

FLASH INFO

LA CREATION LEGICENTRISTE DE LA FIDUCIE

LA DEFINITION :

C'est celle de l'article 2011 Nouveau du Code Civil : "La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires."

La source : la source de la fiducie c'est le contrat car contrairement à la maladresse législative qui prévoit que la fiducie est établie par la Loi ou par le contrat, la Loi crée le système juridique judiciaire mais c'est le contrat qui institue chacune des fiducies.

La forme : le contrat de fiducie est obligatoirement un contrat écrit, ce qui est dans le droit fil de la réforme des sûretés réelles depuis la réforme du 23 mars 2006.

Les parties au contrat :

- w le constituant ou fiduciaire ne peut être qu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés, c'est lui qui transfère des biens pour une opération déterminée,
- w le fiduciaire ne peut être qu'un établissement bancaire ou financier ou une compagnie d'assurance, c'est lui qui devient propriétaire en les tenant séparés des biens composant le patrimoine fiduciaire du constituant, soit en vue de les remettre à un tiers soit en vue de les remettre au constituant soit en vue de les garder si le transfert est à titre de garantie,

w le bénéficiaire c'est donc soit le constituant, soit un tiers bénéficiaire ou le fiduciaire lui-même, en aucun cas cependant d'après l'article 2013 du Code Civil, le contrat de fiducie ne peut procéder d'une intention libérale au profit du bénéficiaire ; la sanction est la nullité.

Le protecteur : la loi, compte-tenu de la complexité du mécanisme et du risque de blanchiment d'argent créé par la fiducie, a réservé le statut de fiduciaire aux établissements financiers ou bancaires et aux compagnies d'assurances, mais il avait été envisagé que les professions libérales réglementées puissent être fiduciaires, ce qui le sera sans doute dans quelques années.

La récente réforme de la protection juridique des majeurs a envisagé cette possibilité mais finalement ne l'a pas retenue.

Il résulte de ces définitions qu'une personne physique ne peut pas être constituante, dans un but de protection, mais le but de la fiducie dans quelques années est bien d'être une véritable fiducie sûreté au bénéfice également des particuliers.

Il résulte aussi des définitions ci-dessus que tout l'intérêt de la fiducie réside dans la création d'un patrimoine d'affectation protégé dont il faut remarquer qu'il n'est cependant pas rechargeable contrairement à l'hypothèque.

L'utilisation de la fiducie : la création d'un patrimoine fiduciaire, patrimoine d'affectation détaché du patrimoine du constituant et qui doit impérativement demeurer individualisé dans le patrimoine du fiduciaire, permet la transmission de biens, d'un ensemble de biens, de créances, d'un ensemble de créances et de sûretés ou d'un ensemble de sûretés et notamment la titrisation.

La fiducie peut également servir à la gestion d'un patrimoine d'affectation dans lequel les pouvoirs du fiduciaire sont strictement délimités pour une durée maximale de 33 ans.

La fiducie est révocable ad nutum par le constituant sauf si le fiduciaire ou le bénéficiaire l'ont acceptée.

L'utilisation peut être de sauvegarder une partie du patrimoine des entreprises par la création d'un véritable patrimoine d'affectation qui échappera à la procédure collective.

Bien entendu la fiducie peut porter sur des immeubles, auquel cas elle sera soumise à la publicité foncière sans préjudice de la création future d'un registre national des fiducies à préciser par décret.

Le patrimoine fiduciaire échappe à la procédure collective mais pas aux droits des créanciers du constituant titulaire d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie.
(Code Civil article 2024 Nouveau)

Il n'échappera pas non plus aux créanciers du fiduciaire titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine.

Consécutivement à ces règles, on peut penser que la fiducie pourra servir :

- w comme organe de gestion des participations au sein d'un groupe de sociétés,
- w comme structure de gestion des rapprochements d'entreprises,
- w comme instrument de titrisation,
- w comme instrument dans la création d'une joint-venture
- w comme instrument de gestion à l'occasion d'un litige et dans l'attente d'une solution à celui-ci,
- w comme garantie des prêts syndiqués.

(voir à ce sujet interview de Pierre SERVAN-SCHREIBER avocat au Barreau de PARIS et de NEW-YORK dans les PETITES AFFICHES du 15.03.2007)

LE ROLE DE L'AVOCAT :

Les opérations fiduciaires semblent réservées au monde bancaire et de l'assurance mais il ne faut pas oublier le rôle de conseil des professions juridiques et notamment de l'avocat.

En dehors du rôle de conseil il a aussi un rôle actif.

Rôle de conseil :

Conseil du constituant du fiduciaire voire du bénéficiaire dans le cadre de la rédaction du contrat de fiducie pour déterminer la durée de celui-ci, la nature du patrimoine transféré et des pouvoirs exacts du fiduciaire ainsi que l'issue du contrat.

Conseil des créanciers par la consultation lorsqu'il existera le registre national des publicités des fiducies s'il est créé à l'instar du registre du gage corporel ; bien entendu consultation des fichiers immobiliers pour les fiducies portant sur les immeubles.

Rôle actif :

Le rôle de protecteur, c'est-à-dire de garant des intérêts du constituant vis-à-vis du fiduciaire par la surveillance de l'exécution du contrat de fiducie, de la gestion des biens et de la restitution de ceux-ci à qui de droit selon ce qu'en dira le contrat.

Rôle actif également pour les créanciers dans le cas de conflit entre les sûretés et les créanciers qui en sont titulaires (conflit entre hypothèque rechargeable et fiducie, clause de réserve de propriété et fiducie, etc...)

Rôle actif enfin, du fait de l'obligation de déclaration du blanchiment des avocats comme les notaires, ce pourquoi le législateur a réservé la fiducie à des personnes morales soumises à l'IS et à des fiduciaire bancaires ou assurances.

La transparence fiscale est en effet imposée par le législateur.

En conclusion, la fiducie est un instrument juridique plus complet que les sûretés, que les cessions de créances professionnelles, que les ventes à rémérer, que les opérations de portage et surtout s'oppose aux procédures collectives.

Alain PROVANSAL
avocat au Barreau de MARSEILLE
Vice-Président de l'AAPPE.