

# LA FIDUCIE-SÛRETÉ : LE BILAN D'UNE AVENTURE LÉGISLATIVE DE 3 ANS



**ISABELLE  
LEGRAND**  
LL.M.  
Institute  
for Law and  
Finance –  
Master II  
Droit bancaire  
et financier,  
Université  
Paris II

Trois ans après, la fiducie utilisée à titre de sûreté ne ressemble plus guère à l'institution initialement conçue par le législateur. D'abord limitée dans son champ d'application, la fiducie-sûreté mérite désormais plus d'attention des parties aux opérations de crédit garanti. Réformée aux dépens de l'intelligibilité, la fiducie-sûreté est pourtant attractive au vu de la prééminence de la liberté contractuelle et de sa particulière résistance aux procédures d'insolvabilité.

**L**a métamorphose de la fiducie-sûreté. Introduit en droit français par la loi du 19 février 2007, le contrat de fiducie a fait l'objet depuis sa consécration de nombreux perfectionnements législatifs visant à la fois à étendre son champ d'application et à encadrer son efficacité. Malgré les travaux doctrinaux nourris qui l'ont précédée<sup>1</sup>, l'introduction de la fiducie aux articles 2011 et suivants du Code civil reçut en effet un accueil mitigé au regard du caractère sommaire des dispositions introduites et des sévères limitations encadrant son application<sup>2</sup>. Au regard de son utilisation à des fins de garantie d'opérations de crédit, aspect sur lequel porte cette étude, il aura ainsi fallu patienter quelques années pour que la fiducie épouse les traits d'une sûreté pratique dans son utilisation et apte à sécuriser efficacement les opérations de crédit. Néanmoins, cette succession de textes réformateurs fut entreprise aux dépens de la pédagogie puisque leur multiplicité tout comme leur fréquente

insertion au sein de textes à vocation généraliste<sup>3</sup> ont pu nuire à la clarté de l'institution. Partant, au lendemain de la censure par le Conseil constitutionnel d'une disposition législative tendant à préciser le régime de la fiducie<sup>4</sup>, une analyse des avantages et inconvénients de cette sûreté récente s'impose.

**La notion de fiducie-sûreté.** En droit, la fiducie nommée constitue, aux termes de l'article 2011 du Code civil, une « opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Initialement les dispositions relatives à la fiducie n'opéraient pas de distinction au regard de la finalité de celle-ci. Ainsi, les mêmes dispositions régissaient à la fois les fiducies conclues à des fins de garantie ou à des fins de gestion, les fiducies dites libéralité étant prohibées par le droit français<sup>5</sup>. Toutefois, cette situation a évolué avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, texte introduisant plusieurs dispositions applicables à la seule fiducie-sûreté au sein du Livre IV du Code civil consacré aux sûretés.

L'objet du contrat de fiducie-sûreté réside dans le transfert de la propriété de biens ou de la « titularité » de droits au sein d'un patrimoine fiduciaire à des fins de garantie d'une dette sous-jacente. Depuis son origine, ce transfert fiduciaire de propriété peut porter sur tous biens,

1. Voir M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Défrenois* 1991, p. 897 et 961 ; J. de Guillenchmidt, « Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie », *Rev. Dr. banc.* mai-juin 1990, p. 105 ; C. Larroumet, « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, 119 et M. Cantin-Cumyn, « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie : un point de vue civiliste d'outre-Atlantique », *D.* 1992, 117.  
2. Voir P. Crocq, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354 ; G. Blanluet et J.-P. Le Gall, « La fiducie, une œuvre inachevée. – Un appel à la réforme après la loi du 19 février 2007 », *JCP G* 2009, n° 27, I 169, ou encore, F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *JCP E* 2009, n° 36, I 808.

3. Nous pensons ici aux dispositions intéressant la fiducie introduites dans la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ou encore, dans la loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009.

4. Par une décision DC n° 2009-589 du 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article 16 de la loi tendant à favoriser le crédit aux PME du 19 octobre 2009 en qualifiant cette disposition de cavalier législatif. Cette nouvelle réforme tendait à adapter la fiducie à la finance islamique puisque cette dernière impose que le créancier puisse disposer du bien qui lui sert de garantie. Ainsi, cet article censuré aurait permis d'affirmer expressément que le fiduciaire ne dispose pas d'une propriété équivalente à celle de l'article 544 mais bien d'une simple propriété avec charges exercée au profit du bénéficiaire. À la suite de cette décision du Conseil constitutionnel, la ministre de l'Économie et des Finances, Mme Lagarde, a précisé que cette adaptation de la fiducie aux besoins de la finance islamique ferait prochainement l'objet d'un véhicule législatif adapté aux exigences constitutionnelles (Conférence « Finance islamique : quelles opportunités pour les entreprises françaises ? » au ministère de l'Économie et des Finances – 3 novembre 2009).

5. C. civ. art. 2013

droits ou sûretés<sup>6</sup>, présents ou futurs, appréhendés ut singuli ou ut universi<sup>7</sup>. Initialement fixée à 33 ans, la durée maximale de ce transfert d'actifs fiduciaires a été portée à 99 ans par la loi LME du 4 août 2008<sup>8</sup>.

**Les parties au contrat de fiducie-sûreté.** À la lumière des dispositions du Code civil, la fiducie constitue un contrat bipartite. Ainsi, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, un débiteur-constituant transfère les actifs fiduciaires dans un patrimoine d'affectation, conservé ou géré par un fiduciaire qui s'engage, au terme du contrat, à les restituer au constituant ou, en cas de défaut sur la dette garantie, à les transférer à un ou plusieurs créanciers-bénéficiaires. En principe simple créancier de l'exécution du contrat de fiducie par le fiduciaire, il est possible que le bénéficiaire se joigne au contrat de fiducie afin que ses droits puissent être négociés et précisés au sein du contrat de fiducie lui-même.

Initialement, seules les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés pouvaient constituer une fiducie<sup>9</sup>, excluant ainsi toute fiducie constituée par une personne morale étrangère ou par une personne physique. Aussi louables que soient les considérations fiscales du législateur, celui-ci repris cependant la plume avec la loi LME du 4 août 2008 ouvrant alors la fiducie à toute personne morale<sup>10</sup> ou physique. De plus, aux termes de l'article 2011 du Code civil, la fiducie peut être consentie par un ou plusieurs constituants, permettant ainsi la constitution de fiducies-sûretés pour autrui lorsque la dette est garantie par des biens transférés par d'autres entités que le débiteur lui-même. Par ailleurs, la lourdeur des exigences de formation de la fiducie-sûreté risque de la restreindre à la sécurisation des opérations de crédit consenties aux seules personnes morales<sup>11</sup>.

En revanche, seules les personnes spécifiquement visées par l'article 2015 du Code civil peuvent se porter fiduciaires. Ainsi, la catégorie des fiduciaires est dûment réservée à deux types de personnes : les professionnels présentant de solides garanties prudentielles, tels que les établissements de crédit ou entreprises d'investissements<sup>12</sup> et,

depuis la loi LME, les membres de la profession d'avocat. Il est à noter que le fiduciaire peut cumuler sa qualité avec celle de bénéficiaire<sup>13</sup>, ce qui sera éventuellement le cas lorsque le créancier de l'obligation garantie est un établissement de crédit.

Le ou les bénéficiaires quant à eux se verront transférer les actifs fiduciaires en cas de défaut du constituant sur la créance garantie. Ainsi, dès la conclusion du contrat de fiducie, le créancier-bénéficiaire dispose d'un droit de créance sur le fiduciaire pour l'exécution du contrat de fiducie qui, comme tout droit de créance, est cessible et saisissable. Aucune forme juridique spécifique n'est exigée pour ce bénéficiaire qui peut être désigné concomitamment ou postérieurement à la constitution de la fiducie<sup>14</sup>, son acceptation du contrat de fiducie entraînant l'irrévocabilité de celui-ci<sup>15</sup>.

**La formation de la fiducie-sûreté.** Pourtant largement gouverné par la liberté contractuelle dans ses modalités, le contrat de fiducie constitue un contrat d'une pesante solennité. Plusieurs mentions obligatoires doivent en effet figurer dans ce contrat à peine de nullité : les actifs transférés, la durée du transfert, l'identité des parties, la mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration<sup>16</sup>. En outre, depuis la loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009, loi qui a en partie étendu l'application des dispositions du Livre IV du Code civil relatives à la fiducie-sûreté aux personnes morales, le contrat de fiducie-sûreté doit également comporter l'indication de la dette garantie et, mention inconnue des autres sûretés réelles, celle de la valeur estimée des biens ou droits transférés<sup>17</sup>. Cette dernière exigence d'indication de la valeur estimée des actifs fiduciaires apparaît cependant inopportune dans son application indépendamment de la considération de la personne du constituant. En effet, bien que pouvant éventuellement assurer le caractère éclairé du consentement d'un constituant personne physique, il serait de bon augure d'éviter une telle lourdeur lorsque le constituant est une personne morale<sup>18</sup>. Néanmoins, les articles 2372-1 et 2488-1 du Code civil ne prévoyant pas de procédure spécifique pour cette évaluation, il semblerait que celle-ci puisse être effectuée par les parties elles-mêmes<sup>19</sup>.

6. Cette précision au regard du transfert des sûretés tient d'une redondance volontaire, destinées à rassurer les milieux économiques sur l'existence d'une fiducie-sûreté. Voir R. Libchaber, *op. cit.* note 1.

7. Le critère de détermination d'un ensemble de biens futurs suscite des interrogations doctrinales de sorte que, en l'absence de jurisprudence, il est difficile d'énoncer avec certitude les mentions à faire figurer dans le contrat de fiducie. Certains auteurs considèrent que la volonté du législateur consistait à faciliter la détermination de l'assiette de la fiducie de sorte que nul n'aurait besoin de donner une liste exhaustive des biens transférés (ex : ensemble des biens d'une société). Voir dans ce sens : « La fiducie, mode d'emploi », *Dossiers Pratiques F. Lefebvre*, p. 17 ; Contra F. Barrière, « La fiducie – Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (première partie) », *Bull. Joly Sociétés* 2007, n° 11, §119, p. 440.

8. C. civ. art. 2018 2°.

9. C. civ. ancien art. 2014.

10. Malgré l'ouverture de principe de la qualité de constituant à toute personne morale étrangère (Art. 1811° de la loi du 4 août 2008), il faudra en pratique que celle-ci soit établie dans un pays de la Communauté européenne ou dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale. En effet, dans le cas contraire, le transfert fiduciaire sera touché d'une double imposition (Article 13 de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007).

11. Dans ce sens, voir A. Gourio, « La fiducie-sûreté », *D.* 2009, p. 1944.

12. Cependant, aux mêmes risques que le constituant, le fiduciaire devra en pratique être établi dans un pays de la Communauté européenne ou dans un État ou

territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale (article 13 de la loi du 19 février 2007).

13. Par contre, même si le constituant remplit les conditions de l'article 2015 du Code civil, il ne peut être son propre fiduciaire pour des raisons de risque de fraude à la loi. Voir « La fiducie, mode d'emploi », *Dossiers Pratiques F. Lefebvre* 2007, p. 33.

14. C. civ. art. 2018 5°.

15. C. civ. art. 2028.

16. C. civ. art. 2018.

17. C. civ. art. 2372-2 et 2488-2.

18. Un tel raisonnement explique d'ailleurs l'application aux seules personnes physiques de la limitation de l'affectation du patrimoine fiduciaire en garantie d'une nouvelle dette à la valeur estimée des actifs fiduciaires au jour de cette recharge (C. civ. art. 2372-5 al.2 et 2488-5 al.2).

19. Dans ce sens, voir P. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP N* 2009, n° 17, 1138 et R. Dammann et M. Grimaldi, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670.

Naturellement, à des fins de transfert de propriété, les parties doivent respecter les mesures de publicité de droit commun attachées à la nature des biens transférés. Elles doivent par ailleurs déposer une déclaration d'existence de la fiducie dans un délai de quinze jours à compter de la conclusion du contrat auprès des services d'impôts du fiduciaire<sup>20</sup>. Par ailleurs, le contrat de fiducie et ses avenants doivent être enregistrés dans un délai d'un mois à compter de leur date auprès de ce même service des impôts, et ce à peine de nullité<sup>21</sup>. Par conséquent, le contrat de fiducie devra être rédigé en langue française ce qui paraît regrettable à la lumière d'un éventuel développement de la fiducie française à l'échelle internationale. Par ailleurs, les textes ne précisent pas l'identité de la personne en charge de ces démarches, il sera par conséquent préférable que les parties le prévoient conventionnellement. Enfin, l'article 2020 du Code civil prévoit la création d'un registre national des fiducies dont l'accès devrait être limité aux autorités judiciaires, à l'administration fiscale et aux autorités chargées de la lutte anti-blanchiment<sup>22</sup>. Cependant, le décret d'application de ce texte étant toujours en attente, tout enregistrement au sein de ce registre est pour l'heure impossible.

**Le déroulement du contrat de fiducie-sûreté.** Quant à l'organisation des modalités de déroulement et de réalisation de la fiducie, le libéralisme conventionnel constitue le principe et les prohibitions légales l'exception, si bien que le contrat de fiducie devra organiser la plupart de ces modalités.

La fiducie constituant un transfert de propriété particulier qui déroge aux caractères absolu et perpétuel du droit de propriété, le fiduciaire ne peut user de ses prérogatives que dans le seul but de réaliser l'objet de la fiducie, et ce dans le cadre conventionnel prévu entre les parties<sup>23</sup>. Le contrat de fiducie doit par conséquent définir à la fois la mission du fiduciaire, l'étendue de ses pouvoirs d'administration ou de disposition et les conditions de son remplacement<sup>24</sup>. L'affirmation de la limitation conventionnelle des pouvoirs et de la mission du fiduciaire était d'ailleurs sur le point de trouver sa place à la suite de la

définition de la fiducie puisque l'article 2011 du Code civil devait être complété par un second alinéa énonçant que « le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie ». Cependant, cette disposition de la loi du 19 octobre 2009 tendant à favoriser le crédit aux PME a récemment fait l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel<sup>25</sup>.

Par ailleurs, le contrat de fiducie définira les modalités de transfert des actifs fiduciaires ou, le cas échéant, de leur vente, au bénéfice du constituant ou du bénéficiaire<sup>26</sup>. Pour cela, la convention se référera en toute logique aux cas de défaut établis dans la convention de crédit liant le constituant au bénéficiaire.

Au sein du contrat de fiducie, sera aussi organisé le rang de priorité entre les différents créanciers-bénéficiaires. Une telle prévision conventionnelle sera cependant exclue lorsque le patrimoine fiduciaire est affecté à la garantie d'une dette nouvelle, en d'autres termes en cas de recharge de la fiducie, puisque ce rang est alors impérativement imposé par la loi<sup>27</sup>.

Ainsi, le contrat de fiducie contenant l'ensemble des clauses organisant à la fois le déroulement et l'extinction de la fiducie-sûreté, les parties se doivent d'être particulièrement vigilantes dans leurs négociations puisque le principe de la force obligatoire des conventions s'applique ici à leurs risques et périls.

Enfin, au regard de l'utilisation de la fiducie à des fins de garantie d'opérations de crédit, trois causes d'extinction de la fiducie apparaissent pertinentes, à savoir la survenance du terme conventionnel ou légal, la réalisation du but poursuivi et, sauf stipulation contraire prévoyant les modalités de continuation du contrat, la liquidation judiciaire, dissolution, disparition pour cause d'absorption ou de cession du fiduciaire<sup>28</sup>.

**La problématique.** Institution novatrice, la fiducie-sûreté possède un potentiel d'attraction sans précédent en raison à la fois de la place laissée à la liberté contractuelle et de la nature réelle des droits transférés par le constituant. Au vue de sa praticité et de son efficacité, elle pourrait ainsi engager le retour des opérations de sécurisation du crédit dans le champ du droit français déserté en l'absence de patrimoine d'affectation<sup>29</sup>. Cependant, une telle attractivité est aussi bien subordonnée au libéralisme attaché à son utilisation qu'à l'efficacité de sa réalisation lorsque le constituant est en situation de procédure collective.

20. Cette déclaration d'existence comporte la dénomination exacte de la fiducie, le nom et adresse du fiduciaire ou de celui expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie, les noms et adresses des constituants de la fiducie, l'objet de la fiducie, et la date d'effet de l'événement objet de la formalité (CGI Annexe III art. 344 M). Elle doit être déposée au service des impôts du siège du fiduciaire ou du lieu de principal établissement du fiduciaire, ou de celui expressément désigné dans le contrat de fiducie, ou le service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France (décret d'application n° 2007-725 du 7 mai 2007 de l'ancien article 223 VH du Code général des impôts devenu l'article 238 quater L).

21. L'article 2019, imposant cet enregistrement, ne prévoit cependant pas le cas d'une pluralité de fiduciaires. Dès lors, il semble qu'il faille raisonner par analogie avec le décret n° 2007-725 et procéder à l'enregistrement au service des impôts du siège ou du lieu d'établissement principal du fiduciaire expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie.

22. Rapport Sén. n° 11 d'Henri de Richemont fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Philippe Marini instituant la fiducie, déposé au Sénat le 11 octobre 2006, Examen de l'article 2019 nouveau du Code civil.

23. C. civ. art. 2011 et 2018<sup>6</sup>.

24. C. civ. art. 2018<sup>6</sup> et 2027.

25. Voir note 4.

26. Les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil, dont les dispositions sont sur ce point d'ordre public, encadrent cependant l'évaluation de la valeur des actifs cédés ou vendus.

27. C. civ. art. 2372-5 et 2488-5.

28. C. civ. art. 2029.

29. En effet, avant l'introduction de la fiducie en 2007, même lorsque les opérations présentaient des caractéristiques majoritairement françaises, les praticiens se tournaient fréquemment vers les droits des pays de tradition anglo-saxonne. Ainsi, peut-on penser à l'opération de défaillance des actifs douteux de Peugeot menée à bien à l'aide du droit américain en 1987, ou encore, au recours au trust lors de la restructuration du groupe Alstom et du lancement de la loterie Euromillions par la Française des Jeux en 2004.

Partant, à la lumière des réformes dont la fiducie-sûreté a fait l'objet depuis son introduction<sup>30</sup>, il s'agira de déterminer si la fiducie est dorénavant apte à remplir ce rôle de sûreté moderne capable de détourner l'attention des créanciers des trusts étrangers. À cette fin, il apparaît que la prédominance de la liberté contractuelle procède à un élan de modernisation du droit des sûretés français que le droit des procédures collectives, adapté à cette nouvelle institution par l'ordonnance du 18 décembre 2008, a su préserver.

## LA PRÉDOMINANCE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE : MOTEUR D'ATTRACTIVITÉ DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ

Le régime de la fiducie-sûreté offre une place prédominante à la liberté contractuelle de sorte que les parties possèdent la faculté d'adapter, dans les limites légales et réglementaires, leur opération de fiducie à leurs attentes respectives. Par ailleurs, afin d'optimiser et simplifier la conservation des biens ou droits affectés en garantie, les créanciers ont dorénavant la possibilité d'opter pour une fiducie-sûreté au détriment de l'agent français des sûretés.

### L'adaptation du patrimoine d'affectation par les parties

Le patrimoine d'affectation<sup>31</sup> créé par l'opération de fiducie permet à un constituant-débiteur d'opérer un transfert de propriété à un ou plusieurs fiduciaires au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. Transfert pouvant en principe porter sur tout type de biens ou de droits, ses modalités devront néanmoins prendre en considération certaines spécificités liées à la nature des actifs fiduciaires.

### Le transfert fiduciaire, un transfert de propriété

La nature du droit de propriété du fiduciaire. La fiducie entraîne un transfert de propriété des actifs fiduciaires ou de « titularité » des droits transmis. En effet, bien que les débats aient été limités sur la question<sup>32</sup>, la réforme intervenue par l'ordonnance du 30 janvier 2009 est venue

confirmer cette interprétation<sup>33</sup>. Le caractère laconique des dispositions de l'article 2011 du Code civil ne doit donc pas être interprété comme instituant le transfert d'une propriété démembrée à l'instar du trust d'origine anglo-saxonne.

Le contrat de fiducie constitue donc un contrat translatif pour lequel, à défaut de dispositions spécifiques, le droit commun a vocation à s'appliquer. Ainsi, l'acquisition du fiduciaire, selon le principe de transfert *solo consensu*, est immédiate et indépendante de la remise de la chose, sous réserve des dispositions du contrat qui la retarderait<sup>34</sup>.

Le fiduciaire devient donc propriétaire ou titulaire des biens ou droits transmis en fiducie bien que son titre ne lui transfère pas une propriété de force comparable à celle de l'article 544 du Code civil. En effet, son droit de propriété n'est pas absolu. Il ne peut effectivement jouir et disposer de la propriété que dans les limites conférées par sa mission déterminée au sein du contrat de fiducie<sup>35</sup>. Ainsi, en matière de fiducie-sûreté, le fiduciaire ne fera usage de sa propriété fiduciaire qu'au regard de la préservation des prérogatives du constituant et du créancier-bénéficiaire sur les actifs fiduciaires. Enfin, le droit de propriété du fiduciaire revêt un caractère temporaire et, au terme du contrat de fiducie, a vocation à se transformer en droit de propriété absolu transféré au constituant en cas d'exécution de son obligation de remboursement, ou, dans le cas contraire, au bénéficiaire.

À titre d'information, les éléments d'actif et de passif transférés dans le patrimoine d'affectation font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire, contrôlée par un commissaire aux comptes dès lors que le constituant est lui-même tenu d'en désigner un<sup>36</sup>. La transmission du rapport de ce dernier pourra donc offrir un outil de contrôle efficace de la bonne exécution du contrat de fiducie par le fiduciaire, à condition bien sûr que sa transmission fasse partie des exigences conventionnelles.

L'« accessoriété » incidente de la fiducie-sûreté. Les mécanismes de sûreté présentent un caractère accessoire à l'obligation principale. En conséquence, la transmission de la créance garantie entraîne de plein droit celle de la sûreté qui s'y rattache et l'extinction de la créance garantie emporte celle du droit à la sûreté. Utilisée à des fins de garantie, la fiducie constitue une sûreté. Présente-t-elle pour autant les caractéristiques d'une sûreté accessoire ?

30. Le régime de la fiducie-sûreté a pour l'heure fait l'objet de quatre principales réformes : loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie et loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures qui a par ailleurs ratifié les deux ordonnances précitées.

31. Le vocable de patrimoine d'affectation, bien qu'absent du Code civil, a été consacré par le législateur en ces termes : « Les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du code civil forment un patrimoine d'affectation » (art. 12 de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie).

32. Dès son introduction en droit français, la fiducie a occupé le Titre XIV du Livre III intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Par ailleurs, les débats parlementaires étaient catégoriques quant à la reconnaissance d'un transfert de propriété au bénéfice du fiduciaire. Voir Rapport Sén. n° 11, op. cit. note 23, Exposé général I.A.1 et Rapport Ass. Nat. n° 3655 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 1385), enregistré à l'Assemblée nationale le 1<sup>er</sup> février 2007, Introduction I.A.1.

33. En effet, l'introduction de la fiducie au sein du Livre IV du Code civil s'est effectuée au sein de sections dénommées : « De la propriété cédée à titre de garantie ». Par ailleurs, les articles 2372-1 et 2488-1 énoncent tous deux que la « propriété d'un bien [...] peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du Code civil ».

34. P. Dupichot, « Opération fiduciaire sur le sol français », JCP G 2007, n° 11, act. 121 et C. Kuhn, « Une fiducie française », *Analyse, Droit et Patrimoine*, avril 2007, p. 32.

35. C. civ. art. 2018 6°

36. Article 12 de la loi du 19 février 2009. Cet article a été complété par l'avis n° 2008-03 du 7 février 2008 du Comité national de la comptabilité ainsi que par les règlements n° 2008-01, n° 2008-02, n° 2008-03, n° 2008-04, n° 2008-05 et n° 2008-06 du Comité de la réglementation comptable (homologués par arrêté du 11 décembre 2008).

Au regard de la cession de la créance garantie, le législateur a, pour des raisons de transparence fiscale, écarté l'automatisme de la transmission des droits issus de la fiducie au cessionnaire de la créance garantie. Aussi, toute transmission des droits résultant du contrat de fiducie implique que soit enregistré, à peine de nullité, l'acte écrit organisant ce transfert<sup>37</sup>.

Concernant maintenant les conséquences sur le contrat de fiducie d'une éventuelle extinction de la créance garantie, l'accessoriété retrouve alors son plein effet. Effectivement, aux termes de l'article 2029 du code civil, le contrat de fiducie prend fin par la réalisation du but qu'il poursuit quand celui-ci intervient avant le terme stipulé au contrat. Le but d'une fiducie-sûreté réside dans la garantie du paiement de la dette sous-jacente. Ainsi, excepté dans l'hypothèse d'une fiducie « rechargée », l'extinction de la créance garantie entraînera le terme du contrat de fiducie causant ainsi le transfert des actifs fiduciaires dans le patrimoine du constituant<sup>38</sup>. Par conséquent, afin d'utiliser à nouveau la fiducie-sûreté au titre d'opérations futures, les parties devront prévoir la subsistance d'une dette entre le constituant et le bénéficiaire. Cependant, le montant de cette dette subsistante devra pouvoir être regardé comme proportionnel à la valeur des actifs fiduciaires au risque, dans le cas contraire, que la garantie constituée par la fiducie-sûreté soit annulée ou réduite par le juge en cas d'ouverture d'une procédure collective<sup>39</sup>.

**La cession de la créance garantie.** L'absence d'automatisme de la transmission des droits résultant du contrat de fiducie emporte par conséquent certaines interrogations au regard de la mise en œuvre d'une cession de la créance garantie. En effet, le cessionnaire d'une créance garantie par une fiducie-sûreté n'acceptera évidemment pas de subir le risque de crédit sur le débiteur cédé sans que celui-ci soit couvert. À cette fin, le débiteur cédé pourrait éventuellement lui consentir une sûreté classique. Cependant, en toute logique ce cessionnaire requerra le bénéfice de la fiducie-sûreté initialement consentie. Pour ce faire, plusieurs solutions s'offrent aux parties.

Tout d'abord, le contrat de fiducie pourrait être exécuté tel qu'initialement prévu. Ainsi, en cas d'inexécution par le constituant de son obligation de remboursement de la dette garantie, les actifs fiduciaires, ou leur produit, seront transférés au bénéficiaire-cédant à hauteur de la dette garantie. Dans un second temps, et ce au titre des stipulations de l'acte de cession de la créance garantie, un transfert de ces actifs ou de leur produit sera effectué au bénéfice du cessionnaire. Ce dernier ne disposant d'aucun droit au titre du contrat de fiducie, ceci ne contrevient pas aux dispositions de l'article 2019 imposant l'enregistrement de la transmission des droits résultant du contrat de fiducie. Cependant, il apparaît improbable

qu'un cessionnaire accepte un tel montage en raison du double risque de crédit qui en découlerait, à savoir celui du débiteur cédé et celui du cédant.

Le cessionnaire pourrait par ailleurs exiger que soit constituée une nouvelle fiducie à son profit. Cependant, une telle solution paraît là encore peu recommandée. Ceci impliquerait en effet que soit mis un terme à la fiducie-sûreté initiale ce qui entraînerait à la fois un double transfert des actifs fiduciaires, peu onéreux fiscalement<sup>40</sup>, mais conséquent en matière de formalités, et un retour à la table des négociations. De surcroît, une telle solution ne pourrait être valablement mise en œuvre à la suite d'une cessation des paiements du débiteur<sup>41</sup> puisque l'article L. 632-1 9° du Code de commerce prévoit la nullité, lorsqu'il intervient pendant la période suspecte, de tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins qu'il intervienne à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Aussi, afin que tous les intérêts en présence soient satisfaits, le bénéficiaire-cédant n'aura pas d'autre choix que de transmettre ses droits résultant du contrat de fiducie tel qu'expressément prévu par les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 2019. En effet, le bénéficiaire du contrat de fiducie dispose d'un droit de créance sur le fiduciaire, droit qu'il peut valablement céder au bénéfice du cessionnaire de la créance garantie. Deux formalités seront dès lors nécessaires à l'effectivité de cette transmission. Tout d'abord, conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code civil, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté devra signifier au fiduciaire, débiteur cédé en l'espèce, la cession de la créance qu'il détient à son égard. Par ailleurs, aux termes de l'article 2019 du Code civil, l'acte organisant la cession de la créance sur le fiduciaire devra être enregistré, à peine de nullité, dans le mois suivant la date de celui-ci au service des impôts du siège du fiduciaire. Un tel transfert par le bénéficiaire de ses droits au titre du contrat de fiducie offre plusieurs avantages. En premier lieu, la seule volonté du cédant de la créance garantie est nécessaire à cette opération puisque ni le constituant ni le fiduciaire ne devront consentir à une telle cession. Par ailleurs, la transmission de ses droits par le bénéficiaire-cédant n'emporte pas de risque au regard des nullités de la période suspecte puisque l'article L. 632-1 du Code de commerce prévoit la nullité des seuls transferts fiduciaires, ou conventions de rechargement, à des fins de garantie de dettes antérieurement contractées<sup>42</sup>. La transmission des droits du bénéficiaire au titre du contrat de fiducie ne relève ni d'un transfert fiduciaire, puisque celui-ci a eu lieu dès la constitution de la fiducie, ni d'une modification des droits ou biens transférés dans un patrimoine fidu-

40. Les articles CGI 238 quater A à 238 quater Q du Code général des impôts organisent la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire dès lors que les actifs fiduciaires regagnent le patrimoine du constituant. Cependant, un second enregistrement impliquerait la nouvelle perception d'un droit fixe de 125 € (CGI 1133 quater nouveau) et surtout, en matière immobilière, les parties devront verser le paiement de la taxe foncière, le prélèvement, la taxe additionnelle et le salaire du conservateur.

41. C. com. art. L. 632-1 9°.

42. C. com. art. L. 632-1 9° et 10°.

37. C. civ. art. 2019 al.3.

38. Dans ce sens, voir L. Kaczmarek, « Propriété fiduciaire et droit des intervenants à l'opération », D. 2009, p. 1845.

39. C. com. art. L.650-1.

ciaire. Enfin, dans la situation où la fiducie-sûreté aura fait l'objet d'une recharge, le cessionnaire bénéficiaire du rang initialement attribué au bénéficiaire-cédant<sup>43</sup>.

**L'impact des clauses limitatives de transfert de propriété.** Bien que la propriété fiduciaire soit limitée par les stipulations conventionnelles et par la nature même de la fiducie, elle reste inhérente à l'opération de fiducie. Dès lors, les parties qui envisagent la mise en place d'une fiducie devront prendre garde aux éventuelles clauses limitatives de transfert de propriété qui leur sont opposables<sup>44</sup>. Le transfert d'actifs désignés dans une clause d'inaliénabilité, de préemption ou d'agrément<sup>45</sup> constituerait en effet une violation desdites clauses. Il s'agira donc pour le fiduciaire et le bénéficiaire de s'arrêter sur l'existence et la sanction de la violation de ces clauses. Dans le cadre d'une cession d'actions par exemple, les conventions extrastatutaires de préemption seront inopposables au fiduciaire<sup>46</sup> alors que les clauses d'agrément statutaires pourraient entraîner la nullité de la cession d'actions<sup>47</sup>.

**Les risques liés à la conservation des actifs fiduciaires.** Selon les travaux parlementaires relatifs à la loi du 19 février 2007, le transfert de propriété au bénéfice du fiduciaire emporte le transfert des risques selon l'adage *res perit domino* sauf stipulation conventionnelle contraire<sup>48</sup>. De plus, le fiduciaire répond en principe sur son patrimoine propre des fautes commises dans l'exercice de sa mission<sup>49</sup>, disposition qui sera probablement écartée conventionnellement sous la pression des fiduciaires.

L'article 2025 du Code civil précise, quant à lui, que le patrimoine fiduciaire peut faire l'objet d'une saisie par les créanciers fiduciaires, à savoir les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. Cependant, si le patrimoine fiduciaire vient à être insuffisant, le patrimoine du constituant constitue alors le gage commun de ces créanciers sauf stipulations conventionnelles contraires. Le contrat de fiducie peut en effet stipuler que l'ensemble du passif fiduciaire sera à la charge du fiduciaire, ou bien encore, les créanciers fidu-

ciaires peuvent expressément accepter la limitation de l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Cependant, il semble illusoire que le fiduciaire ou les créanciers fiduciaires acceptent la stipulation de telles limitations de sorte qu'en pratique, et contrairement au principe même de l'indépendance du patrimoine d'affectation, le risque lié à l'existence de dettes découlant de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire repose sur le constituant.

**Le remplacement du fiduciaire par la volonté des parties.** L'article 2027 du Code civil énonce que le constituant ou le bénéficiaire peuvent demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire si celui-ci manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. Cependant, cette disposition réserve la possibilité aux parties de stipuler les conditions du remplacement du fiduciaire si bien que celui-ci pourra intervenir au gré des événements convenus par les parties tels qu'une menace au regard de sa solvabilité, celle-ci pouvant notamment se caractériser par une dégradation de sa notation. Enfin, les parties devront impérativement préciser les conditions de remplacement du fiduciaire dans le cas où celui-ci ferait l'objet d'une liquidation judiciaire car, dans le cas contraire, le contrat de fiducie prendrait fin de plein droit<sup>50</sup>.

**La recharge de la fiducie.** Dès l'introduction de la fiducie par la loi du 19 février 2007, l'absence de prohibition textuelle permettait la mise en place d'une fiducie dite rechargeable, à savoir que la propriété cédée pouvait être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celle initialement garantie<sup>51</sup>. La validité d'un tel mécanisme a été consacrée par l'ordonnance du 30 janvier 2009 introduisant des dispositions spécifiques à la recharge des fiducies constituées par les personnes physiques, dispositions partiellement étendues par la loi du 12 mai 2009 aux fiducies constituées par les personnes morales. L'encadrement textuel d'un tel mécanisme permet ainsi de rendre sans objet le grief de « gaspillage » habituellement opposé aux propriétés-sûretés<sup>52</sup>.

Les articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil énoncent ainsi que le contrat de fiducie peut stipuler que le patrimoine fiduciaire pourra être ultérieurement affecté à la garantie de nouvelles dettes alors même que le ou les premiers créanciers-bénéficiaires n'auraient pas encore été payés, et ce sans limite relative à la valeur estimée du patrimoine fiduciaire lorsque le constituant est une personne morale.

La convention de rechargement suivra les mêmes conditions de formation que celles du contrat constitutif de fiducie, à l'exception de l'exigence de la déclaration d'exis-

43. C. civ. art. 2372-5 et 2488-5.

44. G. Blanluet et J.-P. Le Gall, *op. cit.* note 2.

45. En effet, certains contrats de crédit, statuts sociétaires, pactes d'actionnaires ou simples pactes de préférence contiennent des clauses limitant la liberté de disposition sur certains actifs. Ainsi, peut-on trouver par exemple des clauses types sûretés négatives, clauses d'inaliénabilité, clauses d'agrément ou clauses de préemption.

46. Depuis un arrêt de chambre mixte du 26 mai 2006 (pourvoi n° 03-19.376, Bull. civ. n° 4), la Cour de cassation décide cependant que le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut demander l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et obtenir sa substitution à l'acquéreur à condition que ce tiers ait eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

47. C. com. art. L. 228-23.

48. Rapport Sén. n° 11, *op. cit.* note 23 et Rapport Ass. Nat. n° 3655, *op. cit.* note 33, Examens de l'article 2011 nouveau du Code civil. Cependant, il a pu être avancé qu'il existe une forte probabilité que la jurisprudence ne suive pas l'intention des rapporteurs et instaure une dérogation à ce principe tel que commandée par la nature particulière de la propriété fiduciaire (F. Barrière, « La fiducie – Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie) », Bull. Joly Soc., mai 2007, n° 557, §144, p. 556).

49. C. civ. art. 2026.

50. C. civ. art. 2029.

51. Cette analyse fut d'ailleurs confortée par les termes du « Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 30 janvier 2009 » qui précisait que le mécanisme du rechargement de la fiducie était « déjà possible en droit positif ».

52. F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *op. cit.* note 2 et R. Dammann et M. Grimaldi, *op. cit.* note 19.

tence<sup>53</sup>. Ainsi, cette convention, contenant des mentions identiques au contrat de fiducie, devra faire l'objet d'un enregistrement dans le délai d'un mois<sup>54</sup>. L'exigence de mentions autres que celle de l'identité du bénéficiaire, la mission du fiduciaire et la dette garantie apparaît cependant peu pertinente puisque seules ces dernières diffèrent du contrat constitutif et qu'une nouvelle estimation de la valeur des actifs fiduciaires semble par conséquent nécessaire.

Le rechargement de la fiducie implique qu'un rang soit déterminé entre les différents créanciers-bénéficiaires. Cependant, le choix n'est pas laissé aux parties en la matière puisque les seconds alinéas des articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil, dispositions d'ordre public, imposent que ce rang soit fonction des dates d'enregistrement du contrat de fiducie et des conventions de rechargement. Par conséquent, si un créancier-bénéficiaire désire procurer à un nouveau créancier un rang supérieur au sien, ils devront organiser cette priorité dans un contrat indépendant du contrat de fiducie et des conventions de rechargement, convention qui ne bénéficiera d'aucune opposabilité faute d'enregistrement. Un risque de contrepartie supplémentaire pèsera donc sur les créanciers postérieurs qui subiront les éventuelles conséquences de l'insolvabilité des créanciers antérieurs. Dès lors, nul doute que l'utilisation de la faculté de recharge de la fiducie manquera de succès dans la pratique et que, s'ils veulent bénéficier d'une fiducie-sûreté, les créanciers postérieurs imposeront la conclusion d'un nouveau contrat de fiducie à leur débiteur.

**Le libre mode de réalisation de la fiducie-sûreté.** Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2009, le Code civil n'apportait aucune précision au regard du mode de réalisation de la fiducie-sûreté consentie par une personne morale. La seule situation envisagée par le code concernait en effet le cas où la fiducie prenait fin en l'absence de bénéficiaire, cas difficilement imaginable en matière de sécurisation d'opérations de crédit. Toutefois, l'introduction récente au sein du Livre IV de dispositions organisant la réalisation de cette sûreté a mis fin à cette lacune. Ces dispositions offrent de surcroît une liberté remarquable aux parties, que le créancier-bénéficiaire soit ou non le fiduciaire lui-même. Ainsi, dans le premier cas, le fiduciaire-créancier acquiert la libre disposition des actifs fiduciaires<sup>55</sup>. Ce n'est bien sûr pas la propriété qu'il acquiert en l'espèce, puisqu'il en bénéficie dès la conclusion du contrat de fiducie, mais la seule liberté de disposer des actifs fiduciaires<sup>56</sup>. Le caractère absolu de la propriété se reconstitue donc dans le patrimoine propre du fiduciaire. Dans le second cas, à savoir lorsque les

personnes du fiduciaire et du bénéficiaire diffèrent, les parties peuvent alternativement prévoir que le fiduciaire remette le bien ou droit cédé au créancier-bénéficiaire ou, si le contrat de fiducie le prévoit, qu'il vende le bien et reverse le prix de vente à ce dernier<sup>57</sup>. Le pacte commissaire et la clause de voie parée trouvent donc leur place dans le régime de la fiducie-sûreté.

Néanmoins, le législateur n'a pas entendu permettre une quelconque spoliation du débiteur par la réalisation de la fiducie-sûreté. D'une part, lorsque les actifs fiduciaires sont remis au créancier-bénéficiaire ou au fiduciaire, à des fins d'appropriation ou de vente, une méthode impérative d'évaluation des actifs cédés est imposée par la loi. La valeur du bien ou du droit cédé doit être évaluée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement hormis les cas où la valeur de l'actif résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé ou lorsque l'actif est une somme d'argent<sup>58</sup>. D'autre part, afin d'éviter tout enrichissement sans cause et le spectre de la nullité de la fiducie-libéralité<sup>59</sup>, le bénéficiaire de la fiducie doit remettre la part, du produit de la vente ou de la valeur des actifs, excédant la valeur de la dette garantie<sup>60</sup>.

**La mise à disposition du constituant des actifs fiduciaires.** Dès la signature du contrat de fiducie, la propriété des actifs ou la « titularité » des droits est transférée au fiduciaire. Ainsi, à la manière d'une vente, l'échange solennel des consentements emporte obligation de délivrance au profit du fiduciaire. Cependant, le transfert matériel de la propriété d'actifs tangibles dans le patrimoine d'affectation peut entraîner un alourdissement considérable des conditions d'activité du constituant si bien que la fiducie perdrait tout attrait comparatif sur le trust. Aussi, la pratique a mis en place les contrats de mise à disposition des actifs fiduciaires<sup>61</sup>, conventions conclues entre le fiduciaire et le constituant permettant à ce dernier de conserver un droit de jouissance sur les actifs transférés. Depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009, l'insertion de dispositions relatives à une telle mise en possession précieuse a par ailleurs permis de valider la possibilité d'effectuer de tels montages<sup>62</sup>.

Selon l'analyse de Reinhard Dammann et Gilles Podeur<sup>63</sup>, les effets du contrat de fiducie dépendent de la nature de la rémunération prévue dans le contrat de mise à disposition. Si ce contrat de mise à disposition est conclu à titre gratuit, l'opération se rapproche d'une sûreté classique sans dépossession. Cependant, rien n'empêche aux parties de stipuler le paiement d'un

57. C. civ. art. 2372-3 al.2 et 2488-3 al.2.

58. C. civ. art. 2372-3 al.3 et 2488-3 al.3.

59. C. civ. art. 2013.

60. C. civ. art. 2372-4 et 2488-4.

61. En effet, parallèlement au contrat de fiducie signé le 6 février 2008 par l'Etat (bénéficiaire), Natixis (fiduciaire) et une société en restructuration financière (constituant), une convention de mise à disposition a été signée entre les parties afin que l'activité de la société en difficulté ne soit pas affectée par le contrat de fiducie. Voir V. de Senneville, « Première application de la fiducie : l'Etat montre l'exemple », *Les Échos*, 8 février 2008, p. 4.

62. Voir C. civ. art. 2018-1

63. Voir R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives d'avenir » in « Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF - France V », p. 141.

53. En effet, l'article 238 quater L précise que seule la fiducie fait l'objet d'une déclaration d'existence. Or, la recharge de la fiducie n'a pas d'effet novatoire si bien qu'aucun nouveau contrat ne se forme et n'implique la nécessité d'une nouvelle déclaration d'existence.

54. C. civ. art. 2372-5 et 2488-5.

55. C. civ. art. 2372-3 al.1 et 2488-3 al.1.

56. P. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *op. cit.* note 19.

loyer. Cette convention s'analysera dès lors comme un bail<sup>64</sup> ou un prêt à usage. Dans le cas du consentement à un droit d'usage ou de jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel, les régimes de la location-gérance et du bail commercial ne trouvent pas à s'appliquer<sup>65</sup> si bien que, n'étant pas tenus à des règles protectrices des locataires, les fiduciaires et bénéficiaires devraient donc se montrer moins hésitants à laisser le constituant libre de jouir de l'intégralité de son potentiel économique<sup>66</sup>. Par ailleurs, les loyers au titre de la mise à disposition pourront être versés au patrimoine fiduciaire à titre de garantie. Cela étant dit, il pourrait aussi être prévu que le montant de ces loyers corresponde aux intérêts de la dette garantie et soit distribué au bénéficiaire. Ce montage se rapprochera alors d'un crédit-bail ou d'une convention de *sale and leaseback*<sup>67</sup>.

Cette technique de mise à disposition du constituant des actifs transférés soulève cependant la question de son opposabilité aux tiers lorsque le transfert n'entraîne ni enregistrement dans un registre ni notification. Dans le cas où le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, les tiers disposent d'une présomption simple selon laquelle ce dernier disposait des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire<sup>68</sup>. Néanmoins, aucune disposition n'organise la situation où le constituant dispose des actifs fiduciaires, notamment lorsque ceux-ci constituent des biens meubles corporels. Le législateur n'a en effet pas opté pour la mise en place d'un registre public des contrats de fiducie-sûreté accompagnés d'une convention de mise à disposition. Ceci apparaît regrettable puisque la logique adoptée en matière de gage sans dépossession devrait s'appliquer de la même manière en cas de transfert fiduciaire avec mise à disposition des actifs transférés. Un tel registre national permettrait en effet d'assurer l'opposabilité aux tiers par la simple publicité en cas de mise à disposition, opposabilité assurée par la possession dans le cas contraire. Pour l'heure, le risque qu'un constituant cède des meubles corporels à titre fiduciaire à un tiers de bonne foi et que l'article 2276 du Code civil trouve à s'appliquer est inhérent à un contrat de fiducie auquel est adossée une convention de mise à disposition.

64. L. Aynès, « Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi », R. Lamy Dr civ. 2008, n° 46 sup., p. 5.

65. C. civ. art. 2018-1.

66. En outre, le transfert d'un fonds de commerce dans un patrimoine fiduciaire n'est soumis à aucune publicité spécifique, excepté dans le cas où il comprend des brevets ou des marques, ce qui est un avantage supplémentaire par rapport au simple nantissement. Par ailleurs, un éventuel acquéreur postérieur *a non domino* d'un fonds de commerce ne peut bénéficier de l'article 2276 du Code civil ce qui conforte encore la situation du créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté (v. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 1960, Bull. civ. I, n° 141).

67. Un contrat de *sale and leaseback* consiste en un contrat de financement par lequel une société propriétaire d'un bien d'équipement ou à usage professionnel cède ce dernier à une société de crédit-bail (*to sell*) qui le remet immédiatement à sa disposition par le biais d'un crédit-bail (*to lease back*) si bien que la société peut procéder à de nouveaux investissements grâce aux produits de la vente sans pour autant augmenter son ratio d'endettement.

68. Cependant, cette présomption tombe dès lors qu'il est démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs (C. civ. art. 2023).

## Le transfert fiduciaire, un transfert d'actifs fiduciaires

Le régime instauré par les articles 2011 et suivants du Code civil cherchant à encadrer tout type de situations, les distinctions selon la nature des actifs fiduciaires sont rares. Cependant, le régime propre au transfert de propriété de ces actifs n'est pas sans impact sur les dispositions à prévoir au sein du contrat de fiducie. Ainsi, est-il nécessaire de passer rapidement en revue les différents éléments sur lesquels l'attention des praticiens devra se porter en fonction du type d'actifs utilisés à des fins de garantie d'opérations de crédit.

**Le transfert fiduciaire de créances.** En premier lieu, il s'agit ici de rappeler qu'en l'état de la jurisprudence récente la cession de créances de droit commun à titre de garantie n'est pas translatrice de la « titularité » de ces créances mais constitue un nantissement de créances<sup>69</sup>. Malgré l'utilité que pourrait avoir la reconnaissance d'un mécanisme de cession de créance à titre de garantie de droit commun aux côtés de la fiducie, l'introduction de la fiducie devrait être sans incidence sur cette prohibition<sup>70</sup>.

Afin d'utiliser le potentiel des cessions de créances à titre de garantie, la fiducie apparaît à première vue intéressante en raison de la faculté de céder des créances présentes et futures<sup>71</sup>, de toute nature<sup>72</sup>, et selon une procédure d'opposabilité simplifiée.

La loi LME du 4 août 2008 a effectivement introduit, au sein de l'article 2018-2 du Code civil, une nouvelle dérogation à l'article 1690 du Code Civil afin de simplifier le transfert de créances dans un patrimoine fiduciaire. Ainsi la cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de son avenant. Cependant, cette cession de créances ne devient opposable au débiteur cédé qu'à l'instant où il en est notifié. Ainsi, tous les débiteurs cédés, si nombreux soient-ils, devront être notifiés personnellement de la cession de créance au fiduciaire-cessionnaire afin d'éviter qu'ils puissent valablement se libérer entre les mains du constituant. En effet, en l'absence de notification, la valeur de ces créances pourrait valablement intégrer le patrimoine propre du cédant pour n'être reversée que dans un second temps dans le patrimoine fiduciaire. Cette dernière disposition affaiblit donc considérablement le potentiel des cessions de créances à titre fiduciaire<sup>73</sup>. La fiducie-sûreté n'offre ainsi pas la praticité et l'efficacité de la cession Dailly qui devient opposable au débiteur à la date apposée sur le bordereau lors de la remise<sup>74</sup>. Or,

69. Cass. com. 19 décembre 2006, Bull. civ. IV, n° 250.

70. J.F. Adelle, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », RDBF 2007, mars-avril, p. 48 et L. Aynès, *op. cit.* note 64.

71. C. civ. art. 2011. Cependant, les créances futures cédées à titre fiduciaire doivent, à peine de nullité, être déterminables (C. civ. art. 2018 1°).

72. En l'absence de précisions légales relatives à la nature des créances cédées, ces créances pourront être de toute nature : civiles ou commerciales, contractuelles ou délictuelles.

73. A. Bordenave, « Petit à petit, la fiducie fait son nid », *Lexbase Hebdo* n° 339, n° Lexbase N5811B13.

74. C. mon. fin. art. L. 313-17. Il est utile de rappeler ici que la notification du débiteur cédé dans le régime instauré par la loi Dailly ne constitue pas une formalité

nombreuses sont les opérations de financement éligibles à l'application du régime des cessions de créances professionnelles<sup>75</sup>. Ainsi, l'utilisation de la fiducie comme véhicule de cession de créances n'apparaît attractive que dans la situation où les conditions d'application de la cession Dailly ne sont pas réunies, à savoir par exemple lorsque le constituant-cédant diffère du débiteur.

Enfin, depuis la loi du 12 mai 2009, la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire doit être mentionnée à peine de nullité dans le contrat de fiducie. La mention de cette valeur posera en pratique des difficultés au regard de la cession de créances futures dont le montant n'est pas déterminé alors même qu'à titre de comparaison, les dispositions relatives à la cession Dailly permettent la cession de créances dont le montant n'est pas déterminé à la date de cession<sup>76</sup>. Ainsi, cette application superflue et dangereuse de la disposition aux personnes morales impose une vigilance certaine.

**Le transfert fiduciaire de titres financiers.** Avant l'instauration de la fiducie, il existait déjà plusieurs modalités de cessions temporaires de titres financiers à des fins de garantie telles que la vente à réméré, la pension livrée ou encore les garanties financières<sup>77</sup>. L'existence de ces mécanismes ainsi que l'importance économique des titres financiers<sup>78</sup> démontrent l'utilité que peut avoir un transfert de titres dans un patrimoine fiduciaire. Cependant, la nature de ces actifs fiduciaires nécessitera de faire preuve de certaines précautions.

En premier lieu, les parties devront organiser conventionnellement la répartition des droits financiers et/ou politiques découlant de la propriété de ces titres en fonction de leurs besoins respectifs. De l'existence des droits d'actionnaires découlent par ailleurs des problématiques de droit boursier telle que l'éventuelle application de la législation relative aux franchissements de seuils et, le cas échéant, à la détention par l'émetteur de ses propres actions. Au regard des franchissements de seuils, l'article L. 233-7 du Code de commerce énonce que toute personne physique ou morale qui vient à posséder un nombre d'actions plus important que les seuils légaux en la matière est tenue de procéder aux déclarations de franchissements de seuils<sup>79</sup>. Cependant, à ces possesseurs sont assimilés les tiers possédant des actions ou droits de vote avec lesquels les personnes tenues ont conclu un accord de cession temporaire portant sur ces actions ou droits de vote<sup>80</sup>. En conséquence, à la fois le constituant et le fiduciaire apparaissent tenus de déclarer d'éventuels franchissements de seuils, ce qui ne sera

cependant pas le cas du bénéficiaire<sup>81</sup>. Enfin, dans le cas où le constituant transfère au fiduciaire des titres émis par ce même fiduciaire, la législation régissant le rachat d'actions ne devrait pas avoir vocation à s'appliquer. En effet, l'article L. 225-215 du Code de commerce précise que l'interdiction faite à la société de prendre en gage ses propres actions ne s'applique pas aux opérations courantes de l'établissement de crédit. Au regard de l'esprit du texte, ces dispositions pourraient donc valablement être étendues au cas où un établissement de crédit se constitue fiduciaire.

**Le transfert fiduciaire d'immeubles.** La fiducie-sûreté peut porter sur des biens immeubles et offre ainsi une alternative intéressante à l'hypothèque conventionnelle qu'elle pourrait à terme remplacer dans les opérations de large envergure<sup>82</sup>.

En premier lieu, si un contrat de fiducie porte sur des droits réels immobiliers, le délai d'enregistrement du contrat est prolongé d'un mois afin que les formalités d'enregistrement et de publicité foncière soient fusionnées<sup>83</sup>.

Par ailleurs, il est à noter ici qu'en matière de droit de préemption urbain, la doctrine<sup>84</sup> considère que la purge de ce dernier<sup>85</sup> n'a pas vocation à être appliquée aux transferts fiduciaires d'immeubles. En effet, le transfert du bien à titre de garantie s'effectue sans stipulation de prix et ne constitue en aucun cas une véritable vente. Enfin, à supposer que l'aliénation fiduciaire d'un immeuble déclenche un droit de préemption urbain, la commune ne pourrait valablement se substituer au fiduciaire puisque les conditions de l'article 2015 du Code civil ne seraient dès lors plus remplies.

Les immeubles transférés au titre du contrat de fiducie feront en pratique l'objet d'une mise à disposition si bien que des montages type bail, crédit-bail ou *sale and leaseback* pourront être mis en place. Le contrat de fiducie devra néanmoins organiser le remboursement des charges dont le propriétaire est redevable, tel que les charges d'impôts locaux, les charges liées aux dommages du fait de la ruine de l'immeuble ou aux obligations de maintenance.

**Le transfert fiduciaire de stocks.** La fiducie est ici à mettre en parallèle avec le gage de stock puisqu'en pratique les stocks peuvent constituer une large part de la valeur

d'opposabilité au débiteur cédé mais bien une interdiction faite à celui-ci de payer sa dette entre les mains du cédant (C. mon. fin. art. L. 313-18).

75. C. mon. fin. art. L. 313-23 al.1.

76. C. mon. fin. art. L. 313-23 al.2.

77. Voir sur le sujet H. de Vauplane, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », JCP E 2007, n° 36, 2051.

78. À titre de rappel, les titres financiers sont les titres de capital émis par les sociétés par actions, les titres de créances à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse et les parts ou organismes de placement collectif (C. mon. fin. art. L. 211-1).

79. C. com. art. L. 233-7 I.

80. C. com. art. L. 233-9 6°.

81. L'article L. 233-9 I 1° énonce que sont tenus aux déclarations de franchissement de seuils les actions ou droits de vote possédés par d'autres personnes pour le compte de cette personne. Cependant, cette disposition ne trouvera pas à s'appliquer au bénéficiaire d'un contrat de fiducie puisqu'un transfert de propriété en sa faveur n'interviendra qu'en cas de défaut sur la dette garantie, situation qu'il convient de considérer comme incidente au regard du cours normal des conventions de crédit.

82. Cependant, son coût apparaît pour l'heure rédhibitoire pour les opérations de petite taille. Voir R. Dammann et A. Lebescond, « Fiducie-sûreté : (r)évolution de la notion de propriété et des procédures collectives – Entretien avec R. Dammann », *Lexbase Hebdo* n° 360, N° Lexbase N1124BLg.

83. C. Civ. art. 2019 al.2 et CGI art. 647 et 657.

84. R. Dammann et G. Podeur, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », D. 2008, p. 2300.

85. C. urb. L. 211-1 et s.

d'une entreprise. Cependant, le Code de commerce présentant de nombreuses limites au regard du gage sur stock<sup>86</sup>, le transfert fiduciaire du stock offre donc une alternative intéressante à ce gage spécial.

L'article 2018 du Code civil impose que les actifs fiduciaires futurs soient déterminables. Ainsi, la clause définissant les actifs fiduciaires devra être suffisamment générale pour inclure les éléments de stock circulants. Par ailleurs, le caractère circulant des stocks impose quelques réflexions. En effet, les biens constitutifs du stock peuvent faire l'objet d'une vente. Or, un transfert de propriété du stock aura eu lieu entre le constituant et le fiduciaire à la date du contrat de fiducie. Ainsi, le jeu de la subrogation réelle permettra que le produit des actifs vendus s'impute sur le patrimoine d'affectation. Un contrat de commission devra néanmoins être conclu entre le fiduciaire et le constituant au titre duquel le constituant-commissionnaire procédera à la vente du stock pour le compte du fiduciaire-commettant. En outre, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a expressément prévu la possibilité pour le fiduciaire de revendiquer les actifs meubles corporels dans le patrimoine du constituant<sup>87</sup>. Bien que confortant les parties au contrat de fiducie au regard de l'opposabilité aux tiers des fiducies-sûretés constituées sur des stocks<sup>88</sup>, cette éventuelle revendication ne fait pas obstacle à l'application de l'article 2276 du Code civil ce qui implique par conséquent un risque regrettable pour le fiduciaire.

Enfin, l'article 138 X de la loi du 12 mai 2009 limite à première vue le transfert fiduciaire de stocks puisque tout contrat de fiducie-sûreté doit dorénavant indiquer la valeur estimée des biens transmis malgré le caractère circulant des stocks. Cependant, cette indication ne fera pas obstacle au transfert fiduciaire d'éléments de stocks puisqu'en pratique les conventions indiquent une limite plancher de valeur des stocks à respecter. Par ailleurs, l'indication de la valeur estimée des actifs transférés est simplement constitutive d'une condition de formation du contrat de fiducie si bien que la valeur réelle du stock pendant la vie du contrat n'a pas à être équivalente à sa valeur estimée.

86. Les dispositions des articles L. 527-1 à L. 527-11 du Code de commerce posent en effet plusieurs limites à l'utilisation du gage de stocks. Celui-ci ne peut être utilisé que dans le cadre d'un crédit consenti par un établissement de crédit à un professionnel. Sa constitution impose la présence de mentions obligatoires à peine de nullité. Par ailleurs, le pacte commissaire est proscrié. Enfin, le gagiste sur stocks ne profite pas d'un droit de rétention. Par ailleurs, la réponse ministérielle faite par Mme le Garde des Sceaux à P. Houillon le 9 octobre 2007 précise que le gage sans dépossession « a vocation à s'appliquer à tout meuble corporel à défaut de législation spéciale ». Le gage sur stocks ayant fait l'objet d'une législation spéciale, l'utilisation du gage sans dépossession de droit commun semble être proscriée lorsque des stocks constituent son assiette. Voir P. Bouteiller, « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », JCP E n° 18 du 4 mai 2006 et G. Affaki, Cours de Droit des sûretés, master II droit bancaire et financier, Université Paris II Panthéon-Assas.

87. C. com. art. L. 624-16

88. R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives d'avenir », *op. cit.* note 65, A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, p. 110 et G. Piette, « Les sûretés dans l'ordonnance n° 2008-1 345 du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Lexbase Hebdo* n° 339, n° Lexbase N5724BIT.

## La fiducie-sûreté, une institution amenée à concurrencer l'agent des sûretés

La loi du 19 février 2007 ne s'est pas contentée de consacrer la fiducie. Dans son article 16, cette loi a en effet introduit l'agent des sûretés, « porteur des sûretés » pour le compte des créanciers de l'obligation garantie dans les crédits syndiqués. Cette évolution bienvenue au regard de l'institution de *security trustee* des droits de *common law* présente cependant des limites importantes à son utilisation pratique que la fiducie pourrait à terme surmonter.

### Les limites affectant le développement de l'agent des sûretés

**L'agent des sûretés.** La loi consacrant la fiducie en droit français a introduit un nouvel article 2328-1 dans le Code civil qui énonce 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 ». Ainsi, indépendamment du mécanisme de la fiducie, la loi a fait naître l'agent français des sûretés qui a pour mission de « porter » des sûretés pour le bénéfice de créanciers, à l'instar du *security trustee* utilisé dans le cadre des financements soumis à la *common law*. Ce mécanisme qui diffère de celui de la fiducie-sûreté<sup>89</sup> permet la nomination d'un gestionnaire des sûretés, bénéficiaire de sûretés réelles classiques, dans l'acte constatant l'obligation garantie.

L'agent des sûretés est un concept utilisé dans les crédits syndiqués où plusieurs banques se regroupent pour octroyer un crédit à un emprunteur, crédit souvent garanti par des sûretés réelles. Ainsi, en *common law*, les banques utilisent le mécanisme du *security trustee* qui a pour mission de constituer les sûretés au profit du syndicat, de les gérer, et le cas échéant, de les réaliser. En pratique, les banques parties au syndicat peuvent céder tout ou partie de leur participation dans les crédits octroyés de sorte que le *security trustee* agira pour le cessionnaire de cette participation qui bénéficiera dès lors, par l'intermédiaire du trust, des sûretés octroyées aux prêteurs initiaux.

**Les solutions antérieures.** L'analyse formulée par Jean-Luc Michaud<sup>90</sup> précise qu'antérieurement à la loi du 19 février 2007, l'agent des banques prêteuses ne pouvait agir que sous la casquette du mandat au sens des articles 1984 et suivants du Code civil. Ainsi, la constitution des sûretés et la cession par une banque de sa participation au prêt consenti impliquaient toutes sortes de formalités afin que le cessionnaire puisse être reconnu titulaire des différentes sûretés consenties. En effet, les actes de consentement des sûretés, accompagnés le cas échéant par la mesure de publicité

89. En effet, la fiducie-sûreté tient elle-même lieu de sûreté alors même que l'agent des sûretés correspond à un mode de gestion particulier d'une ou plusieurs sûretés réelles.

Voir L. Aynès, *op. cit.* note 64.

90. J.L. Michaud, « La cotitularité des sûretés », *Droit et Patrimoine*, septembre 2008, n° 173, p. 52.

appropriée, devaient être constitués au nom de chacun des mandants pour le montant du risque porté et devaient alors être amendés, et les mesures de publicité de nouveau accomplies, afin d'intégrer le nom du ou des nouveaux bénéficiaires. Ceci était donc consommateur à la fois de temps et d'argent<sup>91</sup> et entraînait un risque juridique si les formalités venaient à ne pas respecter les exigences légales. Afin d'éviter ces inconvénients, les banques prêteuses ont par ailleurs eu recours à la solidarité active de l'article 1197 du Code civil. Cependant, là encore la solidarité active pouvait se révéler inadaptée en cas d'insolvabilité de l'agent et en raison de l'impact sur tous les créanciers solidaires de la chose jugée à l'égard de l'un d'entre eux. Une telle inadaptation du droit français à un « portage des sûretés » a donc souvent motivé les participants aux prêts syndiqués à utiliser les instruments offerts par le droit anglais au détriment de ceux de droit français<sup>92</sup>.

**Les limites à l'utilisation de l'agent des sûretés.** Dès lors, l'instauration en droit français d'une variété de fiducie-gestion spéciale ne relevant pas des articles 2011 et suivants a fait naître de nouveaux espoirs de concurrence sur les droits de *common law*. Pourtant, et toujours au regard des précisions de l'analyse susmentionnée, ce nouvel article 2328-1 du Code civil a été source de déceptions pour les praticiens.

En premier lieu, la qualification juridique du mécanisme soulève des interrogations. En effet, le législateur n'a pas souhaité assimiler l'agent des sûretés à un fiduciaire<sup>93</sup>. Dès lors, la qualification de l'institution rappelle celle de la commission puisque l'agent des sûretés agit en son nom, mais pour le compte des différents créanciers. Cependant, si cette qualification était retenue, les sûretés rentreraient dans le patrimoine du commissionnaire de sorte que l'ensemble des autres banques parties au syndicat constitueraient de simples créanciers chirographaires de l'agent des sûretés. En l'absence de précisions quant à la nature juridique de cet agent des sûretés français, la qualification de contrat *sui generis* semble plus appropriée. Néanmoins, appliquer une telle qualification ne peut pour autant occulter les conséquences néfastes d'une éventuelle ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'agent des sûretés. En l'absence de patrimoine d'affectation, les créanciers de l'obligation garantie ne pourront en aucun cas revendiquer les biens sur lesquels portent les sûre-

tés. Par ailleurs, le manque de précisions de l'article 2328-1 du Code civil quant au sort des cessionnaires de l'obligation garantie a été regretté. En effet, il n'est pas expressément précisé que le cessionnaire bénéficiera des sûretés gérées par l'agent des sûretés alors même que réside ici tout l'intérêt de l'institution. Bien que d'apparence mineurs, ces obstacles entraînent donc le scepticisme des praticiens au regard de l'efficacité de cette nouvelle institution.

### **Le fiduciaire, une alternative intéressante à l'agent des sûretés**

**Le rôle similaire à l'agent des sûretés que peut endosser le fiduciaire.** Le manque de sécurité juridique attaché à l'agent des sûretés joue en la faveur du rôle similaire que peut adopter le fiduciaire dans le cadre des opérations de crédit syndiqué.

En effet, l'article 2011 du Code civil consacre l'éventuelle coexistence de plusieurs bénéficiaires à la fiducie. Dès lors, un fiduciaire peut conserver les actifs fiduciaires au bénéfice de plusieurs créanciers-bénéficiaires dont il pourra éventuellement faire partie. La similarité à l'institution de l'agent des sûretés apparaît alors, ce qui permet d'imaginer que la fiducie nommée de l'article 2011 pourrait permettre un réel développement d'un équivalent français du *security trustee* parallèlement à la formule prévue à l'article 2328-1 du Code civil<sup>94</sup>.

### **La fiducie-sûreté dans le cadre d'un crédit syndiqué.**

Le constituant, débiteur de plusieurs créanciers dans un contrat de crédit syndiqué, transfèrera tout type de biens ou droits dans le patrimoine d'affectation conservé ou géré par le fiduciaire à la charge pour ce dernier de permettre une réalisation des actifs fiduciaires conformes aux exigences établies dans le contrat de fiducie. Ainsi, au lieu de constituer des sûretés pour chaque type d'actifs fiduciaires au bénéfice de l'agent des sûretés qui agit pour le compte des créanciers, le constituant transfère en fiducie ces mêmes actifs directement au bénéfice des créanciers-bénéficiaires alors même que les pouvoirs d'administration et de gestion du fiduciaire sont organisés par les parties au sein du contrat de fiducie.

Les créanciers-bénéficiaires possèdent ainsi un droit de créance sur le fiduciaire. Contrairement au contrat de commission, ils ne subissent pas de risques liés à la faillite du fiduciaire en raison de l'existence d'un patrimoine d'affectation<sup>95</sup>. Les bénéficiaires pourront par ailleurs céder leur droit de créance sur le fiduciaire à un nouveau créancier parallèlement à la cession de leur participation dans le crédit syndiqué<sup>96</sup>. Comme précisé précédemment<sup>97</sup>, pour ce faire, les parties à l'acte de cession de la créance détenue sur le fiduciaire n'auront qu'à signifier ce dernier de cette cession et enregistrer cet acte dans le mois suivant la date de celui-ci.

91. Voir M. Gdanski et T. Pichardo-Angadi, « The French Law on Fiducie and its Application to Banking and Finance Transactions », *Legal Analysis*, JBLR 2007, Issue 8, p. 434.

92. Voir Rapport Sén. n° 11, *op. cit.* note 23, Examen de l'article 16 (art. 2823-1 nouveau du Code civil).

93. Cette analyse est en effet confortée par plusieurs éléments. En premier lieu, la place de l'agent des sûretés dans le Code civil montre le désir du législateur de le différencier de la fiducie nommée. En effet, l'article 2328-1 se situe au sein des dispositions générales encadrant les sûretés réelles alors même que la fiducie-sûreté est insérée dans des chapitres spécialement consacrés à la propriété retenue à titre de garantie. Par ailleurs, le fiduciaire agit pour le nom et pour le compte du constituant et non pas simplement pour son compte à la manière de l'agent des sûretés.

Voir J.-L. Michaud, *op. cit.* note 91.

94. G. Blanluet et J.-P. Le Gall, *op. cit.* note 2.

95. C. civ. art. 2024.

96. C. civ. art. 2019 al.3.

97. Voir *supra*.

L'organisation légale et contractuelle de la fiducie permet ainsi d'apporter un niveau de sécurité juridique bien plus conséquent que celui offert par l'agent des sûretés. En effet, tant en raison de l'indifférence de la procédure collective du fiduciaire, contrairement à celle de l'agent des sûretés, qu'au regard de la qualité de propriétaires dont sont amenés à bénéficier les créanciers non satisfaits, le contrat de fiducie risque fort d'occulter l'agent des sûretés dans le cadre des financements offerts par les syndicats bancaires.

### L'EFFICACITÉ VARIABLE DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ EN SITUATION DE PROCÉDURE COLLECTIVE DU CONSTITUANT

Lorsque la fiducie fut introduite en droit français, aucune disposition spécifique n'encadrait sa réalisation en situation de procédure collective à l'exception de l'insertion de la conclusion d'un contrat de fiducie au sein des nullités de la période suspecte<sup>98</sup>. Néanmoins, cette lacune juridique pris fin avec la réforme des procédures collectives portée par l'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>99</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, le Code de commerce s'est donc enrichi de dispositions organisant le sort de la fiducie-sûreté dès lors que le constituant se situe en situation économiquement difficile.

Il est du rôle du législateur de s'assurer du maintien d'un équilibre adéquat entre la sécurité du crédit et les besoins des entreprises viables en évitant à la fois la liquidation de ces entreprises et l'accroissement des difficultés éventuellement rencontrées par certains créanciers. Le régime de la fiducie au regard du droit des entreprises en difficulté est donc à l'image de cette quête législative. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a en effet adapté les effets de la fiducie-sûreté en fonction de l'importance des actifs fiduciaires pour la continuation de l'activité de l'entreprise. Ainsi, bien que certains mécanismes soient communs à l'ensemble des fiducies-sûretés, leur régime en situation de procédure collective varie selon un critère objectif de présence ou d'absence de convention de mise à disposition des actifs fiduciaires.

#### Les aspects communs à l'ensemble des fiducies-sûretés

Malgré la distinction effectuée par l'ordonnance réformant le droit des entreprises en difficulté, de nombreux principes sont communs à l'ensemble des fiducies-sûretés. Ceux-ci s'articulent autour de deux objectifs difficilement compatibles qui sont à la fois le respect de la distinction opérée entre patrimoine d'affectation et patrimoines propres et sa remise en cause dès lors que celle-ci fait naître des situations incompatibles avec la survie des entreprises viables.

98. Voir *infra*.

99. Ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté complétée par le décret n° 2009-160 du 12 février 2009 et ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

#### Les premières conséquences de la consécration d'un patrimoine d'affectation

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, seules les dispositions du Code civil régissaient les conséquences de la consécration d'un patrimoine d'affectation sur les droits des créanciers du constituant et du fiduciaire. Partant, une première distinction doit être opérée selon que des difficultés économiques affectent le constituant ou le fiduciaire.

**Le principe de l'insaisissabilité du patrimoine d'affectation par les créanciers du constituant.** En premier lieu, il s'agit ici de rappeler que les procédures collectives n'affectent que le patrimoine du débiteur. dérogeant au principe du gage général des créanciers, le mécanisme de la fiducie repose sur la constitution d'un patrimoine d'affectation de sorte qu'en principe, les actifs fiduciaires ne devraient pas être concernés par le jugement d'ouverture d'une procédure collective.

L'article 2025 du Code civil énonce ainsi le principe selon lequel le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les créanciers fiduciaires, à savoir les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire. Toutefois, cet article ne s'en tient pas à cette affirmation, il en fixe aussi les deux premières limites. Il est en effet précisé que ce principe d'insaisissabilité du patrimoine fiduciaire par les créanciers du constituant ne peut être mis en œuvre au préjudice des droits des créanciers titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement, mais encore, conformément à l'adage *fraus omnia corrumpit*, en cas de fraude aux droits des créanciers.

Ce principe d'insaisissabilité du patrimoine d'affectation subit cependant un tempérament supplémentaire énoncé dans ce même article 2025 du Code civil. Celui-ci précise qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des créanciers fiduciaires, à moins que ces derniers n'acceptent la limitation de l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Étant extrêmement improbable que le fiduciaire ou les créanciers fiduciaires acceptent de supporter la charge du passif fiduciaire, le législateur instaure, par conséquent, une dérogation importante à l'étanchéité du patrimoine fiduciaire. Cependant, cette mesure dérogatoire ne concernant que les créanciers fiduciaires, la fiducie-sûreté semble peu concernée puisque ces créanciers ne joueront qu'un rôle mineur, si ce n'est inexistant, dans la gestion du patrimoine fiduciaire.

**Le principe de l'insaisissabilité du patrimoine d'affectation par les créanciers du fiduciaire.** Au même titre, l'article 2024 du Code civil précise que le sort des créanciers-bénéficiaires d'une fiducie-sûreté ne se trouve pas affecté par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'encontre du fiduciaire. Néanmoins, les parties ne devront pas manquer de préciser conventionnellement

les conséquences sur l'opération de fiducie d'un jugement d'ouverture à l'encontre du fiduciaire. En effet, si rien n'est prévu au contrat de fiducie, les parties devront alors faire appel à l'autorité judiciaire pour la nomination d'un fiduciaire provisoire ou le remplacement du fiduciaire<sup>100</sup>. Pire encore, si le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire, le contrat de fiducie prend fin de plein droit en l'absence de stipulations du contrat prévoyant les conditions de sa poursuite<sup>101</sup>. Par conséquent, il apparaît d'autant plus important que le constituant et le bénéficiaire insistent dans leurs négociations pour que les différents événements annonceurs de difficultés financières soient considérés comme des éléments déclencheurs d'un remplacement du fiduciaire.

Toutefois, l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a introduit dans le Code de commerce un régime spécifiquement applicable à la propriété cédée à titre de garantie en cas de procédure collective du constituant.

### Les dispositions applicables à l'ensemble des fiducies-sûretés en situation de procédure collective du constituant

**La déclaration des créances à la procédure.** Depuis la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le défaut de déclaration de créance à la procédure est sanctionné par l'inopposabilité de la créance à la procédure. Ainsi, le créancier bénéficiaire d'une fiducie devrait en principe se plier à la discipline de la déclaration de sa créance. Cependant, ne pas nuancer une telle affirmation reviendrait à occulter la particularité de la fiducie-sûreté qui, encore une fois, confère un droit de propriété au fiduciaire sur les actifs fiduciaires. De là, aux termes de l'analyse opérée par Reinhard Dammann et Michel Grimaldi<sup>102</sup>, deux approches doctrinales sont envisageables. Un parallélisme avec la propriété retenue à titre de garantie peut tout d'abord être opéré. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété peuvent être revendiqués même en l'absence de déclaration de la créance garantie<sup>103</sup>. Ainsi, dès lors que la valeur liquidative des actifs fiduciaires est suffisante pour satisfaire le paiement de la créance exigible, le créancier-bénéficiaire pourrait éventuellement se dispenser de déclarer sa créance. Selon une autre analyse, le caractère accessoire de la fiducie-sûreté à une créance garantie pourrait, en raison de l'inopposabilité de la créance à la procédure, emporter l'impossibilité de réaliser la fiducie-sûreté<sup>104</sup>. Le créancier-bénéficiaire, selon cette approche serait donc tenu de déclarer sa créance à la procédure. Au regard de

cette divergence doctrinale, il ne peut qu'être fortement conseillé au créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté de déclarer sa créance à la procédure<sup>105</sup>.

**L'exclusion des créanciers-bénéficiaires des comités de créanciers.** Enfin, les créanciers bénéficiaires de fiducies-sûretés possèdent un avantage remarquable sur les autres créanciers du constituant. En effet, ces créanciers sont exclus des comités de créanciers à hauteur de leurs créances garanties par un patrimoine fiduciaire<sup>106</sup>. Ainsi, ces créanciers sont protégés contre le risque qu'un plan arrêté par un vote majoritaire des créanciers n'affecte le montant de leurs créances garanties, ou encore que ce plan n'impose la conversion de leurs créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital<sup>107</sup>.

**L'application à la fiducie des nullités de la période suspecte.** Initialement, l'article L. 632-1 du Code de commerce prévoyait la nullité de tout contrat de fiducie conclu pendant la période suspecte sans distinction au regard de la date de contraction de la dette garantie. Ce champ d'application d'une étendue regrettable a cependant été limité par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Ainsi dorénavant, un contrat de fiducie, tout comme une convention de rechargement, peut être attaqué sur le fondement des nullités de la période suspecte uniquement lorsque cet acte intervient à titre de garantie d'une dette préalablement contractée<sup>108</sup>.

**Le risque de disproportion de la garantie offerte par la fiducie-sûreté.** Aux termes de l'article L. 650-1 du Code de commerce, en situation de procédure collective, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsable des préjudices subis du fait de leurs concours, sauf en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises en contrepartie de ces concours. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, en cas de garanties disproportionnées, le juge pourra décider de réduire celles-ci ou de les annuler.

Le risque de disproportion doit absolument attirer l'attention des parties à l'opération de fiducie. En effet, la valeur des actifs fiduciaires peut se révéler nettement supérieure au montant de la dette garantie, notamment lors du transfert d'immeubles à titre fiduciaire<sup>109</sup>. Les parties pourraient, par exemple, organiser un retour automatique d'actifs fiduciaires dans le patrimoine du constituant lorsque le montant de la dette garantie diminue ou encore affecter le patrimoine fiduciaire à une dette nouvelle<sup>110</sup>.

105. Dans ce sens, F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *op. cit.* note 2.

106. C. com. art. L. 626-30 et L. 626-30-2

107. C. com. art. L. 626-30-2. À titre d'information, certains auteurs considèrent que cette protection ne vaut que pour le montant des créances garanti par la valeur liquidative des actifs transférés (R. Dammann et M. Grimaldi, *op. cit.* note 19). Cependant, aux termes des articles L. 626-30 et L. 626-30-2 du Code de commerce, il apparaît bien que ce sont les créances non assorties d'une fiducie-sûreté qui sont protégées et non simplement le montant de ces créances non garanti par la valeur liquidative du patrimoine fiduciaire.

108. C. com. art. L. 632-1 9° et 10°.

109. R. Dammann et M. Grimaldi, *op. cit.* note 19.

110. F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *op. cit.* note 2.

100. C. civ. art. 2027.

101. C. civ. art. 2029 al.2.

102. R. Dammann et M. Grimaldi, *op. cit.* note 19.

103. Cass. Com. 29 janvier 1991 et 20 octobre 1992, D. 1993, somm. P. 288, obs F. Perochon.

104. P. Pétel, « Du nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II – Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 – Acclimatation aux procédures collectives des nouvelles techniques du droit des sûretés », *JCPE* 2009, n° 3, 1049.

### Les aspects particuliers à l'existence d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a cherché un point d'équilibre entre la sécurité du crédit et la survie des entreprises en difficulté. Ce texte a par conséquent opéré une distinction selon que la fiducie-sûreté soit ou non assortie d'un contrat de mise à disposition des actifs fiduciaires. De fait, en présence d'une telle convention, les actifs sont présumés être nécessaires à la continuation de l'entreprise. Bien que cette distinction s'efface à l'heure de la liquidation judiciaire ou de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, les effets de la fiducie-sûreté en cas de difficultés du constituant doivent être distingués selon que le fiduciaire conserve les actifs transférés en fiducie ou qu'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires ait été conclue.

### Les effets de la sauvegarde et du redressement judiciaires en absence d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires

**Le désintéressement du créancier-bénéficiaire par la réalisation du patrimoine fiduciaire.** Si la créance garantie par la fiducie est exigible à la date d'ouverture de la procédure, le fiduciaire pourra désintéresser le créancier-bénéficiaire sur le patrimoine d'affectation dès lors que celui-ci est en sa possession. Ceci s'explique à la fois par la constitution d'un patrimoine d'affectation<sup>111</sup> et par l'exclusion du contrat de fiducie du régime des contrats en cours<sup>112</sup>. En effet, l'article L. 622-23-1 du Code de commerce, qui exclut la réalisation du patrimoine fiduciaire en présence d'une convention de mise à disposition, ne trouve pas à s'appliquer en l'absence d'une telle convention. Le bénéficiaire pourra donc jouir de l'appropriation des actifs fiduciaires ou du produit de la réalisation des actifs fiduciaires à hauteur de la dette exigible. À ce titre, certains auteurs<sup>113</sup> soulignent très justement que le régime de la fiducie-sûreté portant sur des sommes d'argent ou des instruments financiers, dont le constituant sera privé de jouissance, apparaît donc plus intéressant pour les créanciers qu'un simple nantissement de compte-espèces ou de compte d'instrument financier.

Pour le montant de la créance non exigible à la date d'ouverture de la procédure ou différée par le plan, les créanciers-bénéficiaires pourront se voir payer le montant de leur créance restant dû par le juge-commissaire contre restitution des actifs fiduciaires si celle-ci est motivée par la poursuite de l'activité<sup>114</sup>. Dans le cas contraire, il pourrait être prévu que le fiduciaire réalise les actifs fiduciaires immédiatement, mais qu'il ne règle les créanciers-bénéficiaires qu'au fur et à mesure que la créance de ces derniers devient exigible<sup>115</sup>.

### Les effets de la sauvegarde et du redressement judiciaires en présence d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires

**Les conséquences de la mise à disposition du débiteur des actifs fiduciaires.** Les rédacteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008, afin d'éviter que l'actif du débiteur soit subitement anéanti par la réalisation d'une fiducie-sûreté assortie d'une mise à disposition des actifs fiduciaires, ont choisi d'interdire aux créanciers-bénéficiaires d'imposer la cession ou le transfert des actifs fiduciaires à leur bénéfice ou à celui du fiduciaire du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cet anéantissement automatique de la fiducie est sanctionné par la nullité de la cession ou du transfert<sup>116</sup>.

Les créanciers-bénéficiaires devront donc se soumettre à la discipline de la procédure en déclarant leurs créances<sup>117</sup>. Ceci apparaît à première vue regrettable du point de vue des créanciers. Cependant, cette disposition permettra certainement un retour à meilleure fortune d'entreprises qui, privées des actifs nécessaires à la continuation de leur activité, n'auraient pu survivre à l'entrée en procédure collective ou encore auraient hésité à engager une procédure de sauvegarde<sup>118</sup>.

**La soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours.** Cette précédente interdiction n'aurait cependant que peu de sens sans la soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours. Aussi l'ordonnance de décembre 2008 a prévu qu'il appartient à l'administrateur d'opter ou non pour la continuation du contrat de mise à disposition des actifs fiduciaires conformément aux dispositions générales relatives aux contrats en cours. Si l'administrateur décide de ne pas résilier la convention de mise à disposition, le bénéficiaire de la fiducie continuera donc de recevoir les loyers de la mise à disposition si celle-ci a été consentie à titre onéreux<sup>119</sup>.

**La revendication par le fiduciaire des actifs fiduciaires.** Malgré le caractère évident de ce droit, les rédacteurs de l'ordonnance ont expressément prévu l'autorisation pour le fiduciaire de revendiquer ses actifs dans le patrimoine du constituant<sup>120</sup>. Cette précision permet cependant de conforter les parties au contrat de fiducie au regard de l'opposabilité aux tiers des fiducie-sûretés constituées sur des biens meubles, tels que des stocks<sup>121</sup>. Ainsi, le contrat de fiducie devra prévoir l'obligation pour le fiduciaire de revendiquer les biens meubles fiduciaires qui

111. La règle de la suspension des poursuites et voies d'exécution pendant la période d'observation ne protège en principe que les seuls biens appartenant au débiteur (C. com. art. L. 622-21).

112. C. com. art. L. 622-13 VI et L. 641-11-1 VI.

113. R. Dammann et M. Grimaldi, *op. cit.* note 19.

114. C. com. art. L. 622-7-II

115. R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives

d'avenir », *op. cit.* note 65.

116. C. com. art. L. 622-23-1.

117. C. com. art. L. 622-24.

118. Voir F-X Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », D. 2008, p. 29.

119. C. com. art. L. 622-13. Voir R. Dammann et A. Lebescond, *op. cit.* note 84.

120. C. com. art. L. 624-16

121. R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives d'avenir », *op. cit.* note 65, A. Lienhard, *op. cit.* note 91 et G. Piette, *op. cit.* note 91.

se retrouvent en nature<sup>122</sup> dans les trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture<sup>123</sup>. Cependant, les limites relatives à la réalisation des actifs fiduciaires laissés à la disposition du constituant entraînent le report de la restitution effective au jour de la résiliation ou du terme de la convention de mise à disposition<sup>124</sup>.

**Le retour de l'efficacité de la fiducie-sûreté en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire ou de résolution du plan.** Enfin, l'efficacité de la fiducie-sûreté est également assurée en cas de liquidation judiciaire ou d'échec d'un plan de sauvegarde ou de redressement. En effet, dès l'ouverture d'une liquidation judiciaire ou la résolution du plan, le créancier-bénéficiaire retrouve des droits identiques à ceux du bénéficiaire qui n'aurait pas opté pour une mise des actifs fiduciaires à la disposition du constituant<sup>125</sup>.

**L'exclusion du plan de cession de la convention de mise à disposition.** Par ailleurs, dans cette même logique d'efficacité, le cessionnaire d'un plan de cession ne pourra se substituer au débiteur dans la convention de mise à disposition des actifs fiduciaires sans assumer en retour le remboursement de la dette garantie, sauf accord du ou des bénéficiaires du contrat de fiducie<sup>126</sup>.

## Conclusion

Au titre de ces développements, la fiducie-sûreté apparaît clairement comme une sûreté novatrice. En effet, par l'abandon du principe de l'unicité du patrimoine, le législateur a fait preuve à la fois d'adaptabilité et de modernité, expliquant ainsi l'engouement doctrinal pour la fiducie.

Au regard de sa praticité, le caractère solennel du contrat de fiducie impose en effet une certaine vigilance dans sa rédaction et dans le suivi des évolutions législatives. Cependant, ceci diffère peu de l'ensemble des sûretés françaises qui, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, se caractérisent majoritairement par leur caractère solennel. Par ailleurs, la fiducie-sûreté bénéficie de l'avantage notoire de disposer d'un champ d'application d'une étendue sans précédent rappelant les sûretés de *common law*. Enfin et surtout, les parties, maîtresses de leur œuvre, peuvent sans difficulté adapter cette sûreté aux traits caractéristiques de leurs opérations tout en respectant les exigences des parties au contrat, des actifs de la société financée et de la structure, syndiquée ou non, de la convention de crédit.

Quant à l'efficacité de la fiducie-sûreté dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, une distinction est à opérer entre les créanciers titulaires de fiducies-sûretés avec ou sans dépossession des actifs fiduciaires. La

relative faiblesse face aux procédures collectives d'une structure sans dépossession, justifiée au regard des besoins de l'entreprise, ne semble cependant pas desservir l'utilisation de la fiducie-sûreté puisque la limitation de son efficacité disparaît en cas de liquidation judiciaire ou de résolution du plan.

Dès lors les différentes évolutions qui ont affecté la fiducie-sûreté devraient encourager les praticiens français dans son utilisation afin qu'une fois ceux-ci familiarisés à cette institution, le législateur n'hésite pas à corriger les dernières imperfections qui lui sont encore attachées, telle que la regrettable absence de registre public des fiducies-sûretés sans dépossession. Aussi, il semble que l'heure est venue pour la pratique d'adapter, de se familiariser et de pousser la fiducie-sûreté dans ses retranchements afin de faire découvrir à l'ensemble du monde juridico-financier la modernité de cet outil de sécurisation dont dispose désormais le droit français. ■

122. Dans le cas contraire, la créance née de la disposition des biens sera due au fiduciaire du fait de son droit de propriété sur les actifs fiduciaires.

123. C. com. art. L. 624-9.

124. C. com. art. L. 624-10-1.

125. C. com. art. L. 626-27 I al.4, L. 631-14 al.4 et L. 641-11-1.

126. C. com. art. L. 642-7.