

LA FIDUCIE-SURETE

4158. **A quoi bon la fiducie ?** A quoi bon introduire la fiducie en droit français ? Un article des *Echos* paru en 2007 décrivait la fiducie comme « *une enveloppe sans contenu, un cadre entourant une toile blanche* » (105). Les commentateurs ont abondamment décrit le régime légal de la fiducie tel qu'il résulte des différents textes ; peu se sont risqués à lui donner un visage concret en proposant dans le détail des applications pratiques.

4159. **Explorer les possibilités.** Examiner la fiducie-sûreté est l'occasion de donner un premier éclairage sur cette institution protéiforme. La suite du rapport donnera des aperçus sur les autres facettes de cette technique d'organisation du patrimoine. Nous allons nous concentrer en premier lieu sur la fiducie-sûreté, car elle semble un outil rêvé pour utiliser son patrimoine en vue d'obtenir du financement.

4160. **Le patrimoine, levier du crédit.** L'effet de levier du crédit permet d'accumuler un capital en remboursant sa dette au moyen des revenus que procure le bien acquis par l'emprunt. Cet effet se manifeste dès lors que le rendement de l'investissement excède le taux d'intérêt de l'emprunt.

Le patrimoine existant est un élément clé au service de cette démarche d'accumulation et de consolidation : il permet d'accroître le montant du crédit auquel un emprunteur peut prétendre en donnant des garanties aux banques. Le postulat de base du prêteur ne consiste plus à vérifier la capacité de l'emprunteur à rembourser sa dette, mais consiste à prendre en compte la valeur du bien donné en garantie ; le tout parfaitement encadré juridiquement. L'efficacité des sûretés basées sur le patrimoine de l'emprunteur accroît sa capacité d'emprunt. L'arrivée d'une nouvelle sûreté dans notre paysage juridique mérite une analyse détaillée et un effort prospectif. Un tel instrument, s'il s'avère efficace, pourrait, en effet, très vite prendre place dans les stratégies de consolidation patrimoniale, d'autant qu'il repose sur la propriété, la « reine des sûretés ».

4161. **Ebaucher des modes d'emploi.** Plutôt que de revenir sur un régime civil et fiscal qui a été scruté *ad nauseam*, l'ambition de ce rapport est d'ébaucher des modes d'emploi de la fiducie au service du financement. Nous nous contenterons donc d'un aperçu de quelques problèmes que pose le droit positif de la fiducie-sûreté. Défricher ce sujet nous engagera ensuite dans plusieurs directions et dans plusieurs types d'interrogations :

- Quels besoins la fiducie peut-elle satisfaire ?
- Quelles missions les fiduciaires devraient-ils remplir pour satisfaire ces besoins ?
- Comment rédiger le contrat de fiducie et les dispositions connexes selon l'emploi qui en est fait ?

(105) *Pourquoi introduire la fiducie en France ?*, *Les Echos* n° 19859, 16 févr. 2007, p. 13.

– Comment justifier le recours à la fiducie, par comparaison avec d'autres techniques juridiques ? Comment répondre aux objections et surmonter les réticences ?

Section I – Aperçu pratique sur le régime de la fiducie-sûreté

4162. Définition. La fiducie est selon 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* ».

4163. Fiducie-sûreté. La fiducie-sûreté est une variété de fiducie qui consiste pour le débiteur à transmettre en fiducie la propriété d'un bien mobilier (106) ou immobilier (107), en garantie du paiement d'une dette ou de l'exécution d'une obligation. Si le débiteur ne rembourse pas sa dette, le créancier reçoit alors les biens placés en fiducie.

Le contrat peut désigner, mais pas nécessairement, le créancier comme fiduciaire et bénéficiaire (108). Il détient dans ce cas la propriété fiduciaire du bien donné en garantie. Le fiduciaire peut aussi être un tiers chargé de conserver la propriété du bien au bénéfice du créancier, en garantie des engagements du constituant.

4164. Mentions obligatoires. Outre les mentions obligatoires prévues par l'article 2018 du Code civil, le contrat de fiducie-sûreté mentionne à peine de nullité (109) le montant de la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire. S'agissant du formalisme des contrats de fiducie, nous renvoyons aux très nombreux articles publiés sur le sujet (110).

4165. Deux écueils de l'acte de fiducie-sûreté. Ces rappels étant faits, nous nous concentrerons sur deux difficultés qui peuvent se faire jour lors de la rédaction de l'acte de fiducie-sûreté : la désignation du bénéficiaire et le décès du constituant.

§ I – LA DESIGNATION DU BENEFICIAIRE

4166. Désignation du bénéficiaire. Le bénéficiaire de la fiducie-sûreté est normalement le créancier. Toutefois, dans l'hypothèse où la garantie ne serait pas mise en œuvre, il faut que le bien revienne au constituant. Il existe deux moyens d'atteindre ce résultat : le premier est de constater l'extinction. En effet, par application de l'article 2030 du Code civil, « *lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant* ». Le contrat devra préciser que le créancier n'est bénéficiaire qu'en cas de non-paiement de tout ou partie de la dette.

(106) C. civ., art. 2372-1, al. 1^{er}.

(107) C. civ., art. 2488, al. 1^{er}.

(108) C. civ., art. 2016.

(109) C. civ., art. 2372-2, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-2, pour les immeubles.

(110) En particulier : D. Bertheuil-Desfossés, H. Fabre, J.-L. Houdard, F. Pouzenc et J.-F. Pillebout, *Fiducie sûreté et gestion. Constituants personnes physiques*, JCP éd. N, n° 26, 26 juin 2009, 1219 ; F. Barrière, *La fiducie-sûreté*, JCP éd. E., n° 36, 3 sept. 2009, 1808 ; A. Raynouard et F. Jourdain-Thomas, *La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté*, JCP N, n° 5, 5 févr. 2010, 1063.

Le second moyen consiste à désigner le constituant comme bénéficiaire en second rang derrière le créancier. Dans ce cas, le contrat de fiducie devra permettre au fiduciaire de remettre les biens au débiteur constituant sur présentation d'une quittance du créancier bénéficiaire, ou d'une attestation de remboursement du prêt délivré par ce dernier.

4167. Incidence fiscale du choix du bénéficiaire. Ce choix a de lourdes implications fiscales : la fiducie ne bénéficiera de la neutralité fiscale que si le constituant est l'un des bénéficiaires, et ce, à plusieurs titres :

- s'agissant des plus-values professionnelles (111), sous réserve que le fiduciaire respecte divers engagements ;

- s'agissant des reports d'impositions (112) prévus par les articles 41, 93 *quater*, 151 *octies*, 151 *octies* A, 151 *octies* B et 151 *nonies* du Code général des impôts, lesquels ne sont maintenus que si le constituant est bénéficiaire du contrat de fiducie. Ce maintien ne dure toutefois que jusqu'à la date de cession des biens ou droits transférés ou jusqu'à la date de fin de l'opération de fiducie ;

- s'agissant des plus-values des particuliers (113), sous réserve que le fiduciaire inscrive, dans les écritures du patrimoine fiduciaire, les biens ou droits transférés pour leur prix ou valeur d'acquisition par le constituant.

Il est donc conseillé de faire figurer le constituant parmi les bénéficiaires.

Exemple de clause bénéficiaire

Pendant toute la durée de la fiducie, le bénéficiaire du présent contrat de fiducie sera en premier rang [identité du créancier] :

- *en ce qui concerne les revenus du patrimoine fiduciaire, à concurrence du montant des intérêts et accessoires stipulés dans l'acte de prêt reçu par M^e ..., notaire à ;*
- *en ce qui concerne le patrimoine fiduciaire proprement dit, en cas de défaut de paiement de la dette, à concurrence du montant du capital, des intérêts et accessoires restant dus.*

Pendant la durée du contrat, le constituant ou ses ayants droit seront bénéficiaires en second rang des revenus de l'immeuble sous déduction de la part revenant au bénéficiaire en premier rang. Toutefois, en cas de défaut de paiement, jusqu'au complet règlement de la dette, le créancier serait alors seul bénéficiaire des revenus du patrimoine fiduciaire, nonobstant ses droits sur ledit patrimoine tels que stipulés ci-dessus.

Aux termes du contrat de fiducie, le constituant ou ses ayants droit seront bénéficiaires de l'actif net fiduciaire résiduel.

4168. Acceptation du bénéficiaire. L'article 2028 du Code civil prévoit que « le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire ».

L'acte de constitution de la fiducie devra donc impérativement prévoir l'acceptation de tous les bénéficiaires, qu'il s'agisse du créancier ou du constituant, voire du fiduciaire, afin que la convention ne puisse plus être modifiée ou révoquée sans leur accord.

(111) CGI, art. 238 *quater* B.

(112) CGI, art. 238 *quater* D.

(113) CGI, art. 238 *quater* N.

§ II – *LE DECES DU CONSTITUANT*

4169. Décès du constituant. Par dérogation à l'article 2029 du Code civil, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie-sûreté, qu'elle porte sur des meubles (114) ou sur des immeubles (115).

Le législateur avait prévu que la fiducie prenait fin au décès du constituant, mais il a dû revenir sur cette règle lorsqu'il a précisé le régime de la fiducie-sûreté. Le contrat de fiducie-sûreté devra donc prévoir le sort du contrat et de la garantie en cas de décès et notamment les obligations du fiduciaire envers les héritiers lors de l'extinction du contrat.

En outre, le constituant pourra léguer ses droits sur les biens apportés en fiducie puisque ceux-là ont vocation à durer au-delà de son décès. La fiducie, qui ne peut avoir pour objet une libéralité, pourra donc être elle-même l'objet d'une libéralité lorsqu'elle survivra au constituant.

Pour les besoins de la liquidation civile de la succession, les droits du constituant sur l'actif fiduciaire pourront être pris en compte, comme en matière fiscale, pour un montant égal à la valeur de l'actif net fiduciaire.

Exemple :

Un investisseur acquiert un immeuble au moyen d'un prêt *in fine* sur quinze ans. Il espère revendre ce bien avec une forte plus-value au terme du prêt. La banque lui propose de garantir le remboursement de ce prêt au moyen d'une fiducie-sûreté sur un autre immeuble de rapport. Le contrat de fiducie prévoit que le fiduciaire encaissera les loyers pour régler les intérêts de l'emprunt, et reversera à l'emprunteur le solde des revenus de l'immeuble, sous déduction des frais de gestion.

Peu de temps après la signature des actes d'acquisition et de prêt, l'investisseur décède. Son état de santé ne lui a pas permis de souscrire une assurance décès ; la banque ne l'a pas exigé compte tenu de l'efficacité de la garantie prise à son profit.

Le prêt devra se poursuivre jusqu'à son terme et, conformément à l'article 2029 du Code civil, la fiducie ainsi constituée survit au décès du constituant.

Si le constituant et le prêteur ont stipulé que le prêt ne sera pas remboursable par anticipation, les ayants droit du constituant devront attendre la fin du contrat de fiducie pour recouvrer l'actif net fiduciaire après remboursement de l'emprunt.

Cette solution permet donc de rendre un bien indisponible pendant la durée du contrat de fiducie. Les ayants droit devront attendre le terme du contrat pour bénéficier de l'actif net fiduciaire. Cette possibilité ne manquera pas d'éveiller l'intérêt de ceux qui pratiquent l'ingénierie patrimoniale.

4170. Droits de succession. D'après la règle fiscale, les droits de succession se calculent sur la valeur vénale nette du patrimoine fiduciaire à la date du décès, qu'il s'agisse des biens ou droits transférés à l'origine ou de ceux éventuellement acquis en emploi, ainsi que les fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits (116).

(114) C. civ., art. 2372-1, al. 2.

(115) C. civ., 2488-1, al. 2.

(116) CGI, art. 766 *bis*.

Ni le texte ni la doctrine ne précisent le sens du terme « valeur vénale nette ». Afin de permettre aux héritiers du constituant de remplir leurs obligations déclaratives, l'acte de fiducie doit prévoir que le fiduciaire leur fournisse un bilan du patrimoine fiduciaire en cas de décès du constituant.

Clause : _____

Décès du constituant

En cas de décès du constituant, par application de l'article 2372-1 du Code civil, le présent contrat se poursuivra jusqu'à la réalisation du but énoncé ci-dessus au paragraphe BUT DE LA FIDUCIE.

Les héritiers ou légataires seront substitués dans les droits du constituant résultant du présent acte.

Le fiduciaire devra remettre à tout ayant droit du constituant, ou au notaire chargé de la succession, un bilan de l'actif fiduciaire dans un délai d'un mois à compter du jour où il aura été avisé du décès.

Pour obtenir le versement de la part disponible des revenus de la gestion, les ayants droit devront au préalable remettre une copie authentique de l'acte de notoriété au fiduciaire. En outre, si l'ayant droit est légataire du constituant, il devra justifier le cas échéant de l'envoi en possession ou de la délivrance de legs.

En cas de litige entre les ayants droit quant à la dévolution successorale, le contrat de fiducie se poursuivra pour les besoins de la gestion du patrimoine fiduciaire, jusqu'à ce que la cause soit tranchée amiablement ou judiciairement entre les ayants droit.

Au terme du contrat, l'actif net fiduciaire reviendra, après remboursement éventuel du prêt garanti par les présentes, aux ayants droit du constituant. L'acte constatant la restitution de l'actif net fiduciaire sera dressé au bénéfice des ayants droit désignés dans l'acte de notoriété dressé suite au décès du constituant. Il en ira de même si l'un des ayants droit décède avant le terme du présent contrat.

Section II – Modes d'emploi de la fiducie-sûreté

Sous-section I – Les rôles du fiduciaire garant

4171. Mise au point terminologique. La fiducie est une institution récente, et il nous manque encore bien des termes pour désigner avec précision les différents acteurs qu'elle implique. Afin de distinguer et clarifier les rôles, nous nous risquerons à une mise au point terminologique :

– le *fiduciaire garant* est le fiduciaire à qui sont confiés des biens objet d'une fiducie-sûreté ;

– le *fiduciaire gérant* est le fiduciaire à qui sont confiés des biens objet d'une fiducie-gestion ;

– le *fiduciaire protecteur* est un fiduciaire gérant à qui est confié la gestion des avoirs d'un mineur ou d'un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection (117) ;

(117) A ne pas confondre avec le tiers chargé de s'assurer de la préservation des intérêts du constituant par l'art. 2017 du Code civil.

– le *fiduciaire bénéficiaire* est le créancier institué à la fois fiduciaire et bénéficiaire du contrat de fiducie ;

– pour les pays qui reconnaissent la fiducie-libéralité, on pourrait ajouter le *fiduciaire exécuteur* qui est chargé de transmettre les biens en fiducie aux bénéficiaires de la libéralité.

4172. Portrait-robot du fiduciaire garant. Si la fiducie tarde à s'incarner, c'est qu'un membre du trio fiduciaire est mal identifié : le créancier et le débiteur sont bien connus, tandis que le fiduciaire garant est un nouveau venu. Avant de préciser les pouvoirs que le contrat de fiducie doit lui conférer, il faut s'interroger sur la ou les missions qu'il devrait remplir pour jouer son rôle efficacement.

4173. Mission principale du fiduciaire garant. La mission essentielle du fiduciaire garant est de remettre au créancier bénéficiaire le bien, ou son prix de vente, si le débiteur constituant fait défaut. Il est donc un véritable agent d'exécution de la sûreté et doit à ce titre recevoir tous les pouvoirs qui lui permettront d'accomplir sa mission.

Nous verrons plus loin quelles stipulations pourraient lui permettre de remplir son rôle dans les meilleures conditions.

4174. Fiduciaire garant et fiduciaire gérant. La mission de garant n'est toutefois pas exclusive. Alors que le fiduciaire gérant n'exerce qu'une mission de gestion, le fiduciaire garant doit remplir un double rôle : garantir la créance du bénéficiaire, mais aussi gérer le bien en fiducie pendant la durée du contrat. Il est donc à la fois fiduciaire garant et fiduciaire gérant.

En effet, si la fiducie-sûreté veut trouver sa place, elle doit concilier la sécurité du créancier avec l'efficacité économique. Le bien confié au fiduciaire doit par conséquent rester une source de revenus pour les bénéficiaires en premier et second rang que sont le créancier et le constituant emprunteur. Il faut pour cela que la mission du fiduciaire l'oblige à une gestion attentive du bien.

Le fiduciaire doit également veiller à ce que le patrimoine fiduciaire ne se déprécie pas, ce qui pourrait pénaliser tant le créancier, dont le gage serait insuffisant, que le constituant qui retrouverait un bien dégradé au terme du contrat.

4175. Le fiduciaire bénéficiaire et le fiduciaire garant. Bien que la littérature tende à présenter de préférence la fiducie-sûreté dont le créancier est à la fois fiduciaire et bénéficiaire, on peut se demander si conjuguer ces deux rôles n'est pas une source funeste de confusion.

Certes, une telle fiducie-sûreté est très rassurante pour le créancier, puisqu'il exerce sur le gage un contrôle plus complet que si le fiduciaire était un tiers. Mais on peut redouter qu'il néglige son rôle de fiduciaire gérant pour privilégier le seul rôle de fiduciaire garant. A la différence d'un fiduciaire indépendant qui devrait rendre des comptes à tous les bénéficiaires, le créancier fiduciaire pourrait être tenté de négliger les intérêts des bénéficiaires en second rang que sont le constituant ou ses héritiers.

Un tel dévoiement atténuerait l'efficacité économique de la fiducie-sûreté. Il est pourtant probable que le créancier fiduciaire et bénéficiaire soit enclin à privilégier ses intérêts au détriment de ceux du constituant. De ce conflit d'intérêts peut

naître une variété de litiges dans lesquels le débiteur dont la fiducie-sûreté serait mise en jeu actionnerait le créancier fiduciaire en responsabilité pour faute de gestion dans la gestion du patrimoine fiduciaire. Il est fort probable que les banques boudent la fiducie si leurs services contentieux doivent faire face à cette nouvelle matière. Ce risque doit inciter à séparer les rôles de fiduciaire et de créancier bénéficiaire. De plus, le créancier étant par hypothèse une banque n'a pas pour vocation de gérer un bien immobilier.

4176. Le problème de la propriété du gage. Le problème de la gestion du gage nous conduit naturellement à celui que pose sa réalisation. En cas de défaut de paiement, la mise en œuvre de la fiducie-sûreté permet au créancier d'acquiescer la libre disposition du bien (118) ou de le vendre. Or, les banques n'ont pas vocation à se faire rembourser en nature ni à détenir des actifs en contrepartie des crédits qu'elles ont consenti. Cette répugnance à se faire payer en nature explique le relatif insuccès du pacte comissoire.

Les banques favoriseront plutôt une technique de garantie qui leur permet d'être remboursées rapidement et sans encombre en cas de défaut de l'emprunteur. Ce constat nous permet d'ébaucher le portrait d'un fiduciaire garant qui rembourserait le créancier bénéficiaire dans un bref délai à compter du défaut de paiement, gérerait l'immeuble pendant une période transitoire, et le réaliserait opportunément pour recouvrer les sommes qu'il aurait avancées.

4177. Le fiduciaire caution ou garant autonome. Alors que la fiducie-sûreté s'exécute dans l'ordre suivant – réalisation de l'actif fiduciaire puis remboursement de la dette – nous suggérons qu'un établissement de crédit fiduciaire structure son activité de manière à permettre la mise en œuvre de la garantie dans l'ordre inverse : remboursement de la dette puis réalisation de l'actif fiduciaire.

Pour garantir le créancier bénéficiaire d'un remboursement très rapide à compter du défaut de paiement, le fiduciaire doit nécessairement être un établissement financier pour disposer des ressources qui lui permettront d'assurer ce relais.

Le fiduciaire devrait en sus endosser le rôle de garant autonome du prêt, au sens de l'article 2321 du Code civil, à moins qu'il soit simplement caution de l'emprunteur. Cet engagement permettrait au créancier d'exiger le remboursement du prêt avant même la réalisation du bien. Cette solution revient à combiner la technique de la caution mutuelle avec celle de la fiducie-sûreté. L'organisme fiduciaire garant remplirait le même rôle qu'un organisme de caution mutuelle, mais ses engagements éventuels seraient contre-garantis par l'actif fiduciaire. Le fiduciaire devrait donc être désigné comme bénéficiaire en cas de mise en œuvre de sa garantie.

Le fiduciaire devra également respecter des règles prudentielles pour lui garantir que la valeur du gage dépasse celle des engagements qu'il prend envers le créancier. La convention devra prévoir si les engagements du fiduciaire sont limités à la valeur de l'actif donné en garantie ou s'ils peuvent la dépasser. Dans ce dernier cas, la convention devra prévoir une action récursoire du fiduciaire garant contre le constituant qui sera devenu son débiteur.

(118) C. civ., art. 2372-3.

Ce nouveau rôle qui pourrait être dévolu au fiduciaire garant pose également le problème de sa rémunération, que nous aborderons plus loin (V. n° 4197).

Clause : _____

Garantie autonome du fiduciaire

Nous ne donnons pas ici une formule de garantie autonome ou de caution, mais la clause permettant d'articuler ces engagements avec la mise en œuvre de la fiducie-sûreté au bénéfice du fiduciaire garant.

Si le créancier met en jeu la garantie du fiduciaire, stipulée ci-dessus, et que ce dernier doit payer, en lieu et place du constituant, toutes sommes en principal, intérêts et accessoires au titre du prêt consenti par le créancier, alors le fiduciaire sera bénéficiaire en premier rang de l'actif fiduciaire, à concurrence desdites sommes.

Dans cette hypothèse, le constituant ou ses ayants droit seraient bénéficiaires en second rang à concurrence de l'actif fiduciaire résiduel, et notamment sous déduction de la rémunération particulière à laquelle le fiduciaire aurait droit dans ce cas, telle que stipulée aux présentes.

Si le créancier ne met pas en jeu la garantie du fiduciaire, le constituant ou ses ayants droit seraient seuls bénéficiaires.

Sous-section II – Les usages de la fiducie-sûreté

§ I – GARANTIR LES PRETS IN FINE

4178. Adosser un actif à l'emprunt. La fiducie sûreté apparaît d'emblée comme la garantie idéale des prêts *in fine* que nous évoquerons plus loin. La légitime préoccupation du banquier qui consent un prêt *in fine* est en effet de bénéficier jusqu'au terme du prêt d'une garantie au moins équivalente en valeur à la somme prêtée.

La constitution d'une fiducie-sûreté procurerait en même temps une garantie du principal, sous la forme du capital transmis au fiduciaire, et une garantie du paiement des intérêts, puisque le créancier pourrait être désigné bénéficiaire des revenus du patrimoine fiduciaire.

4179. Technique de la capitalisation parallèle. La fiducie-sûreté semble également l'instrument propice pour mettre en œuvre la technique de la capitalisation parallèle. Celle-ci consiste à accumuler progressivement un capital qui servira en totalité ou en partie à rembourser le prêt *in fine*.

Cette capitalisation parallèle peut prendre deux formes :

- soit le constituant procède entre les mains du fiduciaire à des versements réguliers en complément de l'actif fiduciaire, afin de constituer progressivement un gage dont le montant correspond à la somme empruntée. Le prêteur court toutefois le risque que l'emprunteur constituant interrompe ses versements ;

- soit le constituant transfère au fiduciaire un bien dont le potentiel de capitalisation devrait permettre, au terme du prêt, de constituer un actif fiduciaire d'une valeur au moins égale au montant de l'emprunt. Il peut s'agir d'un bien immobilier dont les loyers seraient intégralement ou partiellement placés par le fiduciaire jusqu'au dénouement du contrat comme de produits financiers de capitalisation.

4180. Concurrencer les nantissements de comptes titres. La constitution d'une fiducie-sûreté sur un portefeuille de titres offre une alternative avantageuse au nantissement de compte titres étudié *infra* n° 4306. Bien que ce dernier offre une grande souplesse de gestion au débiteur tout en conférant au créancier l'avantage décisif du droit de rétention, la mise en œuvre du nantissement reste paralysée par une procédure collective.

La constitution d'une fiducie-sûreté sur un portefeuille de titres permettrait, en revanche, le remboursement de la dette alors que le débiteur fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires.

De plus, la constitution d'une telle garantie pourrait faire l'objet d'un formalisme simplifié et standardisé qui favoriserait sa généralisation.

§ II – **DEGAGER LE POTENTIEL DE CREDIT DE BIENS COMPLEXES**

4181. Dégager le potentiel de crédit de biens complexes. Les actifs formant le patrimoine n'ont pas tous le même potentiel de crédit. Selon le type de garantie qu'ils permettent, une banque sera plus ou moins encline à les accepter pour gage. Par exemple, elle consentira plus volontiers un prêt s'il est garanti par une hypothèque conventionnelle que par un nantissement de parts de société civile.

La fiducie-sûreté permet de compenser en partie le potentiel inégal de crédit qui existe entre les différentes sortes d'actif. Nous allons prendre trois exemples pour illustrer cet avantage de la fiducie-sûreté.

Exemple 1 : _____

Indivision

Lorsque plusieurs personnes détiennent ensemble un bien en indivision, il est difficile de permettre à chacune d'obtenir un prêt garanti par ses droits indivis. Cette difficulté est d'autant plus épineuse s'il existe une mésentente entre les indivisaires. Même si les indivisaires se sont entendus sur le principe d'un partage, les opérations risquent de se prolonger et de retarder d'autant le moment où leur part pourra constituer un gage acceptable pour obtenir un crédit.

En transférant le bien indivis à un fiduciaire, les coindivisaires se déchargeraient de la liquidation et du partage. Le pacte fiduciaire préciserait les parts devant revenir à chaque indivisaire, mais pourrait laisser le fiduciaire libre de procéder aux attributions. Si par exemple le bien est un immeuble qui doit être vendu, le contrat de fiducie désignera chaque indivisaire comme bénéficiaire au terme des opérations de liquidation et de vente et ce en proportion de ses droits dans l'indivision. Si l'un des indivisaires souhaite obtenir un prêt garanti par la fraction du produit lui revenant à terme, le contrat de fiducie pourra désigner la banque comme bénéficiaire à due concurrence des sommes prêtées.

Exemple 2 : _____

Société à liquider

Les associés d'une société qu'ils projettent de dissoudre et de liquider sont dans une situation semblable. Ils n'ont aucune chance d'obtenir un prêt garanti par leurs droits sur l'actif social tant que le partage n'est pas signé. Si les opérations se prolongent, et alors même que ces actifs peuvent représenter des valeurs importantes, ils n'ont aucun moyen d'obtenir du crédit en contrepartie de cet élément de leur patrimoine. Pourtant, les associés ont vocation à recevoir une part du boni de liquidation au terme des opérations.

Il est dans ce cas tout à fait concevable que les associés utilisent la fiducie comme structure de *defeasance* et confient à un fiduciaire la liquidation et le partage des actifs sociaux. Cette transmission pourrait intervenir avant ou après la dissolution de la société : dans le premier cas, tous les associés transfèreraient leurs parts sociales ou actions au fiduciaire ; dans le second cas, c'est la masse des biens et droits à liquider qui serait transmise au fiduciaire. Une telle solution nécessitera sans doute un aménagement des statuts afin que les pouvoirs du gérant ne contre-carrent pas ceux du fiduciaire.

Tout en se préservant une marge de sécurité, compte tenu des incertitudes de la liquidation, un créancier pourrait consentir un prêt à chacun des associés, dès lors que le contrat de fiducie le désignerait comme bénéficiaire de la part de ce constituant.

Exemple 3 :

Constitution d'une fiducie-sûreté sur des biens futurs

L'article 2011 du Code civil prévoit que la fiducie peut porter aussi bien sur des biens futurs que sur des biens ou des droits présents. Rappelons, par comparaison, qu'une hypothèque ne peut être constituée que sur des biens présents (119). Cette possibilité doit permettre de transférer au fiduciaire des droits futurs ou même éventuels et de désigner un créancier comme bénéficiaire.

Cette technique pourrait par exemple être proposée par des constituants tels que :

- les titulaires de stock-options ;
- les bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie accepté, mais non encore dénoué ;
- le bénéficiaire d'une donation à terme de biens présents.

L'article 2011 ne permet pas de déroger à la prohibition des pactes sur succession future. Pourtant, si tel était le cas, cette technique pourrait s'étendre aux successions non encore ouvertes et connaître un large développement.

§ III – OFFRIR UNE ALTERNATIVE AU CREDIT-BAIL

4182. Le fiduciaire acquéreur et prêteur. S'inspirant tant de la technique du crédit-bail que de la finance islamique, le contrat de fiducie peut combiner les deux opérations d'acquisition et de financement.

Dans cette hypothèse, l'acquéreur constitue une fiducie et transfère au fiduciaire le montant de son apport. Le fiduciaire – supposons qu'il s'agit d'un établissement de crédit – acquiert le bien en partie au moyen de l'apport du constituant, et pour le surplus grâce à ses fonds propres ou à des fonds qu'il a lui-même empruntés.

Le contrat de fiducie désigne le constituant comme bénéficiaire du bien acquis, à condition qu'il rembourse intégralement au fiduciaire les fonds avancés par ce dernier, en principal, intérêts et accessoires, outre sa rémunération. Si le constituant faisait défaut, le fiduciaire serait alors bénéficiaire du bien acquis. Les sommes versées par le constituant pourraient lui rester acquises à titre d'indemnité ; le contrat de fiducie pourrait aussi prévoir les modalités de calcul pour déterminer le montant d'un actif fiduciaire résiduel dont le constituant pourrait être bénéficiaire au terme du contrat.

Le recours à la fiducie pour cet usage nécessitera toutefois l'aménagement et la clarification de son régime fiscal.

(119) C. civ., art. 2419.

Sous-section III – *La gestion de la fiducie-sûreté*

§ I – *LA GESTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE*

4183. La gestion de l'actif fiduciaire. L'intérêt de la fiducie-sûreté est qu'elle n'est pas uniquement une sûreté, mais aussi une technique d'organisation et de gestion des biens. Outre sa vocation à garantir le remboursement de l'emprunt, la fiducie permet également d'organiser dans le détail la gestion du bien transmis au fiduciaire, et notamment le sort des flux financiers.

Les pouvoirs de gestion doivent permettre et même obliger le fiduciaire à obtenir de l'actif fiduciaire la meilleure rentabilité possible. Il s'agit là de l'intérêt conjoint du créancier bénéficiaire, bénéficiaire en premier rang, et du constituant, bénéficiaire en second rang. Si le bien transmis en fiducie est un immeuble, le fiduciaire doit pouvoir le louer, ou renouveler les baux, recouvrer les loyers. Le fiduciaire pourra également agir en justice, à condition que les revenus du patrimoine fiduciaire lui permettent de payer les frais de justice.

Si le patrimoine fiduciaire est constitué de valeurs mobilières, le fiduciaire doit pouvoir procéder aux négociations et arbitrages indispensables au maintien et au développement de la valeur du portefeuille. Cela suppose que le fiduciaire ait non seulement des compétences attachées à sa qualité, mais aussi des compétences adaptées à la nature de l'actif qui lui est confié.

4184. La gestion des flux financiers. A moins que l'actif fiduciaire ne produise aucun revenu, le fiduciaire devra gérer les flux financiers. La clause bénéficiaire de l'acte de fiducie devra donc prévoir le sort des revenus pendant la durée de la fiducie. Il faut distinguer deux cas de figure :

- soit les revenus du patrimoine fiduciaire sont affectés au remboursement de la dette, et dans ce cas, le créancier devra être désigné comme bénéficiaire des revenus nets. On peut alors distinguer selon que le montant des revenus dépasse ou non celui des remboursements de la dette (ou simplement des intérêts s'il agit d'un prêt *in fine*) : dans le premier cas, le créancier sera seul bénéficiaire ; dans le second, la clause bénéficiaire devra préciser la part revenant à chacun d'eux ;

- soit les revenus du patrimoine fiduciaire ne sont pas affectés au remboursement de la dette, ni au paiement des intérêts, et dans ce cas, le constituant, ou ses ayants droit, seront les seuls bénéficiaires. Toutefois, la clause bénéficiaire devra prévoir qu'en cas de défaut de paiement notifié par le créancier au fiduciaire, les revenus seront soit conservés par ce dernier jusqu'à liquidation des sommes restant dues, soit directement versés au créancier.

Quelles que soient la nature et la direction des flux financiers, la comptabilité du fiduciaire devra garder une trace claire et fidèle de ces mouvements de fonds.

4185. La gestion transitoire. Revenons sur l'hypothèse d'un fiduciaire garant autonome. S'il doit rembourser le créancier en cas de défaut de paiement du débiteur, il s'ensuit une période transitoire pendant laquelle il devra accomplir les démarches nécessaires à la réalisation de l'actif fiduciaire. L'acte de fiducie devra

contenir diverses dispositions visant à favoriser cette réalisation dans des délais raisonnables tout en préservant les intérêts du débiteur, et notamment son droit d'être bénéficiaire de l'actif fiduciaire après remboursement intégral des sommes dues.

Le contrat de fiducie devra prévoir qu'en cas de mise en jeu de la garantie fiduciaire, le fiduciaire devient seul bénéficiaire des revenus du patrimoine fiduciaire, lesquels s'imputeront sur les sommes qu'il a dû verser au créancier. Il devra ensuite permettre la vente des actifs fiduciaires, selon des modalités que nous examinerons plus loin. La clause bénéficiaire devra enfin prévoir dans ce cas que le fiduciaire devienne bénéficiaire de l'actif fiduciaire à concurrence des sommes qu'il a dû régler au créancier, sans compter sa rémunération.

Si le patrimoine fiduciaire génère des dettes, celles-ci ne s'imputeront pas sur le patrimoine du fiduciaire, à moins que ce dernier ait accepté d'en supporter tout ou partie comme le permet l'article 2025 du Code civil. A défaut, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant reste le gage des créanciers. Par application de l'alinéa 3 du même article 2025 : « *Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée* ».

§ II – **LE RECHARGEMENT DE LA FIDUCIE-SURETE**

4186. Rechargement de la garantie. Le bien fiduciaire peut être affecté à la garantie d'autres dettes que celles mentionnées par l'acte constitutif ; celui-ci doit prévoir expressément la faculté de rechargement (120).

Le rechargement est limité par la valeur des biens donnés en garantie. Il peut être consenti au créancier initial ou à un nouveau créancier, alors même que le premier n'est pas payé (121).

La convention de rechargement est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019, à peine de nullité. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers (122).

Les dispositions des articles 2372-5 et 2488-5 sont d'ordre public ; toute clause contraire est réputée non écrite (123).

4187. Rang des bénéficiaires. Si la convention initiale permet le rechargement de la garantie, elle devra également régler la question délicate du rang des bénéficiaires. Le contrat de fiducie devra ainsi prévoir le sort de l'actif fiduciaire lorsque le débiteur constituant fait défaut envers le créancier bénéficiaire de second rang tandis qu'il continue à payer le bénéficiaire de premier rang.

(120) C. civ., art. 2372-5, al. 1^{er}, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-5, al. 1^{er}, pour les immeubles.

(121) C. civ., art. 2372-5, al. 2, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-5, al. 2, pour les immeubles.

(122) C. civ., art. 2372-5, al. 3, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-5, al. 3, pour les immeubles.

(123) C. civ., art. 2372-5, al. 4 et art. 2488-5, al. 4.

Il existe deux façons d'organiser les relations entre les deux bénéficiaires :

– soit le bénéficiaire en second rang doit demander l'autorisation du bénéficiaire en premier rang pour mettre en jeu la garantie, mais alors l'efficacité de la fiducie-sûreté en souffre, et la faculté de rechargement devient illusoire ;

– soit le bénéficiaire en second rang peut mettre en jeu la fiducie-sûreté sans l'autorisation du bénéficiaire en premier, et dans ce cas, la convention doit contenir toutes les stipulations qui protégeront le bénéficiaire en premier rang contre une réduction excessive de son gage.

Remarque

La diversité des scénarios est telle que les rédacteurs d'une telle convention de fiducie devront allier rigueur et imagination pour pallier tous les cas de figure. Cependant, la liberté contractuelle et les larges pouvoirs du fiduciaire permettront de faire face à des situations telles que la déchéance du terme envers un créancier concomitante à la poursuite du remboursement d'un prêt consenti par un autre prêteur.

Si, par exemple, les deux prêts sont garantis par un patrimoine fiduciaire constitué d'un seul immeuble, le fiduciaire garant pourra réaliser ce bien pour rembourser le premier prêt par anticipation, et remplacer le solde disponible pour continuer à payer les échéances du second prêt.

Sous-section IV – *La mise en œuvre de la fiducie-sûreté*

§ I – *L'ACQUISITION DU BIEN DONNE EN GARANTIE*

4188. Mise en œuvre de la garantie. A défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le créancier fiduciaire acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé en garantie (124).

Si le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien. Il en dispose alors librement, à moins que le contrat ne prévoit dans ce cas la vente du bien par le fiduciaire et la remise du prix au créancier (125).

Ce résultat n'est pleinement satisfaisant pour le créancier que s'il convoite le bien donné en garantie ou sait pouvoir le réaliser facilement.

4189. Evaluation et restitution de l'excédent. La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite.

L'acquisition de l'actif fiduciaire par le créancier bénéficiaire sera donc une source potentielle de litige avec le constituant. Celui-ci devra en effet attendre une évaluation définitive du bien avant de pouvoir réclamer l'excédent qui lui revient.

4190. Restitution de l'excédent. Lorsque la valeur du bien dépasse le montant de la dette, le bénéficiaire qui a acquis la libre disposition du bien verse cet

(124) C. civ., art. 2372-3, al. 1^{er}, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-3 al. 1^{er}, pour les immeubles.

(125) C. civ., art. 2372-3, al. 2, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-3 al. 2, pour les immeubles.

excédent au constituant, sous déduction des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire (126). On mesure l'obstacle que peut représenter un écart important entre la valeur du gage et celle de la dette garantie : le créancier ne pourra restituer l'excédent que s'il dispose de la trésorerie nécessaire ou réalise le bien donné en garantie. Faute de quoi, il deviendra lui-même le débiteur du constituant. La mise en œuvre de la fiducie pourra donc conduire à une inversion brutale des rôles. La convention devra sans doute prévoir sous quels délais et moyennant quelles conditions préalables le constituant obtiendra la restitution de cet excédent. Elle devra en outre préciser les garanties éventuelles dont le constituant bénéficiera dans ce cas.

§ II – LA VENTE DU BIEN DONNE EN GARANTIE

4191. La vente du bien. Si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé, il restitue au constituant la part du prix qui excède la valeur de la dette garantie, sous déduction également des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire (127).

La vente semble une formule plus efficace que l'acquisition du bien donné en garantie :

- elle n'opère pas le transfert des risques au créancier bénéficiaire ;
- elle lui évite de devoir gérer le bien donné en garantie, d'en supporter les charges et de devoir trouver un acquéreur ;
- elle lui évite également de devoir discuter la valeur du bien avec le débiteur constituant et de devoir rembourser un excédent éventuel.

Pour garantir l'efficacité de la garantie et la transparence de sa mise en œuvre, le contrat de fiducie devra préciser les modalités de mise en vente. Nous livrons ci-dessous quelques suggestions sur ce sujet.

4192. Préconstitution d'un dossier de vente. Pour faciliter la mise en œuvre de la garantie, le contrat de fiducie pourra, par exemple, donner pouvoir au fiduciaire de préconstituer un dossier de vente (sous forme de data room par exemple). Le fiduciaire pourra être tenu de conserver les documents requis pour proposer le bien à la vente et permettre aux acquéreurs potentiels de faire leurs offres. En cas de mise en œuvre de la garantie, il pourra être chargé de mettre ces pièces à la disposition des acquéreurs qui manifesteraient leur intérêt, et de veiller ensuite sur toute la procédure de vente du bien.

Cette manière de procéder aurait l'avantage d'accélérer la mise en vente du bien si nécessaire. Elle pourrait prévoir un droit de communication des offres transmises pour le constituant afin de garantir la transparence des opérations. Il pourrait ainsi rechercher des acquéreurs disposés à faire une meilleure offre que celle dont il a connaissance. La convention pourra en contrepartie faire peser sur le constituant une obligation d'information semblable à celle d'un vendeur, s'agissant d'un actif qu'il connaît mieux que le fiduciaire.

(126) C. civ., art. 2372-4, al. 1^{er}, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-4, al. 1^{er}, pour les immeubles.

(127) C. civ., art. 2372-4, al. 2, pour les meubles ; C. civ., art. 2488-4, al. 2, pour les immeubles.

Une telle mission devra rapporter au fiduciaire une rémunération spéciale qui devra distinguer l'obligation de conserver les documents et celle de mener à bien la vente de l'actif fiduciaire.

4193. Adjudication amiable. Une autre solution pour préparer et faciliter la vente éventuelle d'un immeuble en fiducie serait de donner au fiduciaire garant le droit de procéder à une adjudication amiable. Cette procédure, remise à l'honneur par le Congrès des notaires de 2003, a démontré sa transparence et son efficience, au sens où le prix de vente reflète le plus souvent avec fidélité la valeur de marché du bien adjudgé.

Pour combiner harmonieusement les deux techniques, le contrat de fiducie devra prévoir dès l'origine les conditions de cette mise en vente par adjudication, et notamment préciser les conditions essentielles devant figurer dans le cahier des charges, ou encore les mesures de publicité, les délais ou le lieu de l'adjudication.

§ III – *LE PAIEMENT DE LA DETTE*

4194. Liquidation de la dette. Pour assurer une mise en œuvre sans heurt de la garantie, la convention de fiducie devra prévoir les modalités de liquidation de la dette. Concrètement, l'acte devra stipuler les modes de preuve permettant au créancier bénéficiaire de justifier valablement des sommes dues en cas de défaut de paiement de l'emprunteur.

Il pourra être opportun de confier au fiduciaire la comptabilité des remboursements ; ce sera même impératif s'il paie les échéances au moyen des revenus du patrimoine fiduciaire. Si les parties chargent le fiduciaire d'une telle mission comptable, la convention pourra prévoir qu'elles lui confient le soin de déterminer le montant des sommes dues au prêteur en cas de défaut de paiement. La convention de fiducie pourra reprendre par exemple les modalités de calcul des indemnités de remboursement ou des pénalités de retard, et confier au fiduciaire le soin d'actualiser le montant de la dette.

4195. Contestation du montant de la dette. Si les parties au contrat de prêt et de fiducie confient au fiduciaire la mission de liquider le montant de la dette, le risque de contestation de ce montant se trouve atténué, mais pas supprimé. Pour y faire face sans menacer l'efficacité de la garantie, la convention de fiducie pourra prévoir des voies de recours contre le fiduciaire qui aurait manqué à l'obligation de déterminer avec justesse le montant des sommes dues au titre du prêt.

Rappelons que le fiduciaire est « *responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* » (128). Il existe toutefois plusieurs moyens de prévenir ces recours ou de remédier à la mise en cause du fiduciaire :

- à titre préventif, la convention de fiducie pourra prévoir que le constituant et le créancier bénéficiaire devront approuver à intervalles réguliers le décompte des sommes dues établi par le fiduciaire. Toutefois, le désaccord des parties ne fera pas obstacle à la mise en œuvre de la garantie ;

- en cas de recours du créancier ou du débiteur contre le fiduciaire pour contester le montant des sommes dues, la convention pourra donner à ce dernier

(128) C. civ., art. 2026.

le droit de conserver les sommes litigieuses jusqu'à ce que le litige soit tranché par un accord des parties ou une décision de justice devenue définitive. Soulignons que ce recours portera sur une part marginale de la dette, tandis que sa plus grande partie pourra être remboursée sans obstacle par la mise en œuvre de la garantie ;

– en cas de faute du fiduciaire, s'agissant d'une responsabilité contractuelle, la convention devra de préférence stipuler les modalités d'évaluation et de réparation du préjudice. Elle devra, en outre, faire peser sur le fiduciaire l'obligation d'assurer sa responsabilité auprès d'une compagnie notoirement solvable et d'en justifier auprès des autres parties à l'acte.

4196. Modalité de paiement de la dette. Afin que le fiduciaire puisse mener sa mission à bien jusqu'à la pleine réalisation de l'objet du contrat de fiducie, la convention devra lui donner le pouvoir de payer la dette et d'en obtenir quittance.

La convention devra préciser si le fiduciaire aura pouvoir de demander en justice un report ou un échelonnement (129) au nom du constituant. Si la réalisation de l'actif fiduciaire ne permet de payer qu'une partie des sommes dues, le contrat de fiducie devra préciser les modalités d'imputation de ce paiement partiel.

Le contrat devra, en outre, donner au fiduciaire les pouvoirs nécessaires pour assurer l'efficacité du paiement en cas de réticence du créancier : il devra permettre au fiduciaire de faire des offres réelles (130) et de consigner valablement les sommes dues si nécessaire.

§ IV – *LA REMUNERATION DU FIDUCIAIRE*

4197. Rémunération de la garantie. La première mission du fiduciaire garant est d'assurer l'efficacité de la sûreté constituée par le débiteur. A ce titre, sa rémunération peut être calculée de plusieurs façons : elle peut être forfaitaire ou proportionnelle. Si la rémunération de la garantie est proportionnelle, l'assiette du pourcentage pourrait avoir deux composantes :

- le montant du capital détenu, pour la constitution proprement dite de la garantie. Cette rémunération sera payée lors de la constitution de la garantie ;
- le montant des sommes payées au bénéficiaire, en cas de mise en œuvre de la garantie.

Les établissements susceptibles de proposer des services de fiduciaires garants devront modéliser leurs coûts et s'adapter à la concurrence pour déterminer un taux de rémunération convenable.

4198. Rémunération de la gestion. S'agissant d'une mission distincte de la garantie, la gestion des actifs fiduciaires devra sans doute faire l'objet d'une rémunération séparée calculée sur d'autres bases.

Il convient de distinguer la gestion normale de la gestion transitoire :

- la gestion normale consiste à administrer des actifs fiduciaires tant que la garantie n'est pas mise en jeu, ou jusqu'à leur réalisation. Cette mission pourra

(129) C. civ., art. 1244-1 à 1244-3.

(130) C. civ., art. 1258.

être rémunérée par la perception à échéance régulière d'une partie des revenus du patrimoine fiduciaire ;

– la gestion transitoire désigne le cas particulier, décrit *supra*, dans lequel le fiduciaire paie au créancier le montant des sommes dues sans attendre la réalisation des actifs fiduciaires. Dans ce cas, le fiduciaire garant aura droit à une rémunération supplémentaire qui couvrira le montant de ses frais financiers et du service qu'il a procuré aux parties en qualité de caution. Il recouvrera le montant de sa rémunération par prélèvement sur le prix de vente des actifs fiduciaires. Ce montant pourra être calculé d'après un pourcentage des sommes qu'il aura avancées, ou encore au moyen d'un pourcentage de l'excédent pour l'inciter à vendre aux conditions les plus favorables au constituant.

4199. Rémunération de l'exécution. L'acte devra prévoir enfin les modalités de rémunération du fiduciaire si le créancier doit mettre en œuvre la garantie. Le fiduciaire devra accomplir dans ce cas différentes missions qui ne ressortent pas de la gestion proprement dite de l'actif fiduciaire : rechercher des acquéreurs, vendre les actifs fiduciaires, rembourser les emprunts...

Le fiduciaire demandera certainement une rémunération particulière pour exécuter cette mission, qui pourra dépendre des actes qu'il a accomplis pour réaliser l'actif fiduciaire. Cette accumulation de rémunérations peut faire craindre que la fiducie s'avère finalement très onéreuse pour le constituant. Il faut toutefois mettre en regard ces coûts avec ceux qu'entraînerait une procédure classique. Si l'on prend l'exemple de l'exécution, la mise en œuvre d'une hypothèque nécessitera une procédure de saisie immobilière dont le coût sera finalement très élevé pour le débiteur ou pour l'acquéreur qui devra supporter les frais de poursuite. En comparaison, la rémunération du fiduciaire apparaîtra sans doute plus supportable, d'autant plus si le contrat de fiducie favorise une vente à des conditions favorables aux constituants, ce qui est rarement le cas d'une vente sur saisie immobilière.

§ V – LA CESSION DE SES DROITS PAR LE CONSTITUANT

4200. Cession à titre onéreux. Nul ne doutera que le constituant conserve un droit patrimonial sur les actifs fiduciaires : on pourrait se risquer à le définir comme un droit de propriété éventuel ou conditionnel.

Nul doute également que ce droit soit cessible, à moins que le contrat de fiducie ne l'interdise. Il est peu probable que le créancier bénéficiaire ou le fiduciaire garant s'opposent à cette cession, car les risques du premier et la rémunération du second sont théoriquement couverts par la valeur de l'actif fiduciaire. L'acte de fiducie pourra d'ailleurs stipuler que le constituant qui céderait ses droits resterait solidaire du cessionnaire pour toutes les obligations contractées envers le fiduciaire et les bénéficiaires au titre du contrat de fiducie.

Le constituant peut avoir intérêt à céder ses droits fiduciaires, pour obtenir des liquidités et financer ainsi un autre projet. Cette faculté constituerait un avantage supplémentaire de la fiducie sur les sûretés classiques : la vente d'un bien hypothéqué entraîne la déchéance du terme tandis que la cession des droits fiduciaires n'oblige pas à rembourser le prêt par anticipation.

4201. Evaluation des droits cédés. La valeur des droits cédés ne peut s'assimiler à celle de l'actif fiduciaire. Il n'est donc pas question d'appliquer le principe

de neutralité fiscale en matière civile. S'agissant d'un droit futur, éventuel et conditionnel, aucun acquéreur ne serait disposé à payer le même prix que pour acquérir la propriété immédiate, certaine et inconditionnelle du même bien.

La valeur des droits fiduciaires du constituant doit donc faire l'objet d'une décote par rapport à celle de l'actif fiduciaire. Le calcul de cette décote devra faire l'objet de calculs actuariels complexes qui tiendront compte de plusieurs paramètres :

- la durée restant à courir jusqu'à la fin du contrat de fiducie. L'évaluation des droits fiduciaires peut s'inspirer de ce point de vue de celle de la nue-propriété calculée d'après les formules présentées ci-dessus (V. nos 4112 et suivants) ;
- les revenus du patrimoine fiduciaire ;
- la plus-value éventuelle à réaliser au terme du contrat de fiducie ;
- le risque de défaut, très difficile à déterminer ;
- l'excédent potentiel de l'actif fiduciaire après remboursement des sommes dues au créancier et prélèvement de la rémunération du fiduciaire.

L'évaluation et par conséquent l'acquisition des droits fiduciaires du constituant présentent donc un caractère éminemment spéculatif. Il est pourtant probable qu'une telle offre finisse par attirer la demande de cessionnaires avertis.

4202. Cession à titre gratuit. Le décès de constituant ne met pas fin au contrat de fiducie-sûreté. Les droits fiduciaires faisant partie du patrimoine du constituant, ils doivent également pouvoir faire l'objet d'une cession à titre gratuit.

Il faut, en effet, prévenir une confusion qui pourrait se faire jour au sujet de la prohibition des fiducies-libéralités, telle qu'énoncée par l'article 2013 du Code civil. Si, en effet, la fiducie ne peut procéder d'une intention libérale, rien n'interdit, en revanche, que les droits du constituant sur l'actif fiduciaire fassent l'objet d'une libéralité.

Le constituant pourra consentir une donation portant sur ses droits fiduciaires, ou consentir un testament dans lequel il lègue ces droits. Si la donation est rapportable, l'application de l'article 860 du Code civil sera toutefois délicate. Comment interpréter en effet la notion d'état au jour de la donation si la fiducie s'est éteinte au jour du partage ? Pourra-t-on faire correspondre l'actif fiduciaire résiduel avec la valeur des droits fiduciaires donnés si le fiduciaire a dû rembourser une partie du prêt ? Ou pourrait-on imaginer que le surplus soit traité comme un préciput ? Ou comme l'actif d'un contrat d'assurance-vie, puisque le bien représentant l'actif fiduciaire n'est plus dans le patrimoine du constituant ? Nul doute que les développements de cette matière apporteront les clarifications nécessaires.

4203. Droits d'enregistrement. Pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire. Lors de la transmission de ces droits, les droits de mutation sont exigibles selon la nature des biens et droits transmis (131).

On relèvera donc ici que la prétendue neutralité fiscale relève plutôt de l'irréalisme puisqu'elle taxe les droits fiduciaires comme s'ils valaient autant qu'un bien

(131) CGI, art. 669 *ter*.

dont le constituant a la pleine propriété. Il faudra donc, comme en matière d'usufruit, distinguer la liquidation fiscale, dont le seul but est de calculer les droits dus au fisc, de la liquidation civile qui vise à attribuer à chaque héritier ce qui lui revient.

§ VI – *L'EXTINCTION DE LA FIDUCIE-SURETE*

4204. Causes d'extinction de la fiducie. Comme le prévoit l'article 2029 du Code civil, le contrat de fiducie prend fin notamment par la survenance du terme et la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme.

4205. La survenance du terme. La survenance du terme ne prête pas à discussion puisqu'elle est fixée dans le contrat de fiducie. S'agissant d'une cause légale d'extinction de la fiducie, l'acte devra définir un terme qui dépasse celui du prêt, afin de laisser au fiduciaire assez de temps pour réaliser l'actif fiduciaire avant la fin du contrat.

On peut envisager deux solutions pour protéger le créancier dont le débiteur serait défaillant contre une survenance du terme avant la réalisation de l'actif fiduciaire :

- soit le contrat prévoit qu'il sera bénéficiaire dans ce cas de l'actif fiduciaire dans les conditions de droit commun, à charge pour lui de restituer l'excédent ;

- soit le contrat prévoit que le terme du contrat sera prorogé d'un an, renouvelable chaque année, tant que le fiduciaire n'aura pas pu terminer sa mission, savoir la réalisation de l'actif fiduciaire et le remboursement des sommes dues au créancier.

4206. La réalisation du but poursuivi. La notion de **réalisation du but poursuivi** étant moins claire que celle de **survenance du terme**, elle devra être définie dans le contrat de fiducie pour éviter que le constituant ne l'invoque avant que l'opération ne soit totalement dénouée.

S'agissant de garantir le remboursement d'une dette, le but poursuivi sera réalisé lorsque cette dette sera remboursée. Toutefois, le contrat de fiducie devra prévoir que si le remboursement du prêt fait l'objet d'un procès, le contrat de fiducie se poursuivra tant que les conséquences pécuniaires de l'emprunt n'auront pas été tranchées par une décision définitive.

Section III – **Evaluation de la fiducie-sûreté**

Sous-section I – *Avantages de la fiducie-sûreté*

4207. Exclusion de toute concurrence. La fiducie-sûreté ne bénéficie qu'au créancier désigné comme bénéficiaire. Le transfert de la propriété au fiduciaire évite au bénéficiaire de se trouver en concurrence avec d'autres créanciers sur le bien donné en garantie.

Le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine (132). Ni les créanciers du constituant, ni ceux du fiduciaire ne peuvent exercer leurs droits sur les biens fiduciaires. Toutefois, les créanciers du constituant peuvent les saisir dans deux cas :

1) s'ils bénéficient d'une sûreté publiée avant la conclusion du contrat de fiducie ;

2) si le constituant a agi en fraude de leurs droits.

4208. Procédure collective. L'efficacité d'une sûreté se mesure à l'épreuve des procédures collectives : elle leur tient lieu de *crash test*. Selon ce critère, la fiducie-sûreté offre une garantie très robuste.

Si le constituant fait l'objet d'une procédure collective, ses créanciers ne peuvent poursuivre les biens fiduciaires. Ils ont, en effet, quitté le patrimoine du constituant et appartiennent temporairement au fiduciaire. Cette protection donne à la fiducie un avantage indéniable sur les garanties classiques. Faute de jurisprudence, il est trop tôt pour savoir quelles réserves les tribunaux apporteront à ce principe. Il est toutefois certain qu'une fiducie constituée en période suspecte sera nulle dans les cas prévus par l'article L. 632-1, 9^o et 10^o du Code de commerce.

Par ailleurs, en vertu de l'article 2024 du Code civil, une procédure collective contre le fiduciaire est sans effet sur le patrimoine fiduciaire. Les créanciers personnels du fiduciaire n'ont donc aucune action contre les biens apportés en fiducie.

4209. Contractualiser et accélérer les voies d'exécution. L'utilisation de la fiducie-sûreté constitue une avancée décisive dans la contractualisation des voies d'exécution. Elle donne en effet à un tiers au contrat de prêt – le fiduciaire – les pouvoirs nécessaires pour exécuter le paiement de la dette sur une partie des biens du débiteur. Le contrat fixe à la place de la loi les règles qui commanderont l'exécution de la convention principale : le prêt.

Cette contractualisation a l'avantage d'accélérer les voies d'exécution, d'éviter les frais de justice et les délais de procédure qui sont difficiles à prévoir, tout en soulageant les tribunaux. Cette somme d'atouts devrait favoriser le développement de la fiducie-sûreté.

4210. Améliorer la liquidité du marché. Le législateur tout comme les acteurs de l'économie sont de plus en plus attentifs à l'efficacité économique des règles de droit. La mise en œuvre des voies d'exécution classiques a pour effet de rendre le bien saisi indisponible pendant toute la durée de la procédure ; la fiducie-sûreté en revanche permet de mettre en vente le bien donné en gage peu de temps après le défaut de paiement. La liquidité du marché immobilier s'en trouve accrue, tandis que l'intervention du juge produit une force de frottement qui ralentit les opérations.

D'un point de vue macroéconomique, la fiducie-sûreté permettra de raccourcir les délais de remboursement suite à un défaut de paiement. Dans les périodes de pénurie de crédit, le montant des créances impayées pèse lourd sur la liquidité voire la solvabilité des banques. En réduisant les délais de recouvrement, la fiducie-sûreté devrait ainsi réduire l'exposition des banques au risque de défaut de leurs emprunteurs.

(132) C. civ., art. 2025, al. 1^{er}.

Sous-section II – *Critique de la fiducie-sûreté*

4211. Le reproche de la complexité. Les solutions proposées ci-dessus révèlent une certaine complexité. La plupart d'entre elles requerront l'assistance de juristes accomplis, mais aucune ne recèle de difficultés insurmontables.

A ceux qui craignent une complexité hors de proportion avec le financement d'un particulier, nous renvoyons aux conditions générales annexées aux actes de prêts qui pourraient encourir la même critique. Le reproche de complexité dissimule souvent la crainte de la nouveauté, et il est fort à parier que lorsque ces chemins seront bien balisés, ceux qui expriment ces réserves se rallieront à un outil qui aura démontré son utilité.

4212. Le reproche du coût. La seconde critique adressée à la fiducie-sûreté est celle du coût qui serait hors de proportion avec celui d'une garantie classique.

L'analyse des frais respectifs de constitution d'une hypothèque et d'une fiducie confirme que cette dernière est plus onéreuse. Cette comparaison est-elle pour autant légitime ? Rappelons que la fiducie permettra d'offrir une garantie satisfaisante lorsque l'hypothèque est inefficace : qu'il s'agisse de biens complexes, de prêt consenti en considération du gage et non du revenu de l'emprunteur, ou encore si l'emprunteur fait l'objet d'une procédure collective.

La fiducie-sûreté et l'hypothèque ne sont donc pas destinées à garantir les mêmes sortes de prêt. Le coût de la fiducie-sûreté doit donc surtout s'apprécier d'après l'opportunité d'emprunter et le coût total du crédit. La fiducie-sûreté permettra, en effet, d'obtenir un crédit alors qu'aucune sûreté classique ne donnerait satisfaction à la banque ; elle garantira, en outre, au prêteur une sécurité très supérieure ce qui réduira son risque et permettra à l'emprunteur de négocier un taux d'intérêt moins élevé.

4213. Le reproche de l'efficacité. La fiducie-sûreté essuie enfin une critique inhérente à son efficacité : elle expose l'emprunteur aux risques de la liberté contractuelle alors qu'il est habitué à la douillette protection du droit de la consommation. L'emprunteur ne court-il pas le risque de voir le bien donné en garantie vendu à vil prix en cas de mise en œuvre de la garantie par un prêteur impatient ?

Il importe ici encore de rappeler que la fiducie permet d'obtenir un financement alors qu'aucune autre garantie n'aurait trouvé grâce aux yeux d'un prêteur, ou que toute autre sûreté aurait permis d'obtenir des conditions moins favorables. Cette efficacité a son revers : le débiteur risque de perdre plus facilement la propriété du bien qu'il a donné en garantie. Il s'agit de l'essence même de la fiducie ; on aurait mauvais jeu d'y voir un inconvénient alors que le transfert de propriété fait toute l'efficacité de cette garantie.

Toutefois, pour répondre à la crainte des débiteurs constituants qui redouteraient que le bien donné en garantie soit bradé, nous avons suggéré plusieurs solutions, notamment la vente par adjudication, qui garantissent une réalisation de l'actif fiduciaire dans des conditions transparentes.

Ce dernier point illustre à merveille le principal enjeu de la fiducie-sûreté : allier intimement la liberté contractuelle, la sécurité juridique et l'efficacité pratique.