

NORDEN

ASSOCIATION D'AVOCATS

121, avenue des Champs Elysées

www.norden.fr

La Lettre de NORDEN Association d'avocats

Mai 2009

La fiducie

La fiducie a été instituée en France par une loi en date du 19 février 2007. Depuis, la fiducie a fait l'objet de plusieurs retouches législatives : Loi LME du 04 août 2008, ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés puis ordonnance du 30 janvier 2009.

Elle est définie comme *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.*

Dans les pays anglo-saxons, cette institution, qui est connue sous le nom de *trust*, revêt principalement trois fonctions : la gestion, la transmission et la prise en garantie d'un bien.

En France, le législateur a exclu expressément la possibilité d'utiliser la fiducie en vue de transmettre à titre gratuit un bien. Vraisemblablement, le fisc français craignait-il un usage frauduleux de ce mécanisme.

Dès lors deux fonctions ont été principalement dévolues à la fiducie : la gestion et le transfert d'un bien à titre de garantie.

S'agissant de la **fiducie - gestion**, l'attrait de la fiducie peut se trouver dans deux types de situation :

- la protection de son patrimoine personnel : Un chef d'entreprise pourra vouloir protéger son patrimoine des poursuites de ses créanciers en plaçant certains de ses biens en fiducie et non au nom d'un prête – nom comme son épouse par exemple avec qui par ailleurs il s'entend mal et dont il craint qu'elle le quitte avec tout son patrimoine.
- La gestion d'un ou plusieurs biens au profit de personnes vulnérables :

Ex : Un couple dont l'enfant est handicapé pourra souhaiter que soit placé en fiducie un bien générateur de revenus (bien immobilier) qui seront affectés aux besoins de l'enfant.

Ex : Une personne dont les facultés physiques ou mentales commencent à faire défaut pourra placer en fiducie un bien générateur de revenus qui seront affectés à la couverture de ses besoins quotidiens.

Dans tous ces cas, le fiduciaire, c'est-à-dire le gestionnaire, qui sera soit un établissement de crédit ou une compagnie d'assurance soit un avocat (1), assurera en toute confiance l'affectation des fonds selon les instructions du constituant. Etant un tiers à la famille, il pourra ainsi accomplir pleinement sa mission en toute indépendance.

S'agissant de la **fiducie – sûreté**, elle permet d'affecter en garantie tout bien mobilier ou immobilier, présent ou futur. Or, l'arsenal suffisamment large des sûretés en droit français permet de s'interroger sur l'opportunité de créer un nouveau type de sûreté que serait la fiducie.

En réalité, l'une des réponses se trouve dans le traitement de la fiducie au regard du droit des procédures collectives.

En effet, fondée sur un transfert de propriété, la fiducie sûreté bénéficie, depuis l'ordonnance en date du 18 décembre 2008, d'un traitement privilégié par rapport aux autres sûretés traditionnelles dans la mesure où :

- l'administrateur judiciaire ne pourra imposer la poursuite d'un contrat de fiducie à titre de garantie à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance des biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire, et

Ex : Une société de négoce de matières premières a placé en fiducie sûreté des marchandises tiers-détenues par une société spécialisée dans la tierce détention au bénéfice de son créancier (banque). Les marchandises sont libérées sur instruction du créancier au fur et à mesure des commandes des clients de la société. L'administrateur ne pourra pas imposer la poursuite du contrat de fiducie de telle sorte que le créancier pourra négocier plus aisément les conditions de son maintien.

- la convention de fiducie prévoyant le transfert de droits ou biens à titre de garantie ne pourra être cédée sans l'accord du bénéficiaire dans le cadre d'une cession de l'entreprise, ce qui accentue le pouvoir de négociation du bénéficiaire.

Reste à savoir comment la jurisprudence interprètera ces dispositions au regard de la rédaction et du montage des fiducies sûretés par la pratique.

Pour de plus amples informations, vous pouvez contacter Laurent VERDES, Avocat au Barreau de Paris, au 01 72 71 85 59 ou à son adresse email : verdes@norden.fr ou Véronique Rehbach rehbach@norden.fr

(1) : Article 2015 du Code civil :

Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article [L. 511-1](#) du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article [L. 518-1](#) du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article [L. 531-4](#) du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article [L. 310-1](#) du code des assurances.

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.