

# La fiducie plus efficace que les sûretés classiques

Par Arthur Bertin, directeur adjoint, Equitis

Lointaine cousine continentale du trust anglo-saxon, la fiducie est une sûreté ainsi qu'un outil de gestion introduits en droit français par la loi n°2007-211 du 19 février 2007. Selon l'article 2011 du Code civil, elle est un contrat aux termes duquel un constituant (personne physique ou morale) transfère la propriété de biens, de droits ou de sûretés, qu'ils soient présents ou futurs, à un fiduciaire qui, les tenant séparés de son propre patrimoine, agit dans un but précis au profit d'un bénéficiaire. Ce bénéficiaire peut être un tiers, tel le créancier, dans le cadre d'une fiducie-sûreté. Il peut aussi être le constituant lui-même, notamment dans le cadre d'une fiducie gestion. Au-delà de la consultation des articles du Code civil et de la riche doctrine entourant la fiducie qui traitent du comment ? juridique du contrat de fiducie, nous souhaitons mettre en exergue le pourquoi ? de cet outil.

## Héritage du droit romain

Les origines remontent au droit romain : la fiducie était utilisée pour la gestion d'un patrimoine (*fiducie cum amico*) ou la garantie d'une créance (*fiducie cum creditore*). Puis à l'époque des croisades, par les chevaliers qui transmettaient la propriété de leur patrimoine à des tiers de confiance, à charge pour ces derniers de restituer les actifs transférés au retour du propriétaire initial ou de les transmettre à leur succession en cas de décès en Terre sainte.

C'est une approche très pragmatique qui a guidé les pas des parlementaires, au premier rang desquels le sénateur Philippe Marini, ayant proposé la réintroduction de la fiducie en droit positif. En 2007, la France était, en effet, la dernière grande économie européenne à ne pas disposer d'un instrument générique fiduciaire ; i.e. un instrument permettant un transfert de propriété de biens, conditionné et pour une durée limitée. Cette réticence avait plusieurs origines dont l'une, technique, était liée à la conception française du droit des biens, laquelle n'acceptait que parcimonieusement les altérations du régime de la propriété. Et de fait, peu de techniques permettent aujourd'hui d'obtenir une répartition des fonctions de la propriété entre différents bénéficiaires. La propriété n'est pas présumée être partagée ! Mais ce faisant, la France s'interdisait de bénéficier de la souplesse d'un instrument adopté à l'étranger autant pour des considérations patrimoniales que pour des raisons d'efficacité juridique en matière de droit des sociétés. La compétitivité du droit français commandait d'intégrer cet outil, en réalité déjà bien connu des juristes. Au-delà de ces considérations, la nécessité de fournir une sûreté efficace aux fournisseurs de crédit a également pesé dans la décision du législateur. En effet, les sûretés françaises, à savoir les hypothèques, les gages ou les nantissements, se révèlent de piètres mécanismes de protection en

cas de défaut de solvabilité d'un emprunteur. Le développement du crédit dans l'économie requérant une sûreté efficace, la fiducie est revenue en grâce après deux siècles d'exil.

## Difficile exercice des sûretés

En France, la prééminence du droit des procédures collectives sur les intérêts des créanciers, et notamment des établissements financiers, a provoqué depuis 1985 un sentiment de défiance généralisée des banques à l'égard des entreprises consommatrices de crédit. Les sûretés classiques françaises sont un terrain d'observation privilégié pour étudier les effets d'un droit des procédures collectives surpuissant sur un droit du crédit défaillant.

L'hypothèque, le gage ou le nantissement sont des sûretés dites réelles, qui reposent sur des droits octroyés au prêteur et qui lui permettent, en cas de défaut du prêt hypothécaire, par exemple, d'exercer une saisie sur le bien puis de le faire vendre pour être remboursé. Pour la banque titulaire de sûreté, l'inconvénient majeur de la procédure collective est que sa survenance place la société emprunteuse sous un régime de protection du tribunal de commerce, l'empêchant de saisir les biens affectés en garantie du crédit. Autrement dit, c'est lorsqu'ils en ont le plus besoin que les créanciers titulaires de sûretés classiques ne peuvent exer-

cer leur sûreté. Autre problème, si en amont d'une procédure collective, le créancier parvient à saisir le bien du débiteur, il s'expose, à l'occasion de sa revente, à devoir partager les produits de cession (réduits du fait d'une vente judiciaire) avec des créanciers que la loi reconnaît comme privilégiés.

L'aboutissement d'un tel déséquilibre juridique se traduit par une nécessaire raréfaction des sources de crédit ou par le coût de ce dernier. Pour l'entreprise bien portante, l'obtention d'un financement n'est pas toujours une sinécure. Pour les entreprises en difficulté (en phase amiable, voire judiciaire) elle peut relever de la gageure.

### Restaurer un lien de confiance

Aussi, le recours à une sûreté efficace permet de restaurer un lien de confiance au sein du marché. Lorsqu'une fiducie-sûreté est mise en place, le créancier titulaire bénéficie du transfert de propriété d'un bien ou d'un droit dans un patrimoine distinct géré par un fiduciaire et à l'abri de toute revendication de tiers. Le fiduciaire gère les biens et droits qui lui sont transférés, en qualité de propriétaire : il est donc soumis à une obligation de conservation et à un degré élevé de diligence dans sa gestion qui est nécessairement limitée dans le temps. Durant la mission du fiduciaire, le patrimoine fiduciaire est exclusivement affecté au remboursement de la dette garantie. Dès que le remboursement de la dette garantie est constaté, le fiduciaire restitue les actifs à son propriétaire initial. En cas de défaut de remboursement, le fiduciaire en transfère automatiquement la propriété au bénéficiaire, ou vend les actifs composant le patrimoine fiduciaire sur le marché, ou les gère et les administre plus largement selon

les stipulations du contrat. Le fiduciaire est ainsi amené à gérer, administrer, restructurer, voire céder sur le marché des titres de société, des titres de créance, des actifs immobiliers, des matières premières, etc. Mieux, par la sécurité de la fiducie, certains financements qui jusqu'à peu pâtissaient de la faible protection des sûretés dédiées, se sont développés : financement de stock ou financement sur l'immatériel (marques, designs, etc, pouvant être affectés en fiducie-sûreté).

### Confier la gestion d'un patrimoine à un tiers

Au-delà de la fiducie-sûreté, le régime commun de la fiducie s'épanouit sur un vaste territoire encore inconnu du plus grand nombre, au moyen de la fiducie gestion. Celle-ci est restée à l'écart du développement qu'a connu la fiducie-sûreté. L'outil ne manque pas d'attraits, mais son utilité reste encore ignorée. Son régime étant très similaire à celui de la fiducie-sûreté, il faut passer sous silence quelques différences de forme et rappeler qu'elle est aussi un transfert de propriété, pour une durée limitée, d'un bien, droit ou sûreté entre les mains d'un tiers de confiance. La grande différence avec la fiducie-sûreté réside dans le fait que la raison d'un tel transfert n'est pas la garantie d'un crédit mais plutôt la nécessité de confier à un tiers la gestion d'un patrimoine de biens ou de droits.

Les personnes physiques sont évidemment concernées par cet outil. Sous réserve du respect de la prohibition de la fiducie libéralité (laquelle s'analyse en une tentative de contournement de l'impôt sur les successions à l'image des trusts successoraux), la fiducie est un outil particulièrement adapté à la gestion patrimoniale. Ainsi, un chef d'entreprise désireux de sécuriser

la transmission de l'entreprise familiale pourra confier en fiducie ses actions pour une durée maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans et fixer les conditions d'attribution des titres dans le dispositif du contrat. Atout majeur de la fiducie, le contrat est fortement marqué par la liberté que les parties peuvent se réserver pour détailler les conditions de la mission du fiduciaire. Idem en ce qui concerne des patrimoines non professionnels qui requièrent une diligence spécifique et la gestion d'un tiers de confiance, capable et solvable.

Concernant les entreprises, la fiducie vient remplacer certaines institutions juridiques avec plus de flexibilité et davantage de sécurité dans l'exécution des obligations contractuelles. Ainsi, certaines opérations de *joint-ventures* sensibles peuvent être constituées sans que soit mise en place une société ad-hoc impliquant une publicité parfois indésirable. Un patrimoine fiduciaire dans lequel sont apportés biens et droits de plusieurs entreprises participantes pourra être géré en toute confidentialité en fiducie. La gestion des actifs pourra être laissée à la main des constituants ou exécutée en tout ou partie par le fiduciaire selon le contrat.

### Sécuriser l'exécution d'un pacte d'actionnaires

Dans certaines sociétés, les intérêts antagonistes des associés peuvent aboutir à des actions en violation du pacte d'associé. Sous l'empire du droit des obligations précédant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations au 1er octobre 2016, le contentieux résultant de cette violation pouvait aboutir à un résultat insatisfaisant. Il reste relativement incertain, à ce jour, au regard du nouvel

article 1217 du Code civil. Il peut être alors prudent de doubler le pacte d'associé de la société par une convention de fiducie gestion afin de sécuriser la bonne exécution du pacte et de ses clauses les plus sensibles (cession forcée, cession conjointe, droit de préférence, conventions de vote, etc.). A cet effet, les titres sont transférés dans un patrimoine fiduciaire. L'exercice du droit de vote est alors assuré par le fiduciaire en sa qualité d'associé, selon les recommandations des constituants, chacun en ce qui concerne sa quote-part de droits dans la fiducie. En ce qui concerne les décisions faisant l'objet des stipulations du pacte, le fiduciaire devra se conformer à ces dernières. Toute action violant le pacte est exclue dès le transfert des parts puisque le fiduciaire est responsable de la bonne gestion des actifs confiés.

La fiducie-gestion peut aussi sécuriser la bonne exécution des engagements négociés entre le repreneur et le cédant d'une entreprise. Le cédant peut affecter une somme d'argent en fiducie, à charge pour le fiduciaire d'en libérer tout ou partie par le biais de tirages successifs notifiés par le repreneur de la société. La fiducie financera alors des investissements de croissance ou des investissements liés aux restructurations de la société reprise. Le cédant s'assure ainsi de la parfaite utilisation des sommes mises à disposition de l'entreprise cédée car une fois signé, le contrat ne peut être modifié qu'avec l'accord de tous les signataires.

### **Echapper à des obligations du droit boursier...**

Le transfert de propriété de la fiducie permet au constituant de transférer des actifs, tels que des titres cotés, dans un patrimoine d'affectation, afin d'échapper à certaines obligations pouvant lui incomber en sa qualité d'actionnaire. La pratique a ainsi vu des conventions de fiducie recueillir des actions cotées afin de permettre au constituant de revenir à un niveau de détention inférieur aux seuils d'offres publiques établis par la réglementation ou les statuts sociaux. Dans une telle hypothèse, le transfert de propriété auprès de la fiducie s'accompagne d'une perte du contrôle sur les actions. Le constituant n'a droit qu'aux fruits et produits des actions, en cas de dividendes et lorsque celles-ci sont cédées par le fiduciaire pour des montants minimaux fixés par le contrat, tandis que le fiduciaire exerce les droits de vote de manière autonome. Le contrat comprend par ailleurs une clause aux termes de laquelle les parties déclarent qu'elles n'agissent pas de concert pour mettre en œuvre une politique commune au sens du 5° du II de l'article L. 233-10 du Code de commerce.

### **...ou de la concurrence**

Dans le même ordre d'idée, le contrôle opérationnel d'un actif, d'une société par exemple, peut être transféré en fiducie afin d'échapper à certaines obligations liées au droit de la concurrence ou à une clause de non-concurrence.

La mission du fiduciaire consiste à conserver les actifs transférés, pour la durée du contrat, avec pour mission de gérer indépendamment du constituant les actifs transférés mais selon des conditions, des limites, définies initialement dans le contrat de fiducie, le fiduciaire pouvant, s'il en a reçu l'autorisation dans le contrat, procéder ultérieurement à la vente des actifs ou à leur restitution au terme convenu entre les parties.

### **Neutralité comptable et fiscale**

Les exemples précités ne sont qu'un infime échantillon des possibilités de l'outil fiduciaire. Par ailleurs, il est important de souligner que le contrat de fiducie est neutre d'un point de vue comptable et fiscal. A cet égard, le transfert de propriété, s'il est bien matérialisé juridiquement, est sans effet sur la teneur du bilan du constituant. Le transfert d'un immeuble en fiducie modifie le poste comptable dans lequel la valeur de l'immeuble figure au bilan du constituant, mais cette valeur ne disparaît pas : en lieu et place d'un actif immobilisé, le constituant constate un instant après le transfert de l'immeuble une créance en restitution sur le patrimoine fiduciaire pour une valeur égale à celle initialement enregistrée dans ses comptes. Idem en matière de fiscalité : la subtilité est de mise car le transfert en fiducie n'est pas par principe un fait générateur d'impôt, bien qu'il ait les effets juridiques d'une cession... Ces atouts résultent de la volonté du législateur de moderniser notre arsenal juridique.