



Par Marie Trécan,  
avocate, DS Avocats

# La fiducie-gestion: un outil juridique au large éventail au service des entreprises et des opérateurs financiers

Depuis la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie<sup>1</sup> et ses nombreuses corrections et améliorations apportées depuis cette date jusqu'à la récente ordonnance du 4 mai 2017 révisant le mécanisme de l'agent des sûretés<sup>2</sup>, les praticiens ont démontré le potentiel et les formes variées pouvant être adoptées par le mécanisme de la fiducie.

La fiducie-gestion s'est ainsi révélée comme une solution à de nombreuses et distinctes problématiques tant en matière de gestion patrimoniale que dans la réalisation d'opérations financières et notamment dans le domaine des montages sociétaires.

Aux termes de l'article 2011 du Code civil: «La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, 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

des règles spécifiques étant prévues pour la fiducie-sûreté aux articles 2372-1 à 2372-5 du Code civil (sûretés sur biens mobiliers) et aux articles 2488-1 à 2488-5 du Code civil (sûretés sur biens immobiliers).

Dans le cadre de la fiducie-gestion, le constituant fait gérer, de façon autonome, un ou plusieurs biens ou droits en les extrayant de son patrimoine pour les soumettre aux pouvoirs du fiduciaire. Le bénéficiaire est le constituant lui-même (et non pas un tiers créancier comme c'est le cas dans la fiducie-sûreté) et le fiduciaire devra à terme lui rétrocéder le patrimoine transféré.

La fiducie est un contrat d'une grande flexibilité qui permet d'envisager des utilisations très variées.

Selon la doctrine majoritaire, la fiducie opère un transfert de propriété mais celui-ci n'est pas absolu car le fiduciaire

**Selon la doctrine majoritaire, la fiducie opère un transfert de propriété mais celui-ci n'est pas absolu car le fiduciaire doit gérer cette propriété conformément à la mission définie dans le contrat de fiducie.**

un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.» La fiducie-gestion se distingue, en pratique, de la fiducie-sûreté qui a pour objet la constitution d'une garantie par le transfert de certains biens dans un patrimoine tiers à l'abri en cas de liquidation du débiteur.

Ces deux types de fiducie sont régis par un socle commun de dispositions prévues par les articles 2011 à 2030 du Code civil,

doit gérer cette propriété conformément à la mission définie dans le contrat de fiducie.

Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale (article 2013 du Code civil). En conséquence, la fiducie ne peut être utilisée qu'à des fins de gestion (la fiducie-gestion) ou à des fins de garantie (la fiducie-sûreté). Le contrat est nul s'il a pour effet d'assurer à terme une transmission gratuite au profit du

bénéficiaire.

Si une personne physique peut être le constituant d'une fiducie, elle ne peut donc pas la mettre en place à des fins de transmission à titre gratuit.

Le fiduciaire est nécessairement un professionnel: établissement de crédit, entreprise d'investissement ou d'assurance ou avocat.

La fiducie-gestion peut être utilisée comme outil d'ingénierie patrimoniale permettant de répondre à certaines problématiques récurrentes rencontrées par les chefs d'entreprise soucieux de se protéger contre

les risques d'invalidité ou de décès prématuré. Elle offre ainsi une alternative intéressante au mandat de protection future qui prend fin en cas d'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle. Malgré l'apport des titres en fiducie, le dirigeant conserve son pouvoir de décision au sein de son entreprise tant qu'il est en pleine capacité de ses moyens. Une convention de mise à disposition permet de dissocier la propriété juridique des titres et le pouvoir décisionnel. Le contrat de fiducie doit être rédigé avec précision quant à la mission du fiduciaire afin que celui-ci puisse assurer la mission de gestion de l'entreprise et, le cas échéant, de recherche d'un repreneur en cas de survenance d'une inaptitude du constituant. Un tiers protecteur peut être désigné afin de s'assurer de la bonne exécution du contrat de fiducie par le fiduciaire.

## 1. La fiducie-gestion peut être utilisée comme outil de sécurisation des pactes d'associés

Dans ce contexte, la fiducie-gestion a pour finalité de garantir la bonne exécution des obligations contractuelles prévues par le pacte afin d'éviter les incertitudes relatives aux sanctions de l'inexécution de ces dernières (dommages-intérêts ou exécution forcée).

Les titres de la société sont ainsi transférés dans un patrimoine fiduciaire, à charge pour le fiduciaire d'exercer le droit de vote y afférents selon les instructions des constituants conformément au contrat de fiducie et d'assurer la bonne exécution des stipulations du pacte, en particulier des clauses relatives aux cessions de titres (cession forcée, cession conjointe, droit de préférence, de première offre ou de préemption, clause de liquidité, etc.). En cas d'action effectuée en violation des stipulations du pacte, le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes commises dans l'exercice de sa mission.

## 2. La fiducie au service du redressement des entreprises

La fiducie peut être utilisée en cas de survenance d'une difficulté d'entreprise dans le cadre de laquelle les créanciers souhaitent privilégier un objectif de redressement de l'entreprise plutôt que celui du recouvrement ou de cession de leurs créances. Dans le cadre des négociations avec le débiteur et ses créanciers, lors d'une procédure amiable sous l'égide d'un mandataire ad hoc, les établissements de crédit créanciers acceptent de convertir

leurs créances en titres de capital dont ils confient la gestion à un fiduciaire pour une durée et rémunération déterminée, le cas échéant, sur la base d'objectifs chiffrés. Dans ce contexte,

**Lorsqu'elle est utilisée comme un outil de sécurisation des pactes d'associés, la fiducie-gestion a pour finalité de garantir la bonne exécution des obligations contractuelles prévues par le pacte afin d'éviter les incertitudes relatives aux sanctions de l'inexécution de ces dernières (dommages-intérêts ou exécution forcée).**

le recours à la fiducie-gestion permettrait de réduire le risque d'immixtion dans la gestion.

## 3. Fiducie-gestion et franchissement de seuil

En matière boursière, la fiducie-gestion peut également constituer une solution efficace permettant de répondre aux problématiques de franchissement de seuil au sein de sociétés cotées pouvant entraîner le dépôt obligatoire d'une offre publique. Le transfert de propriété de titres cotés permet ainsi au constituant de revenir à un niveau de détention inférieur aux seuils d'offres publiques établis par la réglementation, sous réserve de la perte de contrôle sur les actions concernées dont le droit de vote est exercé par le fiduciaire de manière autonome et d'une déclaration d'absence d'action de concert.

## 4. Fiducie-gestion sur sommes d'argent

Le constituant transfère une somme d'argent au fiduciaire à charge pour ce dernier d'en libérer tout ou partie conformément aux stipulations du contrat de fiducie:

- dans le cadre de la gestion d'un plan de sauvegarde de l'emploi afin de s'assurer de la bonne exécution des engagements négociés entre le repreneur et le cédant d'une entreprise et de l'utilisation des sommes mises à disposition par le cédant de l'entreprise cédée aux fins de financer les investissements convenus;

- dans le cadre d'une conciliation afin de s'assurer de l'effectivité des sources de financement au sein d'un groupe de sociétés nécessaires pour la période transitoire. La mise en place d'une fiducie-gestion sur les créances à l'intérieur du groupe a ainsi permis de sécuriser la remontée de ressources financières en provenance des filiales bénéficiaires vers les filiales déficitaires. Le fiduciaire avait pour mission de répartir la trésorerie ainsi générée entre les différentes sociétés du groupe. Dans cette opération, la fiducie-gestion a exclu le risque pour le banquier créancier de se voir reprocher une immixtion dans la gestion de son débiteur.

A la différence de la fiducie-sûreté, l'obligation de payer s'impose au fiduciaire sans qu'il soit besoin d'établir un défaut de paiement de la part du constituant. ■

1. Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

2. Ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés.