l'accession à l'opposabilité requiert l'accomplissement de formalités, faut-il suivre les formalités qui seraient normalement applicables en cas de changement de bénéficiaire des sûretés ? Est-ce que la « fiducie de sûretés » serait régie par les articles 2372-1 et suivants du Code civil qui parlent de la cession de propriété en garantie d'un « bien » ou d'un « droit » mais qui ne par-

lent pas de la cession d'une « sûreté ».

La troisième possibilité est la prise de sûretés autres que la fiducie-sûreté elle-même par l'agent des sûretés de l'article 2328-1 du Code civil agissant à titre de fiduciaire. Est-ce que cette entité pourrait prendre les sûretés directement en agissant au nom du patrimoine fiduciaire ? Sinon comment prendrait-elle les sûretés à titre de fiduciaire ?

La fiducie française suppose que les biens, droits et sûretés mis en fiducie se trouvent dans un premier temps dans le patrimoine du constituant, la « fiducie » étant précisément le transfert de ces biens, droits ou sûretés au patrimoine fiduciaire détenu par le fiduciaire *ès qualités*.

Si l'entité de l'article 2328-1 agit en tant que fiduciaire, il n'est pas évident qu'il puisse prendre des sûretés directement, sauf dans le cas de la fiducie-sûreté pure – quand la propriété des biens et droits est transférée directement par le constituant au patrimoine fiduciaire à titre de garantie. Évidemment, on pourrait favoriser l'utilisation de la fiducie-sûreté dans tous les crédits consentis par un pool bancaire. Mais outre le fait que la fiducie-sûreté de droit français n'accorde pas de droits réels aux bénéficiaires de la fiducie sur le patrimoine fiduciaire (du moins avant l'étape de réalisation)¹⁰, elle impose aussi des devoirs au fiduciaire concernant le patrimoine d'affectation créé par la constitution de la sûreté. Le fiduciaire pourrait déléguer certains de ces devoirs mais il ne pourrait pas les déléguer tous : il a une responsabilité inhérente pour la gestion du patrimoine fiduciaire¹¹. Le bénéficiaire des sûretés traditionnelles sans dépossession n'assume pas de tels devoirs.

Indépendance des sûretés en cas de changement dans la composition du pool bancaire

Puisque la fiducie-sûreté est prise par le fiduciaire et non pas par les bénéficiaires de la fiducie, on peut tout à fait concevoir que cette sûreté puisse être prise, gérée et réalisée sans être affecté par des changements pouvant intervenir dans la composition du pool bancaire en tant que bénéficiaire de la fiducie. Comme nous l'avons vu, il n'est pas nécessaire que les bénéficiaires de la fiducie soient nommément désignés dans le contrat de fiducie. Il suffit que le contrat de fiducie contienne les règles permettant de déterminer les bénéficiaires de la fiducie au moment pertinent.

Mais dans tous les cas, l'identité des bénéficiaires doit, sous peine de nullité de leurs droits et, éventuellement, de la nullité de l'opération fiduciaire, être enregistrée dans les 30 jours de la connaissance de l'identité du ou des bénéficiaires et doit figurer au Registre national des fiducies. L'obligation d'enregistrement n'est pas forcément très difficile à remplir, mais la sanction en cas de manquement est très sévère. Aucune obligation de cette nature ne pèse sur l'agent des sûretés de droit anglais.

7. Code civil, article 2018, 5.

8. Code civil, article 2019.

9. Jean-François Adelle propose plusieurs pistes de réflexion sur l'utilisation de la « fiducie des sûretés », tout en admettant que des clarifications législatives seraient nécessaires afin de pouvoir mettre ce concept véritablement en œuvre : « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie des sûretés », *Revue de droit bancaire et financier*, sept.-oct. 2010, p. 6.

10. Les droits des bénéficiaires de la fiducie-sûreté au titre de l'article 2372-3 du Code civil ne sont reconnus qu'en cas de défaut de paiement de l'obligation garantie.

11. *Banque de Nouvelle-Écosse c/ Thibault* (2004) 1 RCS 758 (décision de la Cour suprême du Canada), J. Leavy, « Administration de la fiducie : quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire ? », *op. cit.*

Droits reconnus aux bénéficiaires de la fiducie

La fiducie française est assise sur le concept de patrimoine d'affectation et constitue une exception spécifique au principe de l'unicité et de l'universalité du patrimoine.

Le patrimoine fiduciaire qui résulte du contrat de fiducie et du transfert de biens, droits et sûretés au fiduciaire qui en est la conséquence, a lui-même toutes les caractéristiques d'un patrimoine. Le fiduciaire *ès qualités* est l'unique détenteur du patrimoine : ni le constituant ni le bénéficiaire ne peut revendiquer un droit réel sur le patrimoine et partant sur les éléments d'actif qui composent ce patrimoine¹².

Selon ce qui pourrait être prévu au contrat de fiducie, le constituant ou les bénéficiaires de la fiducie peuvent avoir un vrai droit de regard sur la gestion du patrimoine fiduciaire. Mais les bénéficiaires n'ont aucun droit réel sur le patrimoine fiduciaire, même s'ils disposent des recours contre le fiduciaire en cas de manquement par le fiduciaire à ses obligations légales ou contractuelles. Ce n'est qu'en cas de défaut de paiement de l'obligation garantie que les bénéficiaires de la fiducie-sûreté peuvent exercer des droits, au titre de l'article 2372-3 du Code civil (d'obliger le fiduciaire à transférer aux bénéficiaires la propriété du bien faisant l'objet de la fiducie-sûreté ou à vendre ce bien), qui ressemblent à certains droits de « *specific performance* » reconnus aux bénéficiaires d'un *trust* anglais. Il n'est pas évident que les bénéficiaires de la « fiducie de sûretés » puissent se prévaloir des droits prévus à l'article 2372-3 du Code civil.

Pendant la vie de la sûreté (ou, dans le cas de la fiducie-sûreté, jusqu'au moment où un défaut de paiement de l'obligation garantie aurait lieu), quel que soit le mécanisme par lequel le fiduciaire de droit français obtient *ès qualités* le bénéfice d'une sûreté, il demeure le seul titulaire du patrimoine fiduciaire et les bénéficiaires de la fiducie ne pourront avoir des droits réels quelconques sur ce patrimoine fiduciaire.

S'agissant du *trust* de *common law*, on peut reconnaître une distinction formelle entre le bénéficiaire du *trust* et le bénéficiaire de la sûreté prise par l'agent des sûretés en sa qualité de « *trustee* ». Le bénéficiaire formel des sûretés prises par l'agent des sûretés en droit anglais est l'agent lui-même, mais il détient ses droits au titre de ces sûretés « *in trust* » pour le bénéfice des bénéficiaires du *trust*, c'est-à-dire les membres du *pool* bancaire – et la situation de ces bénéficiaires est très différente de celles des bénéficiaires d'une fiducie française.

Il ne nous appartient pas ici de décrire précisément la nature des droits du bénéficiaire d'un *trust* anglais ; le sujet est vaste et complexe... et en évolution depuis au moins sept siècles¹³. Il suffit de dire que dans le cas des sûretés prises par un agent

de sûretés agissant en qualité de *trustee* pour le bénéfice des membres du *pool* bancaire, les tribunaux anglais reconnaîtraient aux membres du *pool* à tout moment, en leur qualité de bénéficiaires du *trust* ainsi créé, des droits qui sans être formellement des droits réels, pourraient être qualifiés de droit de « *type réel* » (et en tout cas bien plus que des droits purement personnels ou purement contractuels vis-à-vis du *trustee*), notamment le droit d'obtenir des tribunaux des recours de « *specific performance* » afin d'obliger le fiduciaire à gérer et réaliser les sûretés à leur bénéfice (tout en respectant les dispositions contractuelles régissant les relations entre l'agent des sûretés et les membres du *pool*).

Même s'il est difficile de qualifier par une seule expression la nature et l'étendue des droits du bénéficiaire d'un *trust* (surtout par une expression qui aurait une réelle signification pour un juriste français), l'ensemble de droits reconnus au bénéficiaire du *trust* est suffisamment cohérent et développé pour permettre, dans le cas de sûretés prises par l'agent des sûretés, aux bénéficiaires du *trust* (c'est-à-dire les membres du *pool* bancaire) d'assimiler leur situation du point de vue comptable et réglementaire à celle de véritable bénéficiaire plein et direct des sûretés.

Il semble difficile, sans opérer un changement très radical aux concepts de « *propriété* » ou de « *patrimoine* », de répliquer en droit français un mécanisme fiduciaire qui permettrait aux bénéficiaires de la fiducie d'assimiler leur situation juridique durant toute la durée de la sûreté – et, partant, les conséquences comptables et réglementaires qui en résulteraient – à celle de détenteur du patrimoine fiduciaire¹⁴. En droit français, ce rôle appartient exclusivement et nécessairement au fiduciaire, en tant que seul détenteur du patrimoine fiduciaire, sans partage à quelque titre que ce soit avec le constituant ou les bénéficiaires, sauf, dans le cas de la fiducie-sûreté, les droits des bénéficiaires en vertu de l'article 2372-3 du Code civil en cas de défaut de paiement de l'obligation garantie.

Si l'on veut créer en droit français un mécanisme semblable dans tous ses éléments essentiels à l'agent des sûretés de droit anglais, il faut œuvrer en dehors du cadre de la fiducie. À notre avis, l'article 2328-1 du Code civil doit être compris comme un mécanisme non-fiduciaire pour l'agent des sûretés.

L'ARTICLE 2328-1 DU CODE CIVIL : LE FONDEMENT D'UN MÉCANISME AD-HOC ET NON-FIDUCIAIRE D'AGENT DES SÛRETÉS EN DROIT FRANÇAIS

Conscients des faiblesses des autres fondements juridiques possibles de l'agent des sûretés, y compris le mandat, la solidarité « *active* » entre créanciers ou le concept de dette paral-

12. Le Code civil du Québec le dit plus explicitement que son homologue français : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel » (article 1261).

13. Selon R.E. Megarry, « *Equitable rights... came gradually to look less and less like mere rights in personam and more and more like rights in rem. Although it is possible still to regard them as rights in personam, it is perhaps best to treat them as hybrids, being neither entirely one nor entirely the other. They have never reached the status of rights in rem, yet the class of persons against whom they will be enforced is too large, for mere rights in personam* », *A Manual of the Law of Real Property* (1962), pp. 82-83.

14. Dans le but de favoriser le développement de la Place de Paris pour la finance islamique, il a été proposé de modifier l'article 2011 du Code civil afin de préciser que « le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine financier, au profit de ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie ». Une décision du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2009 a mis fin à cette tentative d'introduire une forme de « *beneficial ownership* » en droit français – ce qui aurait non seulement changé le fondement de la fiducie française mais peut-être aussi le concept même de « *propriété* » dans le droit civil français : voir L. Aynès et P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *Recueil Dalloz* 2009, 2559.

lèle dont le bénéficiaire serait l'agent des sûretés¹⁵, certains protagonistes de l'article 2328-1 cherchaient à créer par voie législative une relation juridique essentiellement *sui generis* entre le constituant des sûretés, les bénéficiaires des sûretés et un tiers qui serait une « instrumentalité » pour la constitution, la gestion et la réalisation des sûretés, mais sans s'interposer entre le constituant et le bénéficiaire, en ce qui concerne la titularité des sûretés, comme cela serait nécessairement le cas pour un fiduciaire.

L'article 2328-1 et l'exemple de l'agent des sûretés en Amérique du Nord : un mécanisme *ad-hoc* et non-fiduciaire

En cela, l'idée de l'article 2328-1 du Code civil et, dans une certaine mesure, le texte même de cet article ont été en partie inspirés par la législation d'autres pays dont le droit civil est d'origine française et qui ont intégré dans leur régime juridique une relation *sui generis* pour permettre la constitution de sûretés en faveur d'un groupe de bénéficiaires dont la composition peut varier, le tout par l'entremise d'une entité qui a pour mission de prendre, de gérer et de réaliser des sûretés agissant pour le compte des bénéficiaires de ces sûretés.

C'est, notamment, le cas du Québec, territoire de droit civil français mais localisé sur un continent où les règles et les institutions du droit anglo-américain sont prédominantes – et en premier lieu le *trust*.

Quand le Québec a adopté son nouveau Code civil en 1991 (il est entré en vigueur en 1994), il s'est inspiré pour le droit des sûretés mobilières du système en vigueur dans la plupart des provinces canadiennes de *common law*, système qui est lui-même très fortement influencé par l'article 9 du *Uniform Commercial Code* (UCC) des États-Unis. En particulier, la plupart des sûretés mobilières existantes à l'époque ont été remplacées par une seule « hypothèque » mobilière. Dans ce même nouveau Code civil, on trouve une section sur la fiducie, dont le fondement juridique est clairement affiché : tout comme la nouvelle fiducie du Code civil français, il s'agit du patrimoine d'affectation.

L'agent des sûretés est visé non pas par la section du

Code civil sur la fiducie mais par un article (article 2692) de la section du code consacrée aux « hypothèques » et qui dispose que « l'hypothèque qui garantit le paiement des obligations ou autres titres d'emprunt émis par le fiduciaire, la société en commandite ou la personne morale autorisée à le faire en vertu de la loi, doit, à peine de nullité absolue, être constituée par acte notarié en minute, en faveur du fondé de pouvoir des créanciers ».

Ce texte n'est pas sans poser des problèmes aux juristes québécois et au moins un juriste éminent a défendu la thèse que le « fondé de pouvoir » de l'article 2692 du Code civil du Québec est (ou du moins pourrait être) un vrai fiduciaire¹⁶. La majorité de l'opinion juridique pense le contraire et affirme que le « fondé de pouvoir » joue un rôle *sui generis*¹⁷ dans la prise, la gestion et la réalisation de sûretés pour le pool de prêteurs.

Ce rôle est très similaire à celui de *security agent* dans les provinces de *common law* au Canada ou aux États-Unis. Mais, contrairement à la position en Grande-Bretagne où le *security agent* est toujours un véritable *trustee*, les droits américain et canadien voient en la *security agent* une simple instrumentalité de création, de perfectionnement, de gestion et de réalisation de sûretés dont les titulaires sont les membres du pool de prêteurs.

Ainsi, la version de l'article 9 de l'UCC en vigueur dans l'État de New York prévoit que le *financing statement*, qui doit être déposé au registre public pour toute sûreté, est valable s'il inclut « le nom du créancier garanti ou d'un représentant du créancier garanti¹⁸ ». La loi ontarienne sur les sûretés mobilières prévoit que le « créancier garanti » signe le contrat de sûreté et dépose « l'état du financement¹⁹ ». Mais l'expression « créancier garanti » est définie de façon à inclure la « personne qui détient une sûreté pour son propre compte ou pour le compte d'une autre personne²⁰ ».

Dans ce système, l'identité exacte des créanciers garantis n'est pas en soi importante pour les documents de sûreté ni pour les *financing statements* ou leur équivalent en droit québécois. Il suffit que la personne qui prend la sûreté et qui dépose le *financing statement* ait le pouvoir de le faire de la part des créanciers. Les modalités et la forme de ce pouvoir ainsi que les conditions entourant l'exercice de ce pouvoir sont essentiellement des sujets devant être réglés par les créanciers eux-mêmes – ce qu'ils font dans le contrat de financement ou dans un accord séparé entre les seuls créanciers.

Le caractère essentiellement fonctionnel du rôle de l'agent des sûretés et du fondement juridique de ce rôle, tel qu'on

15. Un arrêt de la cour d'appel de Dijon du 21 septembre 2010 dans l'affaire *Belvédère* a fait un rapprochement entre la « dette parallèle » reconnue en faveur d'un agent des sûretés dans une opération régie par le droit de New York et la « solidarité active ». Outre le fait que l'arrêt de la cour d'appel se garde bien de reconnaître le concept de dette parallèle en droit français, le rapprochement entre ce concept et celui de la « solidarité active » est assez limité dans le contexte du rôle global de l'agent des sûretés. La « solidarité active » permettrait à tout créancier solidaire de réclamer le paiement de la totalité de la dette auprès du débiteur mais elle ne dispense pas chaque créancier de participer à la création des sûretés si la loi l'exige, et ne facilite en rien la gestion de ces sûretés en cas de changement de créancier. La vraie « dette parallèle », qui est une dette séparée reconnue en faveur de l'agent des sûretés à des qualités, indépendamment de la dette reconnue en faveur des créanciers (y compris, le cas échéant, l'agent des sûretés) en leur qualité de prêteurs, va beaucoup plus loin, en ce sens, que la solidarité active. Seule la « dette parallèle » est garantie par les sûretés, ce qui permet à l'agent des sûretés, en sa qualité de seul créancier de cette dette parallèle, d'agir seul pour la constitution, la gestion et la réalisation des sûretés et rend la gestion des sûretés indépendante de l'évolution du pool de prêteurs. On constate aussi que, dans son arrêt, la cour d'appel de Dijon n'a pas suivi l'invitation faite par les avocats de *Natixis* de faire un rapprochement entre la « dette parallèle » du droit de New York et l'article 2328-1 du Code civil.

16. J.B. Claxton, « The Corporate Trust Deed under Québec Law : Article 2692 of the Civil Code of Quebec », (1997) 42 *McGill L.J.* 797.

17. Xeno C. Martis « Loan Syndication in Secured Transactions » in *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, Conférences Meredith 1997 (Université McGill, Montréal), pp. 489-515. Voir aussi L. Payette, *Les Sûretés dans le Code civil du Québec* (Cowansville, 2000), pp. 257-269. Le « fondé de pouvoir » de l'article 2692 est l'héritier d'une entité prévue par une loi de 1914 appelée « fidéicommissaire », qui jouait le rôle de l'agent des sûretés. Les tribunaux sont vite parvenus à la conclusion que le « fidéicommissaire » n'était pas un vrai fiduciaire (*Laliberté c/ Larue* [1931] 1 R.C.S. 7 (Cour suprême du Canada)).

18. N.Y. Code – Section 9-502(a) : « provides the name of the secured party or a representative of the secured party »

19. Ontario, Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. p. 10.

20. *Ibid.*, art. 1 (texte officiel en français).

le pratique en Amérique du Nord, facilite le fonctionnement de l'agence des sûretés sans porter atteinte aux intérêts légitimes du débiteur, des prêteurs et des tiers.

Pour une version étoffée de l'article 2328-1 en tant que mécanisme non-fiduciaire

Dans sa rédaction actuelle, l'article 2328-1 du Code civil contient les éléments essentiels pour la mise en place d'une agence de sûretés en droit français. Il a été utilisé à plusieurs reprises pour des financements par des pools de prêteurs. Cependant, il a suscité beaucoup de réserves de la part des commentateurs et des professionnels, et comme Jean-François Adelle l'a souligné, on ne peut dire avec certitude si l'article 2328-1 a instauré un mécanisme fiduciaire ou non.

Dans ce texte, nous avons essayé de démontrer que la fiducie n'offre pas un fondement juridique adéquat en droit français pour l'agence des sûretés, qu'un mécanisme *ad-hoc*, tel qu'on le pratique en Amérique du Nord, y compris au Québec, pays de droit civil français, offre une solution simple et pratique pour l'agence de sûretés et que l'article 2328-1 du Code civil doit être considéré comme ayant instauré un tel mécanisme *ad-hoc* en droit français.

Il apparaît utile, voire même nécessaire, d'étoffer le texte de l'article 2328-1 du Code civil afin de dissiper les incertitudes qui entourent la rédaction actuelle²¹. On a déjà modifié le texte afin de préciser que l'agent agit aussi bien pour la constitution que pour l'inscription, la gestion et la réalisation des sûretés. On pourrait, par exemple, préciser que l'agent peut être désigné par les créanciers dans tout acte et pas seulement dans l'acte qui constate l'obligation garantie et que les créanciers pourraient remplacer l'agent des sûretés à tout moment et en particulier au cas où l'agent ferait l'objet d'une procédure collective prévue par le Livre VI du Code de commerce ou toute procédure équivalente.

Il serait utile de préciser que l'utilisation de l'instrumentalité de l'agent des sûretés n'affecte pas la titularité des sûretés, c'est-à-dire que les véritables titulaires des sûretés sont les créanciers garantis même si pour des raisons pratiques l'agent des sûretés assume la titularité ostensi-

ble des sûretés. Pour les raisons déjà évoquées, il n'est pas essentiel à la constitution, à la gestion ou à la réalisation des sûretés que les noms de tous les créanciers soient connus du débiteur ou de tout tiers à tout moment et le texte étoffé pourrait également le dire explicitement.

Comme l'expérience nord-américaine le démontre, il n'y a aucune incompatibilité entre le fait de déclarer que les créanciers garantis sont les titulaires des sûretés et le fait de ne pas faire apparaître l'identité de ces créanciers dans les documents de sûreté, dès lors qu'il existe entre l'agent des sûretés et ces créanciers des mécanismes pour les identifier lorsque cela s'avère nécessaire.

En principe, le fait de préciser que les créanciers garantis sont les titulaires des sûretés suffit pour écarter l'idée que l'agent des sûretés agissant au titre de l'article 2328-1 du Code civil serait un fiduciaire car les sûretés ne se trouveraient pas dans un patrimoine d'affectation – qui, en droit français, serait un élément essentiel d'une structure fiduciaire.

Dans la pratique, l'agent des sûretés apparaîtrait seul dans les documents de sûreté et dans les instruments de publicité des sûretés comme étant le représentant des créanciers. Il serait peut-être utile de spécifier que le fait que l'agent des sûretés apparaisse seul dans ces documents ou instruments n'affecte pas la titularité des sûretés.

CONCLUSION

Pour la réalisation de la version étoffée de l'article 2328-1 du Code civil préconisée dans ce texte, il faudrait adopter ce qui semblerait à première vue une attitude paradoxale : il faut éviter d'encadrer l'agent des sûretés français dans le régime de la fiducie alors que le *security agent* anglais, qui est de fait l'étalon pour mesurer l'efficacité du rôle de l'agent des sûretés, est lui un *trustee*. Mais, en raison des différences fondamentales entre la fiducie française et le *trust* anglais comme nous les avons vues, il faut fournir à l'agent des sûretés de droit français, agissant au titre de l'article 2328-1 du Code civil, un cadre juridique spécifique fondé sur une approche essentiellement fonctionnelle à son rôle si l'on veut parvenir au même résultat commercial que celui qu'offre le droit anglais au *security agent*, alors même que celui-ci est fondé spécifiquement sur le *trust*. ■

21. Par exemple, E. Gentil et J. Delbard, « L'Agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil », *Option Finance* n° 1050, 2 novembre 2009, p. 35 ; J.-L. Michaud, « La cotitularité des sûretés », *Droit et Patrimoine*, septembre 2008, p. 53 ; Jean-François 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 des sûretés », *Revue de droit bancaire et financier*, sept.-oct. 2010, p. 6.