



HAL
open science

Fiducie sûreté et fiducie gestion, les premiers pas

Thierry Granier

► **To cite this version:**

Thierry Granier. Fiducie sûreté et fiducie gestion, les premiers pas. Revue trimestrielle de droit financier, 2010, 4, pp.98-102. hal-01426075

HAL Id: hal-01426075

<https://hal.science/hal-01426075v1>

Submitted on 9 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Fiducie sûreté et fiducie gestion, les premiers pas...

Auteur : Thierry Granier, Professeur à l'Université d'Orléans Membre du centre de droit financier de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Contribution faisant partie des actes du colloque : « L'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique » (Cercle national des Armées - 13 octobre 2009), publié dans la : Revue trimestrielle de droit financier (RTDF) , n°4-2010.

Référence : Thierry Granier, « Fiducie sûreté et fiducie gestion, les premiers pas... », RTDF n°4-2010, pp. 98-102.

Le mécanisme de la fiducie n'est pas récent puisque déjà, en droit romain on utilisait, pour gérer un bien le *pactum fiduciae cum amico* ou, pour garantir le paiement d'une créance, le *pactum fiduciae cum creditore*. Ce type de pacte permettait de transférer en pleine propriété un droit dans le patrimoine du fiduciaire, qu'il soit le gestionnaire du bien ou le créancier garanti, à charge pour le fiduciaire d'exercer ou de conserver ce droit, puis, le moment venu, d'en faire retour au constituant ou de le céder à un tiers désigné par ce dernier. La technique était donc connue et fut fréquemment mise en œuvre dans l'Ancienne France. Puis, elle a progressivement disparu.

En revanche, le droit anglo-américain n'a pas abandonné le mécanisme qui fonctionne sous la forme du *trust* (la terminologie est d'ailleurs significative puisque « fiducie » et « trust » procèdent de l'idée de confiance) qui n'a cessé d'être largement utilisé dans les pays concernés. Il n'existe pas une définition universelle du trust, ce qui, dans le système anglo-saxon, ne pose pas de véritable difficulté : la notion relève du domaine de l'*Equity* laissant une large place à l'appréciation judiciaire.

Sommairement, cette institution se présente de la manière suivante : une personne, le constituant du trust (*settlor of the trust*), stipule que certains biens seront administrés par un ou plusieurs *trustees*, qui peuvent être des personnes physiques ou morales, dans l'intérêt d'une ou de plusieurs personnes, les bénéficiaires (*cestuy qui trust*). Dans cette opération, le trustee n'apparaît pas comme un simple administrateur des biens constitués en trust, il en est le propriétaire (*legal ownership*) avec un véritable titre de propriété (*legal title*.) A ce titre, il les gère comme il l'entend et n'a, en principe, de compte à rendre ni au constituant du trust,

ni au bénéficiaire (qui a comme attribut de la propriété l' « *equitable ownership* »). Il n'a pas d'obligation légale, en la matière, envers eux. Simplement, outre le fait qu'il doit respecter les conditions imposées par les statuts du trust, pèse sur lui une obligation morale, puisque tout ce qu'il fait doit l'être dans l'intérêt du bénéficiaire (*beneficial interest*).

Toutefois, le trust n'existe pas dans tous les systèmes juridiques et le problème a été pris en compte au niveau international. En effet, la convention de la Haye du 1er juillet 1985 est intervenue dans le but de clarifier les questions de loi applicable et de reconnaissance du trust. Ce texte signé, mais non ratifié, par la France présente le trust de la manière suivante dans son article 2 : « *Aux fins de la présente Convention, le terme "trust" vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.* ». Cette définition ramassée peut aider à comprendre les principes fondamentaux du trust. L'existence de ce traité peut de plus permettre à certains acteurs passant des accords internationaux d'utiliser le trust même si leur système national ne connaît pas ce mécanisme.

Précisément, la France jusqu'en 2007 faisait partie des pays qui ne possédaient pas dans son arsenal juridique le système du trust ou son équivalent. La méfiance du législateur peut s'expliquer, au moins en partie dans le fait que le mécanisme du trust suggère un démembrement du droit de propriété qui ne peut être traduit par les catégories du droit français de la propriété. En effet, ce dernier se décompose traditionnellement en trois types de prérogatives. L'usus : le droit de faire usage de la chose et de l'administrer. L'abusus : le droit de détruire la chose et d'accomplir des actes de disposition. Le fructus : le droit de recueillir les fruits de l'exploitation de la chose.

Le trust ne peut s'apprécier à travers ces distinctions, puisque le trustee a le droit d'accomplir sur les biens du trust des actes d'administration et de disposition ; il n'a, en revanche, ni l'usage (au sens vrai), ni la jouissance de la chose, ni le droit de détruire matériellement celle-ci. Le démembrement admis en droit français est celui relatif aux composantes précitées du droit de propriété c'est-à-dire l'usufruit et la nu-propriété. Autrement dit, Il apparaît difficile en droit français d'imaginer qu'une personne qui a un bien dans son patrimoine et qui en est propriétaire ne peut exercer tous les attributs d'un propriétaire au-delà de cette hypothèse.

Pour autant, l'absence de textes adaptés n'empêchait pas l'existence de mécanismes fiduciaires. Par exemple, l'opération de titrisation régie par les articles L. 214-42 du code monétaire et financier, implique qu'une entité cède des créances à un fonds commun de titrisation ou à une société qui financent leur acquisition en émettant des titres auprès d'investisseurs. D'une certaine manière le fonctionnement prévu par le législateur pour cette opération s'apparente à celui trust. En effet, un cédant (le constituant) transfère des créances

à une entité (fonds ou société de titrisation) qui va les gérer (qui joue donc le rôle du fiduciaire) dans l'intérêt des porteurs de parts ou de titres de créances (les bénéficiaires). Cette ressemblance s'explique en réalité par le fait que le législateur s'est inspiré du système de titrisation retenu aux Etats-Unis qui utilise le trust en la matière. Concrètement, l'établissement qui souhaite céder ses créances, les confie à un trustee, qui finance l'acquisition en émettant des titres proposés à des souscripteurs par le biais d'établissements spécialisés (*investment banks*). Dans une moindre mesure la cession de créances professionnelles par bordereau, dite cession Dailly (C.mon.fin., art. L.313-23 et s.), qui permet à une entreprise de mobiliser sa trésorerie ou de fournir une garantie à un établissement de crédit, ou encore le gage-espèces (C. com., art. L. 521-1) s'apparente à une opération fiduciaire. De même, différentes techniques en droit financier, comme, par exemple, le prêt de titres (C. mon. fin, art. L. 432-6 et s.) et le gage d'un compte d'instruments financiers (art. L. 431-4 s.) relèvent de la fiducie.

L'existence de ces techniques fiduciaires en droit interne et surtout l'importance du mécanisme fiduciaire au niveau international (marquée par l'utilisation du trust) ont conduit le législateur français, non sans mal, à consacrer la fiducie en droit positif français. Après plusieurs tentatives avortées en 1989, 1992 et 1995, la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a institué la fiducie, ce texte a pris place dans le code civil, dans les articles 2011 et suivants. Il a assez vite été modifié. En effet, l'article 18 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a aménagé notablement le texte d'origine pour permettre une meilleure utilisation du système (1). Puis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 a envisagé différentes questions relatives à la confrontation de la fiducie et du droit des entreprises en difficultés. Enfin, l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 a réformé diverses dispositions afin de stabiliser l'utilisation de la fiducie-sûreté.

Il faut souligner tout d'abord que le système fiduciaire retenu en droit français ne propose pas un démembrement du droit de propriété comparable à celui du trust, il utilise la technique du patrimoine d'affectation afin de protéger les biens transmis au fiduciaire. Il faut observer également que le droit français n'a pas fait le choix d'établir un régime pour la fiducie sûreté et un régime pour la fiducie gestion. Il y a donc un certain nombre de règles communes au système de la fiducie en général qui sont complétées par des règles particulières visant la fiducie sûreté. Effectivement, le mécanisme de la fiducie peut remplir ces deux fonctions (le droit romain le prévoyait déjà, voir plus haut), il est donc logique que ces deux volets de la fiducie retiennent l'attention. L'utilisation de la fiducie comme garantie paraît plus facile à appréhender dans la mesure où la mécanique de la matière est homogène, sa mise en place semble lancée (I). En revanche, la fiducie gestion reste encore un terrain peu exploré en droit français, si différentes pistes sont envisageables, sa mise en œuvre est encore peu développée (II).

I. La mise en place de la fiducie-sûreté

La présentation de la fiducie utilisée à des fins de garantie peut se conformer à une démarche classique de droit des sûretés. Ainsi, il est possible d'envisager la constitution et l'opposabilité (1.) du mécanisme avant de s'intéresser à sa réalisation (2.). La capacité de rechargement d'une fiducie sûreté mérite également attention car il elle peut constituer un attrait pour certains opérateurs(3.). Le montage fiduciaire offre, de plus, des possibilités intéressantes pour certains acteurs qui peuvent organiser par ce biais une syndication et qui peuvent mettre en place des montages ayant une dimension internationale (4.).

1. La constitution et l'opposabilité de la fiducie-sûreté

La constitution d'une fiducie sûreté répond à des conditions de fonds et de forme.

Conditions de fond – Le principe de la possibilité de céder la propriété à titre de garantie par le mécanisme de la fiducie est posé clairement par les articles 2372-1 (biens mobiliers) et 2488-1 (biens immobiliers) du code civil. Ainsi, la loi confirme que le transfert fiduciaire visée à l'article 2011 du code civil peut être utilisé à des fins de garantie. La confrontation de ces différents textes montre de plus que le transfert évoqué à l'article 2011 a effectivement pour objet un droit de propriété, même si ce droit doit être utilisé dans le but poursuivi par la fiducie qui est le profit du bénéficiaire. Ce droit de propriété apparaît un peu « diminué », il faut d'ailleurs remarquer que le texte indique que les biens en question doivent être tenus séparés du patrimoine propre du fiduciaire, ce qui souligne leur spécificité.

Conditions de forme – D'une manière générale, l'article 2012 du code civil fait du contrat de fiducie un contrat solennel en indiquant que la fiducie est établie par la loi ou par contrat et qu'elle doit être expresse, les éléments minimums du contrat étant déterminés par l'article 2018 de ce même code. Lorsqu'il est question de fiducie sûreté, il faut également se reporter aux articles 2372-2 et 2488-2 du code civil, dans cette hypothèse, les parties devront de plus déterminer la dette garantie, ce qui semble logique, et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire ce qui témoigne d'une certaine méfiance du législateur.

Opposabilité publicité - La fiducie utilisée à titre de garantie ne comporte pas de spécificité en matière d'opposabilité. Seront donc mise en œuvre les formalités classiques liées au transfert de propriété des biens, droits et créances. La cession d'un bien immobilier appellera la mise en œuvre des formalités de publicité foncière classiques tandis que l'opposabilité aux tiers de la cession de créances au fiduciaire sera effective dès la signature du contrat de fiducie, elle devient opposable au débiteur dès la notification qui lui en est faite par le cédant

ou le fiduciaire (article 2018-2 du code civil). La cession d'action va s'opérer de manière classique par une inscription en compte. Pour la cession des biens meubles corporels, le droit commun est également applicable. A terme, un registre national des fiducies devrait être mis en place, un décret est prévu par la loi en ce sens, cela permettrait d'homogénéiser la publicité des différents types de cession. Son absence, si elle devait se prolonger, pose problème quant à l'opposabilité de la fiducie, notamment dans le cas du transfert de certains biens meubles.

2. La réalisation de la fiducie – sûreté

2.1. La réalisation de droit commun

Fiduciaire créancier – Lorsque le fiduciaire est créancier, il acquiert lors de la réalisation de la fiducie sûreté la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie. En effet, il ne faut pas oublier qu'il possédait déjà un droit réel sur le bien en question. Celui-ci est finalement renforcé et devient un droit de propriété non fiduciaire. Toutefois, la valeur du bien doit impérativement être évaluée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle est déjà déterminée sur un marché financier ou si le bien est une somme d'argent. Si la valeur du bien excède celle de la dette garantie, le fiduciaire doit reverser au débiteur la différence.

Fiduciaire non créancier – Lorsque le fiduciaire n'est pas créancier il a deux solutions. Soit il exige du fiduciaire la remise du bien dont il peut librement disposer, soit, si le contrat de fiducie le prévoit, il peut demander la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix. De la même manière que dans le cas précédent, le bien doit être expertisé pour que sa valeur soit déterminée. Ainsi, lorsque le fiduciaire procède à la vente du bien en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de vente excédant la dette (le cas échéant.)

2.2. La réalisation dans le cadre des procédures collectives

Sauvegarde – L'article L. 622-23-1 du Code de commerce, interdit la réalisation de la fiducie sûreté du seul fait de l'ouverture de la procédure collective. Cependant, cette règle ne s'applique que lorsqu'un contrat de mise à disposition au profit du débiteur des biens objets de la fiducie est conclu. Autrement dit, lors de la période d'observation et dans le cadre du plan de sauvegarde, la fiducie-sûreté est traitée comme une sûreté classique : les poursuites sont suspendues, afin de permettre qu'un plan de sauvegarde soit proposé et que la dette soit réaménagée.

En l'absence d'un tel contrat, le titulaire de la fiducie-sûreté reste protégé. Il est, en effet, exclu du comité des créanciers pour la partie de sa créance objet de la fiducie et intégré à ce comité pour le reste. De cette façon, il ne peut se voir imposer par ce comité, pour la partie des actifs composant le patrimoine fiduciaire, un sacrifice auquel il n'aurait pas consenti. La valeur liquidative de son bien est, ainsi, préservée. Si le plan de continuation n'est pas respecté, le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté pourra réaliser sa garantie.

Liquidation – En phase de liquidation, soit en cas de cession de l'entreprise ou de liquidation judiciaire, les intérêts du créancier fiduciaire l'emportent de nouveau. Il est autorisé à réaliser sa sûreté, puisque les biens sont sortis du patrimoine du débiteur et que le contrat de mise à disposition éventuellement conclu au profit du débiteur est incessible. Le bénéficiaire n'est pas soumis à la règle de l'ordre des paiements des créanciers.

Au total, la solution retenue cherche dans un premier temps à ménager les possibilités de relancer l'entreprise et dans un second temps, réserve un traitement privilégié au titulaire de la fiducie-sûreté.

Contrats en cours – Il ressort de l'article L. 622-13 du code de commerce que le contrat de fiducie stricto sensu n'est pas considéré comme un contrat en cours. L'opération échappe, donc, à l'appréciation de l'administrateur, quant à l'opportunité de sa continuation. De façon tout à fait logique, il en va différemment du contrat de mise à disposition éventuellement conclu. Si l'administrateur décide de le résilier, la sûreté peut être immédiatement réalisée par le créancier. S'il décide de sa continuation, le bénéficiaire de la fiducie pourra continuer à encaisser les loyers de la mise à disposition.

3. La convention de rechargement

Les articles 2372-5 et 2488-5 du code civil prévoient la possibilité de rechargement de la fiducie sûreté. Elle peut être envisagée par des constituants personnes physiques ou morales, mais la garantie d'une dette nouvelle est limitée pour les personnes physiques à la valeur estimée du patrimoine fiduciaire au jour de la recharge. Quant aux modalités de l'opération, l'hypothèque rechargeable a manifestement servi de modèle, on retrouve différentes règles déjà instaurées dans cette matière. Il en est ainsi de l'exigence d'une stipulation expresse autorisant le rechargement (la fiducie-sûreté n'est donc pas rechargeable de droit, voir les articles 2372-5, al. 3 et 2488-5, al. 1 du code civil), d'enregistrement aux services des impôts (article 2372-5, al. 3 du code civil, préc.) et de publicité foncière (article 2488-5, al. 3 du code civil) de la convention initiale. Deux difficultés se dessinent en la matière, celle de l'estimation de la propriété fiduciaire au jour de la recharge et celle l'information du fiduciaire non créancier.

4. Aspects internationaux et syndication

Fiducie-sûreté aspects internationaux - En principe, la fiducie peut comprendre des parties étrangères. Différents cas de figure sont envisageables. Tout d'abord, la fiducie peut être constituée par des résidents dans deux sortes de situation : les biens peuvent être situés en France et le fiduciaire non-résident ou les biens peuvent être situés hors de France avec un fiduciaire résident ou non résident. La fiducie peut également être constituée par des non-résidents si les biens sont situés en France que le fiduciaire soit ou non résident. Si ces différentes possibilités sont théoriquement offertes, leur mise en œuvre devra tenir compte des contraintes fiscales. Suivant la localisation des différents acteurs, les Etats dans lesquels ils résident peuvent ou non admettre la réglementation fiscale française, il en est de même suivant la localisation du bien. L'existence éventuelle de conventions fiscales est également de nature à conditionner le montage fiduciaire international qui, de plus, reste soumis aux règles communes de droit international privé.

Fiducie-Sûreté et syndication - Dans le système de la syndication, sous la responsabilité du chef de file, les participants se voient confier différents rôles. C'est ainsi que dans un crédit syndiqué un agent des sûretés est en charge de la mise en place, de la gestion et de la réalisation des sûretés consenties par l'emprunteur tandis qu'un agent du crédit assure une fonction centrale dans la circulation de l'information et la gestion des paiements entre les parties qui doivent transiter par lui. Techniquement, l'agent du crédit et l'agent des sûretés agissent généralement comme mandataires des prêteurs. Il peut exister un risque en cas de défaillance de l'agent du crédit. Les sommes versées par les prêteurs ou l'emprunteur à l'agent entrent dans son patrimoine et, par conséquent, sont susceptibles d'être appréhendées par d'autres créanciers de l'agent du crédit. Le recours à la fiducie peut être un autre moyen de prémunir efficacement les prêteurs à l'avenir contre le risque de défaillance d'un agent du crédit ou des sûretés. L'agent du crédit pourrait agir, d'une part, comme fiduciaire au profit des prêteurs pour ce qui concerne les paiements qui leur sont destinés et qu'il reçoit de l'emprunteur et, d'autre part, comme fiduciaire au profit de l'emprunteur pour ce qui concerne les paiements qui lui sont destinés et qu'il reçoit des prêteurs. L'agent des sûretés pourrait agir comme fiduciaire des prêteurs bénéficiaires des sûretés. L'avantage que procure la fiducie en cas de défaillance du fiduciaire s'ajouteraient aux attraits de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du constituant de la sûreté.

II. Les réflexions relatives à la fiducie-gestion

Le législateur n'a pas véritablement expliqué ce qu'il entend par fiducie-gestion, il indique cependant dans l'article 2018 -6° du Code civil, que « le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité (...) la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration

et de disposition ». Pour déterminer les problématiques générales de la fiducie gestion on peut se reporter aux propos du Sénateur Marini qui a rappelé que « *la fiducie a été présentée soit comme une forme d'habillage possible de pratiques existant de longue date, soit comme une technique destinée à faciliter les opérations innommées relevant des fusions acquisitions ou des opérations de private equity* ». Ainsi, il apparaît que les applications pratiques de la fiducie gestion dans la vie des affaires peuvent être nombreuses. Elle peut constituer une arme juridique efficace en matière de défense anti-OPA, elle peut faciliter la réalisation d'opérations financières complexes et d'une manière générale elle servira d'outil d'organisation du patrimoine... Plus précisément, certaines applications de la fiducie se dessinent dans le cadre de la gestion sociétaire (1.), voire de l'ingénierie sociétaire (2.). On pense également à recourir à la fiducie pour la gestion de situations de crise (3.).

1 . L'utilisation de la fiducie dans la gestion sociétaire

Portage d'actions - Il faut se souvenir que le portage est l'opération par laquelle une personne, dite porteur, accepte sur la demande d'une autre personne, dite donneur d'ordre, de se rendre actionnaire d'une société par acquisition ou souscription de titres, étant convenu qu'après un certain délai ces actions seront transférées au donneur d'ordre ou à une autre personne désignée pour un prix fixé à l'origine. Techniquement, il est donc question d'une promesse faite au porteur de lui racheter ses titres à un moment donné. On peut réaliser cette opération par souci de discrétion si une personne veut acquérir des titres sans le faire savoir. Par ce mécanisme on peut également réaliser un prêt. En effet, une banque plutôt que de prêter directement peut acheter des actions d'une société qu'elle va restituer au fur et à mesure des remboursements du débiteur. Le système peut aussi se rapprocher d'un crédit : une personne entre dans le capital mais elle peut s'assurer par un portage que les titres lui seront remboursés. Le problème qui s'est posé en matière de portage est la promesse de rachat à prix fixe qui peut parfois être considérée comme une clause léonine dans la mesure où ce rachat peut permettre d'éviter à celui qui en bénéficie d'éviter tout risque lié à l'activité de la société. La validité de principe des conventions de portage a certes été établie par la jurisprudence (2), cependant quelques arrêts sont parfois venus jeter le trouble quant au caractère systématique de cette validité (3).

Dans ces conditions, une construction fiduciaire pourrait être envisagée pour sécuriser l'opération, les avantages étant la neutralité fiscale et la protection des actifs mis en fiducie, l'inconvénient étant que la confidentialité ne sera pas préservée.

La gestion des engagements pris dans le cadre des pactes d'actionnaires/associés - Pour s'organiser certains actionnaires peuvent faire le choix de mettre en place une société holding ou de passer une convention. Il apparaît que la solution fiduciaire peut se révéler plus rapide et moins coûteuse que la mise en place d'une société. En ce qui concerne les accords que

peuvent passer les actionnaires, il peut être question de convention de vote. Dans ce cas on peut imaginer que des actionnaires transfèrent leurs droits de vote (tout en conservant les autres droits) à un fiduciaire qui exécuterait l'accord. Dans le même ordre d'idée, il semble possible d'accompagner une convention d'actionnaire d'une fiducie. Par exemple, les titres faisant l'objet d'une promesse de vente ou d'un pacte de préférence pourraient être transmis à un fiduciaire qui, là encore, se chargerait d'exécuter très précisément les engagements prévus dans l'accord.

2. L'utilisation de la fiducie dans l'ingénierie sociétaire

Même s'il faut tenir compte des pré-requis de la loi, il apparaît que la fiducie peut servir dans de nombreuses situations. Ainsi, elle pourrait accompagner le mécanisme de garantie de passif. Il est vrai qu'un garant pourrait très bien confier des biens (au sens large du terme) à un fiduciaire qui les gérerait et surtout qui pourrait rapidement procéder à leur remise, le cas échéant. De même, la fiducie gestion pourrait être mise en place lors d'une procédure collective dans le cadre d'une négociation entre le mandataire ad hoc (le conciliateur ou l'administrateur judiciaire) et les principaux créanciers. On pourrait ainsi organiser une cession, un abandon ou un rééchelonnement de la dette. Une société pourrait également envisager la solution fiduciaire lorsqu'elle souhaite utiliser des fonds pour réaliser une opération en faveur de ses salariés. Les fonds en question pourraient être transférés à un fiduciaire qui pourrait les gérer au bénéfice des salariés dans le cadre naturellement du contrat fiduciaire qui doit cependant être élaboré au regard des règles de la matière. La fiducie serait aussi une solution possible dans des projets patrimoniaux des dirigeants et/ou de ses héritiers.

D'une manière générale, la fiducie gestion apparaît comme un nouvel outil d'ingénierie qui pourrait servir dans divers mécanismes de financement. Une telle utilisation pourrait intervenir dans toutes les hypothèses de mandat, dans les financements intégrant des services ou un risque, voire dans la gestion du patrimoine des entreprises. On peut aussi penser que la fiducie gestion peut intervenir dans des projets internationaux, par exemple, comme alternative au procédé de la *joint-venture*.

3. L'utilisation de la fiducie comme outil de gestion des crises

Les banques devraient être intéressées dans la mesure où la fiducie apparaît bien comme outil de gestion d'actifs, de dettes, de refinancement et de restructuration. Elle peut également être considérée comme une alternative ou au moins un complément au mécanisme de cession et/ou d'abandons de créances. On peut donc imaginer qu'elle devrait encourager les établissements bancaires à suivre financièrement le développement des entreprises puisqu'ils disposent d'un moyen supplémentaire pour gérer de manière active leurs créances.

Il semble qu'ils ont commencé à intégrer les possibilités offertes par la fiducie dans le contexte actuel et conjoncturel. Le fait qu'elle peut devenir un instrument de renforcement de la position des créanciers ne devrait pas les laisser pas indifférents.

Si l'instrument semble intéressant, il convient de rappeler que les problèmes nés de l'application des règles de la fiducie ne seront connus qu'au fil de la pratique et de l'interprétation des tribunaux, le juge devra donc appréhender le mécanisme. Ce dernier devrait être confronté au principe d'unicité du patrimoine, au droit de gage des créanciers, à la responsabilité du banquier... Le contenu du contrat de fiducie devra certainement être délimité et les cas de recours abusif à ce procédé devront être déterminés. Bon nombre de questions restent posées quant à l'utilisation de la fiducie, particulièrement en période de crise. La nature des missions confiées au fiduciaire et les moyens mis en œuvre pour redresser une entreprise par ce moyen doivent faire l'objet de réflexions.

Les concepts et surtout les réflexes habituels vont devoir être revus. Il appartient aux acteurs qu'ils soient banquiers, entreprises de plus ou moins grande envergure, régulateurs ou juges, de s'approprier la technique de fiducie. Elle apparaît comme une opportunité pour les conseils, les administrateurs judiciaires, les experts-comptables ou les avocats qui suivent une entreprise en période de crise notamment.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Il a élargi le champ d'application de la fiducie (personne morales et personnes physiques), il a allongé la durée du transfert fiduciaire (33 à 99 ans), il a amélioré les conditions de mise à disposition des actifs transférés à titre de garantie (utilisation d'un bail), il a amélioré les modalités d'opposabilité de la cession, du remplacement du fiduciaire et a précisé le sort du patrimoine fiduciaire en fin de contrat. La réforme a de plus articulé plus nettement la fiducie et le droit des sûretés.

2. Com. 24 mai 1994, D. 1994. 503, note A. Couret.

3. En effet, le juge a parfois insisté sur le fait que le bénéficiaire de la clause était un bailleur de fonds, ce qui peut laisser croire que si ce n'était pas le cas une interprétation différente pourrait être retenue tandis qu'autre arrêt semblait indiquer que l'on pouvait analyser au cas par cas la convention de portage pour apprécier sa validité (V. Com. 16 nov. 2004 et 22 févr. 2005, Rev. sociétés 2005. 593, note H. Le Nabasque). Il faut également mentionner le fait qu'il est arrivé qu'une convention de portage soit requalifiée en contrat de prêt (Com. 23 janv. 2007, JCPE 2007.1240, note T. Bonneau).