



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Les biens fiduciaires (biens distraits des procédures)

MACORIG-VENIER FRANCINE

Référence de publication : MACORIG-VENIER (F.), « Les biens fiduciaires (biens distraits des procédures) », *Revue des procédures collectives*, 2011, n° 1, p. 89-92.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Les biens fiduciaires (biens distraits des procédures)

Introduction

1. - Une fois précisée la personne à laquelle s'applique la procédure, question première à la détermination de laquelle la matière a été consacrée, il importe de savoir quels biens elle appréhende, quels biens composent ce qu'il est communément appelé son « actif ». La question n'est pas seulement importante pour les créanciers du débiteur (c'est sur l'actif de la procédure qu'ils ont vocation à être payés – l'actif répondant du passif), elle l'est aussi pour le débiteur lui-même, spécialement pour l'évaluation des perspectives de sauvetage de son entreprise et des chances d'adoption d'un plan. *A priori*, pour l'instant du moins^{Note 2}, la réponse à la question posée est simple : c'est l'ensemble des biens qui composent le patrimoine du débiteur soumis à la procédure qui constitue l'actif de la procédure^{Note 3}. Derrière la personne du débiteur, en effet, il y a son patrimoine. La solution est traditionnelle, même si elle a été quelque peu écornée, bien avant la loi relative à l'EIRL.

2. - Longtemps, en effet, au nom de la solvabilité apparente sur laquelle les partenaires et créanciers du débiteur pouvaient se fonder, on a ignoré le droit de propriété d'autrui sur certains actifs, les actifs mobiliers placés entre les mains du débiteur et vendus avec réserve de propriété. La règle était alors celle de l'inopposabilité de la réserve de propriété à la procédure. La solution a vécu depuis 1980 et la *Loi Dubanchet* qui a permis de reconnaître les droits des propriétaires réservataires. Même si cette reconnaissance passe par un certain encadrement de l'exercice de leurs droits, ce changement a engendré un essor sans précédent de la réserve de propriété. On a alors déploré que l'actif des procédures se soit vidé de sa substance, phénomène dû non seulement au recours à la réserve de propriété ou encore au crédit-bail mais également au transfert de certains biens du débiteur au créancier à titre de garantie. Après les meubles corporels, les créances ont en effet été concernées par l'utilisation de la propriété à des fins de sûreté, spécialement avec la *Loi Dailly*. La fiducie introduite bien plus tardivement dans notre droit – c'était en 2007^{Note 4} – et qui peut être utilisée à différentes fins – sûreté, mais également gestion – devrait amplifier sensiblement ce mouvement de « fuite des actifs », même si pour l'heure encore, la pratique fait preuve d'une singulière prudence face à ce nouvel instrument. Le sort des biens fiduciaires sur lequel cette communication est centrée, intéresse et préoccupe à la fois. Pour mieux l'appréhender, il convient de procéder à quelques rappels, sans revenir pour autant en détails sur la fiducie du Code civil que chacun connaît sans doute fort bien tant elle a donné lieu à de la littérature et à des manifestations depuis 2007.

3. - La fiducie de l'article 2011 du Code civil repose sur le transfert de la propriété – certes particulière –^{Note 5} d'un bien (ou d'un ensemble de biens) de la tête du constituant à celle du fiduciaire. Ce transfert est provisoire^{Note 6}, puisque, *in fine*, un nouveau transfert doit intervenir au profit d'un bénéficiaire, lequel peut être, le cas échéant, le constituant lui-même et/ou le fiduciaire – ce qui est le cas de la fiducie-sûreté consentie au profit d'un établissement bancaire. Le transfert initial commande que les biens fiduciaires ne puissent être compris dans l'actif de la procédure applicable au constituant. C'est évidemment là le trait marquant du sort des biens fiduciaires, qui en constitue l'attrait majeur pour les créanciers^{Note 7} et peut-être, parfois, pour le débiteur aussi. Ce trait n'a pas non plus échappé au législateur, lequel s'emploie à le

contrarier plus ou moins frontalement et plus ou largement selon les procédures applicables^{Note 8}.

4. - Si les biens fiduciaires sont *a priori* distraits de la procédure du constituant, il convient d'observer que tant que la fiducie est en cours, ils sont également distraits de la procédure applicable au fiduciaire, et de celle applicable au bénéficiaire. Il convient d'ajouter que la fiducie du Code civil, plus inspirée à cet égard du droit anglo-saxon que du droit romain, passe par la création d'un patrimoine d'affectation, même si le Code civil n'emploie pas l'expression. Mais, contrairement à la situation qui sera ensuite envisagée par F. Pérochon avec le patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel, ce n'est pas le constituant de la fiducie qui est à la tête de ce patrimoine, il s'agit d'une autre personne, le fiduciaire, à qui les biens fiduciaires sont confiés, transférés. Pour autant, les biens fiduciaires n'entrent pas dans le patrimoine « personnel » du fiduciaire car ils constituent un patrimoine d'affectation autonome à la tête duquel est le fiduciaire. Ces biens sont donc également distraits de l'actif de la procédure du fiduciaire. Si le bénéficiaire de la fiducie n'est ni le constituant ni le fiduciaire, pendant l'exécution du contrat de fiducie, les biens fiduciaires ne sont pas non plus compris dans son patrimoine et donc restent étrangers à l'éventuelle procédure ouverte à son égard.

5. - Il conviendra d'envisager ainsi d'une part l'exclusion – relative – des biens fiduciaires de la procédure du constituant et d'autre part, l'exclusion – absolue – des ces biens des procédures ouvertes à l'égard du fiduciaire et du bénéficiaire.

1. Les biens fiduciaires : des biens *a priori* distraits de la procédure du constituant

6. - Conformément à la logique du transfert des biens fiduciaires au fiduciaire, ceux-ci ne peuvent composer l'actif de la procédure du constituant. Ils en sont en principe distraits. Néanmoins, l'exclusion de ces biens de la procédure n'est pas absolue. Dans certaines circonstances, à certaines conditions, la loi organise ou bien le retour des biens fiduciaires dans le patrimoine du constituant ou bien le maintien des biens fiduciaires à la disposition de la procédure (empêchant la consolidation des droits du bénéficiaire sur ces biens). Il apparaît, en effet, pour la fiducie, comme pour d'autres mécanismes, que les biens distraits du patrimoine du débiteur peuvent néanmoins subir une certaine emprise de la procédure, dès lors du moins qu'ils ont été mis à disposition de l'entreprise.

A. - *Des biens en principe distraits de la procédure du constituant*

7. - Sortis du patrimoine du constituant, les biens fiduciaires ne peuvent être compris dans l'actif de la procédure. Cette situation se traduit de deux manières qui intéressent à la fois les créanciers du constituant et le devenir de l'entreprise.

8. - Les biens fiduciaires ne constituent pas le droit de gage général des créanciers du constituant. La règle, résultant du transfert opéré en faveur du fiduciaire, est par ailleurs exprimée par l'article 2025 du Code civil en ces termes : « ... *hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la*

gestion de ce patrimoine ». Les créanciers du constituant ne peuvent atteindre ces biens, y compris les créanciers titulaires de privilèges généraux. Seuls les créanciers qui ont obtenu un droit réel leur conférant un droit de suite peuvent s'en prévaloir. Leurs droits sont expressément réservés par l'article 2025^{Note 9} et devront être respectés par le créancier titulaire de la fiducie sûreté ultérieurement constituée sur ces biens, lequel peut en principe réaliser sa sûreté, sauf disposition particulière, telle que l'article L. 622-23-1 du Code de commerce s'appliquant en sauvegarde et redressement judiciaire. Quant aux autres créanciers du constituant, sous réserve de la fraude du constituant, il ne leur reste qu'à espérer qu'il existera une différence entre la valeur du bien (estimée en principe par expert) ou le produit de la vente du bien d'une part, et, d'autre part, le montant de la créance due au créancier fiduciaire, et, en outre, que les créanciers dont la créance est née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire n'absorberont pas toute celle-ci. Ces derniers doivent en effet être payés avant restitution de la différence au constituant selon les articles 2372-3 et 2372-4 du Code civil en matière mobilière, 2488-3 et 2488-4 en matière immobilière. Ainsi, il apparaît que les créanciers du constituant ne peuvent sauf exception saisir les biens fiduciaires et que les organes de la procédure ouverte à son égard ne peuvent être autorisés à les vendre, quand bien même ils auraient été laissés à la disposition du débiteur, ces biens ne faisant pas partie de l'actif de la procédure.

9. - Au-delà, les biens fiduciaires ne sont pas susceptibles d'être compris dans plan de cession, fût-ce en présence d'une convention de mise à disposition, convention qui ne peut faire l'objet dans la procédure de liquidation judiciaire ni d'une continuation forcée, ni d'une cession forcée dans le cadre d'un plan de cession.

10. - Quelle que soit l'hypothèse, si les biens fiduciaires ont été laissés à la disposition du débiteur constituant, le fiduciaire pourra les récupérer en les revendiquant ou en agissant en restitution^{Note 10}. Il n'obtiendra cependant pas toujours immédiatement la restitution escomptée. En effet, cette situation peut conduire à apporter un tempérament au fait que les biens fiduciaires sont distraits de l'actif de la procédure. Il convient précisément d'évoquer limites et exceptions à l'exclusion des biens fiduciaire de l'actif de la procédure du constituant.

B. - Exceptions et limites à l'exclusion des biens fiduciaires de la procédure du constituant

11. - Le transfert de propriété opéré par la fiducie ne met pas définitivement les biens fiduciaires à l'abri de la procédure du constituant. Il n'offre pas une protection absolue. Parfois, le transfert lui-même peut être remis en question et les biens fiduciaires font alors retour dans le patrimoine du constituant. Dans d'autres circonstances, lorsque le sauvetage de l'entreprise est possible et que les biens fiduciaires ont été laissés à sa disposition, ces biens, même s'ils sont et demeurent distraits de la procédure, ne sont pas complètement soustraits à son emprise.

1° Exception en cas de retour des biens dans le patrimoine du constituant et dans l'actif de la procédure

12. - Il est possible de distinguer deux types d'hypothèses dans lesquelles le retour des biens dans le

patrimoine du débiteur est organisé. Certaines peuvent être rattachées à l'idée de fraude ou d'abus entourant la constitution de la fiducie et jouent assez largement, une autre est fondée sur l'utilité du bien pour la poursuite de l'activité et ne peut s'appliquer que de manière plus étroite.

a) Les cas de retour fondés sur l'idée de fraude ou d'abus

13. - Il s'agit tout d'abord des classiques **nullités de la période suspecte** (applicables en cas de redressement et liquidation judiciaires seulement). L'article L. 632-1, I, du Code de commerce contient deux dispositions spéciales, les 9° et 10°, dont il résulte que toute fiducie-gestion constituée en période suspecte tombe sous le coup des nullités de droit, tandis que les fiducies-sûretés n'encourent la nullité de droit que si elles ont été constituées en garantie d'une dette antérieurement contractée (la nullité frappant dans les mêmes conditions la convention de rechargement d'une fiducie-sûreté).

14. - Il s'agit ensuite de l'**article L. 650-1 qui permet** au juge, **en cas de soutien abusif**, de prononcer, outre la condamnation du créancier, la nullité des garanties ou, seulement depuis 2008, de procéder à leur réduction, étant rappelé que le soutien abusif ne peut être retenu qu'en cas de fraude, d'immixtion dans la gestion ou en présence de garanties manifestement disproportionnées par rapport aux concours consentis, ce qui peut être le cas d'une fiducie-sûreté portant sur un bien dont la valeur excède notablement celle de la créance garantie, sauf toutefois stipulation du caractère rechargeable de la fiducie.

15. - Enfin, en liquidation judiciaire, le **retour automatique des biens dans l'actif de la procédure est prévu par l'article L. 641-12-1 lorsque le constituant a seul la qualité de bénéficiaire** (c'est la fiducie-gestion dite à soi-même). Ce texte prévoit très exactement la résiliation de plein droit du contrat de fiducie, laquelle résiliation emporte retour des biens dans le patrimoine du constituant. Sa finalité est de court-circuiter toute tentative d'organisation de son insolvabilité par le débiteur. La règle est cependant jugée brutale, toute fiducie à soi-même n'étant pas nécessairement frauduleuse^{Note 11}.

b) Retour fondé sur l'utilité du bien pour la poursuite de l'activité

16. - En sauvegarde et redressement judiciaire uniquement, lorsque la fiducie est une fiducie-sûreté, le débiteur peut demander au juge-commissaire d'autoriser le paiement du créancier pour obtenir le retour des biens objets de la fiducie dès lors que ce retour est justifié par la poursuite de l'activité (*C. com., art. L. 622-7, II, al. 2*). Dans cette hypothèse pourtant, les parties au contrat n'avaient pas jugé utile de laisser au débiteur l'usage des biens concernés. Cette utilité se révèle après coup. Elle permet de remettre en question le transfert opéré sans pour autant spolier le créancier. Lorsque les parties ont laissé au débiteur l'usage ou la jouissance des biens fiduciaires, la procédure exerce une emprise certaine sur ces biens pourtant distraits de son actif.

2° Limite à la soustraction des biens à la procédure : le cas de la mise à disposition des biens fiduciaires au profit de l'entreprise

17. - Une emprise de la procédure s'observe sur les biens fiduciaires laissés à disposition du débiteur et pourtant distraits de son patrimoine et, partant, de l'actif de la procédure. Cette limite ne joue également

que dans la sauvegarde et le redressement judiciaire (et sous réserve, pour la procédure de redressement judiciaire, qu'elle n'ait pas été ouverte après la résolution d'un plan de sauvegarde).

18. - Dans cette hypothèse où une convention de mise à disposition a été conclue, c'est-à-dire où l'on a à faire à une fiducie-sûreté sans dépossession, cette convention est soumise au régime de la continuation des contrats en cours (*C. com., art. L. 622-13, VI*). La continuation de ce contrat fait donc obstacle à la restitution du bien entre les mains du fiduciaire ayant agi en revendication. La restitution ne peut alors intervenir qu'au jour de la résiliation ou du terme du contrat (*C. com., art. L. 624-10-1*).

19. - Par ailleurs, l'article L. 622-23-1 empêche la réalisation de la fiducie-sûreté et plus largement tout transfert des biens au profit du fiduciaire ou d'un tiers tant en raison de l'ouverture de la procédure que de l'adoption d'un plan ou du défaut de paiement d'une créance antérieure. On observera à cet égard que la procédure peut exercer une emprise prolongée sur les biens fiduciaires et les droits du créancier garanti par la fiducie sûreté, la paralysie de la réalisation de la fiducie sûreté étant susceptible de se prolonger tant que dure le plan et tant qu'il est exécuté.

20. - Il apparaît ainsi que l'exclusion des biens fiduciaires du patrimoine du constituant et de l'actif de la procédure est somme toute quelque peu relative. Il n'en va pas de même en revanche de leur exclusion de la procédure applicable au fiduciaire ou au bénéficiaire

2. Les biens fiduciaires : des biens distraits de l'actif de la procédure du fiduciaire et de celle du bénéficiaire

21. - En cours de fiducie, les biens fiduciaires, bien qu'ils soient transférés au fiduciaire, sont distraits de la procédure qui lui est le cas échéant applicable. En l'absence de transfert d'un quelconque droit réel dans le patrimoine du bénéficiaire, l'actif de la procédure susceptible de lui être appliquée ne saurait les comprendre davantage.

A. - Des biens distraits de la procédure du fiduciaire

22. - La soustraction des biens fiduciaires de l'actif de la procédure ouverte à l'égard du fiduciaire est affirmée par l'article 2024 du Code civil selon lequel : « *l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire* ». Les biens fiduciaires constituent en effet un patrimoine d'affectation à la tête duquel est placé le fiduciaire. Les fiduciaires seront d'ailleurs très probablement titulaires de plusieurs patrimoines d'affectation : autant que de contrats de fiducie souscrits en qualité de fiduciaire. Rappelons que les fiduciaires sont nécessairement des établissements bancaires et assimilés^{Note 12} ou, depuis la LME, des avocats. Dès 2007, et conformément aux solutions retenues dans l'avant-projet de 1992, le choix a été fait d'isoler les biens fiduciaires des biens personnels du fiduciaire. Ce choix rapproche la fiducie française du trust et l'éloigne de la fiducie romaine dans laquelle les biens transférés se mêlaient aux biens du fiduciaire.

23. - Observons que si les biens fiduciaires sont distraits de la procédure du fiduciaire, l'ouverture d'une telle procédure n'est pas sans incidence sur le contrat de fiducie et donc le sort des biens fiduciaires. Des règles supplétives de la volonté des parties au contrat de fiducie sont posées par la loi. Elles conduisent à faire des distinctions selon la procédure ouverte. **En cas de sauvegarde et de redressement judiciaire**, les biens fiduciaires sont transmis à un remplaçant, un fiduciaire provisoire ou un nouveau fiduciaire. Cela suppose toutefois une décision judiciaire prise à la demande du constituant ou du bénéficiaire ou encore du tiers chargé de veiller à la préservation des intérêts du constituant. Selon l'article 2027 du Code civil en effet, « *la décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire* » originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant. **En cas de liquidation judiciaire**, la fiducie prend fin en principe conformément à l'article 2029 du Code civil. Cependant, la loi réserve l'hypothèse de stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles le contrat de fiducie se poursuit. On peut imaginer que sera prévue la possibilité de demander au juge la désignation d'un nouveau fiduciaire dans les mêmes conditions qu'en cas de redressement ou sauvegarde^{Note 13}. En cas de fin de la fiducie, les biens fiduciaires font retour au constituant en l'absence de bénéficiaire (*C. civ., art. 2030, al. 1er*). En présence d'un bénéficiaire, ils sont transférés à ce dernier (ce qui est l'issue logique de la fiducie). Avant la fin de la fiducie ils ne peuvent être compris dans l'actif de la procédure appliquée au fiduciaire.

B. - Des biens distraits de la procédure du bénéficiaire

24. - Pendant l'exécution du contrat de fiducie, le bénéficiaire a simplement vocation à la propriété des biens fiduciaires. Il n'a pas de droit réel (contrairement au bénéficiaire dans le trust)^{Note 14}. Les biens fiduciaires ne sont pas compris dans l'actif de la procédure du fiduciaire ouverte à l'égard de ce dernier pendant la durée du contrat de fiducie. Le souci de rendre notre droit « sharia compatible » a failli aboutir à la reconnaissance au profit du bénéficiaire d'un droit réel, mais aucune modification n'est intervenue en ce sens à ce jour. Une proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des PME et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers du 17 septembre 2009 suggérait de modifier ainsi l'article 2011 du Code civil : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie* ». Cette proposition qui avait suscité de vives réserves^{Note 15} avait pourtant été adoptée. L'article de la loi contenant la mesure a toutefois été annulé par le Conseil constitutionnel au motif qu'il s'agissait d'un cavalier législatif^{Note 16}.

25. - En dépit de l'absence de droit réel du bénéficiaire sur les biens fiduciaires, la procédure du bénéficiaire n'est peut-être pas sans incidence sur la fiducie et le sort des biens en dépit du mutisme de la loi à cet égard. Il a été fait observer que la liquidation judiciaire du bénéficiaire, à l'inverse de la sauvegarde ou du redressement, pourrait compromettre le maintien de la fiducie, en particulier parce qu'il paraît peu envisageable, compte tenu du fort *intuitu personae* en la matière, que le cessionnaire éventuel revête la qualité de fiduciaire^{Note 17}. Quant à la sauvegarde et au redressement, la vocation du bénéficiaire au transfert des biens fiduciaires pourrait être prise en compte pour évaluer les perspectives de succès d'un plan^{Note 18}.

26. - Le choix des organisatrices de ce colloque de placer les biens fiduciaires parmi les biens distraits de

la procédure s'avère particulièrement judicieux. Tant que le contrat de fiducie est en cours les biens fiduciaires ne peuvent en principe être compris dans l'actif d'aucune procédure. Pour autant, le retour des biens dans la procédure du constituant n'est pas exclu et la procédure n'est pas sans incidence sur le sort des biens fiduciaires laissés à disposition de celui-ci.

..Egalement dans ce dossier : articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14

Note 1 *Actes du colloque de Toulouse du 10 septembre 2010 « Le périmètre du droit de la défaillance économique », colloque inaugural de l'Association des Juristes de la Défaillance Économique (AJDE).*

Note 2 L'adoption de l'EIRL, dont on attend la coordination avec le droit des entreprises en difficulté, changera la donne. V. notamment, J. Vallansan, *Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective : JCP E 2010, 1083.* – B. Saintourens, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 : Rev. sociétés 2010, p. 351 s., n° 53.*

Note 3 Il convient de réserver le cas des biens insaisissables.

Note 4 Ph. Dupichot, *Opération fiducie sur sol français : JCP N 2007, 1130.* – C. Larroumet, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie, Propos critiques : D. 2007, p. 1346.* – R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie : Défrénois 2007, p. 1094 et p. 1194.* – F. Barrière, *Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 : Bull. Joly Sociétés 2007, p. 440 et p. 555.* – B. Saintourens, F. Deboissy et G. Wicker, *La fiducie dans le courant des réformes : Actes prat. ing. sociétaire nov-déc. 2008, p. 93.*

Note 5 Nous n'exposerons pas ici les discussions sur la nature du droit transmis. Il ne s'agit pas pour certains auteurs d'un véritable droit de propriété car la propriété transférée n'est pas une propriété libre, le fiduciaire étant soumis à la volonté d'un tiers (B. Mallet-Bricout, *Le fiduciaire propriétaire ? : JCP E 2010, 1191, n° 8 à 10 ; Fiducie et propriété, Liber amicorum, Ch. Larroumet : Economica 2010, p. 297, n° 16*). Au contraire, la propriété affectée n'est pas incompatible avec le droit de propriété pour d'autres (F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les Biens : PUF, 3e éd. 2008, n° 237, p. 386*) pour autant que les restrictions apportées aux prérogatives du fiduciaire ne sont pas trop importantes ce qui pourrait aboutir à une requalification de l'opération, en mandat notamment (F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 271, p. 430. – Dans le même sens, P. Puig, *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007 : Dr. et patrimoine juin 2008, n° 171*, soulignant que la requalification ne s'impose pas en revanche en cas de fiducie-sûreté.

Note 6 Le provisoire est susceptible de durer néanmoins, la durée du contrat de fiducie ayant été portée par la LME de 33 à 99 ans. Le caractère provisoire de la propriété fiduciaire est incontestable pour autant et la distingue de la propriété ordinaire, perpétuelle.

Note 7 L'intérêt est pour le créancier d'échapper ainsi au concours avec les créanciers ayant des droits sur les biens du débiteur. Mieux qu'un droit de préférence, ils sont dotés d'un droit exclusif sur le bien transmis. Sur l'exclusivité offerte par la propriété-sûreté et ses limites : F. Macorig-Venier, *L'exclusivité, in Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté, Actes Colloque du CRAJEFE, Nice mars 2010 : LPA, à paraître.*

Note 8 Les rédacteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté ont été particulièrement sensibles à cette question. Ils ont fait œuvre de compromis en cherchant à préserver les chances de sauvetage de l'entreprise sans compromettre les droits de créanciers titulaires

d'une fiducie-sûreté (P. Crocq, *L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés* : *Rev. proc. coll.* 2009, dossier 10. – F. Pérochon, *Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles* : *D.* 2009, p. 651. – M. Grimaldi et R. Dammann, *La fiducie sur ordonnances* : *D.* 2009, p. 670. – N. Borga, *Regards sur les sûretés dans l'ordonnance de 2008* : *RD bancaire et fin.* 2009, étude 20. – F. Macorig-Venier, *Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés* : *Dr. et patrimoine janv.* 2010, p. 26).

Note 9 Selon ce texte, « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine... ».

Note 10 La possibilité d'exercer une simple action en restitution au lieu et place d'une action en revendication suppose que le contrat constitutif de fiducie ait fait l'objet d'une publicité. Or, en matière mobilière, la fiducie pourrait souffrir de l'absence de publicité organisée pour rendre le contrat opposable aux tiers. C'est bien là peut-être le talon d'Achille de la fiducie qui aura sans doute aussi à souffrir d'exigences lourdes de constitution (J.-J. Ansault, *Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? in Dossier La fiducie, quel avenir ?* : *Dr. et patrimoine mai* 2010, n° 192, p. 36). Toutefois, en l'absence de régime de publicité obligatoire, le propriétaire a la faculté de faire publier le contrat sur le registre mentionné à l'article R. 624-15, alinéa 2, prévu en matière de crédit-bail mobilier. Cela concerne la réserve de propriété et pourrait aussi concerner la fiducie-sûreté.

Note 11 F. Pérochon, (À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 : *Gaz. Pal.* 2009, n° 69, p. 3, n° 4), suggère l'ouverture d'une option en faveur du liquidateur.

Note 12 Établissements de crédit selon l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier ; institutions et services énumérés par l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier ; entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code monétaire et financier.

Note 13 B. Saintourens, F. Deboissy et G. Wicker, *La fiducie dans le courant des réformes : Actes prat. ing. sociétaire nov.-déc.* 2008, p. 93 et s., n° 15.

Note 14 C. de Lajarte, *La nature des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie* : *Rev. Lamy dr. civ.* mai 2009, p. 71.

Note 15 F.-X. Lucas, *La fiducie au pays de l'or noir* : *Bull. Joly Sociétés* 2009, n° 10, p. 825, dénonçait l'apparition dans le droit positif d'une distinction entre une propriété économique et une propriété juridique semblable à la distinction entre le *legal ownership* et le *beneficial ownership*, des pays de *Common Law*.

Note 16 *Cons. const.*, déc. 14 oct. 2009, n° 2009-589 : *D.* 2009, p. 2412, obs. A. Lienhard. – Adde : L. Aynès et P. Crocq, *La fiducie préservée des audaces du législateur* : *D.* 2009, p. 2559.

Note 17 B. Saintourens, F. Deboissy et G. Wicker, *La fiducie dans le courant des réformes : Actes prat. ing. sociétaire nov.-déc.* 2008, p. 93 et s., n° 18.

Note 18 B. Saintourens, F. Deboissy et G. Wicker, *op. cit.*, n° 17.