

N° 691

SÉNAT

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2016-2017

Enregistré à la Présidence du Sénat le 28 juillet 2017

PROJET DE LOI

*ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'**agent des sûretés**,*

PRÉSENTÉ

au nom de M. Édouard PHILIPPE,

Premier ministre

Par Mme Nicole BELLOUBET,

Garde des Sceaux, ministre de la justice

(Envoyé à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

L'article 117 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, a autorisé le Gouvernement, afin de « doter le droit français d'un régime juridique de l'agent des sûretés efficace, permettant de concurrencer les dispositifs existants dans les pays anglo-saxons », à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi tendant à clarifier et moderniser le régime défini à l'article 2328-1 du code civil :

a) En permettant aux créanciers de constituer les sûretés et garanties dont ils bénéficient au nom d'un agent des sûretés qu'ils désignent, qui sera titulaire desdites sûretés et garanties, qu'il tiendra séparées de son patrimoine propre et dont il percevra le produit de la réalisation ou de l'exercice ;

b) En définissant les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de l'obligation garantie, intenter une action pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, et procéder à la déclaration des créances garanties en cas de procédure collective ;

c) En précisant les effets de l'ouverture, à l'égard de l'agent des sûretés, d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou d'une procédure de rétablissement professionnel sur les sûretés et garanties dont celui-ci est titulaire en cette qualité et sur le produit de leur réalisation ou exercice ;

d) En permettant la désignation d'un agent des sûretés provisoire, ou le remplacement de l'agent des sûretés, lorsque ce dernier manquera à ses devoirs ou mettra en péril les intérêts qui lui sont confiés, ou encore fera l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou d'une procédure de rétablissement professionnel ;

e) En adaptant toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications ainsi apportées.

Le présent projet de loi est destiné à ratifier l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, prise sur le fondement de cette habilitation et publiée au *Journal officiel* de la République française du 5 mai 2017.

Cette ordonnance permet de doter le droit français d'un agent des sûretés qui soit réellement efficace et remédie en cela aux insuffisances des textes actuels. En effet l'article 2328-1 du même code, qui avait été introduit par la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie, prévoit seulement que « toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation », ce qui laissait planer des incertitudes sur la qualification juridique de l'opération et donc sur le régime applicable.

L'objectif de l'ordonnance est de rendre l'agent des sûretés français plus attractif pour les praticiens, afin de concurrencer les dispositifs de droit étranger que sont notamment le *security trustee* anglo-saxon ou la *parallel debt* de droit anglo-saxon, allemand ou néerlandais.

Le recours à un agent des sûretés étant particulièrement utile dans les crédits syndiqués, crédits qui sont consentis par plusieurs prêteurs réunis au sein d'un groupement ou « syndicat bancaire », afin de gérer de façon uniforme les sûretés garantissant l'obligation au profit de l'ensemble des créanciers, cette ordonnance offre un nouvel instrument juridique propice à la compétitivité de la place française en matière de financements syndiqués.

L'ordonnance introduit à cette fin sept nouveaux articles dans le code civil, réunis au sein d'un nouveau titre III intitulé « De l'agent des sûretés » et inséré à la fin du livre IV du même code sur les sûretés.

Ces nouvelles dispositions élargissent le champ d'intervention de l'agent des sûretés, jusque-là limité aux sûretés réelles, à toutes les sûretés et garanties (article 2488-6 alinéa 1). Elles précisent par ailleurs le régime juridique de l'opération, désormais comparable à une fiducie : l'agent des sûretés agit en son propre nom et non au nom des créanciers, au bénéfice de ces derniers et devient titulaire des sûretés et garanties ainsi que des actifs perçus dans le cadre de leur gestion et de leur réalisation, lesquels sont transférés dans un patrimoine d'affectation distinct de son patrimoine propre, qu'il gère dans

l'intérêt des créanciers bénéficiaires (article 2488-6 alinéas 2 et 3). Afin de garantir l'information des tiers, l'agent des sûretés devra néanmoins faire mention de sa qualité lorsqu'il agit au profit des créanciers (article 2488-8).

La création d'un tel patrimoine d'affectation a pour conséquence que seuls les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion des biens et droits acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission pourront les saisir, à l'exclusion des créanciers personnels de l'agent des sûretés (article 2488-10 alinéa 1).

L'agent des sûretés n'est cependant pas soumis au formalisme propre à la fiducie de droit commun, prévu aux articles 2001 et suivants du même code. Il est seulement exigé que la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés soit passée par écrit, et ce à peine de nullité, et qu'elle précise la qualité d'agent des sûretés, l'objet et la durée de la mission ainsi que l'étendue des pouvoirs conférés à l'agent des sûretés, ce qui est un gage de sécurité juridique pour les créanciers (article 2488-7).

Les pouvoirs de l'agent des sûretés sont par ailleurs clarifiés : il est désormais expressément prévu que l'agent des sûretés peut, sans pouvoir spécial, exercer toute action, même en justice, dans l'intérêt des créanciers de l'obligation garantie et qu'il peut procéder à la déclaration des créances en cas de procédure collective (article 2488-9).

Les conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard de l'agent des sûretés sont également précisées : seul le patrimoine propre de l'agent des sûretés sera concerné par une telle procédure qui restera sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission, ce qui est un gage de protection pour les créanciers bénéficiaires (article 2488-10 alinéa 2) ; par ailleurs, tout créancier bénéficiaire pourra en cas d'ouverture d'une telle procédure solliciter en justice le remplacement de l'agent des sûretés ou la désignation d'un agent des sûretés provisoire (article 2488-11).

Enfin, il est prévu que l'agent des sûretés est responsable des fautes qu'il commet dans l'accomplissement de sa mission, et ce à l'égard de ses cocontractants comme à l'égard des tiers, et qu'il engage alors son patrimoine personnel (article 2488-12).

En dehors de ces règles, une large place est faite à la liberté contractuelle, afin que les praticiens puissent adapter ce nouvel instrument à leurs besoins.

L'article 117 de la loi du 9 décembre 2016 précitée prévoit qu'un projet de loi de ratification doit être déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance.

En conséquence, **l'article 1^{er}** du projet de loi ratifie l'ordonnance du 4 mai 2017 précitée.

L'article 2 modifie les onzième et douzième alinéas de l'article 1^{er} de l'ordonnance afin d'étendre la liste des procédures d'insolvabilité mentionnées aux articles 2488-10 et 2488-11. En effet, dans l'habilitation donnée au Gouvernement, le législateur ne visait que les procédures de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel. Afin de ne pas susciter d'insécurité juridique, il apparaît opportun d'ajouter la procédure de surendettement, régie par le livre VII du code de la consommation, dès lors que l'ordonnance n'exclut pas que l'agent des sûretés soit une personne physique. Par ailleurs, dans la mesure où l'agent des sûretés est le plus souvent désigné parmi les établissements prêteurs, il est nécessaire d'ajouter la nouvelle procédure de résolution bancaire introduite par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, ayant transposé la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, applicable aux termes de l'article L. 613-34 du code monétaire et financier aux établissements de crédit et entreprises d'investissement.

L'article 3 prévoit que la modification du texte de l'ordonnance prévue par l'article 2 est applicable dans les îles Wallis et Futuna, comme l'ordonnance elle-même.

PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport de la garde des sceaux, ministre de la justice,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décète :

Le présent projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État, sera présenté au Sénat par la garde des sceaux, ministre de la justice, qui sera chargée d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

Article 1^{er}

L'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés est ratifiée.

Article 2

Aux onzième et douzième alinéas de l'article 1^{er} de la même ordonnance, les mots : « ou de rétablissement professionnel » sont remplacés par les mots : « , de rétablissement professionnel, de surendettement ou de résolution bancaire ».

Article 3

L'article 2 est applicable dans les îles Wallis et Futuna.

Fait à Paris, le 28 juillet 2017

Signé : ÉDOUARD PHILIPPE

Par le Premier ministre :

La garde des sceaux, ministre de la justice

Signé : NICOLE BELLOUBET



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

ETUDE D'IMPACT

PROJET DE LOI

ratifiant l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés

NOR : JUSC1717361L/Bleue-1

19 juillet 2017

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	3
TABLEAU SYNOPTIQUE DES CONSULTATIONS OBLIGATOIRES	4
1. ETAT DES LIEUX	5
1.1. Régime de l'agent des sûretés	5
1.2. Surendettement	8
1.3. Résolution bancaire	10
2. NECESSITE DE LEGIFERER ET OBJECTIFS POURSUIVIS	11
2.1. Nécessité de légiférer	11
2.2. Objectifs poursuivis	12
3. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGEES	13
4. CONSULTATIONS MENEES	13
5. MODALITES D'APPLICATION	13

INTRODUCTION GENERALE

L'article 117 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, a autorisé le Gouvernement, afin de « doter le droit français d'un régime juridique de l'agent des sûretés efficace, permettant de concurrencer les dispositifs existants dans les pays anglo-saxons », à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi tendant à clarifier et moderniser le régime défini à l'article 2328-1 du code civil :

a) En permettant aux créanciers de constituer les sûretés et garanties dont ils bénéficient au nom d'un agent des sûretés qu'ils désignent, qui sera titulaire desdites sûretés et garanties, qu'il tiendra séparées de son patrimoine propre et dont il percevra le produit de la réalisation ou de l'exercice ;

b) En définissant les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de l'obligation garantie, intenter une action pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, et procéder à la déclaration des créances garanties en cas de procédure collective ;

c) En précisant les effets de l'ouverture, à l'égard de l'agent des sûretés, d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou d'une procédure de rétablissement professionnel sur les sûretés et garanties dont celui-ci est titulaire en cette qualité et sur le produit de leur réalisation ou exercice ;

d) En permettant la désignation d'un agent des sûretés provisoire, ou le remplacement de l'agent des sûretés, lorsque ce dernier manquera à ses devoirs ou mettra en péril les intérêts qui lui sont confiés, ou encore fera l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou d'une procédure de rétablissement professionnel ;

e) En adaptant toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications ainsi apportées.

Le présent projet de loi est destiné à ratifier l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, prise en application de cette habilitation et publiée au Journal Officiel de la République française du 5 mai 2017.

Il modifie par ailleurs l'ordonnance afin d'étendre la liste des procédures d'insolvabilité mentionnées aux articles 2488-10 et 2488-11 du code civil créés par l'ordonnance, en y ajoutant la procédure de surendettement, régie par le livre VII du code de la consommation, et la nouvelle procédure de résolution bancaire introduite par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, ayant transposé la directive 2014/59/UE du Parlement

européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

TABLEAU SYNOPTIQUE DES CONSULTATIONS OBLIGATOIRES

Instance consultée	Fondement juridique de la consultation	Article du projet de loi soumis à la consultation	Sens de l'avis
Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF)	Articles L. 614-2 du code monétaire et financier et L. 411-2 du code des assurances	Ensemble du texte	favorable

1. ETAT DES LIEUX

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

1.1. REGIME DE L'AGENT DES SURETES

Avant 2007, les instruments juridiques permettant en droit français le recours à un agent des sûretés étaient inadaptés. En effet, dans le mandat¹, le mandataire (agent des sûretés) agit au nom et pour le compte des mandants (créanciers), ce qui impose de mentionner l'identité de tous les créanciers bénéficiaires dans les actes constitutifs des sûretés et dans toutes les formalités accomplies par le mandant, alors que l'identité des créanciers change fréquemment dans le cadre d'opérations de crédit importantes. Quant à la stipulation d'une solidarité entre les créanciers (solidarité active prévue à l'article 1311 du code civil), si elle permet à chaque membre du *pool* de créanciers de recevoir et réaliser les sûretés garantissant la totalité de la dette, elle impose que l'agent des sûretés soit l'un des prêteurs, et fait courir le risque que le débiteur se libère en totalité entre les mains du prêteur de son choix.

Face aux insuffisances de ces instruments juridiques et à la concurrence des droits étrangers connaissant des techniques telles que le *trust* anglo-saxon (la technique du *trust* permet de désigner un agent des sûretés, appelé « *security trustee* » ou « *security agent* », qui est le bénéficiaire légal des sûretés tandis que le bénéfice économique en revient aux créanciers, et qui peut à ce titre agir en son nom propre) ou la « *parallel debt* » de droit anglo-saxon, allemand ou néerlandais (qui permet la création par le débiteur, au profit de l'agent des sûretés d'une dette parallèle fictive, identique à l'obligation principale, mais seule garantie par les sûretés), le législateur est intervenu en 2007. C'est ainsi que la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie² a introduit dans le code civil un article 2328-1 prévoyant que « Toute sûreté réelle peut être inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation ». Cette loi a été complétée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation

¹ Code civil, articles 1984 et suivants.

² Légifrance, Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000821047&dateTexte=&categorieLien=id>.

de l'économie³ pour préciser que l'agent des sûretés peut également « constituer » des sûretés pour le compte des créanciers.

Toutefois, le caractère lacunaire de l'article 2328-1 du code civil a rapidement été souligné par les praticiens, qui ont peu fait usage de ce nouvel instrument. Les imperfections dénoncées sont diverses :

- incertitude sur la qualification juridique de l'opération et donc sur le régime applicable (mandat, fiducie ou institution sui generis) ;
- limitation de l'intervention de l'agent des sûretés aux seules sûretés réelles ;
- obligation de procéder à sa désignation dans l'acte qui constate la créance ;
- indétermination des conditions de son remplacement ;
- interrogations quant à l'étendue de son pouvoir d'agir en justice et de déclarer les créances en cas de procédure collective, sans mandat spécial des créanciers.

Ces imperfections ont conduit les acteurs à continuer à privilégier les mécanismes de droit étranger précédemment mentionnés.

C'est pourquoi la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique⁴, a habilité le Gouvernement à réformer le régime de l'agent des sûretés par voie d'ordonnance. L'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, prise en application de cette habilitation et entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2017, a modifié les dispositions applicables à l'agent des sûretés afin de rendre plus sûr et efficace le dispositif français. A cet effet, l'article 2328-1 du code civil a été abrogé et de nouvelles dispositions plus complètes ont été insérées aux articles 2488-6 à 2488-12 du code civil dans un nouveau titre III consacré à l'agent des sûretés, à la fin du livre IV du code civil relatif aux sûretés.

Le champ d'intervention de l'agent des sûretés a été élargi à toutes les sûretés et garanties⁵ et n'est plus limité aux seules sûretés réelles. L'agent des sûretés pourra désormais également gérer les sûretés personnelles mais également les promesses de sûretés ou encore les sûretés de droit étranger, sans être limité aux sûretés énumérées dans le code civil, le code de commerce et le code monétaire et financier. Il a également été précisé que l'agent agit en son propre nom. Les changements de créanciers membres du « *pool* » bancaire sont donc sans incidence puisque l'agent n'agit pas au nom de chaque créancier, à la différence du mandat. La nature juridique du mécanisme a été explicitée. L'agent des sûretés se voit reconnaître les pouvoirs d'un fiduciaire puisqu'il devient titulaire des sûretés et garanties, qui sont transférées dans un patrimoine d'affectation distinct de son patrimoine propre, qu'il doit

³ Légifrance, Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050&categorieLien=id>.

⁴ Légifrance, Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id>.

⁵ Code civil, article 2488-6 alinéa 1.

gérer dans l'intérêt des créanciers bénéficiaires⁶. Entrent dans ce patrimoine tant les sûretés et garanties elles-mêmes que les actifs perçus dans le cadre de leur gestion et de leur réalisation. La logique fiduciaire et le fait que l'agent agisse en son propre nom lui permettent, contrairement au mandataire, d'intervenir non seulement pour les créanciers originaires mais également au profit des créanciers qui seront entrés dans la composition du « *pool* » postérieurement à sa désignation, sans avoir à renouveler les formalités effectuées notamment pour l'inscription des sûretés, à chaque transfert de créance. L'agent des sûretés est toutefois un fiduciaire spécial, soumis à des dispositions spécifiques. Il n'y a donc pas lieu à application des formalités de la fiducie de droit commun des articles 2011 et suivants du code civil, qui s'avèreraient excessivement lourdes pour la seule gestion de sûretés.

L'ordonnance ne pose aucune exigence concernant les personnes pouvant agir en qualité d'agent des sûretés. Il pourra s'agir de l'un des établissements prêteurs ou d'un tiers, personne physique ou personne morale.

De manière générale, seules quelques règles ont été fixées dans le code civil, une large place étant laissée à la liberté contractuelle, afin d'assurer la souplesse de cet instrument et son adaptation aux besoins de la pratique financière. Il est seulement prévu par l'ordonnance que la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par écrit, et ce à peine de nullité⁷. Cette solennité, compte tenu de l'importance des sommes en jeu dans les opérations financières concernées, permet de garantir la protection des créanciers. Elle leur impose d'indiquer expressément la qualité d'agent des sûretés de leur cocontractant, de définir précisément l'objet et la durée de la mission ainsi que l'étendue des pouvoirs conférés à l'agent des sûretés, ce qui est un gage de sécurité juridique pour les prêteurs.

L'agent des sûretés, puisqu'il agit en son propre nom, doit faire mention de sa qualité lorsqu'il agit au profit des créanciers, afin que les tiers en soient informés⁸.

L'ordonnance précise expressément que l'agent des sûreté peut, sans pouvoir spécial, exercer tous droits même en justice dans l'intérêt des créanciers de l'obligation garantie et qu'il peut procéder à la déclaration des créances en cas de procédure collective⁹. Cette précision dans la loi permet de mettre fin aux incertitudes des praticiens sur ce point, au regard en particulier du principe selon lequel « nul ne plaide par procureur ». Ces actions pourront aussi bien tendre à la conservation qu'à la gestion ou à la réalisation des sûretés et garanties.

L'agent des sûretés est responsable des fautes qu'il commet dans l'accomplissement de sa mission¹⁰, à l'égard de ses cocontractants comme à l'égard des tiers, conformément aux règles du droit commun de la responsabilité civile. Si l'agent des sûretés est condamné à indemniser

⁶ Code civil, article 2488-6 alinéas 2 et 3.

⁷ Code civil, article 2488-7.

⁸ Code civil, article 2488-8.

⁹ Code civil, article 2488-9.

¹⁰ Code civil, article 2488-12.

les créanciers, il engage alors son patrimoine personnel. La clarification opérée par l'ordonnance, visant à distinguer patrimoine d'affectation et patrimoine personnel de l'agent des sûretés, permet d'améliorer la protection des actifs acquis pendant l'exercice de sa mission :

- d'une part, seuls les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion des biens et droits acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission peuvent les saisir, à l'exclusion des créanciers personnels de l'agent des sûretés¹¹ ;
- d'autre part, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission : seul son patrimoine propre sera concerné, ce qui permet d'assurer la protection des créanciers bénéficiaires¹².

L'ordonnance précise enfin les conditions du remplacement de l'agent des sûretés¹³. En l'absence de clause dans le contrat de désignation de l'agent des sûretés, régissant les conditions de son remplacement, il est prévu que tout créancier bénéficiaire peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés en cas de manquement à ses devoirs ou d'ouverture à son encontre d'une procédure collective ou de rétablissement professionnel prévue au livre VI du code de commerce. Lorsque l'agent des sûretés est ainsi remplacé, les droits et biens qui forment le patrimoine affecté sont alors transmis de plein droit au nouvel agent des sûretés.

Toutefois, la loi d'habilitation ne mentionnant que les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel, prévues dans le livre VI du code de commerce, seules ces procédures ont pu être prises en compte dans l'ordonnance. Or, l'agent des sûretés pourrait également être affecté par une procédure de surendettement (s'agissant d'une personne physique) ou pourrait faire l'objet de la procédure de résolution introduite par l'ordonnance du 20 août 2015 ayant transposé la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 (s'agissant d'un établissement bancaire).

1.2. SURENDETTEMENT

Les dispositions relatives à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, introduites par la loi du 31 décembre 1989 et modifiées à plusieurs reprises depuis, sont insérées dans le code de la consommation (au livre VII, articles L. 711-1 et suivants pour la partie législative et articles R. 711-1 et suivants pour la partie réglementaire).

Le bénéfice de cette procédure est ouvert aux personnes physiques de bonne foi qui se trouvent dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de leurs dettes non

¹¹ Code civil, article 2488-10 alinéa 1.

¹² Code civil, article 2488-10 alinéa 2.

¹³ Code civil, article 2488-11.

professionnelles exigibles et à échoir ou à l'engagement qu'elles ont donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société¹⁴.

Aux termes de l'article L. 711-3 du code de la consommation, les dispositions relatives à la procédure de surendettement des particuliers ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par la livre VI du code de commerce. Le droit du surendettement s'applique donc aux personnes physiques qui ne relèvent pas par ailleurs, du fait de leur activité économique, des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires des entreprises. Cette exclusion concerne donc les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale, les agriculteurs et les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante.

L'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement a introduit un article L. 711-7, qui précise que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (statut instauré par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010) peut avoir accès à la procédure de surendettement des particuliers au titre de son patrimoine non affecté, si cette situation de surendettement résulte exclusivement de dettes non professionnelles. Ce statut autorise l'entrepreneur à affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale¹⁵. Cette dualité de patrimoine permet à l'entrepreneur de prétendre au bénéfice de la législation du code de commerce relative au traitement des entreprises en difficultés pour tout ce qui concerne son patrimoine affecté d'une part, et au bénéfice de la procédure de surendettement des particuliers pour son patrimoine non affecté d'autre part.

En ce cas, conformément aux dispositions de l'article L. 711-7 du code de la consommation, les dispositions de la procédure de surendettement s'appliqueront au seul patrimoine non affecté.

La procédure de surendettement permet au débiteur de bénéficier de mesures de désendettement pouvant consister en un report, une suspension ou un rééchelonnement des dettes ou en un effacement total des dettes dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire¹⁶ ou de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire¹⁷.

¹⁴ Code de la consommation, article L. 711-1.

¹⁵ Code de commerce, article L. 526-6.

¹⁶ Code de la consommation, articles L. 741-1 et suivants.

¹⁷ Code de la consommation, articles L. 742-1 et suivants.

1.3. RESOLUTION BANCAIRE

La directive 2014/59/UE du 14 mai 2015 sur le redressement et la résolution des défaillances bancaires¹⁸ (« BRRD »), adoptée à la suite des récentes crises financières, a été transposée par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière. Cette directive s'inscrit dans une démarche d'harmonisation des droits nationaux de tous les États membres et établit des règles pour la résolution des défaillances des établissements bancaires, assorties d'un mécanisme de coopération entre les autorités de résolution, avec une supervision de la Banque centrale européenne. Elle prévoit la mise en place de mesures de prévention (plans de redressement et mesures d'intervention précoce), au cas où un établissement bancaire rencontrerait des difficultés, mais aussi des mesures de gestion des crises (plan de résolution), en coopération avec le Conseil de résolution unique et les autorités nationales de résolution. En application de cette directive, un nouveau cadre juridique a ainsi été mis en place en droit interne, succédant au régime de résolution bancaire introduit par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires¹⁹. Ces dispositions sont prévues dans le code monétaire et financier. Le décret n° 2015-1160 du 17 septembre 2015 a adopté les mesures qui découlent de ces modifications, nécessaires à la transposition de la directive 2014/59/UE.

Le déclenchement des mesures de résolution nécessite la réunion de trois conditions, à savoir la défaillance de l'établissement (si l'établissement ne respecte plus les conditions de son agrément, n'est pas en mesure de s'acquitter de ses dettes ou de ses autres engagements à l'échéance, si un soutien financier exceptionnel des pouvoirs publics est requis ou si la valeur des actifs est inférieure à la valeur du passif), l'absence de perspective d'évitement de la défaillance dans un délai raisonnable, et la condition selon laquelle une procédure de liquidation judiciaire ne permettrait pas d'atteindre les objectifs dans une même mesure²⁰.

Les mesures de résolution sont diverses : cessions d'activité à des établissements-relais, mise en place d'une structure de gestion d'actifs à laquelle sont transférés les biens, droits ou obligations de l'établissement, mesures de renflouement interne ou encore réduction de capital.

Ces mesures sont applicables aux termes de l'article L. 613-34 du code monétaire et financier aux établissements de crédit et entreprises d'investissement.

¹⁸ EUR-Lex, Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0059&from=FR>.

¹⁹ Légifrance, Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027754539>.

²⁰ Code monétaire et financier, article L.613-43 II.

2. NECESSITE DE LEGIFERER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1. NECESSITE DE LEGIFERER

S'agissant de textes du code civil, seule une modification apportée dans la loi permet de procéder aux ajouts envisagés.

En l'état des textes sur l'agent des sûretés tels qu'issus de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017, seules les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel sont citées aux articles 2488-10 et 2488-11. En effet, la loi d'habilitation ne mentionnait que ces procédures, prévues dans le livre VI du code de commerce. Or, cette liste n'est pas exhaustive puisque l'agent des sûretés pourrait être affecté par deux autres types de procédures d'insolvabilité mettant en péril la poursuite de sa mission et pouvant engendrer des risques pour les créanciers l'ayant désigné :

- **La résolution bancaire**

En pratique, l'agent des sûretés est bien souvent désigné parmi les établissements prêteurs. Or, les défaillances des établissements bancaires font l'objet d'une réglementation particulière, dérogoratoire au droit commun des procédures collectives et qui figure dans le code monétaire et financier, à la section 4 du chapitre III du titre Ier du livre VI.

L'agent des sûretés pourrait faire l'objet de la procédure de résolution introduite par l'ordonnance du 20 août 2015 ayant transposé la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Cette lacune avait d'ailleurs été pointée par le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières dans son avis rendu sur le projet d'ordonnance, mais les termes de l'habilitation n'avaient pas permis de compléter l'ordonnance sur ce point.

Les juridictions pourraient, en cas de litige, appliquer par analogie les articles 2488-10 et 2488-11 du code civil en cas d'ouverture d'une telle procédure à l'égard de l'agent des sûretés, toutefois le silence du texte est source d'insécurité juridique, ce qui est contraire à l'objectif recherché par le texte.

Par cohérence avec ce qui est prévu en cas d'ouverture d'une procédure collective ou de rétablissement professionnel prévue par le livre VI du code de commerce, le présent projet de loi prévoit donc expressément que l'ouverture d'une telle procédure de résolution, à l'encontre d'un établissement de crédit qui aurait la qualité d'agent des sûretés :

- d'une part, est sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission d'agent des sûretés, conformément à la logique du patrimoine d'affectation²¹ ;

²¹ Code civil, article 2488-10 alinéa 2.

– d’autre part, permet à tout créancier bénéficiaire des sûretés de demander en justice la désignation d’un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l’agent des sûretés²².

- **Le surendettement**

Pour que le dispositif soit complet, il faut également envisager l’hypothèse dans laquelle l’agent des sûretés serait une personne physique et se trouverait en situation de surendettement.

Sont exclus de la procédure de traitement du surendettement les commerçants, artisans et agriculteurs ainsi que toutes les personnes qui exercent une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale, ces professionnels relevant des procédures prévues dans le livre VI du code de commerce²³. Cette exclusion concerne même les auto-entrepreneurs, qui bénéficient de la procédure collective du code de commerce. Elle exclut le débiteur lui-même, quelle que soit la nature de ses dettes : la personne qui relève des procédures collectives du code de commerce ne peut bénéficier de la procédure de surendettement, même si ses dettes sont majoritairement personnelles.

Toutefois, l’entrepreneur individuel qui aura affecté à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, peut bénéficier de la procédure de surendettement, si sa situation obérée résulte uniquement de dettes non professionnelles. Seul le patrimoine non affecté à une activité professionnelle sera concerné par la procédure de surendettement²⁴. Un agent des sûretés exerçant sa mission sous cette forme juridique pourrait donc faire l’objet d’une procédure de surendettement à raison de ses dettes non professionnelles.

Le présent projet de loi propose donc de rappeler à l’article 2488-10 que l’ouverture d’une procédure de surendettement, même si les hypothèses seront résiduelles, est sans effet sur le patrimoine affecté de l’agent des sûretés. Il est également prévu à l’article 2488-11 que l’ouverture d’une telle procédure a les mêmes effets que l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité du code de commerce, en ce qu’elle permet à tout créancier de demander le remplacement de l’agent des sûretés ou la désignation d’un agent provisoire.

2.2. OBJECTIFS POURSUIVIS

La présente loi, en ce qu’elle ratifie l’ordonnance, a pour objectif de rendre l’agent des sûretés français plus attractif pour les praticiens afin de concurrencer les dispositifs de droit étranger.

Les compléments apportés à l’ordonnance, quant aux procédures d’insolvabilité mentionnées, permettent de garantir la sécurité juridique du dispositif, essentielle pour son

²² Code civil, article 2488-11 alinéa 1.

²³ Code de la consommation, article L. 711-3.

²⁴ Code de la consommation, article L. 711-7.

attractivité. En effet, en l'absence de mention des procédures du surendettement et de résolution bancaire, il pourrait exister un doute sur leur effet à l'égard du patrimoine affecté de l'agent des sûretés ainsi que sur la possibilité de remplacement judiciaire de l'agent des sûretés, une telle incertitude pouvant détourner les praticiens de cet instrument.

3. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGEES

L'élargissement proposé du présent projet de loi de ratification permettra de renforcer l'efficacité du dispositif.

En effet, là où l'ordonnance ne régissait que le remplacement de l'agent des sûretés dans l'hypothèse où ce dernier est soumis à une procédure collective du code de commerce, la précision apportée par le présent projet de loi organise son remplacement quel que soit son statut juridique, et notamment s'il est un particulier ou un établissement bancaire.

Ainsi complété, le régime de l'agent des sûretés offrira toutes les garanties d'efficacité pour les créanciers, dont les droits seront préservés en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'agent, ce qui est de nature à renforcer l'attractivité de ce régime pour les praticiens et de mieux répondre à leurs attentes.

4. CONSULTATIONS MENEES

Le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières a été saisi le 23 juin 2017. Il a rendu un avis favorable le 5 juillet 2017.

5. MODALITES D'APPLICATION

L'ordonnance ayant été rendue applicable à Wallis et Futuna, les ajouts apportés au texte par la présente loi sont également rendus applicables dans ce territoire.

Une entrée en vigueur différée est prévue par l'ordonnance, au 1^{er} octobre 2017, afin de permettre aux professionnels d'adapter leur documentation contractuelle. Les nouveaux textes ne s'appliqueront donc qu'aux agents des sûretés désignés postérieurement à cette date, les contrats de désignation signés avant le 1^{er} octobre 2017 demeurant régis par la loi ancienne.

Aucun texte d'application n'est envisagé.