

Financement des entreprises : plaidoirie pour la fiducie-sûreté

La fiducie-sûreté se révèle une solution adaptée à la garantie du financement des entreprises; elle représente notamment une alternative au crédit-bail en matière de financement de l'immobilier d'entreprise en assurant au bénéficiaire une plus grande sécurité juridique, en cas de procédure collective du débiteur, que les sûretés classiques.



Par Philippe Reigné,



et Sarah Lugan,

NMW Avocats

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des 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 bénéficiaires¹. Elle opère un transfert de propriété immédiat en faveur du fiduciaire, lequel autorise le créancier

bénéficiaire à disposer librement du bien, objet de la garantie, en cas de défaillance du débiteur.

Cette opération est l'équivalent, en droit français, du trust de common law.

Le législateur a distingué trois sortes de fiducie, la fiducie-gestion, la fiducie-sûreté et la fiducie-libéralité. Le fiducie-gestion permet de transférer un bien au fiduciaire, à charge pour lui de le gérer le mieux possible pour le compte du constituant ou du bénéficiaire. La fiducie-sûreté, quant à elle, opère le transfert à un créancier, en garantie d'une dette, d'un bien ou d'un droit à

titre de propriété fiduciaire². La fiducie-libéralité, en revanche, est interdite, à peine de nullité³.

Les articles 2011 à 2028 du Code civil précisent les règles générales de la fiducie. Cette dernière procède de la loi du 19 février 2007⁴, notamment complétée par la loi du 4 août 2008⁵ et par l'ordonnance du 30 janvier 2009⁶.

En droit français, la nature et le régime des sûretés dépendent de la nature du bien sur lequel elles portent. Ainsi n'existe-t-il

pas de sûreté pouvant à la fois porter sur des meubles et sur des immeubles.

La fiducie-sûreté échappe à ce principe: il est possible de placer dans un patrimoine fiduciaire aussi bien des biens meubles, corporels ou incorporels, que des immeubles, des obligations que des droits et même des sûretés.

La fiducie-sûreté comporte de nombreux avantages et obéit à quelques règles spécifiques⁷.

Ce mécanisme revêt une importance accrue depuis la jurisprudence *Cœur Défense*. A l'occasion de cette affaire, la Cour de cassation a ouvert très largement le recours à la procédure de sauvegarde, restreignant d'autant les prérogatives des créanciers⁸. En outre, en l'espèce, le bénéfice d'une procédure de sauvegarde a été accordé à une société de droit luxembourgeois en application du règlement européen n° 1346/2000.

Au contraire, la fiducie-sûreté, en raison du transfert de la propriété qu'elle entraîne, permet une meilleure protection du créancier en cas de procédure collective du débiteur. Elle est en effet mieux traitée que les sûretés réelles classiques. Il en résulte que la fiducie-sûreté apporte au créancier des garanties de remboursement plus fiables que celles fournies par les sûretés réelles traditionnelles en France (gage, nantissement, hypothèque, privilège, etc.).

Si le législateur impose certaines mentions obligatoires, le contrat de fiducie repose largement sur la liberté contractuelle. Les parties pourront ainsi adapter le contrat afin de tenir compte de leurs attentes.

La mise en place d'une fiducie-sûreté implique des nombreuses conséquences fiscales et nécessite d'aborder l'imposition des revenus professionnels et personnels, les droits d'enregistrement, l'impôt de solidarité sur la fortune («ISF») ou encore la taxe sur la valeur ajoutée («TVA») et les impôts locaux.

La fiducie-sûreté, en raison du transfert de la propriété qu'elle entraîne, permet une meilleure protection du créancier en cas de procédure collective du débiteur. Elle est en effet mieux traitée que les sûretés réelles classiques.

A la constitution de la fiducie, les plus-values constatées à l'occasion du transfert des actifs dans le patrimoine fiduciaire sont neutralisées sous certaines conditions selon un mécanisme similaire à celui applicable aux fusions.

En matière d'imposition des revenus des particuliers et des résultats des entreprises, les articles 238 quater A et suivants du Code général des impôts («CGI») posent un principe de neutralité fiscale. En effet, à la constitution de la fiducie,

les plus-values constatées à l'occasion du transfert des actifs dans le patrimoine fiduciaire sont neutralisées sous certaines conditions selon un mécanisme similaire à celui applicable aux fusions⁹.

Durant la période de déroulement de la fiducie, le résultat de celle-ci est imposé directement au nom du constituant et s'agrége à son résultat propre.

Il convient de noter que le contrat de fiducie-sûreté et ses avenants portant sur des biens et droits immobiliers doivent être publiés au service de la publicité foncière dont dépendent lesdits biens et

droits immobiliers sous peine de nullité¹⁰. Cette publicité doit intervenir dans le mois de la date de l'acte¹¹ et donne lieu à une taxe de publicité foncière de 0,715%¹² de la valeur vénale de l'actif transféré. La contribution de sécurité immobilière au tarif proportionnel (0,10%) est également due sur la valeur des biens et droits immobiliers transférés.

En matière de droits d'enregistrement, les actes constatant la formation d'un contrat de fiducie-sûreté dépourvu de biens et droits immobiliers doivent être enregistrés au service des impôts du siège du fiduciaire et donnent lieu à la perception d'un droit fixe de 125 euros.

Les actes de modification du contrat de fiducie-sûreté sont enregistrés ou publiés et donnent lieu aux mêmes perceptions que les actes constitutifs de fiducie.

Les actes constatant le retour de tout ou partie du patrimoine fiduciaire au constituant ne donnent pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière sur les biens et droits immobiliers concernés¹³.

Il convient de préciser que, les droits de mutation sont exigibles dans les conditions de droit commun selon la nature des biens

et droits transmis, dans le cas de transmission à titre onéreux de biens ou de droits composant le patrimoine fiduciaire à un bénéficiaire du contrat de fiducie autre que le constituant ou à un tiers. Les droits de mutation sont alors, liquidés sur le prix, ou, si elle est supérieure, sur la valeur vénale réelle nette des biens et des droits au jour de la transmission¹⁴.

Il convient de noter qu'au titre de l'ISF, les biens transmis au moyen d'une fiducie-sûreté par le constituant ne sortent pas de l'assiette de cet impôt¹⁵.

Lorsque le constituant n'est pas assujéti à la TVA, la mise en fiducie-sûreté n'emporte, en principe, aucune conséquence en la matière.

Au contraire, lorsque le constituant est assujéti à la TVA, la mise en fiducie-sûreté constitue en principe une opération qui est soumise à cette taxe. Toutefois il serait logique que les transferts à titre gratuit ou onéreux d'une universalité totale ou partielle suivent le régime des apports en sociétés régis par les dispositions de l'article 257 bis du CGI qui dispense de TVA ces opérations. S'agissant d'actifs isolés, la question reste ouverte.

Enfin, les impôts directs locaux s'appliquent dans les conditions de droit commun, les impositions étant établies au nom du fiduciaire¹⁶.

La polyvalence et la souplesse d'utilisation du mécanisme de la fiducie-sûreté en font un outil performant au service du financement des entreprises dans un contexte de crise où les banques sont réticentes à prêter. Ainsi, la fiducie-sûreté mérite que les professionnels y prêtent une attention particulière. ■

1. Code civil, article 2011.
2. Code civil, article 2011 et suivants.
3. Code civil, article 2013.
4. Loi n° 2007-211.
5. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
6. Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009.
7. Code civil, articles 2372-1 à 2373 pour les biens mobiliers et 2488-1 à 2488-5 pour les immeubles.
8. Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988.
9. CGI, article 238 quater B, article 238 quater N.
10. Code Civ, article 2019; CGI, articles 647 et 657.
11. CGI, articles 647.
12. CGI, article 635, I, 3° et 8°, article 1133 quater.
13. CGI, article 1133 quater, al. 2.
14. CGI, article 668 bis et 668 ter.
15. CGI, article 185 G bis.
16. CGI, article 1447, article 1476, article 1400 IV.
17. Comportant les perceptions additionnelles.

Récapitulatif des frais concernant un contrat de fiducie-sûreté portant sur des biens et droits immobiliers

	Emoluments notaire	Taxe de publicité foncière	Contribution de sécurité immobilière	Total
Constitution de la fiducie-sûreté	0,45375 % sur le capital (émolument de prêt)	0,71498 % ¹⁷ sur la valeur vénale de l'actif transféré	0,10 % sur la valeur de l'actif transféré	1,26873 %
Retour de l'immeuble chez le constituant (remboursement)	0,4125 % sur la valeur vénale de l'actif transféré	NEANT	0,10 % sur la valeur de l'actif transféré	0,5125 %
Transfert de l'immeuble chez le créancier	0,825 % sur la valeur vénale de l'actif transféré	5,09006 % sur prix de rachat ou 5,8665 % selon la commune	0,10 % sur la valeur de l'actif transféré	6,01506 %