

Banque

RETOUR SUR LA SUBORDINATION DES CRÉANCES



GUILLAUME ANSALONI
Docteur en droit
Avocat associé,
de Gaulle
Fleurance &
Associés

La notion de subordination des créances agite la pratique juridique. Cette technique est très utilisée alors que, paradoxalement, sa validité et son efficacité sont discutées. C'est pourquoi nous nous proposons de revisiter la notion, en distinguant, d'une part, les deux principales catégories de subordinations (générale et particulière) et, d'autre part, les deux phases de la vie d'une convention de subordination : lorsque le débiteur de la créance subordonnée est *in bonis* et lorsqu'il est en faillite. Ceci nous permettra de proposer une analyse cohérente de la subordination des créances, de nature à rassurer les utilisateurs du droit.

La pensée s'enferme trop souvent dans un cadre qu'elle se fixe à elle-même. La connaissance et l'expérience sont, à cet égard, perçus comme des freins à l'innovation¹. Il importe alors de trouver les moyens de franchir les limites dont l'esprit se rend prisonnier lorsqu'un système de réflexion conduit à une impasse ou, tout au moins, à une insatisfaction. On observe que l'analyse « disjonctive » dont nous sommes si familiers, qui conduit à raisonner en termes d'alternatives,

doit être dépassée lorsqu'elle révèle ses faiblesses². La pensée juridique n'échappe pas à cette nécessité. La théorie de la subordination des créances, que nous nous proposons de revisiter dans cette étude, en est selon nous un témoignage.

Il est possible d'aborder l'analyse de la subordination des créances par une définition générique : il s'agit d'un acte juridique aux termes duquel les créanciers d'un débiteur commun conviennent entre eux de l'ordre suivant lequel leurs créances respectives seront payées, le cas échéant lorsque le débiteur est *in bonis*, et en toute hypothèse en cas de faillite du débiteur. De tels arrangements conduisent donc à distinguer des créances prioritaires ou « seniors » et un ou plusieurs rangs de créances subordonnées ou « juniors », c'est-à-dire de rang inférieur.

La technique de la subordination est particulièrement utile dans la structuration d'un financement bancaire. En effet, que celui-ci ait pour objet l'acquisition d'une entreprise, d'un actif ou d'un projet, les ressources à long terme qui sont utilisées sont de deux ordres : ce sont d'une part les fonds propres et, d'autre part, le crédit bancaire moyen ou long terme. À cet égard, on doit souligner que la notion de fonds propres n'est définie qu'indirectement par le Code de commerce. L'article R. 123-190 du Code de commerce révèle que les fonds propres sont constitués des capitaux propres, définis à l'article R. 123-191 du même code, et des « autres fonds propres » qui comprennent le produit des émissions de titres participatifs et les avances conditionnées, ainsi que les emprunts subordonnés et les comptes d'associés affectés d'un engagement leur conférant une nature infra-chirographaire³. La technique

1. G. Hamel et H. Prahalad, *La Conquête du futur*, Dunod, 2^e éd., 2005 ; E. de Bono, *La Boîte à outils de la créativité*, Ed. d'Organisation, 2004.

2. F. Kourilsky, *Du désir au plaisir de changer – Comprendre et provoquer le changement*, préface P. Watzlawick, Dunod, 2^e éd., 1999, p. 67 s.

3. En ce sens, J. Stofflet, « Les capitaux propres », *Rev. Soc.* 1986, p. 541 s., et spéc. p. 544. Il convient de souligner que l'article R. 123-190 est descriptif plutôt

de la subordination permet donc d'élever certains titres de créances au rang de fonds propres. En particulier, les associés ont la possibilité d'apporter les ressources en fonds propres (l'*equity*), non seulement sous forme de capital social, mais encore sous forme d'avances en comptes courant d'associés⁴ ou d'emprunts obligataires, pour autant qu'ils soient affectés d'une clause de subordination⁵. Comme on le voit, sous cette forme, la subordination met aux prises d'un côté les apporteurs de fonds propres et, de l'autre, les établissements de crédit prêteurs en tant que pourvoyeurs de dette bancaire à moyen ou long terme. Les premiers, en tant que créanciers subordonnés, acceptent de n'être payés qu'une fois les seconds désintéressés.

Il existe deux types principaux de subordinations⁶. Le premier est la subordination générale (« *contractual subordination* »), où le créancier subordonné accepte de n'être payé qu'une fois les autres créanciers désintéressés. Cette figure correspond en droit français à la plupart des subordinations d'origine légale, c'est-à-dire celles que le législateur a expressément envisagées et organisées. Ce sont notamment celles prévues pour les prêts participatifs (article L. 313-13 et suivants du Code monétaire et financier), les titres participatifs (article L. 228-36 du Code de commerce), les titres super-subordonnés (article L. 228-97 du Code de commerce) ou encore les parts de fonds communs de titrisation (article L. 214-43 du Code monétaire et financier). De telles subordinations, qui peuvent également avoir une source exclusivement conventionnelle, peuvent s'analyser comme contenant une clause dite de « dernier rang », aux termes de laquelle le créancier subordonné accepte de n'être payé qu'après le complet remboursement de l'ensemble des autres créanciers d'un même débiteur. La clause de dernier rang a plutôt vocation à se rencontrer dans des émissions obligataires. On peut ajouter que les subordinations qui entrent dans cette catégorie se rapprochent très nettement du capital social, puisque dans une perspective financière, les associés s'apparentent à des créanciers de dernier rang⁷.

Le second type est formé par les subordinations particulières (« *turnover subordination* »). Dans ce cas, en cas de survenance d'un événement de défaut affectant le débi-

teur au titre du paiement de la créance prioritaire, voire plus souvent en cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier subordonné ne s'interdit pas de recouvrer la créance subordonnée ; bien au contraire, il s'engage parfois à la recouvrer et en tout cas s'oblige à transférer le produit de ce recouvrement (« *proceeds* ») au créancier prioritaire. Cette clause de transfert (« *turnover clause* ») constitue pour le créancier prioritaire une garantie spécifique dont lui seul profite à l'exclusion des autres créanciers. L'avantage qu'elle procure au créancier prioritaire auquel elle est consentie conduit naturellement à devoir préférer la subordination particulière à la subordination générale⁸.

Cette seconde catégorie de subordination, d'origine purement conventionnelle, est utilisée dans le cadre de financements bancaires, afin d'organiser le rang des créances des apporteurs de fonds propres d'une part – fonds propres apportés sous forme de prêts d'associés –, et des prêteurs bancaires d'autre part⁹. Elle résulte d'une convention conclue entre les premiers, qui ont alors la qualité de créanciers subordonnés, et les seconds, qui ont pour leur part la qualité de créanciers prioritaires. De tels accords de subordination comprennent deux phases. Dans une première phase, où le débiteur est *in bonis*, les créanciers subordonnés s'interdisent de recevoir tout paiement de la part du débiteur commun, à l'exception des paiements dits « autorisés », et s'engagent à restituer tout paiement qui serait réalisé à leur profit au mépris de cet engagement. Cet engagement perdure jusqu'au paiement intégral de la dette prioritaire. Dans une seconde phase, où le débiteur est soumis à une procédure collective d'apurement du passif, le créancier subordonné s'engage à restituer toute somme qui serait payée entre ses mains au titre des créances subordonnées : c'est la clause de « *turnover* » ou de transfert.

Lorsqu'elle est reconnue ou organisée par la loi, la validité comme l'efficacité de la subordination des créances n'est pas douteuse. En revanche, tel ne serait pas le cas lorsqu'elle résulte de l'accord des parties en dehors de tout dispositif légal. Le doute dont il s'agit concerne ainsi pour l'essentiel les conventions organisant une subordination particulière des créances.

Plusieurs études ont été menées au sujet de la notion de subordination de créance en droit français sans qu'aucune d'elles n'ait recueilli l'adhésion de la communauté juri-

qu'énocatif quant aux postes qui composent tant les capitaux propres que les autres fonds propres. Sur la question, v. également, H. Blaise, « Les fonds propres de l'entreprise », in *Mélanges Jean Derrupé*, GLN/Joly, 1991, p. 215 s. Comme on l'observe, les « quasi-fonds propres » ne correspondent à aucune réalité juridique ou financière. La distinction est binaire et soit une ressource entre dans la catégorie des fonds propres, soit elle en est exclue.

4. Qui ont la nature de contrat de prêt.

5. Sur l'intérêt de ce choix, v. G. Ansaloni et V. Haubert-McGetrick, *Financement de projet : enjeux juridiques et bancabilité d'une opération*, Revue Banque Édition, 2011, préf. T. Bonneau, avant-propos P. Théry, n° 182 s.

6. On peut aussi distinguer selon que la subordination est « complète » (« *complete subordination* »), c'est-à-dire lorsqu'aucun paiement n'est autorisé au profit du créancier pendant la période de subordination, ou bien incomplète (« *springing subordination* » ou « *inchoate subordination* »), c'est-à-dire lorsque la dette subordonnée est remboursable sauf en cas de survenance d'un événement de défaut en application de la convention d'ouverture de crédit (v. P. Wood, *Project finance, securitisations, subordinated debt*, Sweet & Maxwell, 2^e éd., 2007, § 10.003, p. 177).

7. Néanmoins cette vue n'est que financière, car d'un point de vue juridique, le critère de distinction entre la qualité de créancier et celle d'associé est indépendant de leurs rangs respectifs.

8. Pour reprendre l'exemple proposé par P. Wood (*Project finance, securitisations, subordinated debt*, op. cit., § 10.027, p. 188), supposons que l'actif d'un débiteur en faillite s'évalue à 180 et que son passif se monte à 300, composé de 100 de dette senior, 100 de dette junior et 100 d'autres dettes. Dans une subordination générale, le créancier senior pourra prétendre à 90 et les autres créanciers à 90. Le créancier subordonné n'aura droit à rien. À l'inverse, dans une subordination particulière, le dividende pour chaque dette de 100 se monte à 60. Dans ce cas, le créancier senior percevra outre les 60 de dividende, une somme de 40 de la part du créancier subordonné, soit un remboursement total. Le créancier subordonné percevra 20 (i. e. 60-40). On s'aperçoit qu'ainsi la subordination générale profite dans une même proportion à tous les créanciers (autres que le créancier junior) au détriment donc du créancier senior et du créancier junior.

9. Il est possible qu'en les deux s'intercalent des pourvoyeurs de dette mezzanine, dont le rang est subordonné à la dette bancaire et prioritaire à l'égard des apporteurs de fonds propres. Par ailleurs, les banques prêteuses ne sont généralement pas les seuls créanciers prioritaires ; elles se partagent en principe ce premier rang avec les banques contreparties aux opérations de couverture de taux.

dique¹⁰. Pour ne faire référence qu'à certaines propositions, il est permis de douter de la pertinence de la qualification de la subordination comme accessoire « négatif » de la créance pour le créancier subordonné, dès lors qu'un accessoire, par sa nature, s'ajoute à la créance¹¹. De même encore, il ne peut être soutenu que la subordination est une remise de dette sous condition suspensive – de la défaillance du débiteur, dès lors en particulier que l'on constate que le créancier subordonné conserve le droit, voire est conventionnellement obligé, de déclarer sa créance à la procédure collective du débiteur commun¹². De même enfin, la technique de la stipulation pour autrui, si couramment invoquée pour expliquer le mécanisme de la subordination¹³, révèle son inadéquation toutes les fois que chacun des intéressés est partie à la convention de subordination¹⁴. Une telle incertitude quant à la nature et, partant, quant au régime de la subordination des créances se révèle très insatisfaisante pour la pratique, puisque l'efficacité des engagements de subordination participe de la structure même de la documentation de financement.

Il nous semble pour notre part que ce constat d'échec tient, pour une large part, à ce que l'on a voulu proposer une analyse unitaire de la subordination des créances, alors qu'il existe une différence profonde entre la subordination générale (clause de dernier rang) et la subordination particulière (clause de *turnover*). Leur point commun tient à ce que tant que les choses vont bien les paiements devant être faits par le débiteur commun au créancier subordonné sont encadrés, voire interdits¹⁵. Mais là s'arrête la comparaison. En effet, lorsqu'un créancier accepte de souscrire à un engagement de dernier rang, il accepte alors d'être payé après l'ensemble des créanciers d'un débiteur commun, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés. C'est fort justement que la créance subordonnée est alors qua-

lifiée d'« hypo-chirographaire », la clause de dernier rang produisant un effet « négatif » sur le rang de celle-ci¹⁶. Ce déclassement du rang de la créance subordonnée fait selon nous partie intégrante de son contenu. À l'opposé, l'engagement de *turnover* n'opère un classement qu'entre deux créanciers (ou groupes de créanciers), à l'exclusion de tous les autres. En cela l'engagement de *turnover* produit un effet « positif » au profit du créancier prioritaire qui jouit alors d'un avantage que lui procure le créancier subordonné. Il importera alors de rechercher quelle est la nature juridique de cet avantage. À cet égard, les développements qui suivront seront pour l'essentiel tournés sur l'analyse de l'engagement de *turnover*, à bien des égards plus mystérieux que la clause de dernier rang, dont on peut dire qu'elle fait partie du contenu même de la créance subordonnée, ce qui en rend l'analyse plus aisée.

C'est pas à pas que nous procéderons à une analyse de la subordination des créances sous le prisme de ce qui semble à l'heure actuelle le plus difficile à appréhender : la subordination d'origine purement conventionnelle, et spécialement la subordination particulière, c'est-à-dire celle qui est assortie d'un engagement de *turnover*. Le mécanisme de la subordination des créances sera ainsi étudié en premier lieu dans les relations *inter partes* (I.), puis en second lieu dans les relations des parties avec les tiers (II.).

I. LA SUBORDINATION CONVENTIONNELLE DANS LES RELATIONS *INTER PARTES*

Ainsi qu'on l'a présenté, les accords de subordination sont généralement conclus entre les trois personnes ou catégories de personnes intéressées que sont les créanciers prioritaires, les créanciers subordonnés et leur débiteur commun. Il en résulte que de tels accords donnent alors naissance à des relations triangulaires. Comme on l'a très justement résumé, dans ce type d'arrangement, « *the deal is : until insolvency, no payment except as permitted ; after insolvency, pay and turn over* »¹⁷. C'est ainsi qu'on examinera la situation de la créance subordonnée lorsque le débiteur est in bonis (A), puis lorsqu'il est l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif (B). On s'apercevra qu'au-delà de l'accord des parties, les techniques juridiques elles-mêmes diffèrent.

A. Situation du créancier subordonné jusqu'à la faillite du débiteur

À un premier niveau, dans une convention organisant une subordination particulière, la règle est – en simplifiant – généralement la suivante : jusqu'au remboursement intégral de la dette prioritaire, aucun paiement au titre de la dette subordonnée n'est autorisé¹⁸. Les incertitudes

10. Parmi celles-ci on peut principalement citer, pour ce qui est du droit français :

- A. Couret, *Comptes courants d'associés et procédures collectives*, Banque 1981, p. 1422 s., spéc. n° 19 s., p. 1427 s. ; I. Urbain-Parléani, *Les Comptes courants d'associés*, LGDJ, 1986, préf. C. Gavalda, n° 583 s., p. 339 s. ; A. Couret, « Les financements "mezzanine" », JCP E, 1990, II, 17513 ; L. Faugérolas, « La subordination des créances », in *Mélanges Jean Derruppé*, GLN/Joly, 1991, p. 227 s. ; A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance*, thèse dactyl. Paris 2, 2002, dir. H. Synvet ; Z. Sekfali, *Droit des financements structurés*, Revue Banque Édition, 2004, préf. J.-P. Mattout, n° 183 s. ; P. Dupichot, *Le Pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. Grimaldi, n° 903 s. p. 675 s. ; C. Juillet, *Les Accessoires de la créance*, Defrénois, 2009, préf. C. Larroumet, n° 30 s., p. 20 s. ; C. Gavalda et J. Stofflet, *Droit bancaire*, 8^e éd. 2010 par J. Stofflet, n° 1048 s., p. 610 s. S'agissant du droit anglais, on se reportera utilement à : P. Wood, *Project finance, securitisations, subordinated debt*, op. cit., § 10.001, p. 177 s.
11. En ce sens, C. Juillet, *Les Accessoires de la créance*, op. cit., n° 124. C'était la proposition qui avait été faite par Mme Multrier-Trébulle (*La Notion de subordination de créance*, op. cit., n° 297 s., p. 290 s.).
12. A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance*, op. cit., n° 274, p. 268. C'était la proposition qui avait été faite par M. Faugérolas (« La subordination des créances », op. cit.).
13. Voy. par exemple, Z. Sekfali, *Droit des financements structurés*, op. cit., n° 194, p. 155 ; C. Juillet, *Les Accessoires de la créance*, op. cit., n° 32, p. 22 (étant précisé qu'assez curieusement ce dernier auteur ne retient cette qualification que pour les subordinations dites « particulières »).
14. Puisque tous sont des parties, il n'y a par définition pas de stipulation au profit d'un tiers à l'acte juridique. Si tous les intéressés sont parties à l'accord, il n'est point nécessaire de rechercher la technique de la stipulation pour autrui pour faire naître des droits au profit d'un tiers étranger par dérogation à l'article 1165 du Code civil.
15. Encore que ce ne soit pas toujours le cas.

16. C. Gavalda et J. Stofflet, *Droit bancaire*, op. cit. et loc. cit.

17. P. Wood, *Project finance, securitisations, subordinated debt*, op. cit., § 12-015, p. 217.

18. La réalité est plus nuancée ; en particulier, il existe des paiements « autorisés ». Mais ces paiements constituent l'exception, et c'est pourquoi il est possible d'en faire abstraction pour les besoins de notre analyse.

qui, en l'état actuel de l'analyse doctrinale, entourent la qualification d'un tel engagement dans notre droit positif se révèlent peu rassurantes pour la pratique. En effet, il se peut que volontairement ou par erreur le débiteur paie le créancier subordonné au mépris de l'engagement de subordination. Or, les sommes sont dues (article 1235 du Code civil) et le paiement est par hypothèse fait au créancier (article 1239 du même code). Sauf à engager *a posteriori* la responsabilité délictuelle ou contractuelle du débiteur (selon le cas), ainsi que de prononcer l'exigibilité anticipée de la convention d'ouverture de crédit, il est essentiel de faire en sorte que le débiteur soit juridiquement dans l'impossibilité de se libérer en dehors des prévisions de l'accord de subordination. C'est en pratique ce dont les parties conviennent, non seulement dans l'*instrumentum* contenant la convention de subordination, mais encore dans la convention de prêt d'associé, dans le contrat d'émission de l'emprunt obligataire et plus généralement dans tout document contractuel dit « subordonné ». Plus fondamentalement encore, par-delà l'efficacité de l'accord de subordination, c'est sa validité même qui est sujette à discussion. Un tel engagement ne peut-il pas tout simplement être remis en cause dans son principe ?

Il apparaît que, pour ne s'en tenir qu'aux propositions qui se sont révélées les plus pertinentes, la subordination a été envisagée comme étant une modalité de l'obligation. L'analyse a porté sur le point de savoir s'il fallait retenir la qualification de terme ou celle de condition. Celles-ci se révèlent pourtant décevantes, car elles conduisent à une impasse : il faut se rendre à l'évidence et admettre que la clause par laquelle « jusqu'au remboursement intégral de la dette prioritaire, aucun paiement au titre de la dette subordonnée n'est autorisé » n'est ni un terme, ni une condition (i.). C'est ainsi que l'on est conduit à dépasser le cadre de cette alternative que constitue l'option entre terme et condition pour se concentrer sur le paiement lui-même. Lorsque l'obligation est subordonnée, ce ne sont ni son existence ni son terme qui sont affectés, mais uniquement la date à laquelle le paiement peut intervenir. À cet égard, on se convaincra de la licéité d'un tel accord à l'examen des solutions consacrées par le droit positif actuel (2.).

1. À analyser la subordination comme une modalité de l'obligation, on est conduit à hésiter entre seulement deux d'entre elles que sont la condition et le terme. En principe, la distinction entre ces deux modalités est claire. Alors que le terme est un événement futur et certain dans sa réalisation, la condition est un événement futur et incertain. Autrement dit, le terme surviendra nécessairement alors que la condition peut ne jamais se réaliser. Pour autant, la distinction entre terme et condition est ténue et le glissement de l'un à l'autre est parfois imperceptible. Dans cette perspective, la question qui se pose est celle de savoir si le remboursement de la dette prioritaire est une condition ou bien un terme affectant la dette subordonnée. Il se peut en effet, et l'hypothèse n'est pas d'école, que le remboursement de la dette senior ne survienne jamais.

C'est ainsi que l'on est conduit à examiner si la suspension de l'obligation de restitution du débiteur, qui s'impose

au créancier subordonné, ne procède pas d'un terme suspensif¹⁹. À la différence de la condition, le terme se définit comme un événement dont la réalisation est certaine, quoique sa date puisse être incertaine²⁰. À cet égard, on considèrerait classiquement que la réalisation d'un événement futur pouvait être objectivement ou subjectivement certaine et ainsi s'analyser en un terme. L'article 1901 du Code civil²¹ serait au reste un témoignage de cette analyse : la loi supposerait ici qu'un événement objectivement incertain – l'aptitude du débiteur à payer – est tenu pour certain par les parties²². Autrement dit, on a dans le passé admis que les parties étaient libres de convenir qu'un événement objectivement incertain dans sa réalisation pût être tenu par elles comme certain et de ce fait accéder à la qualification de terme²³. Néanmoins, une telle liberté contractuelle s'est considérablement amenuisée depuis 1999. La première chambre civile de la Cour de cassation a, dans un premier arrêt en date du 13 avril 1999, considéré qu'un événement « incertain non seulement dans sa date, mais aussi quant à sa réalisation » ne pouvait être subjectivement considéré comme certain dans la convention des parties. Il s'en est alors déduit qu'il s'agissait d'une condition et non d'un terme²⁴. On a pu considérer que cet arrêt remettait en cause la jurisprudence antérieure. Une interprétation médiane a été proposée : dans cette affaire, l'événement litigieux était totalement extérieur aux parties, et il a alors été avancé que, pour cette raison sans doute, la Cour de cassation avait considéré qu'il n'était pas dans le pouvoir des parties de lui conférer un caractère certain. Dans cette perspective, on a proposé de distinguer selon que l'événement érigé en modalité de l'obligation dépendait ou non de la volonté des parties ; si tel était le cas, il aurait été possible de retenir la qualification de terme, alors que dans l'hypothèse inverse la possibilité n'aurait pas été accordée²⁵. Cette analyse s'est pourtant trouvée démentie par un arrêt postérieur rendu par la même chambre de la Cour de cassation le 13 juillet 2004²⁶. Dans cette espèce, la réalisation de l'événement dépendait de l'une au moins des parties et, en dépit de cela, la Cour de cassation a considéré qu'il ne pouvait s'agir que d'une condition dès lors que sa réalisation

19. Le terme suspensif, qui s'oppose au terme extinctif, suspend l'exigibilité de l'obligation, qui ne peut être exécutée immédiatement (voy. C. Hannoun et Y. Guenzoui, V° « Terme », Rép. Civ. Dalloz (2008), n° 24).

20. Tel est le cas du décès du débiteur personne physique, qui nécessairement surviendra, mais dont la date est inconnue.

21. Selon lequel : « s'il a été seulement convenu que le débiteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances ».

22. J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd. 2001, n° 167, p. 208.

23. J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit. et loc. cit., p. 207 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009, n° 1200, p. 1190. V. notamment en ce sens, Cass. req. 3 févr. 1939, D.H. 1939, p. 149 ; Cass. civ. 1^{re}, 21 juill. 1965, Bull. n° 496 ; Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 1976, Bull. n° 37 ; Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1976, Bull. n° 72 ; Cass. civ. 3^e, 4 déc. 1985, Bull. n° 162 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 1994, Bull. n° 377.

24. Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999, Bull. n° 131, Rép. Def. 1999, art. 37041, p. 1001, obs. D. Mazeaud, JCP G 2000, II, 10309, note A.-S. Barthez.

25. En ce sens : D. Mazeaud, obs. Rép. Def. 1999, art. 37041, p. 1001, n° 76 ; J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit. et loc. cit., p. 209.

26. Cass. civ. 1^{re}, 13 juill. 2004, Bull. n° 204, JCP G 2004, II, 10155, concl. J. Sainte-Rose, Rép. Def. 2004, p. 1396, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 2004, p. 734, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2005, p. 1009, note A. Bories.

tion était objectivement incertaine²⁷. Dorénavant, il doit être considéré que la volonté des parties est impuissante à traiter subjectivement comme certain un événement qui objectivement ne l'est pas.

Cela étant dit, il devient difficile d'articuler cette interprétation avec les dispositions de l'article 1901 du Code civil, qui intéresse au premier chef le contrat de prêt. La première interprétation consisterait à considérer que par l'effet d'une fiction légale, l'article 1901 traiterait un événement objectivement incertain comme certain dans les relations entre les parties. Il s'agirait d'une exception à la règle qui ne serait applicable qu'au contrat de prêt. Il ne serait, dans cette perspective, pas évident qu'une telle exception puisse être transposable à d'autres opérations juridiques, et notamment à une émission obligataire, qui est n'est pas tout à fait réductible à un prêt. Or, il a été observé que la jurisprudence avait transposé l'application de la règle énoncée à l'article 1901 à d'autres obligations que celles nées d'un prêt²⁸. L'explication par le recours à la théorie de la fiction se révèle donc insatisfaisante. La seconde consisterait à considérer que la réalisation d'un événement est objectivement certaine dès lors que, juridiquement, sa réalisation l'est. Ainsi, le décès d'une personne physique est à coup sûr un événement dont la réalisation est certaine. Mais encore, on devrait considérer que l'exécution d'un engagement procédant d'un acte ou d'un fait juridiques est un événement dont la réalisation est certaine d'un point de vue juridique, puisque la personne qui s'est engagée n'a pas (juridiquement) d'autre choix que de s'exécuter²⁹. Il est pourtant assez douteux qu'une telle interprétation puisse être accueillie favorablement en l'état du droit positif³⁰.

L'hésitation quant à la portée qu'il convient d'accorder à l'article 1901 se révèle encore au vu des hésitations de la jurisprudence relative aux clauses de « retour à meilleure fortune ». Une telle stipulation entretient un lien étroit avec la clause de subordination : dans le premier cas, le débiteur s'engage à payer sans créancier lorsque sa situation financière le lui permettra³¹ ; dans le second, il s'engage à rembourser le créancier subordonné lorsque la dette prioritaire sera remboursée. La Cour de cassation s'est finalement résolue à analyser une telle clause comme une condition³², alors qu'à la lecture de l'article 1901 on est plutôt enclin à penser qu'une obligation

que le débiteur s'engage à exécuter « quand il le pourra » devrait se comprendre comme étant une obligation dont le terme n'est pas défini.

On peut alors tenter d'examiner l'article 1901 précité sous un autre prisme. En réalité, l'article 1901 aurait pour objet de permettre de « restaurer » l'utilité économique d'un contrat de prêt affecté d'un terme indéterminé – ce qui équivaut à une absence de terme. On a observé qu'en matière contractuelle la durée n'est pas seulement dilatoire (tel, le terme suspensif qui retarde l'exécution de l'obligation à l'échéance). Elle est également satisfaisante : le terme extinctif d'un prêt fixe la date à l'expiration de laquelle l'emprunteur n'aura plus la jouissance de la chose et le prêteur le droit aux intérêts³³. Si l'on admet que la prestation caractéristique du prêt consiste en la mise à disposition de la chose prêtée à l'emprunteur, l'obligation de restitution pesant sur l'emprunteur devient dans cette perspective secondaire, puisqu'elle n'est que la conséquence inéluctable de l'accomplissement de l'objet de l'opération de prêt³⁴ : un prêt d'un montant en capital donné a été consenti pour une durée donnée ; à l'expiration de cette durée, l'opération ayant réalisé son but contractuel, il est logique que le débiteur doive restituer les fonds. La durée de la prestation caractéristique est ainsi une durée « chronométrique », *i. e.* pendant laquelle le capital est prêté, plutôt qu'un temps « dilatoire » à l'expiration duquel une obligation devient exigible. La valeur économique du prêt – son utilité pour l'emprunteur – réside dans cette durée chronométrique, pendant laquelle l'emprunteur conserve la jouissance du capital³⁵. La durée de la prestation caractéristique fait ainsi partie de l'objet même de la prestation, plutôt que d'en être une modalité³⁶.

Il se peut alors que les parties n'aient pas fixé de terme pour la jouissance de la chose prêtée, ou bien qu'elles aient fixé un terme perpétuel³⁷. Si les parties à un contrat de prêt n'ont pas stipulé de terme pour la restitution de la chose prêtée, il en résulte que l'emprunteur devrait en théorie pouvoir en avoir la jouissance perpétuelle. Plutôt que d'offrir au prêteur la faculté de résilier unilatéralement le prêt conformément à ce qu'autorise le droit positif lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, ce qui priverait celui-ci de toute utilité pour l'emprunteur³⁸, l'article 1900 du Code civil offre au prêteur la possibilité

27. En ce sens, A. Bories, note D. 2005, p. 1009 ; F. Cohet-Cordey, note sous Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, AJDI 2006, p. 288.

28. En ce sens, A. Etienney, *La Durée de la prestation*, LGDJ, 2009, préf. T. Revet, n° 526, p. 391. V. notamment, Cass. civ. 3^e, 9 juill. 1984, Bull. n° 135 ; Cass. civ. 3^e, 4 déc. 1985, Bull. n° 162 (ces arrêts concernaient l'article 1900 du Code civil mais ce texte procède de la même logique que l'article 1901). V. déjà, C. Aubry et C.-F. Rau, *Cours de droit civil français*, tome 4, 4^e éd. 1871, § 319, p. 162, note 13, proposant d'étendre le domaine d'application de l'article 1901 à toute espèce d'obligation.

29. Une telle approche a ainsi conduit une partie de la doctrine à qualifier la clause de réserve de propriété de terme.

30. En ce sens, concl. J. Sainte-Rose, JCP G 2004, II, 10155.

31. On convient que les clauses de retour à meilleure fortune peuvent être plus sophistiquées.

32. Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1990, Bull. n° 255, p. 180, RTD civ. 1991, p. 333, obs. J. Mestre, RTD Com. 1992, p. 674, obs. G. Paisant (rendu sous le visa de l'art. 1901 C. civ.) ; Cass. com. 12 oct. 2004, Bull. n° 182, p. 209, RTD civ. 2005, p. 131, obs. J. Mestre et B. Fages (terme indéterminé) ; Cass. com. 9 oct. 2007, n° 06-19060, inédit (condition licite).

33. A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit., notamm. n° 278, p. 202.

34. En ce sens, R. Libchaber, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, Rép. Def. 2002, art. 37486, n° 10.

35. A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit. et loc. cit.

36. A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit., n° 510 s., p. 379 s. En revanche, on doit considérer que cette « obligation » consistant à laisser à disposition les sommes formant l'objet du prêt est un effet « obligatoire », et non « obligationnel » du prêt ; que partant, il ne s'agit pas à proprement parler d'une obligation, mais d'un engagement régi par l'article 1134 du Code civil (en ce sens, P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999, p. 771 s. *Contra* : A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit., n° 278, p. 202, note 116).

37. L'absence de terme et le terme perpétuel sont en effet deux réalités juridiques distinctes (voy. l'art. 1780 C. civ. En ce sens, R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Soc.* 1995, p. 437 s., spéc. n° 3 s. ; J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n° 198, p. 247), bien que la confusion soit bien souvent entretenue sur le terrain du droit positif.

38. En ce sens, A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit., n° 277, p. 200.

de recourir au juge pour fixer un terme au contrat tout en ménageant les intérêts de l'emprunteur. Ainsi le législateur, très certainement conscient de la valeur économique de la durée dans le prêt, a préféré la détermination judiciaire de la durée objective du prêt, en contemplation de son utilité pour les parties, plutôt que d'en permettre la résiliation unilatérale à tout moment³⁹. L'article 1901 procède du même esprit : s'il apparaissait que le terme stipulé équivaut à une absence de terme, le juge a la faculté de le fixer lui-même⁴⁰. Autrement dit, les articles 1900 et 1901 procèdent de la dialectique entre indétermination du terme et utilité du contrat⁴¹.

Qu'en est-il alors de la clause suivant laquelle « jusqu'au remboursement intégral de la dette prioritaire, aucun paiement au titre de la dette subordonnée n'est autorisé » ? Il est tout d'abord évident que la question n'est pas de savoir si le paiement de la dette prioritaire est une condition affectant l'obligation subordonnée. S'il en était ainsi, cela voudrait dire que l'obligation de restitution contractée par le débiteur envers le créancier subordonné serait conditionnelle : en l'absence de réalisation de la condition, cette obligation serait réputée n'avoir pas existé⁴². Il n'est pas concevable de prendre pour hypothèse que le créancier subordonné ait un instant de raison pu vouloir avancer des sommes tout en ayant la possibilité de perdre la qualité de créancier. L'obligation de restitution est indissociable du prêt. Admettre que cette obligation puisse ne pas exister reviendrait alors à disqualifier l'opération⁴³. En admettant que l'événement suspendant le paiement de la créance subordonnée ne se réalise pas, on s'aperçoit que la qualification de condition n'est pas satisfaisante puisque l'intention des parties n'est pas que l'existence même de la créance subordonnée soit en ce cas remise en cause⁴⁴. En particulier, le créancier prioritaire comme le créancier subordonné ont intérêt à ce que ce dernier puisse déclarer sa créance dans le cadre de la procédure collective du débiteur, ce à quoi la qualification de condition fait obstacle. De même, la clause de turnover disqualifie l'analyse de la subordination comme

une condition : comment peut-on envisager de s'engager à restituer des sommes reçues au titre d'une obligation qui n'existe pas ?

Ensuite, la question est de savoir si l'événement fixé pour le remboursement de la créance subordonnée (i. e. le paiement intégral de la créance prioritaire) n'équivaut pas à une absence de terme, ce qui ouvrirait alors droit pour le créancier subordonné à sa détermination judiciaire en application de l'article 1901. Si en effet l'événement retenu pour la fixation du terme est incertain non seulement dans sa date, mais encore dans sa réalisation, on doit considérer que le terme est indéterminé⁴⁵. Cela voudrait-il dire que le créancier subordonné serait en droit de remettre en cause l'engagement de subordination sur ce fondement ? Où l'on est forcé de conclure que la qualification de terme, tout autant que celle de condition, conduit à une impasse⁴⁶. C'est pourquoi il importe de sortir de ce cadre.

2. Afin de déterminer la nature de la clause suivant laquelle « jusqu'au remboursement intégral de la dette prioritaire, aucun paiement au titre de la dette subordonnée n'est autorisé », on peut au contraire partir du présupposé que l'obligation subordonnée est non seulement inconditionnelle mais encore affectée d'un terme. Dès lors que les avances subordonnées doivent en toute logique être traitées comme du capital social, il est envisageable de fixer leur date d'échéance immédiatement après la date d'échéance finale du prêt senior. En dépit de l'existence de ce terme, et en dépit de l'existence de cas de déchéance du terme susceptibles d'affecter ces avances, la convention de subordination a pour objet d'interdire leur remboursement jusqu'à l'acquittement complet des créances prioritaires.

En effet, la question de l'ordre dans lequel les paiements doivent être effectués ne peut se poser que s'agissant de créances exigibles. Le paiement d'une créance à terme ne peut être exigé (sauf renonciation de celui au bénéfice duquel le terme est stipulé). On en voudra pour preuve le sort qui est réservé aux créances nées d'obligations de dernier rang en cas de dissolution de la société débitrice. Bien que par hypothèse les créances subordonnées soient ainsi devenues exigibles, il n'en demeure pas moins que ces créances ne sont remboursables qu'après paiement de toutes les autres créances. La question du terme et celle du paiement des créances subordonnées doivent être dissociées⁴⁷.

Il est alors permis de proposer que, si en principe plusieurs créances exigibles ouvrent droit à un paiement

39. A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit., n° 524, p. 389.

40. Rapp. en ce sens, A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit., n° 524, p. 389, note 52.

41. Dans cette perspective, l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 mai 2011 (n° 10-18749) à propos de la question de l'application de l'article 1900 C. civ. à une avance en compte courant d'associé est très contestable. En jugeant que « les dispositions de l'article 1900 C. civ., qui offrent au juge la possibilité de fixer un terme pour la restitution d'un prêt, ne sont pas applicables au compte courant d'associé, dont la caractéristique essentielle, en l'absence de convention particulière ou statutaire le régissant, est d'être remboursable à tout moment », la Haute juridiction méconnaît selon nous à tort la qualification de prêt d'argent qui s'attache au compte courant d'associé et, en outre, prive la convention de toute utilité économique.

42. Art. 1185 C. civ. Dans le même sens, A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance*, op. cit., n° 273-274, pp. 267-268.

43. Le contrat le plus proche serait sans doute le contrat de société. Nous n'envisagerons pas une telle hypothèse qui est inacceptable.

44. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 18 novembre 2010 (R.G. n° 10/01433, *Rev. Soc.* 2011, p. 239, note B. Grelon) se rapportant au traitement des porteurs de titres subordonnés dans le cadre de la procédure de sauvegarde ouverte au profit de la société Thomson SA. L'argumentation de la cour d'appel était la suivante : « considérant que la créance de remboursement du nominal n'est pas conditionnelle ; que la société Thomson SA doit rembourser le nominal aux porteurs de TSS [titres super-subordonnés] ; que ce droit au remboursement du nominal n'est soumis à aucune condition ; que le fait que, compte tenu de son rang, cette créance risque de ne pas être remboursée, ne la rend pas conditionnelle [...] ».

45. En ce sens, A. Etienney, *La Durée de la prestation*, op. cit., n° 516, p. 384 : « l'incertitude susceptible d'écarter la qualification de terme est, en effet, restreinte à la survenance même de l'événement ». V. Cass. com. 26 mai 1970, *Bull.* n° 173.

46. Dans ce même sens, A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance*, op. cit., n° 285, p. 277.

47. En ce sens également : CA Versailles, 13^e ch., 18 novembre 2010 (R.G. n° 10/01433), précité, selon lequel : « considérant que le nominal [des TSS] est remboursable au plus tôt le 25 septembre 2015, et au plus tard à la dissolution de la société Thomson SA ; qu'entre ces deux dates, la société Thomson SA peut décider de rembourser le nominal, sans que les porteurs de TSS puissent l'y obliger ; considérant qu'ainsi, les TSS ont un terme certain ; que le fait que le terme puisse survenir entre le 25 septembre 2015, et le jour de la dissolution de la société Thomson SA ne rend pas le terme incertain, mais le rend déterminable entre une date fixe, et un événement certain [...] ».

immédiat dans des conditions identiques, ce dont on déduit que le paiement est alors « le prix de la course », la liberté contractuelle autorise un créancier à différer son droit d'être payé au paiement préalable d'un autre créancier. Après tout, ceci n'a rien d'anormal : l'acceptation d'une subordination de la part d'un créancier procède d'un calcul économique et financier, d'une évaluation préalable de ses chances de gain et de son risque de perte. Les règles se rapportant à l'imputation des paiements édictées aux articles 1253 et suivants du Code civil, qui certes régissent l'ordre des paiements entre plusieurs dettes d'un débiteur envers un même créancier, présentent l'intérêt de montrer, d'une part, que le rang du paiement de créances distinctes est indépendant de la question de leur terme et, d'autre part, que ce rang peut être aménagé puisque le dispositif légal est supplétif. Si l'organisation de l'imputation des paiements se rapportant à des dettes distinctes est libre entre un débiteur et son créancier, pourquoi ne le serait-elle pas pour des dettes envers des créanciers différents ? On peut imaginer que si le Code civil est silencieux à ce sujet, c'est sans doute parce que la question n'avait pas eu l'occasion de se poser.

Par ailleurs, plutôt que de voir dans les dispositions éparses du droit positif des consécutions isolées de la subordination des créances, on peut au contraire proposer de les interpréter comme étant des hypothèses où la liberté d'organiser la subordination des créances est encadrée. Tel est le cas des prêts participatifs, qui ne sont remboursables qu'après désintéressement de tous les autres créanciers de la société débitrice, ce dont on déduit que l'organisation de rangs intermédiaires n'est pas autorisée pour ce type d'emprunts⁴⁸. Il en va de même des titres participatifs au sujet desquels l'article L. 228-36 du Code de commerce dispose que « les prêts participatifs ne sont remboursés qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires à l'exclusion des propriétaires de titres participatifs ». Tel est encore le cas des obligations de dernier rang de l'article L. 228-97 du Code de commerce selon lequel il peut être stipulé que ces titres « ne seront remboursés qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion ou y compris des titulaires de prêts participatifs et de titres participatifs »⁴⁹. Ici encore, l'ordre des paiements est réglementé parce qu'il s'agit d'encadrer la liberté des parties, et on soulignera que la question du terme est indifférente⁵⁰.

Il est permis d'être d'autant plus convaincu de cette interprétation, suivant laquelle les parties sont libres d'organiser l'imputation des paiements entre des dettes contractées envers des créanciers distincts, à l'examen

de la jurisprudence relative aux clauses de non-concours contenues dans les contrats de cautionnement. On sait en effet que la règle édictée à l'article 1252 du Code civil, héritée de l'adage « *nemo contra se subrogasse videtur* », ne trouve à pas s'appliquer si la créance dans laquelle le solvens est subrogé est chirographaire⁵¹. C'est ainsi qu'il a été imaginé de prévoir, dans les contrats de cautionnements, une stipulation désormais classique aux termes de laquelle la caution s'interdit d'exercer tout recours contre le débiteur principal au cas de paiement partiel de la créance garantie⁵². Une telle stipulation a indiscutablement pour objet d'organiser un ordre des paiements entre des créanciers d'un débiteur commun, alors que ces créances seraient toutes exigibles. La chambre commerciale de la Cour de cassation en a expressément consacré la validité dans un arrêt du 19 décembre 1972⁵³. Cette solution conforte indiscutablement l'idée selon laquelle la liberté contractuelle domine la question.

L'analyse que nous proposons, outre qu'elle correspond exactement à la documentation juridique telle qu'on la rencontre en pratique, présente l'avantage de conforter les prévisions des parties.

B. Situation du créancier subordonné à compter de la faillite du débiteur

Comme on l'a dit précédemment, c'est au stade de la faillite que subordination générale et subordination particulière se séparent. Dans la première, qui rappelons-le est illustrée en droit positif par des régimes légaux spéciaux, la créance subordonnée n'est payée qu'après apurement de l'ensemble des dettes du débiteur. La seconde, qui opère au contraire entre deux créanciers ou groupes de créanciers, est neutre pour les autres créanciers du débiteur commun dont la situation n'est pas affectée par l'accord de subordination auquel ils ne sont pas parties. En effet, dans la subordination particulière, si les paiements des créances subordonnées sont interdits tant que le débiteur est *in bonis*, la règle s'inverse en cas de faillite de cette dernière. Les créanciers subordonnés retrouvent leur droit d'être payés – voire ils peuvent même être contraints d'exiger le paiement –, sachant qu'ils doivent restituer l'intégralité des sommes recouvrées en application de la clause de *turnover*. Les développements qui suivent seront logiquement consacrés à l'analyse de la clause de *turnover*, dont la source exclusivement conventionnelle suscite bon nombre de réserves.

Cet aspect des clauses de subordination – en période de faillite – a pu être analysé comme un accord sur le rang des créances chirographaires. Il est en effet couramment expliqué qu'il s'agit là d'une renonciation à l'égalité chirographaire qui, somme toute, n'a rien d'il-

48. Art. L. 313-35 du Code monétaire et financier, autorisant néanmoins à créer des rangs distincts entre les créances nées de prêts participatifs.

49. Dans un autre domaine, il résulte du dernier alinéa de l'article L. 121-13 du Code des assurances qu'« en cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaire, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme ».

50. L'organisation impérative de la subordination trouvait encore une illustration dans l'ordre institué pour les créances de « l'article 40 » de la loi du 25 janvier 1985 (dont le rang préférentiel ne résultait pas d'un privilège au sens propre du terme).

51. Cass. req. 1^{er} août 1860, D.P., I, 502 ; Cass. civ. 25 nov. 1891, D.P. 1892, I, 261 ; Cass. req. 13 févr. 1899, D.P. 1899, I, 246. Sur cette jurisprudence, v. P. Simler, *Cautionnements. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 593, p. 603-604.

52. P. Simler, *Cautionnements. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, op. cit., n° 572, p. 584. V. déjà, J. Hamel, *Banque et opérations de banque*, tome 2, Rousseau, 1943, n° 938, p. 487.

53. Cass. com. 19 déc. 1972, Bull. n° 338, p. 313. V. encore, Cass. civ. 2^e, 8 déc. 1982, Bull. n° 162, confirmant implicitement la validité des clauses de non-concours.

licite puisque le principe d'égalité s'oppose uniquement à ce que l'égalité soit rompue au détriment des tiers. Rien n'empêche au contraire qu'elle soit rompue à leur profit. Si cette proposition est admissible pour ce qui est du mécanisme de la subordination générale, qui est affectée d'une clause de dernier rang, on doit dire qu'elle n'est guère satisfaisante lorsqu'il s'agit d'expliquer le mécanisme de la clause de *turnover*. Selon une telle clause, le créancier subordonné s'engage uniquement à rétrocéder au créancier prioritaire les sommes recouvrées auprès de son débiteur. Il y aurait à coup sûr une part d'artifice à y voir une renonciation.

On a proposé d'analyser cet angle des conventions de subordination sous l'angle des sûretés pour autrui, en proposant de retenir la qualification de sûreté réelle pour autrui⁵⁴. Une telle approche, restée discrète, correspond pourtant exactement au mécanisme du *turnover*. Cela étant, il nous semble même possible de proposer que, en considération du contenu de l'accord des parties, la clause de *turnover* est susceptible de constituer, selon le cas, une sûreté réelle pour autrui ou bien une sûreté personnelle.

Dans une première analyse, il est possible de qualifier la clause de *turnover* de nantissement de la créance subordonnée au profit du créancier senior⁵⁵. En effet, la créance subordonnée est affectée au paiement de la créance prioritaire et conformément au principe du droit des sûretés voulant que celles-ci ne soient pas constitutives d'un enrichissement du créancier, l'excédent de la créance subordonnée après désintéressement complet du créancier prioritaire est conservé par le premier ou lui est restitué selon le cas. Quant aux conditions de validité de ce nantissement, il peut être observé que l'article 2336 exige seulement qu'il soit constaté dans un écrit contenant la désignation de la créance garantie et de la créance nantie. Et puisque le nantissement de créance est opposable aux tiers à compter de sa date – par dérogation à l'article 1328 du Code civil⁵⁶, il en résulte qu'aucune formalité supplémentaire n'est nécessaire pour assurer l'efficacité de la sûreté. Il est particulièrement intéressant de « construire » la clause de *turnover* sur le modèle d'un nantissement de créance pour la raison

que ceci confère alors au créancier prioritaire un droit réel sur la créance subordonnée, droit réel qu'il peut opposer aux créanciers du créancier subordonné. En revanche, la qualification présente un inconvénient tenant au principe de spécialité quant à la créance garantie⁵⁷. Les conventions de subordination prévoient parfois que les créanciers prioritaires ont toute liberté pour accorder de nouvelles avances qui seront également prioritaires par rapport aux avances subordonnées. Il est alors douteux que la clause de *turnover* s'étende aux avances futures dans la mesure où le principe de spécialité s'oppose à la constitution des sûretés réelles *omnibus* (« pour toutes dettes présentes et à venir »). S'agissant enfin de la question du paiement de la créance subordonnée, le recours au mécanisme du nantissement de créance se révèle particulièrement adapté car, tant que le débiteur n'a pas reçu d'interdiction de payer entre les mains du créancier subordonné, les paiements sont faits au constituant (i. e. le créancier subordonné). Puis, à compter de la notification, le débiteur ne peut valablement se libérer qu'entre les mains du créancier nanti (i. e. le créancier prioritaire)⁵⁸.

Par ailleurs, dès lors que l'on veut bien voir dans la clause de *turnover* un nantissement de créance, il est curieux de constater qu'en pratique celle-ci fait alors double emploi avec la convention de nantissement qui est généralement consentie par le créancier junior sur les créances nées des prêts d'associés qui sont elles-mêmes des créances subordonnées. Cela étant, la notion de créance subordonnée, telle qu'elle est généralement entendue dans les conventions de subordination, dépasse systématiquement les seules créances de prêts d'associés, ce qui conduit à conclure que la clause de *turnover* conserve tout son intérêt.

Dans une seconde analyse, il est possible de retenir la qualification de sûreté personnelle⁵⁹. Dans ce cas, il s'agit à coup sûr d'une garantie autonome puisque le créancier subordonné ne s'engage pas à payer la dette du débiteur mais uniquement à payer une somme d'argent correspondant au dividende reçu, dans la double limite de ce que lui doit le débiteur et de ce que le débiteur reste devoir au créancier prioritaire⁶⁰. Dans ces conditions, il importe donc que la convention de subordination prévienne les clauses usuellement présentes dans ce type de garantie (clause de non-concours, renonciation à l'opposabilité des exceptions, etc.). Si la qualification de garantie autonome offre l'avantage de permettre la constitution d'une sûreté *omnibus*, il n'en reste pas moins qu'elle suscite des réserves quant à la transmission de plein droit de l'engagement au cessionnaire de la créance subordonnée et qu'elle ne permet pas de constituer de droit réel sur la créance subordonnée⁶¹.

54. V. en ce sens, P. Wood, *Project finance, securitisations, subordinated debt*, op. cit., § 12-67, p. 234, selon lequel : « a turnover subordination is similar in substance to collateral security granted by the junior creditor over the junior debt to secure the senior debt. As the junior creditor pays the debt owed by the debtor to the senior creditor, it is possible that the technicalities of guarantee law (as applied to collateral security) will be attracted to turnover subordination » ; A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance*, op. cit., n° 402 s., p. 393 s. (observons pourtant que, curieusement, cet auteur a fondé sa démonstration sur les cas de subordination encadrés par la loi, qui sont affectés d'une clause de dernier rang, sans analyser le mécanisme du *turnover*. C'est en cela que son analyse ne nous semble pas réellement convaincante). Cela étant dit, la clause de *turnover*, qui généralement conduit le créancier subordonné à recevoir les sommes en qualité de *trustee* pour le compte du créancier prioritaire ne semble pas devoir être qualifiée de sûreté réelle (de charge, en particulier) en droit anglais. En ce sens, L. Gullifer, *Goode on legal problems of credit and security*, Sweet & Maxwell, 4^e éd. 2008, § 1-81, p. 60. De même, en droit américain, l'article 1-310 du Code de commerce uniforme exclut expressément la qualification de sûreté (sur lequel, P. Wood, *Project finance, securitisations, subordinated debt*, op. cit., § 11-016, p. 200).

55. Il nous semble que le principe du *numerus clausus* des droits réels et des sûretés réelles conduit à limiter le pouvoir de la volonté des contractants, et a pour effet d'attirer la garantie réelle ainsi constituée dans une qualification légale. On n'en vaudra pour preuve que la jurisprudence requalifiant la cession de créance de droit commun effectuée à titre de garantie en un nantissement de créance.

56. Qui de toute façon ne s'applique pas entre commerçants. Sur le rôle résiduel de l'article 1328, voy. notamm. F. Favennec-Héry, « La date certaine des actes sous seing privé », *RTD Civ.* 1992, p. 1 s.

57. Sur cette règle, voy. notamm. G. Ansaloni, « Crédit revolving et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles », *JCP E*, 2008, Étude 2124.

58. Art. 2362 et 2363 C. civ.

59. La limitation du pouvoir de la volonté quant à la création de garanties personnelles innommées est davantage admise. Ainsi une garantie personnelle innommée tend à subir le pouvoir d'attraction des qualifications existantes (cautionnement, garantie autonome ou lettre d'intention).

60. Art. 2321 C. civ.

61. Au contraire, le créancier prioritaire n'est titulaire que d'une créance chirographaire à l'encontre du créancier subordonné en sa qualité de garant, ce qui suppose pour le premier de prendre en considération ce risque de contrepartie. On observe cependant qu'en pratique les avances en compte courant réalisées

En conclusion, on formulera deux observations. En premier lieu, il est permis de constater que les conventions de subordination, telles qu'elles se pratiquent, reprennent très souvent les dispositions des conventions élaborées dans un cadre juridique anglo-américain⁶². Il en résulte qu'il est difficile de faire le départ entre la qualification de sûreté réelle et celle de sûreté personnelle dans la mesure où les accords contiennent des dispositions applicables à chacun de ces types de sûretés⁶³. Or, il nous semble qu'à la différence des droits anglais ou américain, le droit des sûretés français tend à ce que le nommé exerce un pouvoir d'attraction sur l'innommé, interdisant en d'autres termes la création de garanties innommées. En outre, le législateur français n'est pas non plus intervenu pour préciser que les conventions de subordination ne constituaient pas des sûretés⁶⁴.

En second lieu, partant du constat que chacune des qualifications de nantissement de créance et de garantie autonome présente des inconvénients que l'autre n'a pas, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de recourir à la fiducie pour l'organisation de la clause de *turnover* – ce qui revient à s'inspirer ici du droit anglais où très fréquemment la technique du *trust* est utilisée pour les besoins de la clause de *turnover*: le créancier subordonné ayant vocation à capter les sommes d'argent en qualité de *trustee* pour le compte des créanciers prioritaires. Cette piste mérite d'être explorée car la souplesse qu'offre la fiducie permet de cumuler les avantages des sûretés réelles et des sûretés personnelles pour le sujet qui nous concerne ici. Il conviendrait toutefois d'adapter la clause de *turnover* dans la mesure où, dans la fiducie, le constituant ne peut être fiduciaire. Qu'à cela ne tienne : à l'instar de la pratique de la cession de créance professionnelle, il suffirait de prévoir que jusqu'à ce que l'agent des sûretés (agissant pour le compte des créanciers prioritaires) adresse au débiteur une notification d'interdiction de payer au débiteur, les paiements continueront à être faits entre les mains du créancier subordonné⁶⁵.

par les associés font également l'objet d'un nantissement au profit des prêteurs. La combinaison de ce nantissement et de la clause de *turnover* envisagé comme une sûreté personnelle aurait alors pour effet de créer un cautionnement réel (dans la mesure de la créance de prêt d'associé) au sens où l'a naguère entendu la jurisprudence ; à savoir l'alliage d'une sûreté réelle et d'un engagement personnel d'un montant équivalent au bien grevé, présentant alors l'avantage de permettre la survie de la garantie en cas de disparition du bien grevé.

62. En particulier, en droit anglais, une garantie pour autrui, qu'elle soit réelle ou personnelle, subit l'attraction du droit des sûretés personnelles, dont les dispositions sont alors applicables (v. sur ce point, L. Gullifer, *Goode on legal problems of credit and security*, op. cit., § 1-15, p. 10). Il en résulte par exemple que le constituant se voit reconnaître un recours subrogatoire quelle que soit la nature de la garantie.
63. Ainsi, la renonciation au recours subrogatoire n'a de sens, nous semble-t-il, que s'il s'agit d'une sûreté personnelle (contra : A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 1 s., spéc. n° 8, p. 5-6, citant au soutien de sa proposition Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 1992, Bull. n° 30. Cet arrêt ne nous semble pourtant pas probant). La subrogation suppose un paiement alors que la réalisation d'une sûreté par le créancier en bénéficiant n'est pas un paiement. Néanmoins, il serait raisonnable d'admettre que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui dispose d'un recours personnel contre le débiteur.
64. Ceci pourrait se révéler problématique. Les conventions de subordination présentent également parfois l'intérêt de permettre à des entités, qui en principe ne sont pas autorisées à consentir des sûretés, d'y parvenir indirectement.
65. Cela étant, on observera que depuis l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ayant créé un nouvel article 2372-2 du Code civil, il ne semble plus possible

II. LA SUBORDINATION CONVENTIONNELLE DANS LES RELATIONS ENTRE PARTIES ET TIERS

L'analyse de la subordination des créances dans ses rapports avec les tiers est à coup sûr différente selon que la subordination est générale ou particulière. Lorsqu'elle est générale, la subordination profite à l'ensemble des créanciers du débiteur commun. À l'inverse, la subordination particulière profite à un seul créancier, même si elle ne lèse pas ceux qui sont extérieurs à la convention. Sans doute, dans cette seconde figure, la clause de subordination intéresse au premier chef les relations entre créancier prioritaire et créancier subordonné. Pour autant, il n'est pas moins essentiel que cet accord, valable dans l'ordre interne comme nous venons de le voir, produise ses effets dans l'ordre externe. Or, l'efficacité de la subordination des créances dans l'ordre externe est la plus discutée à l'heure actuelle. Pour se convaincre de ce que ce doute n'est pas justifié, on envisagera successivement, à la lumière des développements qui précèdent, l'efficacité de la subordination des créances à l'égard des ayants cause à titre particulier des créanciers prioritaire et subordonné (A.), puis à l'égard de la procédure collective du débiteur (B.).

A. Efficacité à l'égard des ayants cause à titre particulier des créanciers prioritaire et subordonné

La question de l'efficacité de la convention de subordination à l'égard des ayants cause à titre particulier des créanciers prioritaire et subordonné ne se pose pas dans des termes identiques selon que l'on envisage les premiers et les seconds⁶⁶. S'agissant de la transmission du bénéfice de la subordination aux ayants cause à titre particulier du créancier prioritaire, celle-ci ne paraît pas poser de difficulté majeure. Les auteurs admettent que le bénéfice de la subordination revêt assez naturellement la qualité d'accessoire de la créance prioritaire⁶⁷. De cette analyse, il résulte que le bénéfice de la subordination est en principe transmissible de plein droit à tout ayant cause à titre particulier du créancier prioritaire⁶⁸. Au reste, la transmission de plein droit à titre d'accessoire du bénéfice de la subordination s'impose d'autant plus facilement que l'on analyse la clause de *turnover* comme une sûreté⁶⁹.

de constituer une fiducie-sûreté « omnibus », i.e. pour sûreté de toutes dettes présentes et à venir, ce qui était le cas au lendemain de la loi du 19 février 2007. Désormais, il résulte de l'article 2372-1 que « le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire ».

66. En ce sens, C. Juillet, *Les Accessoires de la créance*, op. cit., n° 134, p. 86 (s'agissant du créancier subordonné) et n° 320, p. 192 (créancier prioritaire).
67. En ce sens, A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance*, op. cit., n° 295 s., p. 287 s. ; C. Juillet, *Les Accessoires de la créance*, op. cit., n° 320, p. 192.
68. En ce sens, Cass. civ. 18 nov. 1896, D.P. 1897, I, 51, précité, qui jugea que la clause de subordination (dans les répartitions d'actifs) « constituait par sa nature, et sauf stipulation contraire, une sûreté attachée à la créance de la Banque de France, créance dans laquelle Quéro s'est trouvé subrogé, pour l'avoir payée en qualité de caution solidaire de Boy ».
69. Toutefois, si l'on analyse la sûreté comme une garantie autonome, son transfert doit être expressément autorisé, à défaut de quoi le bénéfice de la garantie ne se

Tel n'est au contraire pas le cas de la transmission de la charge de la subordination aux ayants cause du créancier subordonné, où les auteurs tendent généralement à considérer, *prima facie*, qu'elle ne peut intervenir sans le consentement de l'ayant cause. Il semble que la réponse doit être nuancée. Pour ce faire, on peut à cet égard s'appuyer sur la distinction opérée plus haut, selon que la clause de subordination concerne le débiteur lorsqu'il est *in bonis* (1) ou lorsqu'il est l'objet d'une procédure collective (2).

1. Lorsque le débiteur est *in bonis*, l'essence de la subordination est caractérisée par la clause suivant laquelle « jusqu'au remboursement intégral de la dette prioritaire, aucun paiement au titre de la dette subordonnée n'est autorisé ». Comme nous n'avons vu, il ne s'agit pas à proprement parler d'une modalité de l'obligation au sens où on l'entend classiquement, mais un aménagement conventionnel d'une modalité du paiement de l'obligation. Toute la question est alors de savoir si cet accord est transmissible au cessionnaire de la créance subordonnée.

S'agissant des opérations portant sur les créances, on a pu proposer de distinguer trois types d'exceptions que le débiteur cédé est en droit d'opposer : l'exception tenant à un paiement libératoire, les exceptions tenant à la qualité de tiers acquise par le débiteur (telles que la compensation) et enfin les exceptions tenant à la substance de la créance (*i. e.* celles se rapportant au contenu même de la créance transférée)⁷⁰. La transmission de la clause de subordination nous paraît se rapporter à la troisième catégorie. C'est ainsi que, dans le cas où le créancier subordonné céderait sa créance à un tiers, le débiteur serait en droit de lui opposer la clause de subordination comme procédant du contenu même de la créance cédée, de la même façon que les autres caractéristiques de la créance subordonnée s'imposeraient à celui-ci. Nous avons eu l'occasion par le passé de montrer que c'est à tort qu'il était parfois fait référence à la notion d'accessoire pour justifier le transfert de certaines caractéristiques de la créance au cessionnaire, notamment pour ce qui est de la clause d'attribution de juridiction ou de la clause compromissive, alors que tout ce que le débiteur se borne à opposer au cessionnaire se rapporte au contenu même de la créance cédée⁷¹.

On se convaincra d'autant plus de la justesse de ce rattachement de la subordination ainsi comprise aux exceptions tenant à la substance de la créance, en rappelant un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 6 mai 1968, relatif à la question de la fixation du lieu du paiement de l'obligation, rendu en ces termes : « mais attendu que les juges du fond ont, à juste titre, retenu que le cessionnaire ne peut avoir de droits plus étendus que ceux du cédant et, ayant relevé que le lieu de paiement de la créance dont s'agit avait été fixé à Oran par un arrêt de la cour d'appel de cette ville en date du 10 mars 1964, ils

ont pu admettre le caractère libératoire de la consignation qui y avait été effectuée par la Compagnie la Minerve »⁷². Si donc la détermination du lieu du paiement se rattache à la substance de la créance, on ne voit pas pourquoi il en irait différemment s'agissant de sa date.

Comme on l'a vu, les conventions de subordination ont pour but d'aménager la créance en tant qu'objet, et non point les droits sur la créance transmise⁷³ : la créance subordonnée reste appartenir au créancier subordonné⁷⁴. C'est pourquoi la créance subordonnée se transmet de plein droit au cessionnaire avec ses avantages et ses « vices », telle qu'elle était lorsqu'elle appartenait au créancier subordonné initial⁷⁵. Puisque la subordination affecte l'objet du droit et non le droit sur la créance elle-même, la règle « *nemo plus juris...* » est impuissante à expliquer le « transfert » à l'ayant cause du contenu de la créance⁷⁶. Ainsi, la clause de subordination s'impose selon nous au cessionnaire du créancier subordonné indépendamment de son consentement à ce sujet, parce que la subordination fait partie intégrante de l'objet transféré⁷⁷. Cela étant, on avouera que la question n'a que peu de chance de se poser en pratique, dans la mesure où les parties conviennent généralement de ce que le transfert de la créance subordonnée ne peut intervenir que sous la condition de l'engagement préalable du cessionnaire d'adhérer à la convention de subordination ; précaution selon nous d'une utilité réduite sauf à s'assurer de ce que le cessionnaire s'est engagé en connaissance de cause.

2. Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de faillite, on a vu que la clause de dernier rang, ou la clause de *turnover*, selon le cas, prend le relais de la règle de l'interdiction des paiements. S'agissant de la clause de dernier rang, la question de la transmissibilité n'a pas lieu de se poser puisque celle-ci forme le contenu même de la créance. Il s'agit en quelque sorte d'un « vice », ou tout au moins d'un élément négatif, de la créance.

Pour ce qui concerne la clause de *turnover*, que l'on doit analyser comme une sûreté, l'analyse est différente. Il convient de vérifier si la charge de la sûreté est ou non

transmet pas (art. 2321 du Code civil).

70. G. Ansaloni, *La Situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, Paris 2, 2006, Dactyl., n° 251-252, p. 218 s.

71. *Ibid.* n° 287, p. 247.

72. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 1968, JCP G, 1969, 15737, note R. Prieur. Il n'en demeure pas moins que nous contestons fermement le rattachement de l'opposabilité des exceptions de cette nature à « *nemo plus juris...* ».

73. Il est ainsi essentiel de distinguer le droit (propriété, droit réel sur la chose d'autrui) sur lequel porte la créance, de la créance elle-même en tant qu'objet du droit.

74. Les droits du créancier subordonné peuvent ainsi être modifiés ou affectés par une opération juridique telle qu'un nantissement, une cession, une saisie, etc.

75. Rapp. A. Multrier-Trébulle, *La Notion de subordination de créance*, op. cit., n° 301, p. 295, qui qualifiait la subordination du point de vue du créancier subordonné d'« accessoire négatif ».

76. V. G. Ansaloni, *La Situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, op. cit., n° 281 s., p. 242 s. On se convainc d'autant plus que « *nemo plus juris...* » est étranger à la règle de l'opposabilité des exceptions substantielles à l'examen de la jurisprudence suivant laquelle le débiteur est en droit d'opposer au cessionnaire les exceptions apparues postérieurement à la date de cession. Voy. en ce sens, par exemple, Cass. com. 12 janv. 2010, n° 00.22.000 : « en cas de cession de créance, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette même si elles sont apparues postérieurement à la notification de la cession ». V. encore, par exemple, Cass. com. 29 nov. 1994, Bull. n° 352, p. 289 ; Cass. com. 30 mai 1995, Bull. n° 157, p. 146 ; Cass. com. 29 oct. 2003, Bull. n° 157, p. 176.

77. Il importe peu à cet égard que les conditions de la subordination figurent dans un *instrumentum* distinct de celui constatant la créance subordonnée elle-même.

transmissible de plein droit au cessionnaire de la créance subordonnée. La réponse nous semble relativement simple. S'il s'agit d'un nantissement de créance, dans ce cas alors la créance est transmise grevée de ce droit réel par application de « *nemo plus juris...* ». S'il s'agit en revanche d'une garantie autonome, l'engagement ne se transmet pas de plein droit si le cessionnaire n'y a point consenti. L'effet relatif des conventions trouve ici à s'appliquer. À supposer donc que le cessionnaire n'ait pas accepté de « reprendre » l'engagement de garantie et que le créancier prioritaire n'ait pas davantage libéré le créancier cédant, il s'en déduit alors que ce dernier reste tenu par les termes de la garantie. Où l'on voit qu'il est souhaitable de concevoir la clause de *turnover* comme une sûreté réelle⁷⁸.

B. Efficacité à l'égard de la procédure collective du débiteur

Des doutes ont pu être émis quant à l'efficacité des conventions de subordination à l'égard de la « procédure collective » du débiteur commun. Les hésitations se rapportant à la question de l'égalité des créanciers paraissent pouvoir être laissées de côté. À supposer que le principe de l'égalité des créanciers ait un réel contenu⁷⁹, il est évident que la convention de subordination ne lèse que les droits du créancier subordonné – qui par hypothèse y a consenti. Aucune atteinte au principe d'égalité ne peut résulter de ce type d'accord.

On a pu soutenir qu'un tel accord serait inopposable aux tiers⁸⁰; et ainsi à la masse des créanciers⁸¹. Dans le cas qui nous préoccupe, on voit mal en quoi la masse des créanciers pourrait être lésée par un accord qui, au fond, n'intéresse que les seuls créanciers prioritaires et subordonnés⁸². Quant aux organes de la procédure, on est en proie au même doute. On se demande à quel titre ceux-ci pourraient être en droit de ne pas tenir compte de l'accord des parties dès lors que celui-ci d'un côté affecte le contenu de la créance dont est titulaire le créancier subordonné et d'un autre octroie un avantage au créancier prioritaire⁸³ – avantage qui n'a d'effet qu'à l'encontre de celui qui l'a consenti et qui ne nuit pas non

plus au débiteur. On observera à ce sujet que depuis la loi de régulation bancaire et financière n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, la loi prévoit désormais expressément la prise en compte des accords de subordination dans le cadre de l'élaboration d'un plan de sauvegarde⁸⁴, ce qui est un élément en faveur des développements qui précèdent, s'il en est besoin⁸⁵.

On ajoutera que, pour le créancier prioritaire, le véritable enjeu de la prise en compte de la subordination par la procédure collective est d'obtenir un droit direct sur les dividendes reçus au cours de la procédure⁸⁶. Si l'on veut bien admettre, comme cela semble bien s'imposer, que la clause de *turnover* s'analyse en une sûreté, on s'aperçoit alors que la question est sans objet. Ou bien effet, il s'agit d'un nantissement de créance que le créancier nanti peut notifier au débiteur pour lui indiquer qu'à compter de la notification les paiements doivent être faits exclusivement entre les mains du créancier nanti pour être opposables⁸⁷. Ou bien il s'agit d'une sûreté personnelle, et dans ce cas c'est le créancier subordonné qui, en sa qualité de garant, est personnellement tenu de payer le créancier prioritaire au titre de son engagement de garantie. ■

78. Sauf à souligner à nouveau que le créancier prioritaire bénéficie très souvent d'un nantissement de créance portant sur la créance de prêt d'associé, qui est elle-même subordonnée, ce qui nuance la portée de cette « faiblesse » en pratique.

79. M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges en hommage à André Bretton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31 s.; M. Sénéchal, *L'Effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, 2002, Préf. M.-H. Monsérié-Bon, qui, prenant le contrepied de l'analyse de Vasseur, montre que la procédure collective opère saisie collective des biens du débiteur en faillite, et selon qui la plupart des règles prétendument rattachables à la protection de l'égalité des créanciers visent en réalité à reconstituer ou à préserver le gage commun des créanciers. Comp. F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G*, 1998, I, 138, qui s'efforce au contraire de démontrer la consistance du principe.

80. Par exemple : M. Galland, « La subordination de dernier rang : régime et finalités des titres super-subordonnés », *Bull. Joly*, 2006, p. 1111 s.

81. Sur la survivance de la « masse » après la réforme de 1985, v. M. Cabrillac, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers », *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gaualda*, Dalloz, 2001, p. 69 s.

82. Dans le même sens, J. Hamel, *Banque et opérations de banque*, op. cit., n° 938, p. 487. Également, R. Dammann et G. Podeur, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E*, 2009, 2094, n° 49-50.

83. Voir l'ensemble des créances dans le cas d'une subordination générale.

84. Article 626-30-2 du Code de commerce, al. 2 (modifié) : « Le projet de plan proposé aux comités n'est soumis ni aux dispositions de l'article L. 626-12 ni à celles de l'article L. 626-18, à l'exception de son dernier alinéa. Il peut notamment prévoir des délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Il peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient. Il prend en compte les accords de subordination entre créanciers conclus avant l'ouverture de la procédure » (c'est nous qui soulignons). Sur ce texte, v. B. Grelon, « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » du 22 octobre 2010 », *Rev. Soc.* 2011, p. 7 s., spéc. n° 67 s., selon lequel la portée de ce texte, dont l'objet serait de limiter la souveraineté des comités de créanciers en imposant le respect des prévisions des parties et des rangs organisés préalablement à la faillite, reste toutefois incertaine puisqu'il semble que cette disposition a surtout valeur de recommandation.

85. On pourrait soutenir que si la règle existe pour cette procédure, cela pourrait *a contrario* signifier que les accords de subordination sont sans effet dans le cadre des autres procédures. On verra toutefois à prendre garde à ce type de raccourci, tant on sait que l'utilisation de méthodes de raisonnement fondées sur les arguments *a contrario*, *a pari*, etc., sont dangereuses.

86. P. Wood, *Project finance, securitisation, subordinated debt*, op. cit., § 11-002, p. 193.

87. Le créancier nanti pourra en outre exercer un pacte commissaire et devenir propriétaire de la créance nantie pour autant que le constituant ne soit pas lui-même sous le coup d'une procédure collective.