

LA FIDUCIE ET LES ENTREPRISES EN DIFFICULTES

Enjeux et techniques¹

1/ Définition et contexte historique

- une origine anglo-saxonne
 - trust : anonymat et continuité
 - security (guarantee)
- une nouveauté française
 - loi de février 2007
 - Loi LME du 4 août 2008 et ordonnance du 30 janvier 2009
 - ordonnance du 18 décembre 2008
- Pas si nouvelle que cela en définitive :
 - La monnaie fiduciaire
 - La cession Dailly
 - Le gage espèces
 - Les pensions livrées sur les marchés financiers

Définition : article 2011 du code civil :

La fiducie est l'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.

2/ Manifestations

- la fiducie « gestion » : gestion de patrimoine, par exemple pour éviter des conflits d'intérêts
- la fiducie « transmission » : distinguer le capital (fonds fiduciaire) et les fruits (revenus fiduciaires)
- la fiducie « sûreté » : une nouvelle garantie

NB : la fiducie n'a pas d'intention libérale

¹ Ne seront pas abordées les questions fiscales et comptables.

3/ La problématique de la fiducie dans les entreprises en difficulté

- Du côté du créancier
 - Des garanties classiques peu efficaces (ex. le droit de rétention du gage sans dépossession : une garantie illusoire)
 - Une perspective de recouvrement très limitée
 - D'où la recherche d'une garantie efficace : le développement des propriétés-suretés
 - Du côté de l'entreprise débitrice
 - Le besoin de financement qui requiert des garanties
 - Le besoin de continuation qui nécessite des moyens
- ⇒ en permanence, un jeu de balancier en quête d'équilibre entre le créancier et le débiteur

4/ La fiducie sûreté : un avenir prometteur

- Un champ très large
 - Au niveau des **personnes** tant *physique* que *morale* (avec quelques imperfections pour celle-ci : un exclusion légale à tempérer)
 - Au niveau des **biens** tant *mobiliers* qu'*immobiliers*
 - Au niveau de la **mise en œuvre** avec un élargissement des catégories de fiduciaires : Etablissements de crédit, Entreprises d'investissement, Avocats
- un cadre **légal** et **contractuel** laissant des marges de manœuvres
 - pour les personnes morales : prévoir un régime juridique dans le contrat
 - pour l'évaluation : expert amiable ou judiciaire
 - pour l'utilisation :
 - durée étendue à 99 ans (va remplacer l'emphytéose)
 - bien laissé à disposition ou non
 - pour la recharge : valeur du bien (Nb : syndrome 'subprimes') et date enregistrement ou publicité
 - pour la réalisation : attribution ou vente (avec soulte)
- une **sécurité** juridique :
 - Des mentions obligatoires à peine de nullité
 - L'enregistrement dans le mois
 - Le registre de la fiducie
 - La publicité légale pour les biens immobiliers
- avec des **garde-fous**
 - nullité en période suspecte : si dette antérieure, et connaissance cessation des paiements
 - proportionnalité de la garantie : article L.650-1 du code de commerce (assez théorique dans la mesure où évaluation et restitution du solde)
 - la présence du tiers contrôleur

- et des **limites** :
 - le coût : mise en œuvre et suivi
 - la responsabilité du fiduciaire
 - la fin du fait du décès (à revoir)
 - la propension à l'endettement : la recharge à revoir ? (limite dette garantie et non valeur du bien ?)

5/ La fiducie dans le cadre des procédures collectives

Dans le cadre des procédures amiables :

- cf. le contrat de fiducie (cf par exemple les covenants dans le cadre des montages) pour les causes de résiliation
- pour garantir de nouveaux engagements : sécurité en cas d'homologation
- Les principes dans le cadre des procédures judiciaires (sauvegarde – RJ / LJ) :
 - La **neutralisation** en cas de poursuite d'activité (période d'observation et plan de continuation)
 - Sauf : espèces et titres financiers
 - Si le bien est laissé à disposition : exécution des obligations dans PO
 - En cas de manquement dans la PO : possibilité de résiliation
 - **L'exécution** en cas de cessation d'activité
 - Domaine : plan de cession, LJ, cession partielle
 - Mise en œuvre : immédiate (à la différence de l'Hypothèque en LJ)
 - Pour les créanciers : pas de risque en cas de plan de cession car le bien est forcément hors périmètre
- Les **principales questions** techniques des procédures collectives :
 - La **déclaration de créance** : oui !
 - La **revendication** : oui, si le bien est laissé au constituant dans les 3 mois
 - Le **contrat en cours** : non ! sauf si contrat à titre onéreux
 - Le **paiement des créances antérieures** pour le retour du bien : oui, si le bien est utile
 - Les **comités de créanciers** : le principe du « best interest test » : recevoir au moins le montant équivalent en matière de LJ.
 - Participation pour la part hors fiducie
 - Pour la partie garantie par la fiducie : pas se voir imposer des remises : d'où question évaluation

6/ La fiducie : coup de grâce des procédures collectives et généralisation des propriétés garanties

- L'égalité des créanciers aura-t-elle vécu ? mais n'a-t-elle jamais été qu'un mythe ?
- Le redressement est-il encore possible quand il n'y a plus d'actif dans l'entreprise ?

En conclusion : le paradoxe de la fiducie

- La fiducie est topique d'une société qui n'a plus confiance :
 - Plus les garanties sont faibles, plus les exigences sont fortes
 - Plus les garanties demandées sont importantes, plus l'octroi de crédit se fait rare
 - L'actualité de la fiducie apparaît donc symptomatique
- La fiducie est pourtant fondée sur la confiance (trust)
 - Des responsabilités accrues
 - Une flexibilité utile dans ce monde en mouvement et un outil de restructuration
 - Ex. L'impossibilité de mettre en œuvre un nantissement de fonds de commerce hors procédure collective
 - Ex. : la faculté de mettre en œuvre une fiducie avant une procédure collective en limitant son effet aux biens concernés, impliquant une restructuration de l'entreprise

Bibliographie indicative

D. Legeais, *Fiducie*, Rev. Dr. Bancaire et financier, n°1 janvier-mars 2009, comm 23
M. Grimaldi & R. Dammann, *La fiducie sur ordonnances*, Dalloz 13 mars 2009, p. 670s.
G. Notté, *Ordonnance du 30/1/2009 sur la fiducie*, JCP E & A, 12/2/2009, 74
F. Barrière, *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi LME*, JCP éd. E & A n°35, 2008, 385
P. Crocq, *La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ?*, Dalloz 20 mars 2009, p716

Articles code civil :

Articles 2011 s (De la fiducie...)

Articles 2372-1 s. (De la propriété cédée à titre de garantie...) : aspects mobiliers

Articles 2488-1s. (De la propriété cédée à titre de garantie...) : aspects immobiliers

Articles code de commerce :

L.622-13 ; L.622-23-1 ; L.624-16 ; L.623-30-1 ; L.631-14 ; L.632-1 ; L.641-12-1 ;

Divers :

CNC : note de présentation de l'avis 2008-03 du 7 février 2008 relatif au traitement comptable des opérations de fiducie