

Dossier

Les financements dans la crise



4 **Avocats**

Avocats : l'interprofessionnalité fonctionnelle marque des points

4 **Notaires**

Printemps de l'Immo-Interactif®

5 **Entreprises**

Simplification : les 50 autres mesures

6 **Expert-Comptables**

Réforme de l'audit en Europe : une révolution ?

32 **Étude**

In memoriam l'interprétation hétérodoxe de l'article 1843-4 du Code civil

41 **Fiches pratiques**

Article 1843-4/cessions de droits

Faute séparable des fonctions et société en participation

Violation des engagements contractuels d'une société par la faute « détachable » d'un associé ?

Actualité

Avocats

- 4 Avocats : l'interprofessionnalité fonctionnelle
marque des points
Une encyclopédie pour les avocats

Notaires

- 4 Printemps de l'Immo-Interactif®

Entreprises

- 5 Simplification : les 50 autres mesures

Expert-Comptables

- 6 Réforme de l'audit en Europe : une révolution ?

Fiches pratiques

- 41 **L'article 1843-4 du Code civil n'est pas applicable aux cessions de droits sociaux librement consenties par les associés**
Antoine Chatain, Avocat associé, Chatain & Associés
Jean-Philippe Erb, Avocat, Chatain & Associés

- 47 **La théorie de la faute séparable des fonctions est inapplicable au gérant d'une société en participation**
Akram El Mejri, ATER Paris II (Université Panthéon-Assas)

- 51 **Actualités du droit civil des affaires**
Antoine Hontebeyrie, Agrégé des facultés de droit,
Avocat associé, Racine

- 54 **Violation des engagements contractuels d'une société par la faute « détachable » d'un associé ?**
Jean-François Barbiéri, Professeur des Universités,
CDA (Toulouse - I Capitole) et CREOP (Limoges),
Avocat à la cour de Toulouse

- 58 Flash info du Journal Spécial des Sociétés

Les financements dans la crise

8 Propos introductifs

Cendrine Delivré, Professeur Agrégé des Facultés de droit, Université Paris XIII Sorbonne Paris Cité, Membre du CERAP, Directrice du Master Droit fiscal européen et international des Affaires

10 Les financements publics dans la crise

Cendrine Delivré, Professeur Agrégé des Facultés de droit, Université Paris XIII Sorbonne Paris Cité, Membre du CERAP, Directrice du Master Droit fiscal européen et international des Affaires

X 14 La fiducie, un outil efficace de financement des entreprises en période de crise

Bruno Robin, Avocat fiduciaire, Associé du cabinet FTPA

17 Le *crowdfunding* : une nouvelle forme alternative de financement des PME dans la crise

Aurélié Chaney Avocat,
Stéphanie Doutremepuich Avocat

27 Le financement des PME et des ETI : des instruments juridiques au service de la compétitivité et de l'innovation

Alice Pézard, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, Avocat Of counsel, Heenan Blaikie AARPI

Etude

32 *In memoriam* l'interprétation hétérodoxe de l'article 1843-4 du Code civil

Jean-Christophe Duhamel, Docteur en droit,
Université de Lille 2

La fiducie, un outil efficace de financement des entreprises en période de crise

Bruno Robin,
Avocat fiduciaire (1),
Associé du cabinet FTPA

Considérée par beaucoup, et à juste raison, comme la « reine de sûretés », la fiducie, récente institution en France, est de plus en plus utilisée pour sécuriser, de manière simple et efficace, les financements consentis aux entreprises en difficulté. Cet instrument a désormais vocation à s'appliquer avant la cessation des paiements, voire en période suspecte pour garantir une « dette concomitamment contractée » par l'entreprise, mais également en cours de période d'observation ou pour financer un plan de redressement.

1) Avocat au Barreau de Paris, Bruno Robin est reconnu comme l'un des pionniers de la fiducie en France et a été à l'initiative et/ou moteur dans certaines des fiducies les plus emblématiques déjà mises en œuvre dans le cadre de procédures collectives. Il a, en outre, eu le privilège de faire la présentation juridique de cette institution aux magistrats du Pôle financier de Paris ou encore de co-animer l'atelier procédures collectives et fiducie aux Entretiens de la Sauvegarde 2014. Bruno Robin est, enfin, l'un des tout premiers Avocats fiduciaires en France et un des seuls, à ce jour, à avoir déjà été missionné en cette qualité et à détenir effectivement sous sa protection, à ce titre, des actifs fiduciaires.

2) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite LME) étendant notamment la fiducie aux constituants personnes physiques et autorisant les avocats à devenir fiduciaires ; ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté prévoyant l'articulation entre les règles de la fiducie et celles des procédures collectives ; ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie et créant notamment un régime spécifique pour les fiducies-sûretés ; loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 supprimant la règle selon laquelle le décès du constituant personne physique met fin à la fiducie-sûreté.

Introduite par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, la fiducie est une institution récente en droit français.

Après quatre réformes successives (2), elle a d'ores et déjà démontré son efficacité dans certains dossiers emblématiques comme Petroplus, Air France ou encore Doux, notamment.

Si la fiducie semble désormais adoptée par les opérateurs économiques, au premier rang desquels figurent les établissements financiers, elle se révèle être un instrument efficace, voire indispensable, pour sécuriser le financement des entreprises en difficulté.

En effet, lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés financières, il est rare que les banques acceptent de l'accompagner en lui accordant de nouveaux crédits. Par ailleurs, la baisse des notes attribuées par les assureurs-crédit conduit souvent à un désengagement de l'assureur-crédit conduisant à une réduction ou une résiliation des lignes de garantie dont bénéficiaient les fournisseurs de l'entreprise en difficulté, ce qui aggrave encore la situation de cette entreprise.

Le recours à la médiation du crédit et/ou l'ouverture d'une procédure de conciliation – cette dernière option offrant la possibilité aux créanciers qui consentent de nouveaux apports de bénéficier d'un privilège dit de « *new money* » – permettent, dans certains cas, de trouver des solutions aux difficultés de trésorerie.

Dans le contexte difficile d'un assèchement temporaire ou structurel de trésorerie, immédiat ou prévisible, la fiducie constitue un nouvel outil, souple et efficace, pour qu'une entreprise puisse lever des fonds ou bénéficier de nouvelles lignes d'encours, que ce soit avant la cessation des paiements, voire en période suspecte (II) ou même pendant la période d'observation (III).

La fiducie devient ainsi un véritable instrument incitatif pour le candidat apporteur de fonds, au service des entreprises en difficulté.

Il convient, dans un premier temps, de rappeler brièvement les principes généraux caractérisant la fiducie, notamment dans le contexte des procédures collectives (I).

I. Bref rappel des principes généraux applicables à la fiducie

La fiducie est définie aux articles 2011 et suivants du Code civil comme : « 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, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. »

Dans un contrat de fiducie, le constituant (le « Constituant ») transfère temporairement la propriété de tout ou partie de ses biens (les « Actifs Fiduciaires ») à une autre personne (le « Fiduciaire »), dans l'intérêt d'un bénéficiaire (le « Bénéficiaire »).

D'un point de vue comptable, les Actifs Fiduciaires sont inscrits en immobilisation au bilan du Fiduciaire, le Constituant inscrivant sa contre-valeur en créance de restitution dans son propre bilan. L'opération est cependant assortie d'une neutralité fiscale, y compris pour les droits de mutation, à l'exception, pour les immeubles, de la taxe de publicité foncière.

Cette institution permet de gérer des biens ou des droits pour le compte d'autrui (fiducie-gestion) ou de constituer des sûretés en garantie d'une dette (fiducie-sûreté).

Les Actifs Fiduciaires transférés au Fiduciaire sont juridiquement transférés dans un « *patrimoine fiduciaire* », isolé avec une totale étanchéité du patrimoine propre du Fiduciaire et de tous ses autres patrimoines fiduciaires, et dorénavant à l'abri de toute aliénation du fait du Constituant ou de ses créanciers.

Il s'agit en effet d'un patrimoine d'affectation, qui est le gage des seuls créanciers de la fiducie (3) et ne peut, en principe, plus être appréhendé par les créanciers du Constituant.

Le transfert juridique de la propriété dans un patrimoine d'affectation, au profit d'un Bénéficiaire, est la principale originalité du mécanisme de fiducie.

En présence d'une fiducie-sûreté, deux hypothèses

peuvent se présenter quant à l'issue de la Fiducie :

- soit le débiteur-Constituant rembourse intégralement la dette garantie, ce qui lui permet de récupérer les Actifs Fiduciaires en fin de contrat par leur restitution, par le Fiduciaire, audit débiteur-Constituant ;
- soit le débiteur-Constituant ne rembourse pas la dette garantie, et la propriété des Actifs Fiduciaires (ou le prix de leur cession) est alors définitivement transférée, par le Fiduciaire, au Bénéficiaire.

En pareil cas, le contrat fiduciaire aura organisé le sort de ces Actifs Fiduciaires, soit en prévoyant leur vente par le Fiduciaire, avec répartition du prix vers le Bénéficiaire à titre prioritaire, et, pour le solde, vers le Constituant, soit, à titre optionnel ou obligatoire, en autorisant leur remise en nature au Bénéficiaire.

Ainsi, la situation du créancier-Bénéficiaire d'une fiducie-sûreté est très avantageuse : même l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur n'aurait pas ou peu d'impact sur ses intérêts, puisqu'il serait néanmoins bénéficiaire exclusif, à concurrence de sa créance, du prix des Actifs Fiduciaires « hors procédure collective », c'est-à-dire sans concours de tout autre créancier, fût-il super-privilegié. En pratique, le créancier-Bénéficiaire est donc mieux servi encore que les créanciers titulaires de sûretés réelles classiques.

La seule réserve à la pleine disposition des Actifs Fiduciaires est l'hypothèse prévue par l'article L. 622-13 VII du Code de commerce permettant au débiteur-Constituant de conserver l'usage ou la jouissance des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire.

Dans un tel cas, en effet, la garantie fiduciaire sera paralysée quant à sa mise en œuvre, mais non quant à la qualité de cette sûreté, pendant la période d'observation et, en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, pendant l'exécution dudit plan.

Le créancier fiduciaire retrouvera néanmoins l'intégralité de ses droits en cas de liquidation judiciaire du débiteur-Constituant et/ou de plan de cession.

Par ailleurs, conformément à l'article L. 626-33 alinéa 1^{er} du Code de commerce, le créancier bénéficiant d'une fiducie-sûreté est consulté comme un créancier classique, selon les modalités des articles L. 626-5 à L. 626-6 du Code de commerce. Il ne peut donc se voir imposer, par un vote de comité de créanciers, une réduction de sa créance garantie par une fiducie-sûreté (4).

II. La validité d'une fiducie-sûreté constituée avant la cessation des paiements du débiteur, voire en période suspecte

La fiducie-sûreté est un moyen, pour les entreprises *in bonis* (A) ou déjà en période suspecte (B), d'obtenir de nouveaux financements.

A. La libre constitution d'une fiducie-sûreté par une entreprise *in bonis*

L'entreprise étant libre de son patrimoine et de ses actes

de disposition, il ne fait pas de doute que la constitution d'une fiducie-sûreté en dehors de tout état de cessation des paiements est parfaitement valable, dès lors que cette garantie intervient dans un contexte licite, à l'abri de toute critique au regard des notions d'acte anormal de gestion ou d'appauvrissement injustifié.

Bien sûr, la fiducie-sûreté ne peut, en aucun cas, être le support émergent d'une organisation d'insolvabilité immergée.

B. La constitution, sous certaines conditions, d'une fiducie-sûreté par une entreprise en période suspecte ou faisant l'objet d'une procédure de conciliation

Lorsque l'entreprise entre en période suspecte ou en procédure de conciliation, une grande prudence s'impose, sans pour autant que la constitution d'une fiducie soit alors impossible, loin s'en faut.

En effet, l'article L. 632-1 9°) du Code de commerce a été modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Il soumet dorénavant à la nullité de droit de la période suspecte « tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre d'une dette concomitamment contractée ».

Conformément à ces dispositions, seule une fiducie-sûreté constituée après la survenance d'un état de cessation de paiements, et pendant cet état, en garantie d'une créance antérieure ou pour financer un moyen frauduleux de crédit, est frappée de nullité.

Ainsi, à l'instar de l'hypothèque et du gage, rien ne s'oppose sur le principe juridique, et contrairement à certaines idées reçues, à ce que la fiducie-sûreté puisse intervenir valablement en période suspecte.

Simplement, il s'agira alors impérativement de pouvoir justifier qu'elle est consentie, par le débiteur, en garantie d'une dette **apparue concomitamment** (5) et à des conditions conformes aux usages commerciaux.

De telles fiducies-sûretés ont ainsi avantageusement pu être mises en place pour garantir, sans recours à un assureur-crédit, un encours fournisseur futur.

L'auteur du présent article est notamment intervenu en qualité d'Avocat fiduciaire dans un cas d'espèce où une entreprise ayant perdu sa couverture par un assureur-crédit a pu lui apporter en fiducie-sûreté une partie de sa production future, outre ses stocks de produits et d'emballages, pour poursuivre sa relation avec son principal fournisseur, institué Bénéficiaire, la ligne d'encours de 90 jours étant ainsi sécurisée.

Une telle fiducie-sûreté peut tout autant être constituée en procédure de conciliation et sécurisée dans le cadre d'un plan de conciliation homologué par le Tribunal pour venir, pourquoi pas, compléter un privilège de *new money*, sous réserve toutefois de ne pas sur-garantir une créance, ce qui pourrait limiter la sécurité juridique de la fiducie-sûreté.

3) L'article 2025 du Code civil dispose à cet égard que « 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 ».

4) Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 décembre 2008, Titre I, chap. II-4, sous art. 65, 66 et 69 : un « traitement particulier [est prévu pour les] créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur. Leur participation aux comités sera en effet déterminée et, le cas échéant, leurs droits de vote calculés, en considération des seules créances non garanties dont ils seront éventuellement titulaires. Pour ce qui est de leurs créances garanties, ils seront consultés selon les modalités applicables aux créanciers ne faisant pas partie des comités de créanciers, auxquels le tribunal ne peut imposer que des délais de paiement sur une durée maximale de dix ans ».

5) Le Cannu, La poursuite de l'activité, Droit et patrimoine, décembre 2009, n° 187.

6) Ordonnance de juges commissaires du Tribunal de Commerce de Quimper du 7 janvier 2013 (non publiée).

7) Ordonnance d'un juge commissaire du Tribunal de Commerce de Versailles du 21 septembre 2012, confirmée par jugement du Tribunal de Commerce de Versailles du 17 septembre 2013 (décisions non publiées).

8) Jugement du Tribunal de Commerce de Quimper du 29 novembre 2013 ; ordonnances de juges commissaires du Tribunal de Commerce de Quimper des 7 janvier et 21 novembre 2013 (non publiées).

III. L'efficacité d'une fiducie-sûreté constituée en cours de période d'observation ou pour financer un plan de redressement

Une fiducie-sûreté peut venir compléter conventionnellement les privilèges dont bénéficient certaines créances nées postérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (A), voire sécuriser un plan de redressement (B).

A. La constitution d'une fiducie-sûreté par une entreprise faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire

Selon l'article L. 622-7 II du Code de commerce, « **le juge commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger** ».

Certes, l'article L. 622-7-II précité ne vise pas expressément la fiducie-sûreté, toutefois, c'est bien sur ce fondement que plusieurs juges commissaires ont déjà été amenés à autoriser un débiteur à conclure, en cours de période d'observation, un contrat de fiducie-sûreté au profit d'une entreprise apportant des fonds ou produits nouveaux lui permettant de surmonter ses difficultés et de financer la poursuite de son exploitation (6), ou encore indirectement au profit de salariés pour sécuriser la bonne exécution financière d'un plan de sauvegarde pour l'emploi (PSE).

Le mécanisme de la fiducie-sûreté a également pu être autorisé en période de liquidation judiciaire (7).

La fiducie-sûreté présente alors l'avantage, pour les créanciers qui en bénéficient, de « *sanctuariser* », nonobstant la procédure collective en cours ou toute autre future procédure collective du débiteur, les Actifs Fiduciaires (fonds, actifs mobiliers ou immobiliers par exemple) dans un patrimoine totalement protégé, tant à l'égard du Constituant qu'à celui de ses créanciers, à l'abri de tout concours avec d'autres créanciers, y compris ceux éligibles aux meilleurs rangs de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

La constitution d'une telle garantie diminue *de facto* le patrimoine du débiteur en procédure collective, ce qui réduit d'autant le gage général des autres créanciers, et notamment celui des AGS (Assurance Garantie des Salaires), qui bénéficiaient jusqu'alors d'un super-privilège sur ces mêmes actifs.

Toutefois, mandataires judiciaires et AGS ont su, dans certaines affaires récentes, apprécier le sujet avec un pragmatisme à leur honneur, lorsque la constitution de la fiducie permettait une levée de fonds et/ou une issue à la procédure collective qui, *in fine*, leur ouvrait une probabilité de meilleur recouvrement de leurs propres créances ou d'économies sur le financement de probables licenciements grâce à l'espoir, à l'aide du levier de la fiducie-sûreté, d'une poursuite d'activité et, partant, de la préservation des emplois.

Ainsi encore, le recours à une fiducie-sûreté constituée en amont, concomitamment à l'approbation d'un plan de redressement, peut constituer un outil adapté pour garantir jusqu'à son terme le financement d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

A cet égard, il pourrait avantageusement être apporté entre les mains d'un Fiduciaire ou de co-Fiduciaires (idéalement par une co-fiducie à laquelle participeraient un fiduciaire institutionnel, gage de crédibilité financière et de permanence, et un Avocat fiduciaire, gage de technicité et de réactivité dans les procédures de restructurations judiciaires), des actifs (fonds, meubles, revenus, etc.) provenant de la procédure collective ou étant fournis par un repreneur, afin de préfinancer l'exécution du PSE jusqu'à son terme.

Une telle solution présente des avantages indéniables, tant pour les AGS que pour les salariés concernés, sans affecter l'intégrité du patrimoine du débiteur et donc le sort de ses créanciers.

B. La constitution d'une fiducie-sûreté par une entreprise pour participer au financement de son plan de redressement

Il s'agit ici, par exemple, de mobiliser les créances futures du débiteur pour payer l'« *option comptant* » de désintéressement des créanciers antérieurs et/ou financer les investissements cruciaux pour relancer l'entreprise (on entend ici par « *option comptant* » l'hypothèse dans laquelle les créanciers consultés individuellement sur les propositions de règlement d'un plan de redressement choisissent d'être payés rapidement d'une partie seulement de leur créance).

C'est pour parvenir à un tel objectif qu'un Tribunal de Commerce a, par exemple, récemment homologué un plan (8) dont l'option comptant et le financement du redémarrage ont été financés par la cession, payée *cash* par l'acheteur (Bénéficiaire de la fiducie), de plusieurs années de la production future du débiteur (Constituant de la fiducie) sur l'une de ses fabrications, ledit paiement étant garanti par une fiducie-sûreté sur les actifs industriels et/ou le stock de cette entreprise.

On le voit, le recours à la fiducie-sûreté peut donc réellement permettre de lever des fonds pour l'entreprise en difficulté, sans entraver son compte d'exploitation ou son développement et ses perspectives industrielles, tout en offrant au créancier ainsi garanti un très haut niveau de sécurité, imperméable aux aléas futurs de l'entreprise.

On veillera, en recourant à cet outil prometteur, à respecter les nombreuses obligations contractuelles et formelles prévues par le législateur, souvent à cause de nullité (assurance responsabilité civile professionnelle *ad hoc*, garantie de représentation des Actifs Fiduciaires, déclaration d'existence, enregistrement, Commissariat aux comptes, traitement comptable spécifique, *reporting*, conservation des Actifs Fiduciaires, séparation des moyens d'exploitation fiduciaire de ceux liés à l'activité d'Avocat, formation spécifique, etc.).