



HAL
open science

De la gestion sans représentation. L'encadrement juridique des parties prenantes

Philippe Ropenga

► **To cite this version:**

Philippe Ropenga. De la gestion sans représentation. L'encadrement juridique des parties prenantes. Droit. Université Paris-Est, 2013. Français. NNT : 2013PEST0070 . tel-00974948

HAL Id: tel-00974948

<https://theses.hal.science/tel-00974948>

Submitted on 7 Apr 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS-EST

FACULTÉ DE DROIT

ÉCOLE DOCTORALE OBLIGATIONS MARCHÉS INSTITUTIONS

LABORATOIRE OBLIGATIONS BIENS MARCHÉS

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit

Présentée et soutenue publiquement le 17 décembre 2013
par

Philippe ROPENGA

DE LA GESTION SANS REPRÉSENTATION

L'encadrement juridique des parties prenantes

sous la direction de M. Augustin AYNÈS, Professeur à l'Université Paris-Est

Autres membres du jury :

Frédéric BICHERON, Professeur à l'Université Paris-Est

Jean-Luc CORONEL de BOISSEZON, Professeur à l'Université Montpellier 1

Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
(**Rapporteur**)

Bruno de LOYNES de FUMICHON, Maître de conférences à l'Université
Panthéon-Sorbonne (Paris I), habilité à diriger des recherches (**Rapporteur**)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À ma Mère,

Merci à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Augustin Aynès, de m'avoir permis de sortir des sentiers battus afin d'emprunter les voies pavées.

Cette expédition touche à sa fin même s'il reste beaucoup à découvrir et qu'il me faut chercher encore. Le long de mon chemin beaucoup de personnes m'ont écouté avec bienveillance, certaines avec attention. Rares furent celles qui prirent immédiatement mon entreprise au sérieux, leurs encouragements ont une valeur inestimable.

Mademoiselle Jacqueline Lafon a su mieux que quiconque me faire comprendre l'importance de l'histoire dans l'élaboration du droit moderne. Sa gentillesse, son énergie et sa liberté de ton ont été nécessaires à l'élaboration de ce travail.

Grâce à ses enseignements, j'ai compris que l'histoire n'est ni une continuité, ni une succession de ruptures. J'espère avoir appris d'elle son sens du mouvement.

Préparant mon esprit, elle m'a rendu sensible à la découverte qui est à l'origine de ce travail. La remarquable thèse de doctorat d'Ilia Folliero relative au mandat de droit romain m'a révélé la voie que j'ai empruntée. Je n'ai pu lui dire la valeur de ses efforts que peu de temps avant la soutenance, je lui renouvelle mes plus chaleureux remerciements.

Mon enthousiasme a rencontré celui du Professeur Alfonso Murillo Villar, il ne m'appartient pas d'apprécier le résultat de cette rencontre. Je sais en revanche que les publications qu'il a eu la gentillesse de m'envoyer m'ont aidé à marcher d'un pas plus ferme et plus assuré.

De mon expédition j'ai rapporté une plante étrange d'Outre-Manche qu'il m'a fallu acclimater. L'intuition de Maryvonne Hands, praticienne chevronnée, a contribué à l'épanouissement de ce végétal dans un jardin à la française. Ses remarques ont nourri ce travail, en particulier les développements sur l'abus de droit. J'espère que la clarté des enseignements du Professeur Joshua Getzler est perceptible. Le Docteur Elizabeth Wells m'a aidé à remonter aux sources qui irriguent cette thèse. Je la remercie pour sa disponibilité et son efficacité.

Merci enfin à mes amis pour leur disponibilité et leur soutien. Les relectures de Sandra Adeline et de Madame Jacqueline Cassonnet ont été une aide précieuse.

Sommaire

DE LA GESTION SANS REPRÉSENTATION L'encadrement juridique des parties prenantes

Partie I Examen des techniques de gestion existantes

Titre I Les techniques reposant uniquement sur l'organisation de la gestion

Chapitre I La gestion habituelle non surveillée par le bénéficiaire
Chapitre II La gestion ponctuelle

Titre II Les techniques reposant sur l'organisation et la direction de la gestion

Chapitre I Les techniques fiduciaires
Chapitre II Les techniques se définissant par rapport au mandat

Partie II Encadrement contractuel de la gestion sans représentation

Titre I La formation du contrat

Chapitre I L'organisation
Chapitre II La direction

Titre II L'exécution du contrat

Chapitre I L'organisation
Chapitre II La direction

Liste d'abréviations

AC	Appeal Cases
AJ Fam.	Actualité Juridique Famille
AJDI	Actualité Juridique Droit Immobilier
Am. L. Rev.	American Law Review
Am. Law.	The American Lawyer
Ariz. St. L.J.	Arizona State Law Journal
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
B.I.D.R. ou BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
Bull.	Bulletin
C. Cass. ou Cass.	Cour de cassation
C. Civ.	Code civil
C. Com	Code de commerce
C.C.I. ou CCI	Chambre de Commerce Internationale (Paris)
CA	Cour d'appel
Cambrian L. Rev.	Cambrian Law Review
CE	Conseil d'État
Ch.	Chambre (sources françaises)
Ch. civ. ou Civ.	Chambre civile
Ch. com. ou Com.	Chambre commerciale
Ch. crim. ou Crim.	Chambre criminelle
Ch. ou Ch. D.	Chancery Division (sources anglo-saxonnes)
Ch. req. ou req.	Chambre des requêtes
Ch. soc. ou soc.	Chambre sociale
Chap.	Chapitre
chron.	chronique
Comp.	Comparer
concl.	Conclusions du ministère public
D. (I.R.)	Recueil Dalloz (rubrique Informations Rapides)
D. Actualité	Dalloz Actualité
D.P.	Dalloz Périodiques
Dr. fam.	Droit de la famille
ed	<i>editor</i> (publications anglo-saxonnes)
éd.	édition (nom de la personne ou numéro)
Eu. L. Rev.	European Law Review
EWCA	England & Wales Court of Appeal (Neutral citation)
EWHC	England & Wales High Court (Neutral citation)
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Isr. L. Rev.	Israel Law Review
J. Corp. Law	Journal of Corporation Law
J.C.P N ou JCP N	JurisClasseur Périodique édition Notariale et Immobilière
J.C.P. E	JurisClasseur Périodique édition Entreprise et affaires
J.C.P. E ou JCP E	JurisClasseur Périodique édition Entreprise et Affaires
J.C.P. G ou JCP G	JurisClasseur Périodique édition Générale
J.L. & Econ.	Journal of Law & Economics
Ky LJ	Kentucky Law Journal

L.G.D.J. ou LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LC ou L.C.	Lord Chancellor
LPA ou L.P.A.	Les Petites Affiches
LQR ou L.Q.R.	Law Quarterly Review
LR (Eq)	Law Reports (Equity Cases)
M.L.R. ou MLR	Modern Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
n°	numéro
obs.	observations
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
op. cit.	opus cité
P.C.C ou PCC	Privy Council Cases (Neutral citation)
préf.	préface
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
R.D.C. ou RDC	Revue des Contrats
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. sc. ph. th.	Revue des sciences philosophiques et théologiques
RFG	Revue Française de Gestion
RID Comp.	Revue Internationale de Comparé
RIDA	Revue internationale des droits de l'Antiquité
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIDROM	Revista Internacional de Derecho Romano
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
s. ou ss.	suivant ou suivant(e)s
SCI	Société Civile Immobilière
SCPI	Société Civile de Placement Immobilier
Seattle U. L. Rev.	Seattle University Law Review
Sect.	Section
spéc.	spécialement
SSRN	Social Science Research Network
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
th.	thèse de doctorat (version de soutenance)
trad.	traduction
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Pitt. L. Rev	University of Pittsburgh Law Review
U. Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
UKPC	United Kingdom Privy Council (Neutral Citation)
V.	Voir
V. ou V	Versus (sépare le nom des parties dans une décision de justice anglo-saxonne)
V.-C.	Vice-Chancellor
Va L. Rev.	Virginia Law Review
V°	<i>Sub verbo</i> (entrée de dictionnaire ou d'encyclopédie)
W.L.R. ou WLR	Weekly Law Review
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law & Policy Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

Introduction générale

1. Le droit relatif à la gestion de patrimoine a connu de récentes évolutions. Les dispositions législatives et réglementaires qui le constituent concernent des situations très diverses. Il y a *a priori* peu de points communs entre un conseil en investissements financiers, un exécuteur testamentaire et un administrateur de société. Pourtant, chacun de ces gestionnaires peut avoir à valoriser le patrimoine d'autrui. Même s'il existe de nombreux textes spécifiques, le droit commun des contrats notamment celui des contrats spéciaux peut être applicable. Ainsi une personne peut-elle suivre les recommandations d'un conseiller en investissements financiers¹, confier la réalisation de travaux dans sa résidence principale à un entrepreneur lié par un contrat de louage d'ouvrage et être l'associé d'une société civile immobilière à laquelle appartient l'immeuble.

En outre, il est possible d'organiser la gestion en combinant différentes techniques. M. Torbey s'est intéressé à la gestion hôtelière en examinant la compatibilité de la franchise avec le droit des sociétés.² M. Chastenet de Géry a également consacré une thèse à la gestion d'un hôtel en s'interrogeant sur le cadre juridique adéquat et l'exécution d'un tel contrat.³ On voit ici qu'il est important de tenir compte des différentes techniques existantes car elles peuvent être combinées afin d'encadrer l'exploitation d'un hôtel ou plus généralement la gestion d'un patrimoine.

Alors que le droit applicable à la matière est déjà très dense, le législateur a souhaité introduire de nouvelles institutions qu'il s'agisse d'une fiducie dotée d'un patrimoine d'affectation⁴, de l'élargissement des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire⁵, de ceux des parents administrateurs légaux des biens du mineur⁶ ou encore de nouvelles dispositions destinées aux personnes incapables.

2. Il sera ici question de la valorisation du patrimoine d'une personne capable de son vivant. On pourrait penser à la lumière de ce qui vient d'être dit que le droit apporte des solutions satisfaisantes à tous les problèmes susceptibles de se poser et qu'une nouvelle étude est dépourvue

1 Le régime applicable à cette institution est issu de la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 codifiée aux articles L. 541-1 du Code monétaire et financier.

2 K. Torbey, *Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés : étude de droit français et de droit libanais*, Philippe Merle (préf.), Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2002.

3 G. Chastenet de Géry, *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière : contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion*, A. Ghozi (dir.), th. Paris IX, 1998.

4 Cette fiducie a été instaurée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 codifiée aux articles 2011 et suivants du Code civil.

5 Cette modification est issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 codifiée aux articles 1025 et suivants du Code civil.

6 Cette modification est issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 codifiée aux articles 389 et suivants du Code civil.

d'intérêt pratique. Cette impression est confortée par le nombre important de textes spécifiques qui concernent des secteurs d'activité particuliers tels que l'immobilier ou le tourisme⁷, elle est toutefois trompeuse.

La multiplicité des rapports d'obligations susceptibles de se nouer lors de la gestion d'un patrimoine rend nécessaire la prise en compte de la valorisation dans sa globalité qu'il y ait ou non incapacité. La solution la plus répandue paraît être la représentation. On évoque souvent celle-ci en matière de gestion de sociétés, de tutelle ou encore de mandat de droit commun. Il est par conséquent utile d'examiner diverses techniques afin de comprendre ce qui les rapproche ou les différencie. Une approche trop restrictive risquerait de ne pas correspondre à la réalité de la gestion. Aborder par exemple la question uniquement sous l'angle du droit des sociétés priverait le juriste de réponse satisfaisante dans la mesure où le bénéficiaire ne souhaite pas nécessairement affecter ses biens à la réalisation d'un objectif précis et ne manifeste aucun *affectio societatis*.⁸

Ce travail porte sur la gestion pour autrui. Le mandat de droit commun ainsi que d'autres mandats spéciaux ont déjà fait l'objet de nombreuses études. Dans le cas où le propriétaire de biens souhaite confier la gestion de ceux-ci à autrui, il peut sembler préférable de ne pas unir le gestionnaire au bénéficiaire de la gestion, propriétaire des biens, par un contrat de mandat de droit commun afin d'éviter que les actes du premier s'imputent systématiquement sur le patrimoine du second. Cette affirmation sera par la suite nuancée au cours de l'étude des techniques s'appuyant sur le mandat de droit commun. Comme la représentation entre en jeu dans de nombreuses techniques, il est inopportun de se dispenser d'une analyse de son incidence sur la gestion. Son incompatibilité avec la gestion à titre habituel est un postulat valable du point de vue scientifique mais qui permet difficilement de donner une image fidèle d'un droit éclaté par la multitude de textes récemment modifiés.

Ces recherches ont pour but une meilleure compréhension de la gestion à titre habituel. Dans le cadre de celle-ci, le gestionnaire n'intervient pas de manière ponctuelle afin de venir en aide à autrui comme le ferait par exemple le gérant d'affaires dans le cadre de la gestion d'affaires. Cependant, afin de bien comprendre la gestion, il convient d'étudier également cette technique ainsi que d'autres destinées à la gestion ponctuelle. La gestion à titre habituel est celle dans laquelle le gestionnaire gère sans tenir compte ni du début ni de la fin de la période de gestion.⁹ La fin lui est d'ailleurs bien

⁷ Ces techniques de gestion seront présentées et étudiées ultérieurement.

⁸ Dans cette hypothèse et en ce sens, confer K. Torbey, *Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés : étude de droit français et de droit libanais*, Philippe Merle (préf.), Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2002, n° 624.

⁹ Ceci ne signifie pas que l'instant du début ou de la fin de la gestion est sans importance, il peut être le point de

souvent inconnue. Lorsque le propriétaire gère ses biens, il ignore ce que lui réserve l'avenir et ne sait pas quand il s'éteindra ; il doit poursuivre la valorisation de son patrimoine tout au long de son existence sans se préoccuper de la fin de celle-ci. Son rapport au temps est différent de celui du gestionnaire qui intervient à titre ponctuel pour résoudre une difficulté qui se pose au propriétaire sans se soucier de la poursuite de la gestion. Le propriétaire d'une maison doit par exemple faire intervenir un plombier afin de mettre fin à certains désordres ou les prévenir. L'entrepreneur qui intervient à son domicile effectue les vérifications et les réparations nécessaires et n'a pas à savoir si l'immeuble est globalement bien entretenu, sauf si cela relève de son champ d'intervention. Le propriétaire quant à lui considère l'intervention du plombier du point de vue de la durée, il la voit comme un moyen de maintenir l'immeuble en bon état et veille à accroître sa valeur au fil des années. On voit ici apparaître la distinction entre l'instant et la durée. Celle-ci permet de distinguer entre la gestion à titre habituel et la gestion à titre ponctuel. Même si la première est au centre de ce travail, il est impossible de négliger la seconde dont l'étude permet de bien comprendre les spécificités de la première.

L'encadrement de la gestion à titre habituel qui est recherché repose sur un contrat qui détermine les effets juridiques des actions du gestionnaire. La gestion est conçue dans sa globalité, nonobstant le recours à différents contrats spéciaux qu'il conclut avec différents intervenants qui lui apportent leurs compétences. S'il gère un patrimoine immobilier comprenant une galerie de tableaux, il doit faire appel à un historien de l'art qui le conseillera en vue d'organiser l'exposition des œuvres, à un électricien qui s'occupera de la mise en place de l'éclairage de la galerie et à un jardinier qui veillera à l'entretien du parc. Il s'agit de trois professionnels indépendants les uns des autres, liés par contrat au gestionnaire. Ce dernier conçoit cette série d'actes comme une seule action. Il engage sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire du fait de ses actions. Si l'on s'intéresse à la gestion pour autrui, ce n'est pas afin de privilégier une institution existante à une autre. Un travail en ce sens a déjà été accompli par M. Cuif qui examine différentes conventions afin de déterminer le régime juridique du contrat de gestion avec ou sans représentation.¹⁰ On recherchera une nouvelle technique de gestion à titre habituel. L'étude ne sera pas consacrée à la nature de la valeur qu'il convient d'accroître. M. Jouary a déjà consacré un ouvrage important à ce sujet.¹¹ Ceci ne signifie pas que le fondement théorique de la valorisation ou le but de celle-ci ne seront pas évoqués. Il ne serait pas judicieux de rechercher une technique de valorisation du patrimoine sans attacher de l'importance à son régime juridique ou à la valeur qu'elle produit. Néanmoins, il est question ici de voir quels sont les problèmes théoriques et pratiques que pose la valorisation afin de proposer une

départ d'un délai de prescription ou de la naissance d'une créance mais n'influe pas sur l'évolution de la valeur dans le temps.

10 P.-F. Cuif, *Le contrat de gestion*, L. Aynès (préf.), Recherches juridiques, Economica, 2004.

11 Ph. Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, J. Ghestin (dir.), th. Paris I, 2002.

technique de gestion qui lui serve de cadre juridique, permette de résoudre des difficultés théoriques et de proposer des solutions pratiques adéquates. Cette approche est différente de celle adoptée par M. Alibert qui s'est intéressé à l'élaboration d'une définition juridique de la gestion.¹² Un autre travail de classification reposant notamment sur le fondement théorique de l'action du gestionnaire a été accompli par Mme Balivet.¹³ L'auteur analyse les liens entre différents concepts juridiques, en particulier la représentation, la propriété et le pouvoir. Les difficultés pratiques susceptibles de se poser en cours de gestion nous préoccupent davantage. Comme chaque cas est différent, le juriste devra adapter les solutions proposées au problème qui lui est posé. C'est la raison pour laquelle celles qui sont avancées dans cet ouvrage laissent toujours une marge de manœuvre importante à celui qui les examine, leur fondement théorique que d'aucuns jugeraient trop abstrait est essentiel car il permet de savoir comment appréhender et adapter la solution proposée au cas qui se présente.

La gestion pour autrui en matière commerciale est l'objet d'un ensemble de règles homogène. L'hôtellerie évoquée plus haut en est un bon exemple. La distribution et son organisation en réseaux divers destinés par exemple à la fourniture de biens a favorisé l'émergence d'une technique très largement utilisée, à savoir le contrat-cadre de distribution qui structure les relations entre fournisseur et distributeur. Il peut par exemple s'agir de contrats organisant la vente de véhicules par un concessionnaire sur un territoire précisément délimité ou de la fourniture de services de restauration selon une méthode déterminée que le franchisé applique afin de réitérer le succès commercial du franchisé.¹⁴ En droit anglais, l'homogénéité du droit relatif à la gestion s'explique par les principes forgés par *Equity* dans le cadre des *trusts* qui concernent notamment la gestion d'un patrimoine familial.

En droit civil français, il n'existe pas de technique qui puisse servir de point de repère à toute personne qui s'intéresse à la gestion mais une multitude d'institutions spécialisées concernant entre autres les incapacités, le mariage ou les successions. On songera à titre d'exemple, à la tutelle, à la communauté matrimoniale et au fidéicommiss respectivement. La question mérite d'être étudiée.

3. L'hypothèse de travail est la suivante : un bénéficiaire, propriétaire de biens, confie la gestion de ceux-ci à un gestionnaire. Le second doit en accroître la valeur conformément à la volonté du premier. Il le fait comme s'il était le propriétaire des biens en ce qu'il ne connaît pas l'état du patrimoine à la fin de la gestion. Il les gère sur la durée et doit en même temps faire face à tous les problèmes qui se posent dans l'instant. Il convient d'encadrer la gestion à titre habituel au moyen d'un contrat conclu entre deux personnes capables et destiné à être exécuté de leur vivant.

12 B. Alibert, « La gestion : Essai de définition juridique », *L.P.A.*, 1997, n° 25, p. 10 et suivantes.

13 B. Balivet, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, B. Mallet-Bricout (dir.), th. Lyon III, 2004.

14 Pour une typologie des contrats-cadres de distribution conférer notamment P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil, contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 34.

4. Consacrer un travail d'ampleur à cette situation à première vue banale s'impose dès que l'on prend conscience de son caractère doublement paradoxal.

Le propriétaire sait mieux que quiconque quelle est la valeur qu'il aspire à donner à ses biens. Celle-ci peut ne pas être seulement économique mais également esthétique ou éthique. Ainsi le bénéficiaire peut-il souhaiter accroître la valeur de sa collection de tableaux en développant la valeur esthétique ou bien décider de donner du travail aux plus démunis, il confère dans ce cas une valeur éthique à ses biens. Il est le seul à pouvoir déterminer la valeur à leur donner, il en est propriétaire, le droit positif lui confère des pouvoirs très étendus lui permettant d'en faire ce qu'il veut. Il choisit pourtant d'en confier la gestion à un tiers qui ne ressent pas la même chose que lui à l'égard du patrimoine qu'il devra gérer.

Le bénéficiaire de la gestion va devoir accepter les actions d'un tiers après lui avoir conféré des pouvoirs étendus destinés à la gestion. Il s'agit du premier paradoxe.

Le second paradoxe est relatif à la perception du temps. Celui-ci a une influence sur la perception de la valorisation par chacune des parties au contrat de gestion à titre habituel que sont le bénéficiaire et le gestionnaire. Si le bénéficiaire prend du recul vis-à-vis de la gestion de ses biens, il n'aura plus à se soucier de celle-ci au jour le jour. Ce peut être l'effet recherché par ce dernier qui souhaite réserver davantage de temps à sa vie professionnelle ou familiale. Il pourra affecter le temps qu'il consacrait précédemment à la gestion à d'autres activités. Cette nouvelle répartition du temps n'est pas sans conséquence. Le bénéficiaire apprécie la valorisation essentiellement sur la durée en voyant l'évolution des biens tandis que le gestionnaire doit faire face à de nouveaux événements et répondre dans l'instant. Celui-ci peut de ce fait ne plus accorder autant d'importance à l'évolution du patrimoine dans sa globalité alors qu'il s'agit pourtant de ce que le bénéficiaire aperçoit en premier. L'impact des difficultés apparaît moindre avec le recul alors qu'elles pèsent de tout leur poids sur une décision prise en cours de gestion. La perception de ce qui a été fait et de l'opportunité des actions du gestionnaire diffère d'une partie à l'autre. Ces deux visions de la valorisation sont toutes deux justes et perdurent tout au long de la gestion.

Le contrat de gestion à titre habituel doit résoudre ces deux paradoxes de manière simple en adoptant une approche théorique spécifique destinée à fonder des solutions concrètes que le juriste pourra aisément utiliser afin de résoudre les cas dont il a connaissance.

5. Confier la gestion de ses biens à autrui peut être justifié puisque l'on peut ignorer la manière

la plus efficace de les valoriser. Le bénéficiaire peut en outre ne pas avoir le temps de gérer ses biens ou ne pas savoir réagir afin de saisir une opportunité ou d'éviter une difficulté. Il comprend qu'il lui faut faire preuve d'audace en confiant la gestion de son patrimoine à un tiers et en lui conférant pour ce faire des pouvoirs étendus. Au vu de ce qui vient d'être écrit, il peut paraître imprudent de prendre du recul et d'accepter de confier son patrimoine à un tiers dont on ne sait en définitive pas ce qu'il fera exactement des biens au hasard d'un événement qu'aucune des parties au contrat de gestion à titre habituel ne peut prédire. Cependant, comme le souligne Louis Pasteur, « Le hasard, d'ailleurs, favorise les esprits préparés, et c'est dans ce sens, je crois, qu'il faut entendre la parole inspirée du poète : *Audentes fortuna juvat.* »¹⁵

Aussi audacieux qu'il soit, le bénéficiaire n'est pas téméraire, il n'accorde pas sa confiance de manière aveugle et doit s'assurer que le gestionnaire valorise ses biens en tenant compte de ses attentes. La gestion de biens est la manifestation réelle, au sens juridique du terme, d'une personne et de ses aspirations. Ceci indique la direction dans laquelle il convient de chercher afin de résoudre le premier paradoxe.

Par ailleurs, le bénéficiaire doit savoir ce qui a été fait au jour le jour, d'une part et être en mesure de cerner rapidement l'opportunité d'une action du gestionnaire compte tenu de l'évolution des biens dans la durée, d'autre part. Ceci est une piste intéressante pour la résolution du second paradoxe.

Il n'existe, comme la première partie de ce travail le montrera, que deux catégories de techniques juridiques susceptibles d'être adaptées à la gestion à titre habituel, à savoir celles reposant sur un droit réel ou présentant certaines caractéristiques d'un droit réel et celles qui sont dérivées du mandat. Parmi les premières, on trouve la fondation et les *trusts*¹⁶, technique de gestion d'origine anglaise qui a suscité de nombreuses réactions.

6. La fondation est une technique de gestion de biens qui organise la poursuite d'un objectif conforme à l'intérêt général. Selon l'article 18 de la loi de 1987 sur le développement du mécénat¹⁷, « La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. ». Seuls deux types de fondations seront ici

15 L. Pasteur, *Œuvres de Pasteur réunies par Pasteur Vallery-Radot*, t. VI, Masson et C^{ie}, 1933, p. 348 (Italiques de l'auteur.)

16 L'emploi du pluriel afin de désigner une technique peut paraître surprenant. Les *trusts* connaissent tellement de formes et d'usages différents que le pluriel est employé par les auteurs ou le législateur de très longue date comme en témoignent le titre des ouvrages évoqués ci-après ainsi que l'intitulé d'un très célèbre texte législatif encadrant les effets des *uses*, ancêtres des *trusts* à savoir le *Statute of Uses* de 1536. Le singulier est en général utilisé pour désigner le *trust* évoqué dans un cas d'espèce. Nous ne voyons aucune raison qui puisse nous inciter à déroger dans le cadre de ce travail à cet usage bien établi.

17 Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987.

examinés, la fondation reconnue d'utilité publique, d'une part et la fondation d'entreprise, d'autre part.

L'intérêt général est défini de manière très vaste et est notamment caractérisé par un projet philanthropique, scientifique, culturel ou éducatif.¹⁸ L'utilité publique d'une fondation doit avoir été reconnue par un décret en Conseil d'État.¹⁹ La loi n'impose pas d'instaurer des organes sociaux d'un type particulier. Cependant d'après les statuts types approuvés en Conseil d'État, la fondation peut être dirigée soit par un conseil d'administration, soit par un conseil de surveillance et un directoire.²⁰

La fondation d'entreprise quant à elle est destinée à permettre à certains acteurs notamment privés de financer un projet d'intérêt général.²¹ Le mécénat est ici temporaire et doit s'étendre au minimum sur cinq ans.²² Cette institution ne peut être dirigée que par un conseil d'administration.²³

Cette technique de gestion vise à satisfaire l'intérêt général et repose sur l'affectation irrévocable de biens. Pour ces deux raisons, elle ne peut convenir à la gestion d'un patrimoine privé dans l'intérêt de son propriétaire. Il est toutefois intéressant de noter que les organes sociaux des fondations sont analogues à ceux des sociétés anonymes. Ceci laisse penser qu'on ne peut prétendre répondre aux problèmes liés à la gestion en s'intéressant uniquement à l'introduction ou à l'usage d'une institution ; il faut en plus s'interroger sur les difficultés soulevées par la gestion elle-même.

L'étude des *trusts* anglais permet de s'en convaincre.

La question de la propriété sera examinée afin de présenter le droit des *trusts* d'une autre manière et de passer de la propriété à la gestion.

7. Le droit anglais est composé d'*Equity* et du *Common Law*²⁴. Les *trusts* proviennent de la

18 Confer sur ce point l'article 200 1. a) et b) du Code général des impôts.

19 Article 18, alinéa 2 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 dans sa version en vigueur.

20 Confer sur ce point Centre Français des Fonds et Fondations, *Documents utiles sur la gouvernance*, <http://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/gerer-ou-faire-vivre-un-fonds-ou-une-fondation/gouvernance>.

21 Article 19 de la loi de 1987 citée ci-dessus.

22 Article 19-2 de la loi de 1987 citée ci-dessus.

23 Article 19-4 de la loi de 1987 citée ci-dessus.

24 Le masculin est employé pour deux raisons. La première est exposée par Pierre Legrand qui souligne que le droit anglais emploie indifféremment le mot *law* pour désigner le droit et la loi. La tradition des pays de *Common Law* ne repose pas sur la loi mais sur les décisions de justice. Le juriste de tradition romaniste doit donc faire l'effort de ne pas traduire *law* par « loi » mais par droit qui est un substantif masculin en français. Confer sur ce point P. Legrand, *Le droit comparé*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 2006, p. 48 et suivante.

La seconde raison est d'ordre empirique. Le juriste anglais préfère utiliser un terme précis pour désigner un texte législatif tel que *statute* ou *act*. Le terme *law* est utilisé afin de désigner le droit en tant que discipline ou ensemble de règles juridiques. Ainsi parlera-t-on de *trust law* pour évoquer le droit des trusts ou de *judge-made law* pour évoquer le droit élaboré par le juge. On remarquera que dans ces deux exemples il est impossible de traduire *law* par « loi ». Utiliser le terme *law* pour désigner la loi revient à courir le risque le plus souvent inutile de commettre

première source de droit appliquée, pour ce qui relève de ce travail²⁵, par le chancelier et sont issus des *uses*.

Frederic Maitland indique que les *uses* sont une particularité d'*Equity*.²⁶ L'auteur présente succinctement sa théorie qui est aujourd'hui dominante. Selon lui, il n'y a jamais de conflit entre *Equity* et le *Common Law*.²⁷ *Equity* pourra seulement ordonner que le *trustee* propriétaire en *Common Law* accorde le bénéfice au bénéficiaire en *Equity* conformément aux termes de l'acte établissant le *trust*, par exemple. Le *trustee* peut user de son droit de propriété comme il l'entend mais s'il ne respecte pas la décision du chancelier, celui-ci le sanctionnera. *Equity* n'est pas un système indépendant du *Common Law*, il ne fait qu'ajouter des règles qui se superposent à ce dernier.²⁸ Ceci semble troubler bien des juristes de tradition romano-germanique. Cependant, en droit positif, il est possible d'établir une analogie qui est autant valable en droit français qu'en droit anglais. Le droit de la concurrence existe dans ces deux pays. Dans l'affaire dite des cuves, des fournisseurs de carburant exigeaient que les cuves dont ils étaient propriétaires leur fussent restituées par le pompiste qui souhaitait résilier le contrat. Une telle restitution était particulièrement onéreuse pour ce dernier. En droit civil, le fournisseur de carburant est bien propriétaire des cuves contenant l'essence, il était donc fondé à en obtenir la restitution. Cependant, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'une clause imposant leur restitution en cas de résiliation s'apparentait à une pratique anticoncurrentielle dont la sanction s'imposait au droit civil.²⁹ La question de la propriété n'a pas été débattue car elle n'était pas contestée ; elle ne se posait pas. De la même façon, il n'est pas nécessaire, lorsque l'on s'intéresse à la gestion d'un *trust* de se poser la question de la propriété des différents éléments qui le constituent. Lorsque l'existence d'un *trust* est établie, selon des critères propres à *Equity* qui seront examinés ultérieurement, il suffit d'examiner l'exécution par le *trustee* de ses obligations à l'égard du bénéficiaire, la question de la propriété devient indifférente. *Equity* sanctionne l'exécution d'obligations et non l'atteinte au droit de propriété en *Common Law*.

La question des droits du bénéficiaire d'un *trust* est d'ailleurs relativement délicate. L'analyse classique qui est celle de Frederic Maitland conclut à l'existence d'un droit personnel en partie *in*

une erreur ou de se voir reprocher une imprécision terminologique. Si on ignore par quel mot traduire « loi », il est toujours possible d'employer l'expression « *piece of legislation* », soutenue mais techniquement irréprochable.

25 Les liens qui unissent *Equity* et la chancellerie mériteraient davantage d'attention mais une telle étude le cadre de ce travail. Des travaux ont été entrepris en ce sens. Confer notamment M. Macnair, « Equity and Conscience », 27 *OJLS* 659 (2007) . Il est intéressant de noter que le roman de Charles Dickens dont le titre original est *Bleak House* a contribué à consolider l'image d'un *Equity* appliqué par une chancellerie inefficace et corrompue. Confer notamment à ce sujet J. Butt, « « Bleak House » in the Context of 1851 », 10 *Nineteenth-Century Fiction* 1 (1955)

26 F.W. Maitland, *Equity, also the forms of action at common law; two courses of lectures*, Cambridge University Press, 1916, pp. 6 et suivante.

27 Confer ouvrage cité ci-dessus p. 17.

28 Confer ouvrage cité ci-dessus, p. 19.

29 D. 1988, I.R. p. 174 ; J.C.P. E, I, 17475.

rem en ce que le bénéficiaire dispose, à l'égard des tiers, d'un droit semblable au propriétaire titulaire d'un *dominium*.³⁰ La tentation est grande de réduire la gestion à des questions de propriété lorsqu'il est question de *trusts*. Il est vrai que le juriste de droit savant anglais Henry de Bracton a tenté de faire correspondre exactement ces deux notions. Selon Franklin son principal ouvrage, *De legibus et consuetudinibus Angliæ*, a été rédigé pendant une guerre civile qui eut lieu durant la seconde moitié du XIII^e siècle.³¹ Ce grand juriste voulait pour des raisons politiques faire coïncider le droit romain et celui de *Common Law*. C'est la raison pour laquelle il utilisa le terme de *dominium utile* pour désigner les droits d'un vassal sur la terre de son seigneur.³² Pollock et Maitland soulignent toutefois la difficulté de faire correspondre propriété médiévale anglaise et propriété romaine.³³ Le terme *use* ne vient d'ailleurs pas du latin *usus* du droit romain mais du latin barbare dérivé de *ad opus* qui signifiait « pour le compte de ». On était par exemple propriétaire d'une terre pour le bénéfice d'un tiers. Les franciscains en raison du vœu de pauvreté ne pouvaient être propriétaires de biens, c'est la raison pour laquelle dans bon nombre de villes, dont celle d'Oxford dès le XIII^e siècle, ils étaient les bénéficiaires d'un *use* portant sur les biens dont on ne pouvait leur faire don.³⁴

8. Les *uses* étaient utilisés à des fins très diverses. Grâce à ceux-ci, il était possible de faire échec au droit du seigneur sur une terre tombée en déshérence ou de l'empêcher d'exploiter le fonds appartenant à un mineur. Il suffisait pour ce faire que le bénéficiaire d'un *use* établît l'atteinte à ses droits par le seigneur. Cette technique a également été utilisée à des fins que nous qualifierions aujourd'hui d'optimisation fiscale. La Couronne a restreint la possibilité de transférer la propriété de ses biens à un ordre religieux. Du fait de l'éternité de celui-ci, le souverain ne percevait plus de recettes liées à la transmission du bien d'une génération à l'autre. À l'issue d'une période déterminée, l'ordre religieux pouvait comme convenu avec le disposant, transférer le bien à un de ses descendants. À la suite d'une modification de la législation en vue de percevoir à nouveau les recettes fiscales liées à la transmission de la propriété d'un bien dont le *Statute of Mortmain* de 1279 est un élément important, les juristes ont eu une réaction prévisible ; l'optimisation fiscale réalisée au moyen du transfert de propriété a été accomplie par la création d'un *use*. La législation était

30 F.W. Maitland, *Equity, also the forms of action at common law; two courses of lectures*, Cambridge University Press, 1916, p. 23 et suivante.

31 M. Franklin, « Bracton, Para-Bracton(s) and the Vicarage of the Roman Law », 42 *Tul. L. Rev.* 455 (1967), p. 458.

32 Confer ouvrage cité ci-dessus, pp. 508-512. Confer également K. Güterbock, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle ages*, B. Coxe (trad.), J. B. Lippincott & co., 1866, pp. 86-88 ; E. Coke, Lord Chancellor Nottingham (Annotateur), Lord Chief Justice Hale (Annotateur), *The first part of the institutes of the laws of England, or, A commentary upon Littleton: not the name of the author only, but of the law itself*, Francis Hargrave et Charles Butler (éd.), R.H. Small, 1812, Livre I, Chapitre I, Section I, 1.a.

33 S.F. Pollock, F.W. Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, Cambridge University Press, 1898, p. 6.

34 Confer sur ce point F.W. Maitland, *Equity, also the forms of action at common law; two courses of lectures*, Cambridge University Press, 1916, p. 24 et suivante.

cependant plus restrictive mais il était encore possible de ne pas se voir appliquer ce texte. On pouvait en outre organiser une fraude aux droits des créanciers.

Le succès des *uses* ne s'explique pas seulement par la tentative d'échapper à l'impôt, cette institution était utilisée notamment à des fins de planification successorale. Le droit médiéval était parfois insatisfaisant sur certains points.³⁵ Le roi Henri VIII était extrêmement déterminé à prohiber les usages des *uses* qu'il jugeait néfastes. Le parlement pourtant hostile à cette nouvelle loi a dû s'incliner devant le souverain.³⁶ Suite à l'adoption du *Statute of Uses* en 1535, le recours à un double *use* s'est développé. Puisque dans certains cas, la législation considérait qu'un *use* valait transfert de propriété, l'acquéreur constituait aussitôt un second *use* par-dessus le premier³⁷ afin d'obtenir les effets qui auraient été ceux d'un *use* avant cette fameuse loi. Il n'y avait alors plus un *use* équivalent à un transfert de propriété mais deux *uses*, le *Statute of Uses* ne pouvait pas priver cette pratique d'effet.³⁸

M. Jones fait remarquer qu'un *trust* a été employé dans des cas de figure où un *use* aurait suffi à produire valablement les effets recherchés.³⁹ C'est ainsi que les *trusts* ont remplacé les *uses*. On remarque ici que le recours à une technique n'est pas uniquement fondé sur des motifs rationnels. L'adoption d'une solution relève également d'un processus culturel complexe dans lequel l'habitude joue un rôle certain. Le juriste français qui s'intéresse aux *trusts* ou à la gestion en général ne peut qu'être sensible à cette donnée car elle signifie que le recours aux *trusts* n'est pas nécessaire en matière de gestion. Il n'ignore pas non plus que la mainmorte sur les biens au profit de fondations a soulevé en droit français des difficultés analogues qui ont été abordées et réglées différemment par le chancelier d'Aguessau par le biais de l'Édit d'août 1749.⁴⁰

9. On notera que ce n'est pas parce que deux problèmes rencontrés paraissent analogues qu'ils doivent être considérés ou réglés de manière semblable. Le fait que des droits étrangers abordent des difficultés similaires à celles que le juriste français rencontre n'implique pas nécessairement la

35 Confer ouvrage cité ci-dessus, p. 27 et suivantes.

36 F.W. Maitland, *Equity, also the forms of action at common law; two courses of lectures*, Cambridge University Press, 1916, p. 35 et suivante.

37 L'expression consacrée est *use upon a use*. Confer N.G. Jones, « The Use Upon a Use in Equity Revisited », 33 *Cambrian L. Rev.* 67 (2002) .

38 Le juriste français se rappellera ici la mansuétude du juge à l'égard des substitutions fidéicommissaires à l'époque de leur prohibition par le Code civil. Il ne s'agit ni d'une comparaison, ni d'une assimilation à l'audace d'*Equity* mais d'un rapprochement.

39 N.G. Jones, « The Use Upon a Use in Equity Revisited », 33 *Cambrian L. Rev.* 67 (2002) , p. 77 et suivantes.

40 L'Édit pose le principe de l'enregistrement préalable de la lettre patente autorisant la constitution d'une personne de mainmorte. Confer sur ce point L. Thézard, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Auguste Durand, 1866, n° 23. J. Imbert relève que ce texte ne fait que reprendre la législation antérieure en l'ordonnant. J. Imbert, « Les « gens de mainmorte » avant l'édit d'août 1749 », *Cahier des Annales de Normandie*, 1992, n° 1, p. 337 et suivantes.

modification du droit français en vue de copier les techniques étrangères, même s'il est intéressant de les étudier.

On objectera à ceci que l'acclimatation des *trusts* en droit français passe par la création d'une « propriété économique » qui viendrait s'ajouter à la propriété légale, conformément aux préconisations d'un récent rapport parlementaire.⁴¹ Cette réforme a été censurée par le Conseil constitutionnel car elle constituait un « cavalier législatif » glissé dans un texte avec lequel elle n'avait aucun rapport.⁴² MM. Aynès et Crocq ont salué une telle décision en rappelant qu'une telle propriété n'était pas conforme à notre droit.⁴³ M. Koessler regrette que cette propriété économique n'ait pas été adoptée.⁴⁴ Ce point de vue nous paraît contestable mais ceci est sans incidence sur le travail qui est ici mené car il est difficile d'établir le lien que certains auteurs semblent faire entre propriété et cadre juridique de la gestion pour autrui. Ce doute est d'autant plus fondé qu'avant de se demander s'il existe deux propriétés simultanées, il faut relever que le droit anglais ne connaît pas de définition de la propriété semblable à la nôtre.⁴⁵ On reprendra ici les propos de M. Getzler afin de rappeler que le *Common Law* anglais n'a jamais produit ni de théorie de la propriété, ni de *trusts* reposant sur une fragmentation de la propriété, que la propriété liée aux *trusts* doit se comprendre comme des obligations et des pouvoirs conçus de manière expérimentale et pragmatique en réponse aux nécessités sociales.⁴⁶ Il aurait été tout à fait possible d'adopter un droit des biens codifié correspondant davantage à une économie libérale que le droit médiéval anglais, comme l'a proposé le juriste britannique James Humphreys, dès la première moitié du XIX^e siècle.⁴⁷

Les développements qui précèdent nous conduisent à faire l'effort de passer de la propriété à la gestion.

10. L'effort de passer de la propriété à la gestion permet en outre de mieux comprendre les

41 Ph. Marini, Rapp. n° 442, Sénat, 2009, p. 82.

42 Décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009, D. 2009. Actu. lég. 2412, obs. A. Lienhard.

43 L. Aynès, P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.*, 2009, p. 2559.

44 J. Koessler, « Is There Room for the Trust in a Civil Law System? The French and Italian Perspectives », *SSRN eLibrary*, 2012, p. 9 et suivante.

45 Confer sur ce point G.L. Gretton, « Trusts without Equity », 49 *The International and Comparative Law Quarterly* 599 (2000), p. 604.

46 « English common law never produced a formal theory of ownership, nor a definition of the trust and of split titles within the trust, and the liability rules addressing the various situations evoked above were worked out piecemeal over centuries. The rules for enforcing contractual debts and other personal obligations of the beneficiary in the circumstances of trust ownership — that is, the power of the beneficiary to assign or attach trust assets to meet his obligations — were hammered out experimentally and pragmatically in response to changing social conditions. The rules in turn helped shape the social conditions in which credit, factor and product markets operated. » J. Getzler, « Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law », 10 *Theoretical Inquiries in Law* 355 (2009), p. 367.

47 Confer sur ce point ouvrage cité ci-dessus p. 357.

trusts. À cet effet, on relatera brièvement l'analyse de M. McFarlane.⁴⁸ L'auteur rappelle que le bénéficiaire d'un *trust* portant sur un bien ne peut agir contre un tiers qui interfère avec ce dernier, notamment s'il l'endommage. Cependant, les tiers engagent leur responsabilité à l'égard du bénéficiaire lorsqu'ils usent d'un droit qui leur a été conféré par le *trustee*. Ceci est par exemple le cas lorsqu'un *trustee* cède un bien en *trust* à un tiers ; le bénéficiaire peut alors agir contre le tiers. Ceci amène l'auteur à conclure que le bénéficiaire dispose d'un droit à l'égard de tout titulaire d'une créance relative au *trust* cédée par le *trustee*.⁴⁹ Analyser les relations nées d'un *trust* comme un droit réel est possible mais n'aide pas le juriste de tradition romano-germanique à comprendre les *trusts*. Selon l'analyse classique exposée par Frederic Maitland, le bénéficiaire dispose d'un droit *in personam* particulier. Celui-ci a, à l'égard des tiers, les caractéristiques d'un droit *in rem*, opposable *erga omnes*, semblable au *dominium* et d'un droit personnel à l'égard du *trustee*.⁵⁰ La conformité de la cession à l'acte établissant le *trust* est indifférente. De manière générale, la bonne foi du tiers qui ignore par exemple l'existence d'un *trust* n'est retenue qu'à certaines conditions.⁵¹ On comprend dès lors que si l'analyse des *trusts* comme une variation de la propriété est tentante, elle est également source de complexité car elle ne rend que partiellement compte de la réalité des *trusts* comme le montre l'analyse classique.

Une décision de justice semble contredire les développements qui précèdent et pourrait laisser penser que le bénéficiaire d'un *trust* dispose d'un droit de propriété. Il s'agit de l'affaire *Saunders v. Vautier* (1841)⁵² qui a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre en pays anglo-saxons. L'affaire peut être très brièvement résumée de la manière suivante. Un constituant établit un *trust* en vertu duquel le *trustee* doit verser au bénéficiaire une rente annuelle constituée des revenus du capital et ne pas lui verser ce dernier avant l'âge de 25 ans. Le bénéficiaire décède majeur à l'âge de 21 ans. Son ayant droit demande que le capital lui soit versé. La décision rendue fait droit à sa demande. Ceci permet à un bénéficiaire d'obtenir le capital du *trust* de la part du *trustee* nonobstant la lettre de l'acte établissant le *trust*. Cette solution a été gravée dans le marbre de la loi par le *Variation of Trusts Act* de 1958. Peut-on au vu de celle-ci conclure à l'existence d'un droit de propriété du bénéficiaire relatif aux biens en *trust* ? Non. Le droit anglais reconnaît au juge depuis cette loi la possibilité de mettre fin au *trust* ou d'en modifier les obligations. Si on reprend la décision de justice, afin d'obtenir la propriété du capital, le bénéficiaire doit faire disparaître le *trust*. Le fait de

48 B. McFarlane, *The Structure of Property Law*, Hart Publishing, 2008, p. 551 et suivantes.

49 Les décisions de justice qui sont citées par M. McFarlane à l'appui de sa démonstration et sont les suivantes : *Leigh and Sullivan Ltd v Aliakmon Shipping Co Ltd (The Aliakmon)* [1986] AC 785 (dommage par négligence) ; *Swiss Bank v Lloyds Bank* [1979] Ch 548 (cession par le *trustee* d'un droit à un tiers).

50 F.W. Maitland, *Equity, also the forms of action at common law; two courses of lectures*, Cambridge University Press, 1916, p. 23 et suivante.

51 Confer sur sur ce point J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Core Text Series, 6^e éd., Oxford University Press, 2008, p. 31 et suivantes.

52 [1841] EWHC Ch 82.

devoir mettre fin au *trust* prouve précisément que le bénéficiaire n'est pas propriétaire du capital en vertu de sa qualité de bénéficiaire. Un constituant averti prendra d'ailleurs en pratique le soin de se déclarer bénéficiaire du *trust* qu'il constitue afin de pouvoir s'opposer à la dissolution de celui-ci au cas où certains bénéficiaires souhaiteraient percevoir le capital au plus vite.

Les développements qui précèdent montrent que la gestion d'un *trust* ou d'un patrimoine quelle que soit la technique employée ne repose pas nécessairement sur la propriété. Les auteurs favorables à l'introduction des *trusts* en France prennent souvent en exemple les pays anglo-saxons qui emploient traditionnellement cette technique ainsi que des pays de tradition romano-germanique qui tentent de l'introduire. Il existe cependant un cas de figure particulièrement intéressant parmi les pays anglo-saxons, celui dont il va être question s'est placé dans le sillage du droit anglais pour s'en éloigner délibérément par la suite. Ce pays a une grande influence sur le droit des pays de *Common Law* et au-delà ; il s'agit des États-Unis d'Amérique.

11. Cet exemple est particulièrement intéressant à double titre. Comme chacun le sait, les États-Unis ont pris leur indépendance vis-à-vis du Royaume-Uni et sont une république. Ils pouvaient adopter un droit de propriété qui ne reprenait pas le droit médiéval anglais fondé sur la féodalité et la monarchie. Les préoccupations des juristes au XVIII^e siècle exerçant dans un pays qui attache beaucoup d'importance à la libre entreprise et à la réussite personnelle ne sont pas les mêmes que celles des juristes qui ont élaboré le droit d'*Equity* afin par exemple de transmettre un patrimoine tout en tenant compte des droits du seigneur. Pourtant, les États-Unis connaissent les *trusts* et les emploient toujours. On ne discutera pas ici des raisons qui ont conduit une jeune république à adopter un droit féodal répondant à une logique monarchique. On ne peut toutefois pas exclure que le pragmatisme et l'habitude aient conduit les juristes à utiliser des techniques qui leur étaient familières et qui les satisfaisaient, en les adaptant le cas échéant. Cette adoption de certains des fondements du droit anglais qui relie droit anglais et droit des États-Unis d'Amérique nonobstant des réalités sociales et économiques différentes est un premier élément instructif.

L'autre raison qui amène à prêter attention à cette histoire commune est la rupture entre le droit anglais et une partie de celui des États-Unis d'Amérique⁵³ au sujet de l'affaire *Saunders v. Vautier*. M. Getzler indique que des juges ont rejeté la solution adoptée dans cette affaire, l'un d'entre eux, cité par l'auteur, a pris la peine de s'en démarquer dans son jugement. On constate que les divergences entre deux législations peuvent être motivées par des raisons politiques.⁵⁴ Les juristes

⁵³ Les affaires patrimoniales relèvent le plus souvent de la compétence des États et non de l'État fédéral.

⁵⁴ J. Getzler, « Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law », 10 *Theoretical Inquiries in Law* 355 (2009), p. 376 et suivantes.

peuvent par exemple considérer que des solutions juridiques renvoient à une conception dynastique de l'État et repose sur une économie de la rente par opposition à une économie fondée sur la libre entreprise et la réussite personnelle. C'est en l'occurrence ce qui a conduit certains d'entre eux à rejeter la solution retenue dans l'affaire *Saunders v. Vautier*.⁵⁵ On relèvera également avec intérêt que certains juristes ont tiré argument du caractère archaïque du droit anglais d'inspiration féodale en mettant en avant les travaux du juriste britannique James Humpreys dont l'analyse a été rejetée par une majorité de ses pairs au Royaume-Uni à la suite de la publication d'*Observations on the Actual State of the English Laws of Real Property; with the outlines of a Code* en 1826. Ce fait est particulièrement intéressant car il montre que l'adoption ou le rejet d'une solution doit s'inscrire dans une continuité historique et reposer sur un fondement culturel autant que technique. Le pragmatisme et le souci d'efficacité juridique imposent de ne pas rejeter ou adopter précipitamment une solution au motif qu'elle serait ancienne ou étrangère. Rompre ne signifie pas faire table rase du passé. De surcroît, l'étude de cette rupture montre qu'il est parfaitement possible de concevoir un *trust* au sein duquel la question de la propriété des biens en *trust* ne se pose pas lorsqu'il est question de la gestion de celui-ci.

12. Si on devait trouver un avantage aux *trusts*, ce ne serait pas celui de la propriété des biens en *trust* mais l'absence de responsabilité du bénéficiaire qui tire bénéfice du *trust* sans engager sa responsabilité du fait du *trustee*. D'autres techniques peuvent être utilisées en ce sens. Il est possible par exemple de songer à un contrat de société⁵⁶ ou à cette technique d'origine romaine⁵⁷ qu'est l'usufruit si l'on souhaite que le gestionnaire accomplisse en contrepartie d'une rémunération des actes de gestion courante tandis que le bénéficiaire nu-proprétaire n'interviendrait que lors d'actes réputés plus graves que sont les actes de disposition.⁵⁸ Il est même envisageable de remplacer une technique utilisée par une autre. Ainsi Jean Carbonnier a-t-il proposé de considérer la communauté matrimoniale comme une société.⁵⁹ Elle est cependant intimement liée au mariage que Julien Bonnacase qualifie d'« institution faite d'un ensemble de règles de droit essentiellement impératives, dont le but est de donner à l'union des sexes, donc à la famille, une

55 Confer ouvrage cité ci-dessus, p. 381 et suivantes.

56 On pense ici tout particulièrement à la société en commandite. Les commandités sont responsables en nom collectif et peuvent accomplir des actes à l'égard des tiers tandis que les commanditaires ne peuvent accomplir d'actes de gestion externe, ils ne sont responsables qu'à hauteur de leurs apports en capital. Il est possible d'envisager la gestion des biens du commanditaire par le gestionnaire commandité.

57 Confer sur ce point A. Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*, t. II, G. Giappichelli, 2012, § 49.1.

58 En matières d'usufruit conventionnel, confer S. Schiller, *Droit des biens*, 5^e éd., Dalloz, 2011, n° 230 et s.

59 Selon l'auteur la communauté conjugale est une société dont « [l']objet essentiel [...] l'orienté dans une [...] direction : la répartition mutualiste des charges du mariage. »

Cette société est dotée d'une personnalité morale « immanente », caractérisée par la notion de « ménage » et justifiée par un intérêt collectif. L'intérêt dépasse celui des deux membres associés car celui des enfants est pris en considération alors qu'ils ne sont pas associés. Confer J. Carbonnier, *Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, J. Bonnacase (dir.), th. Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932. Les deux citations se trouvent respectivement p. 410 et p. 459 et suivante.

organisation sociale et morale, correspondant à la fois aux aspirations du moment et à la nature profonde de l'homme. »⁶⁰ Une technique ne se comprend qu'à la lumière de son fondement culturel ; ce dernier éclaire le juriste sur l'usage qu'il convient d'en faire et sur les effets qu'elle doit produire. D'ailleurs *Equity* et les *trusts* ont évolué, ils ne remplissent plus exactement les mêmes fonctions que celles pour lesquelles ils ont été créés comme il a précédemment été montré.⁶¹ On pourrait même considérer qu'il est possible de concevoir un *trust* sans *Equity*.⁶² Le parallèle entre communauté matrimoniale et *trusts* incite le juriste à prendre au sérieux la dimension culturelle du droit qu'il travaille jour après jour. Les États-Unis d'Amérique, jeune république, ont conservé une technique de droit féodal ; le Code Napoléon, tout en affirmant l'héritage romain, préserve la communauté médiévale⁶³ ; l'incidence de ces choix politiques sur le droit de propriété est dès lors considérée comme secondaire.⁶⁴

Le lien si souvent établi en France entre *trusts* et propriété en matière de gestion n'apparaît pas de manière évidente. La seule option d'une nouvelle propriété ne répond pas aux questions que l'on se pose en matière de gestion. Par conséquent, il est nécessaire de considérer les *trusts* non comme une adaptation de la propriété à la gestion mais comme une technique de gestion à titre habituel. L'étude du droit international privé incite à poursuivre l'effort dans cette direction.

13. D'après un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 9 novembre 2001⁶⁵, un individu est copropriétaire d'un tableau qu'il acquiert le 17 janvier 1969 en se présentant seul à la galerie d'art et le revend. Un doute naît quant à l'authenticité de l'œuvre. Le vendeur signe alors une transaction dans laquelle il est précisé, d'une part qu'il verse une somme d'argent en contrepartie de l'abandon des poursuites engagées à son encontre et que le tableau lui est restitué, d'autre part. Il signe la transaction en qualité de copropriétaire du tableau et de *trustee* du *trust* établi par l'autre

60 J. Bonnacase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille : ses destinées dans le droit civil contemporain*, E. de Boccard, 1928 n° 144. De cette belle définition du mariage, nous ne discuterions que l'adverbe « essentiellement ». Si le droit des régimes matrimoniaux contient des règles impératives, il fait également la part belle à la liberté contractuelle.

61 Des combinaisons entre différentes techniques sont d'ailleurs possibles. On trouve par exemple des montages sociétaires complexes reprenant certaines caractéristiques des *trusts*. Ces techniques relèvent de ce que l'on appelle en général *Private Equity*. Pour un tour d'horizon de la gestion de sociétés au moyen de celles-ci notamment, conférer B.L. Connelly, R.E. Hoskisson, L. Tihanyi, S.T. Certo, « Ownership as a Form of Corporate Governance », *Journal of Management Studies*, 2010, n° 8, p. 1561 et suivantes.

62 Conférer sur ce point L. Smith, « Trust and Patrimony », 28 *Estates, Trusts and Pensions Journal* 332 (2009) *in fine*.

63 D'après M. Thireau, des pratiques communautaires existaient dès le XII^e siècle dans le Midi et l'Ouest de la France sous la forme de communauté sur les meubles. Conférer sur ce point J.-L. Thireau, *Histoire du droit de la famille*, L'Essentiel sur, l'Hermès, 1998, p. 113

64 Les ouvrages généraux ne consacrent plus de développements importants à la nature de la communauté matrimoniale. Conférer par exemple F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, 6^e édition, Dalloz, 2011, n° 268 ; MM. Malaurie et Aynès jugent la question « évanescence » (Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Defrénois, 2010, n° 37). J. Flour et G. Champenois considèrent que l'enjeu est « passé de mode ». J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e édition, A. Colin, 2001, n° 246.

65 CA Paris, 25^e Chambre, Section B, 9 novembre 2001, RG n° 1999/13174 aimablement communiqué par le greffe.

copropriétaire depuis décédé.

Il intente une action afin d'obtenir l'annulation de la vente du 17 janvier 1969 au cours de laquelle il a acquis le tableau et le versement de dommages et intérêts. La responsabilité de la galerie qui le lui a vendu ainsi que celle de l'ayant droit de l'expert qui a certifié son authenticité à la demande de celle-ci sont examinées.

La galerie et l'ayant droit de l'expert concluent à l'irrecevabilité de la demande du copropriétaire et *trustee* au motif qu'il ne pouvait acquérir seul le tableau sans mandat exprès lui permettant d'agir au nom de l'indivision.

La Cour d'appel rejette cette argumentation au motif que d'une part, le copropriétaire s'est présenté seul lors de l'acquisition du tableau, qu'il est le seul à pouvoir en obtenir l'annulation et que d'autre part, le tableau lui a été restitué conformément à la transaction.

Selon les juges du fond, « il n'est pas contesté que c'est à lui que le tableau a été restitué à l'issue de la transaction et qu'il en est le possesseur régulier, en sa qualité à la fois de copropriétaire et de « *trustee* » du A... G... TRUST, ainsi qu'il résulte du procès-verbal de transaction versée au débat, en sorte qu'il a la pleine capacité de le restituer à son vendeur par suite de l'annulation de la vente du 17 janvier 1969 ».

La question de droit qui nous intéresse ici est en réalité double. L'acquisition d'un tableau est-elle un acte conservatoire qui en tant que tel peut être accompli par un indivisaire en l'absence de mandat exprès des coïndivisaires prévu à l'article 815-3 du Code civil dans sa rédaction alors applicable ?

Le *trustee* dispose-t-il du pouvoir d'acquérir seul un tableau ?

Le 30 mars 2004, la première Chambre civile de la Cour de cassation⁶⁶ casse l'arrêt en ce qu'il conclut à la recevabilité. Elle estime que la vente du tableau n'est pas un acte de conservation que l'indivisaire pouvait accomplir seul, d'une part et reproche à la Cour de ne pas avoir motivé son arrêt sur le fondement des pouvoirs du *trustee*, d'autre part.

La décision quant aux pouvoirs du copropriétaire sur le fondement de l'indivision n'appelle aucun commentaire, la vente d'une œuvre d'une artiste reconnue pour une somme importante ne peut effectivement pas être qualifiée d'acte de conservation. Le traitement distinct des pouvoirs du *trustee* attire en revanche l'attention.

La Cour de cassation distingue plus nettement encore la propriété indivise des pouvoirs du *trustee* et

⁶⁶ n° de pourvoi : 02-10429, inédit. Cassation partielle.

invite à traiter ces deux questions de manière distincte. La Haute juridiction n'exclut pas qu'un *trustee* puisse accomplir un acte qu'il ne peut valablement accomplir en tant qu'indivisaire. Malheureusement, il n'a pas été possible malgré d'intenses recherches de connaître la fin de l'affaire.⁶⁷ Une telle solution suppose cependant d'admettre que les pouvoirs du *trustee* dépendent de l'acte établissant le *trust* et sont sans lien avec le droit de propriété.

D'autres décisions de justice incitent à prendre du recul à l'égard du droit de propriété en matière de *trusts*.

L'affaire C-294/92 également appelée *Webb* en date du 17 mai 1994 pourrait au contraire dissuader d'adopter cette approche. Dans le cadre de celle-ci, la Cour de Justice des Communautés Européennes devait décider si le droit du bénéficiaire d'un *trust* était *in rem* afin de déterminer si l'article 16(1) de la Convention de Bruxelles de 1968 était applicable. Cette disposition prévoit la compétence exclusive des juridictions du pays signataire dans lequel se situe l'immeuble sur lequel portent les droits qui sont l'objet d'une procédure en justice. Beaucoup d'auteurs se sont intéressés à cette décision.⁶⁸ De ce côté-ci de la Manche, la très intéressante note de M. Béraudo centrée sur le droit de propriété du bénéficiaire a bénéficié d'une particulière attention. De l'autre, M. Hartley pense que les droits *in rem* sont ceux qui s'imposent aux tiers alors que le litige en question opposait un *trustee* et un bénéficiaire et non les tiers. Il considère de ce fait que la décision est fondée en ce que le droit du bénéficiaire du *trust* à l'égard du *trustee* n'est pas un droit *in rem*. L'auteur considère que si l'affaire concernait les droits de tiers à un *trust* alors la solution devrait être différente. M. Briggs estime quant à lui que cette décision est théoriquement fondée mais trouve la distinction en droits *in rem* et *in personam* en *Equity* douteuse dans la mesure où en pratique le droit est invoqué par le bénéficiaire du *trust* afin d'obtenir la reconnaissance d'un droit s'apparentant à la propriété. On comprend ici que la conception d'un auteur du droit international privé dépend beaucoup de celle qu'il a de son propre droit. Les deux auteurs anglo-saxons n'abordent pas les *trusts* du point de vue de la propriété mais utilisent une distinction propre à *Equity* qui ne repose pas sur le droit de propriété. Il semble de ce fait intéressant de ne pas s'attarder sur cette dernière lorsqu'on s'intéresse à la gestion en général et aux *trusts* en particulier.

14. M. Harris estime que le droit communautaire a considérablement réduit le recours aux

⁶⁷ L'auteur tient à remercier très chaleureusement tous les auxiliaires de justice ainsi que le greffe de la Cour d'appel d'Orléans qui ont bien voulu prêter leur concours à ces recherches fussent-elles infructueuses.

⁶⁸ Confer notamment J.-P. Béraudo, « Du champ d'application de la compétence exclusive en matière immobilière prévue par la convention de Bruxelles, Note sous CJCE, 17 mai 1994 », *RCDIP*, 1995, p. 123 ; A. Briggs, « Trusts of land and the Brussels Convention », 110 *L.Q.R.* 526 (1994) ; T. Hartley, « Rights in rem: trusts », 19 *Eu. L. Rev.* 547 (1994).

principes de droit anglais des *trusts* en matière de litige international relatif à ceux-ci.⁶⁹ La question de l'application des droits nationaux en matière de *trusts* dépasse largement le cadre européen et suscite l'inquiétude des pays dits *offshores*.⁷⁰ L'auteur relève que les juridictions appliquent néanmoins le droit communautaire en conservant une marge de manœuvre. Les juges anglais insistent sur les obligations et les pouvoirs du *trustee* lorsqu'il est question de déterminer le domicile d'un *trust*. L'article (5)6 du Règlement Bruxelles I prévoit la compétence des juridictions de l'État membre dans lequel est domicilié un *trust* pour connaître des actions en justice exercées à l'encontre du constituant, *trustee* ou bénéficiaire. L'article 74(3) dudit Règlement dans sa version adoptée en décembre 2012 prévoit que la détermination du domicile est effectuée conformément aux dispositions nationales des États membres. Le droit anglais exige que les liens qui unissent à *trust* à un droit national soient les plus étroits et les plus sérieux.⁷¹

L'affaire *Gómez v. Gómez-Monche Vives* est très complexe et concerne un *trust* ayant un rapport avec le droit anglais, le Liechtenstein et les Îles Caïmans. La loi désignée est la loi anglaise mais l'un des défendeurs soulève qu'il est nécessaire d'établir que les liens qui lient le *trust* en question à la loi anglaise sont les plus étroits et les plus sérieux de tous ceux susceptibles de le lier à un droit national. Le juge Morgan doit donc déterminer ce qui constitue le caractère étroit et sérieux des liens unissant un *trust* à une législation. Il estime que le lien le plus étroit et le plus sérieux est constitué par le droit qui gouverne le *trust*. Il justifie son point de vue en relevant qu'un *trust* consiste en un ensemble de droits, d'obligations et de pouvoirs et que ceux-ci sont dans l'affaire en cause gouvernés par des principes de droit anglais.⁷² Cette analyse est confirmée et précisée en appel par Lord Justice Lawrence Collins.⁷³

L'étude succincte qui vient d'être menée montre que si le droit international privé français est encore en grande partie préoccupé par des questions liées à la nature des droits issus d'un *trust*, les

69 J. Harris, « Jurisdiction and judgments in international trusts litigation—surveying the landscape », 17 *Trusts & Trustees* 236 (2011), p. 236 Les dispositions étudiées dans l'article proviennent du projet de refonte du Règlement Bruxelles I adopté en décembre 2012 et sont inchangées.

70 Prenons le cas fréquent d'un couple en cours de divorce. Le mari dispose d'un patrimoine en *trust* à Jersey. L'épouse intente une procédure spécifique afin de faire reconnaître ses droits sur ce patrimoine en demandant au juge de modifier les termes du *trust*. Le jugement favorable doit être reconnu et exécuté à Jersey. Le législateur jersiais souhaite garder le contrôle de l'application de son droit. À cette fin, il limite voire interdit la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en la matière au moyen d'une législation dite pare-feu ou « *firewall legislation* ». Confer sur ce point T. Graham, P. Steen, « Recognition and enforcement of orders of the Family Division against offshore trustees », 17 *Trusts & Trustees* 334 (2011). On notera que la multiplication des relations transnationales ne conduit pas nécessairement à une harmonisation des droits à un niveau supranational.

71 Le Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001, schedule 1, article 12(3) emploie l'expression « *closest and most real connection* ». Confer ouvrage cité ci-dessus, p. 240 et suivante. Pour un exposé synthétique des règles déterminant la compétence des juridictions anglaises en matière de *trusts*, confer N. Le Poidevin, « Jurisdiction and the English court », 17 *Trusts & Trustees* 264 (2011).

72 Ch. D. [2008] 3 W.L.R., § 72.

73 [2008] EWCA Civ. 1065, §§ 63 et suivant.

juges anglais accordent beaucoup d'importance à l'étendue des obligations et aux principes qui gouvernent l'institution. Notre volonté de poursuivre l'analyse des *trusts* et du droit patrimonial en général sous l'angle de la gestion et non de la propriété apparaît de ce fait légitime et conforme au droit positif. Si la question de la propriété se pose parfois, notamment en matière de droit international privé ou de droit interne, lorsqu'il est question de déterminer le régime fiscal applicable à des droits issus d'un *trust*, elle ne constitue pas la clé de voûte de la gestion.

15. La clef de voûte d'un *trust* en droit anglais est l'obligation du *trustee* d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés ou reconnus afin de fournir au bénéficiaire ce qui lui est dû. Les biens en *trust* lui permettent d'exécuter son obligation, la propriété de ceux-ci importe peu ; le *trustee* doit seulement établir qu'il a bien utilisé les biens en *trust*. On observera à ce sujet que les juristes anglais font la distinction entre *duty* et *power*. *Duty* est ici traduit par obligation. La différence entre *duty* et *power* peut très brièvement être présentée de la manière suivante : le premier terme renvoie à ce que le *trustee* doit exécuter tandis que le second désigne un pouvoir qui n'est que facultatif.

L'aspect obligatoire est important. En effet si l'on prend le cas d'un *trust* consistant en la gestion d'un capital et la distribution de celui-ci à des bénéficiaires selon leurs besoins, le *trustee* n'est pas obligé de donner de l'argent à un bénéficiaire s'il estime qu'il n'en a pas besoin, il dispose d'un pouvoir mais a l'obligation de considérer l'opportunité de l'exercer.⁷⁴ Dans le cas présent, il a l'obligation d'examiner l'opportunité de donner de l'argent à un bénéficiaire. Il devra le cas échéant démontrer l'appréciation de l'opportunité devant le juge. On est alors en présence d'une obligation qui oblige quelqu'un qui se voit reconnaître la qualité de *fiduciary*, par exemple un *trustee*.

Une autre situation, parfois très proche de la précédente peut exister. Un défunt peut par exemple accorder à une personne le pouvoir de distribuer telle somme d'argent mais en lui permettant de renoncer à ce pouvoir d'une part et de ne jamais l'exercer d'autre part. Si contentieux il y a, l'intéressé n'aura qu'à prouver qu'il a exercé son pouvoir diligemment. Il s'agit ici d'un pouvoir attribué à quelqu'un qui se voit reconnaître la qualité de *fiduciary*, par exemple un *trustee*.

Une troisième catégorie de pouvoir fait référence à ceux accordés à une personne non du fait de sa qualité ou fonction mais de manière nominative, il n'y a alors aucune exigence particulière à l'égard du titulaire.

⁷⁴ Les développements sommaires qui suivent s'appuient en partie sur J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Core Text Series, 6^e éd., Oxford University Press, 2008, p. 53 à 56.

La distinction entre ces trois types de pouvoir est parfois difficile à effectuer en pratique.⁷⁵

16. On comprend maintenant qu'un *trust* crée des obligations même si un juriste de tradition romano-germanique peut parfois les trouver bien trop imprécises pour les considérer comme telles. À trop insister sur la propriété on n'en oublierait presque l'aspect obligatoire des *trusts* qui est pourtant un de leurs éléments caractéristiques.

C'est la raison pour laquelle M. Goldsworth estime que ce qui importe à ceux qui veulent constituer un *trust* est l'organisation de la gestion de leur patrimoine par le biais de la détermination des pouvoirs du *trustee*. Comme la distinction entre propriété et droits du bénéficiaire a d'importantes conséquences pratiques, le praticien conseille de ne plus parler de propriété mais de droits nés du *trust*.⁷⁶ Les droits du bénéficiaire ne se comprennent que si l'on accepte de parler des obligations du *trustee*.

17. Le droit d'*Equity* est principalement constitué par la jurisprudence. En pays anglo-saxons, les juges créent le droit qui est aménagé ou orienté par le législateur. Les juges raisonnent par analogie en comparant le cas qui leur est présenté à ceux qui l'ont précédé. Il sont tenu d'appliquer la solution retenue dans un cas antérieur dès lors qu'ils estiment que les circonstances de faits qui ont conduit à celle-ci sont analogues à celles de l'affaire qu'ils doivent trancher. Les juridictions sont dans l'obligation de se conformer à la jurisprudence de celles qui leur sont supérieures. La jurisprudence est également hiérarchisée en France entre les juridictions du premier et du second degré mais l'obligation de trancher un litige conformément à la jurisprudence des juridictions supérieures est un fondement du droit des pays de *Common Law* que l'on appelle la règle du précédent.

Jolowicz revient sur l'autorité des jugements en *Common Law*.⁷⁷ Il indique que lorsqu'une décision a été admise de longue date et que beaucoup d'acteurs juridiques ou de sujets de droit se fondent sur cette dernière pour établir leurs relations, il peut être dangereux de la remettre en cause. En revanche, lorsqu'une telle chose se produit, soit parce que le juge pense que son collègue avait tort, soit parce qu'il considère que cette décision n'est plus en adéquation avec les faits ou avec les nécessités de l'époque, une telle décision est alors considérée comme ayant remplacé l'ancienne. Cette réponse est surtout valable lorsqu'il s'agit d'un revirement opéré par une juridiction ou un juge important. Il y a en effet un respect de la personne du juge lorsque celui-ci est reconnu pour ses

⁷⁵ Confer note précédente au sujet de la distinction des pouvoirs.

⁷⁶ J. Goldsworth, « Trust Practice: A Better Definition of Trusts », 6 *Trusts & Trustees* 34 (2000), p. 35.

⁷⁷ J.A. Jolowicz, *Droit anglais*, 2^e éd., Dalloz, 1992, n° 53 et suivants.

qualités professionnelles. Ceci est d'autant plus vrai que le principe du précédent se renforce de lui-même. En effet, plus une décision est confirmée dans le temps, plus les acteurs et les sujets de droit auront tendance à la respecter et à l'appliquer.

Toutefois, le juge n'est tenu de respecter que la *ratio decidendi*, c'est-à-dire les motivations de fait qui ont conduit à l'application ou à la prise d'une telle décision de justice. Le magistrat n'est en aucun cas tenu de respecter la littéralité du texte d'une décision. Un juge peut tenir des propos qui n'ont pas de lien direct avec l'affaire en cause. De tels propos sont qualifiés d'*obiter dictum*, ils n'ont pas la force du précédent mais peuvent être utilisés par le juriste lorsqu'il examine une affaire dans le cadre de laquelle ils sont pertinents. On notera qu'il est parfois difficile de déterminer si un propos constitue la *ratio* ou est tenu *obiter* c'est-à-dire, littéralement, en passant. *Equity* a élaboré une jurisprudence particulière qui tient compte des situations antérieures qui peuvent avoir peu en commun avec un litige contemporain en raison de l'évolution de la société. L'autorité de la décision antérieure demeure même si les circonstances qui ont amené à la prendre ont grandement changé.⁷⁸ Le juriste est libre de l'utiliser ou de l'écarter. Cependant, si un juge s'y réfère, il paraît difficile de ne pas y prêter attention, même à titre subsidiaire. Tant que les juristes puiseront dans ce fonds commun qu'est *Equity*, il est difficilement envisageable de s'en passer même si ceci est théoriquement possible.

Il n'est toutefois pas nécessaire au juriste de tradition romano-germanique d'entreprendre cette exploration pour s'interroger sur l'opportunité d'introduire dans son droit une technique qui lui est parfaitement étrangère et dont l'utilité en matière de gestion est discutable dans la mesure où, comme il a été montré, gestion et propriété sont deux questions distinctes. L'étude des *trusts* a permis de se détacher de la question de la propriété afin d'envisager plus directement la gestion sous l'angle des pouvoirs du *trustee*. Cette approche mérite d'être retenue dans le cas de l'étude de la gestion à titre habituel quelle que soit la technique utilisée. Il semble également que le temps ait une grande influence en matière de gestion à titre habituel. Dans le cadre de celle-ci, il est impossible de définir le résultat de la gestion de manière précise car le gestionnaire doit faire face à tous les événements qui surviendront lors de la gestion et qui ne peuvent être prédits. Par conséquent, le seul facteur sur lequel le juriste peut utilement agir sont les pouvoirs du gestionnaire.

18. L'attachement à la propriété est tellement fort pour les Romains que l'abandon de cette dernière est difficile à concevoir.⁷⁹ Ainsi les transferts de propriété se résumaient-ils souvent à une

⁷⁸ Confer en ce sens J. Getzler, « Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law », 10 *Theoretical Inquiries in Law* 355 (2009), p. 362 et suivantes. L'auteur s'appuie sur les travaux de M. Watson et s'intéresse à la transposition de règles de droit anglais en droit des États-Unis d'Amérique mais le raisonnement est valable chaque fois qu'une règle de droit est sortie du contexte au sein duquel elle a été élaborée.

⁷⁹ R. Monier, *Droit romain approfondi : essai sur l'apparition et le développement de la notion de propriété en droit*

prise de la maîtrise de la chose par l'acquéreur, le cédant se contentant de ne pas protester. Ceci est clairement visible lorsque l'on étudie la procédure de transfert de propriété. À titre d'exemple, Gaius décrit la procédure de la *mancipatio* au cours de laquelle l'acquéreur énonce la formule suivante : « Hunc ego hominem ex iure quiritem meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra ». Ce qu'il est possible de traduire par « j'affirme que cet homme est à moi selon le droit des quirites et que je l'ai acquis au moyen de ce bronze et de cette balance. Il fait alors tinter la pièce de bronze en frappant la balance, le débiteur se borne à ne pas s'opposer à l'acquisition. La procédure se déroule devant cinq quirites pubères et le porteur de la balance d'égale condition⁸⁰.

Bien que le « droit de propriété » soit très fort, il faut nuancer l'affirmation qui voudrait lui conférer un caractère illimité afin de justifier l'absence d'un abus de droit en droit romain, malgré ce qu'écrivent certains auteurs. En effet, Raymond Monier rappelle qu'il n'en est rien. Le droit de propriété à Rome n'est pas illimité et ne l'a jamais été.⁸¹ Les limitations se sont développées notablement durant la période du Bas-Empire. Gaius justifie ces restrictions en affirmant « *male enim nostro jure uti non debemus* »⁸². Ce qu'il est possible de traduire par « en effet, nous ne devons pas user de notre droit de mauvaise manière ». Ces restrictions peuvent parfois être strictes et représenter une certaine immixtion dans la propriété d'autrui. Par exemple, les Romains connaissaient une règle qui interdisait au propriétaire voisin d'un éleveur de porcs d'empêcher que ce dernier de venir sur le terrain du premier ramasser les glands et autres fruits qui seraient tombés au sol.⁸³ Cette mesure destinée à favoriser l'élevage porcin montre que les Romains ne considéraient pas que la propriété devait être illimitée et n'hésitaient pas à reconnaître de nouvelles limitations chaque fois qu'un intérêt légitime semblait le justifier. Certains rétorqueront qu'il s'agit là de limitations légales sanctionnées du fait de la violation d'une loi et non sur le fondement de l'abus dans l'exercice d'une prérogative issue du droit de propriété. Ce à quoi il est possible de répondre que, d'une part, Gaius parle bien de *mauvaise manière* d'utiliser le droit de propriété, ce qui n'est pas sans rappeler le recours à la bonne foi qui joue un rôle très important en droit romain. D'autre part, si l'argument purement textuel peut ne pas convaincre, il est possible d'examiner l'action *aquae pluviae arcendae* qui permet au propriétaire d'un fonds d'empêcher un voisin de mener sur son propre terrain des travaux qui risqueraient de provoquer l'inondation de la propriété du premier. Dans certains cas, certains auteurs antiques considèrent que l'existence du seul risque d'inondation

romain : doctorat : 1946-1947, Les cours de droit, 1946, p. 86.

80 Gaius, *Institutes* I, 19. Il reste quelques vestiges de cette technique aujourd'hui. Ces derniers transparaissent particulièrement à travers la règle d'interprétation des contrats à l'encontre du stipulant qui est héritée du droit romain et se comprend aisément dans un système où le créancier fixe les termes de la convention, le débiteur se contentant de consentir ou de ne pas protester, selon la technique utilisée.

81 Confer également P. Birks, « The Roman Law Concept of Dominion and the Idea of Absolute Ownership », 1985 *Acta Juridica* 1 (1985) .

82 Gaius, *Institutes*, I, 53.

83 R. Monier, *Droit romain approfondi : essai sur l'apparition et le développement de la notion de propriété en droit romain : doctorat : 1946-1947*, Les cours de droit, 1946, p. 94.

suffit alors que dans d'autres circonstances, il est nécessaire de prouver également une intention de nuire. Les conditions d'exercice de cette action ont varié au fil du temps⁸⁴. Toujours est-il que le propriétaire qui réalise les travaux sur son terrain le fait en vertu de ce que nous appellerions aujourd'hui son droit de propriété⁸⁵ et risque de voir sa responsabilité engagée. Cette action vient donc sanctionner un abus dans l'exercice de ce dernier. L'éventuelle prise en considération de l'intention de nuire également examinée en droit positif⁸⁶ confirme cette analyse. De plus le droit de disposer est considéré aujourd'hui, du moins selon l'analyse dite classique, comme un aspect fondamental de la propriété. Selon cette vision, il est possible de détruire son bien pour son seul plaisir. Si l'on tend à affirmer que la conception illimitée du droit de disposer provient du droit romain, Raymond Monier précise bien que le droit de disposer tel qu'entendu à Rome ne correspond en rien à la conception que nous en avons aujourd'hui. Il affirme que le *jus abutendi* ne concernait que les choses consommables⁸⁷. La prérogative fondamentale de la propriété ne revêt pas ce caractère illimité dont on l'affuble si souvent. C'est une preuve supplémentaire du caractère limité de ce droit de propriété à Rome.

Il n'en demeure pas moins vrai que nous vivons sur cette conception d'un droit de propriété illimité tellement important à nos yeux que nous lui prêtons des origines romaines illustres à la manière des Romains qui glorifiaient ainsi leurs dignitaires⁸⁸. En revanche, le caractère exclusif de celui-ci est incontestable.

En droit français, l'article 544 du Code civil prévoit que « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » Cette disposition décrit en réalité les prérogatives qui découlent du droit de propriété. Sa formulation indique ce que le propriétaire peut faire en énonçant ses pouvoirs sur la chose afin que ces derniers soient garantis par la loi. Il n'y a pas d'autre définition de ce droit. Comme pour le *dominium*, la loi établit une sphère à l'intérieur de laquelle toutes les choses sont soumises au pouvoir absolu du propriétaire.⁸⁹ Rien ni personne ne peut interférer sur celle-ci sans entrer dans ce qui est le domaine du propriétaire, son droit de

84 R. Monier, *Droit romain approfondi : essai sur l'apparition et le développement de la notion de propriété en droit romain : doctorat : 1946-1947*, Les cours de droit, 1946, p. 94.

85 Compte tenu de ce qui a été démontré précédemment quant à la notion de propriété, il convient de rappeler qu'il ne s'agissait pas d'un concept abstrait du droit de propriété tel que nous l'entendons aujourd'hui. Néanmoins, par souci de clarté de la démonstration, il est préférable d'employer cette expression en l'accompagnant de cette note. Le lecteur ainsi mis en garde pourra se forger sa propre opinion.

86 Confer le célèbre arrêt Coquerel c/ Clément-Bayard rendu par la Cour de cassation, Chambre des requêtes, le 3 août 1915, D.P. 1917, I. 79.

87 R. Monier, *Droit romain approfondi : essai sur l'apparition et le développement de la notion de propriété en droit romain : doctorat : 1946-1947*, Les cours de droit, 1946, p. 106.

88 César lui-même affirmait qu'il descendait de Vénus par sa mère. Cicéron quant à lui indique l'intérêt de rappeler brièvement les origines illustres de celui dont on fait l'éloge quand ceci est possible, et inversement, invite à passer ces dernières sous silence quand elles ne s'y prêtent pas. Confer Cicéron, *Partitiones Oratoriae*, Les Belles Lettres, 2002, XXII-74.

89 L'idée de puissance en matière de droit réel est présente en doctrine moderne. Confer notamment Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Droit civil, Defrénois, 2003, n° 351, p. 82.

propriété ne peut être fractionné, notamment par un tiers. C'est en ce sens que le droit de propriété est absolu⁹⁰. Cette conception est d'ailleurs partagée par M. Zénati.⁹¹ Ce droit de propriété exclusif et absolu est en contradiction avec la gestion du patrimoine d'autrui puisque le bénéficiaire de cette gestion, propriétaire des biens, s'oblige à accepter le gestionnaire qui devient alors un intrus nécessaire à la gestion. En l'occurrence, la nature même de la propriété est à l'origine de ce malaise du propriétaire.

Ceci signifie-t-il qu'il est nécessaire de renier notre conception de la propriété au motif qu'elle serait inadaptée à la gestion de biens par un tiers ? Nous ne le pensons pas. Le droit romain par le biais du mandat permet non seulement de surmonter cette difficulté mais aussi de tirer parti de notre droit de la propriété.

19. Le mandat de droit romain présente plusieurs caractéristiques appréciables lors de la gestion de patrimoine. Le propriétaire a un droit exclusif sur ses biens dont la valeur est autant objective que subjective. Par conséquent, il doit avoir confiance dans le gestionnaire et savoir que celui-ci gèrera son patrimoine en accord avec les principes qui lui tiennent à cœur. Le mandat de droit romain provient de la *procura*, le *procurator* ayant certaines compétences que le propriétaire estime nécessaires à une bonne gestion. Celui qui devait prendre soin des biens était, à l'origine de ce rapport d'obligations, un *alieni juris*, n'ayant pas la capacité juridique. Puis, le *mandatum* se distingua progressivement de ce premier mécanisme, en ce qu'il était conclu par deux personnes capables, le plus souvent issues du même milieu social⁹². Un lien de confiance réciproque devait se tisser entre le mandataire et le mandant.

20. Le mandat de droit romain est un contrat consensuel de bonne foi. Ce concept l'innerve, le structure et lui confère toute sa vigueur. C'est pourquoi, il est important de dire quelques mots au sujet de celle-ci afin d'éviter tout contresens. *Fides* était d'abord considérée comme une déesse avant

90 Les juristes anglo-saxons s'intéressent au droit romain et connaissent un droit médiéval de la propriété. Ils soulignent cette qualité de droit de la propriété d'origine romaine en employant notamment le terme « *absolute* ». Confer à titre d'exemple P. Birks, « The Roman Law Concept of Dominion and the Idea of Absolute Ownership », 1985 *Acta Juridica* 1 (1985) ; J. Koessler, « Is There Room for the Trust in a Civil Law System? The French and Italian Perspectives », *SSRN eLibrary*, 2012, p. 6.

91 F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, 1993, p. 305 et suivantes. Nous ne partageons pas l'analyse de l'auteur lorsqu'il affirme que la propriété est un espace de non-droit au point de nier l'existence de tout abus du droit de propriété. D'une part, nous avons démontré que l'abus du droit de propriété existait à Rome. D'autre part, nous ne pensons pas que le Code civil, qui s'intéresse en grande partie à la propriété, puisse la consacrer de cette façon afin de l'encadrer pour, en fin de compte, la considérer comme du non-droit. La structure du Code en serait fondamentalement bouleversée.

92 I. Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano (Excerptum theodos ad Doctoratum in Iure Civili)*, Pontificia Università Lateranense, 2003, p. 23-24 Les termes *procura* ou *mandatum* sont parfois employés sans distinction. Ainsi parle-t-on du *procurator ad litem*, assistant une partie lors d'un litige, ou du *procurator omnium bonorum*, chargé de gérer les biens d'une personne.

de devenir un concept du droit des obligations. Cette dernière symbolisait la confiance, valeur essentielle en matière de gestion de patrimoine où chacun cherche à se rassurer. Les Romains, aussi pieux que pragmatiques, ne tardèrent pas à y voir un principe fondamental des rapports humains, si bien qu'ils la transposèrent en droit. La *fides* ou *bona fides* jouait un rôle prépondérant lors de la formation et de l'exécution des rapports d'obligations, plus particulièrement au sein de cette catégorie que nous avons pris l'habitude d'appeler, les « contrats de bonne foi ». Parmi ceux-ci se trouve le mandat. La bonne foi régissait les contrats d'amis. Ainsi le mandant doit-il rembourser les dépenses faites par le mandataire dans le cadre du mandat puisque la bonne foi l'exige⁹³. Celle-ci vient donc suppléer l'absence de réciprocité des obligations telle que nous la concevons aujourd'hui à travers les contrats synallagmatiques. En d'autres termes, le mandant ne conçoit pas le remboursement des dépenses avancées par le mandataire comme la contrepartie de l'exécution par le mandataire de sa mission. Il considère plutôt que, puisque le mandataire, en accomplissant sa mission, a supporté des dépenses, la bonne foi l'oblige à les rembourser. Les Romains ne pensaient pas le contrat comme un ensemble d'obligations. Chaque partie était tenue d'exécuter celles qui lui incombaient. La bonne foi n'établissait pas une réciprocité parfaite des obligations.⁹⁴ Ilia Folliero dans sa thèse récemment soutenue estime à juste titre que l'existence d'une *actio mandati directa* - action du mandant contre le mandataire - et d'une *actio mandati contraria* - action du mandataire contre le mandant - ne suffit pas à établir le caractère synallagmatique du mandat⁹⁵. Le mandat peut tout à fait être unilatéral si le mandant n'est obligé à rien. De surcroît, les termes *directa* et *contraria* indiquent bien que l'action qui est au cœur même du mandat est celle engagée par le mandant, tandis que celle du mandataire a un rôle subsidiaire. Il ne s'agit pas d'un ensemble d'obligations liées entre elles mais de deux obligations distinctes⁹⁶ fondées sur la bonne foi. Cette dernière ne joue pas qu'un rôle correctif visant à sanctionner le comportement jugé abusif d'une partie au contrat comme on pourrait être tenté de le penser au regard de certaines décisions contemporaines⁹⁷. Elle a une fonction structurelle en ce qu'elle relie deux obligations et assure l'efficacité de leur exécution. Elle était également très utilisée dans les relations d'affaires qui n'ont rien à voir avec les contrats d'amis. M. Murillo Villar indique à ce sujet qu'il est maintenant bien établi qu'à partir du III^e siècle avant J.-C. l'essor du commerce et des échanges avec les pérégrins rendait utile le recours aux contrats de

93 Ilia Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano* (*Excerptum theos ad Doctoratum in Iure Civili*), Pontificia Università Lateranense, 2002, p. 72.

94 M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, Juristische Kurz-Lehrbücher, C. H. Beck, 2005, §38.19 ; R. Monier, *Droit romain, licence, 2^e année 1953-1954*, Cours de droit, 1953, p. 159 et suivante.

95 Ilia Folliero, *opus cité supra*, p. 35.

96 Aujourd'hui, l'absence de synallagmatisme dans de tels cas de figure serait presque le signe d'une faiblesse technique du droit. Pourtant, de nos jours, une situation analogue semble se produire, la réciprocité des obligations paraît tellement évidente que certains sont parfois gênés lorsqu'il s'agit de s'en passer. Pour preuve, l'existence de débats concernant la cause de l'engagement de la caution envers le créancier, qui lorsqu'il n'y a pas de contrepartie, apparaît comme un engagement sans cause parfois dérangeant.

97 V. notamment, l'arrêt *Huard* opposant un pompiste à une compagnie pétrolière. Cass. Com., 3 nov. 1992 n° 90-18547 RTD Civ. 1993, n° 7, p. 124, obs. Mestre ; JCP E 1993, II, 22164, note G. Virassamy.

bonne foi dans les relations d'affaires. Le mandat, apparu durant la période classique, en faisait partie.⁹⁸ Le contexte international et commercial et l'un des arguments sur lequel la doctrine majoritaire se fonde pour conclure que ce contrat relève du *jus gentium* et non du *jus civile*.⁹⁹

Il est intéressant de revenir brièvement sur la discussion relative à l'origine du mandat car elle éclaire le juriste sur l'environnement de ce contrat de gestion et l'aide à prendre conscience de l'importance de certains éléments lorsqu'il recherche une technique de gestion pour autrui.

À cette époque le droit romain repose sur la procédure des actions de la Loi. Le justiciable doit disposer d'une action pour faire valoir son droit. Soucieux d'apporter une réponse pragmatique aux problèmes juridiques, le préteur pérégrin compétent en matière de droit applicable aux relations unissant des citoyens à des étrangers, par exemple dans le cadre du commerce international, a le pouvoir de créer une action dite *in factum* par opposition aux actions *in jus* afin de permettre à une partie d'exercer une action en justice.¹⁰⁰ Il s'agit du préteur pérégrin car le préteur urbain compétent en matière de relations entre citoyens romains ne peut pas encore créer d'actions. Il faut attendre la Lex Aebutia qui instaure la procédure formulaire durant la seconde moitié du II^e siècle avant J.-C. La doctrine minoritaire représentée par Girard et Watson considère de ce fait que le mandat est une création prétorienne postérieure à cette époque. M. Watson estime que le contrat de mandat ne trouve pas son origine dans le commerce.¹⁰¹ Il pense que le contrat est né de la pratique d'un petit milieu de gens. En ce sens, il a été soutenu que les actions prétorienne de bonne foi provenaient d'arbitrages privés ou de décisions du tribunal domestique. Magdelain ne partage pas cette analyse¹⁰² mais admet comme Monier que l'origine de ce contrat consensuel puisse ne pas être

98 Il est étonnant de constater que les auteurs favorables à l'introduction des *trusts* en droit français présentent ceux-ci comme une technique principalement destinée aux relations d'affaires alors que les *trusts* ont été utilisés afin d'adapter un droit anglais particulièrement rigide d'abord dans le cadre familial. Il sera vu plus tard que si les *trusts* se sont développés dans un contexte commercial, c'est avant tout en raison des insuffisances du *Common Law*. Il est de ce fait regrettable que le mandat de droit romain, adapté aux relations d'affaires et conforme à notre conception de la propriété ne soit pas considéré avec sérieux par davantage d'auteurs.

99 Au sujet du lien entre *fides* et contexte international V. l'intéressante analyse de J. Macqueron, Histoire des Obligations — Le droit romain, Publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine. Série mémoires et travaux n° 1, 2^e éd., Association Auguste Dumas, 1975, p. 24 et suivantes.

100 Au sujet de la distinction entre action *in jus* et *in factum* confer R. Monier, *Droit romain, licence, 2^e année 1953-1954*, Cours de droit, 1953, p. 22 et suivante. Au sujet du rôle du préteur confer A. Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*, t. I, G. Giappichelli, 2009, § 7.5.

101 P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, J.-Ph. Lévy (préf.), 8^e éd. revue et mise à jour par Félix Senn, Dalloz, 2003, p. 618, notes 3 et suivantes ; A. Watson, *Contract of mandate in Roman law*, Clarendon Press Oxford University Press, 1961, p. 20 et suivantes.

102 A. Magdelain, *Les actions civiles*, Sirey, 1954, p. 55, note 1 : « Il est difficile de mesurer le degré de probabilité de cette séduisante hypothèse. Mais, si de tels précédents ont existé, ce serait une erreur de voir, en eux, la formation d'une coutume qui aurait conféré aux actions de bonne foi et à l'*a. rei ux.* une nature civile. La notion d'action est inséparable de la procédure officielle et ne peut pas se passer de la présence du magistrat. L'arbitrage privé et le tribunal domestique sont en dehors des frontières de la justice d'état. Devant eux, il ne peut pas être question d'actions proprement dites. Quand on admet, à titre de conjecture, que certains différends sont passés de l'arbitrage privé ou tribunal domestique devant la juridiction du préteur, il n'y a alors qu'une apparence de continuité. Un palier a dû être franchi. Là où il n'y avait pas d'action, en apparaît ensuite une. En dépit de précédents extrajuridiques, on ne peut pas éliminer, dans le schéma de cette hypothèse, un commencement absolu : une action a été créée par le préteur. »

pérégrine.¹⁰³ Ce qui précède incite à privilégier une approche concrète de la situation et une bonne connaissance, si ce n'est du gestionnaire, à tout le moins de ses pratiques.

21. Le *mandatum* convient à la situation puisque le mandataire accomplit tout type d'actes en son nom propre, pour le compte du mandant. En matière de gestion de patrimoine, le mandat incertain ou *mandatum incertum* s'avère tout à fait approprié. Le *mandatum* se subdivise en deux catégories. Le mandat certain - *mandatum certum* - repose sur des instructions strictes de la part du mandant ne laissant aucune marge de manœuvre au mandataire¹⁰⁴. Cette forme est la plus ancienne et pose, compte tenu de sa rigidité, les mêmes problèmes que le mandat en droit positif. Le mandat incertain est quant à lui particulièrement intéressant en matière de gestion à titre habituel.

Les auteurs divergent sur l'apparition du *mandatum incertum*. Certains considèrent qu'il remonte à l'époque classique, d'autres à l'époque byzantine, tandis que certains concluent à l'existence de prémices de ce mandat à l'époque classique.¹⁰⁵ Ce contrat permet au mandataire, par exemple un *procurator omnium bonorum*¹⁰⁶, de prendre tout acte utile à la gestion dans l'intérêt du mandant¹⁰⁷. Au fil du temps, il a été admis que le gestionnaire puisse agir en fonction de la volonté implicite du mandant ou de ses habitudes. La seule limite est la présence de l'intérêt du mandant, condition essentielle de tout mandat en droit romain que l'on retrouve sous le terme d'*utilitas*. Cette dernière est essentielle car, si elle est absente, le mandataire commet un excès de pouvoir¹⁰⁸ ou *egregitum*¹⁰⁹ *mandatum*. L'intérêt du mandant doit toujours être présent dans tous les actes que le mandataire entreprend dans le cadre de sa gestion. Comme il est apprécié au regard de l'attitude qu'aurait eue un homme raisonnable, le mandataire ne peut pas être aventureux.

Afin de comprendre l'utilité pratique du recours au mandat de droit romain, il convient

103 Il faut ici introduire une nuance importante. Monier considère avec intérêt l'idée selon laquelle les actions prétorienne seraient inspirées de pratiques antérieures relevant du *jus civile* avant d'être incorporées à ce dernier. Confer sur ce point R. Monier, *Droit romain, licence, 2^e année 1953-1954*, Cours de droit, 1953, p. 21. Ce n'est pas le point de vue de Magdelain qui écrit en note de la page 48 du même ouvrage : « Il serait inexact de localiser exclusivement, comme on a souvent coutume de le faire, l'origine des actions de bonne foi dans la juridiction de préteur pérégrin. L'*A. tutelae* et l'*A. fiduciae* qui dès la période républicaine, malgré l'originalité de la formule, est comptée parmi les actions de bonne foi (Cic. Off. 3.17.70), sont nées en dehors des rapports internationaux. En ce qui concerne les contrats consensuels, si leur développement a trouvé, dans le commerce avec les pérégrins, un terrain favorable, leur emploi entre Romains, est attesté de bonne heure et interdit d'attribuer, pour les débuts de leur protection en justice, à la justice pérégrine une exclusivité qui ne serait qu'une pétition de principe. »

104 I. Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano* (*Excerptum theos ad Doctoratum in Iure Civili*), Pontificia Università Lateranense, 2003, p. 60

105 A. Murillo Villar, « La responsabilidad del mandatario en el *mandatum incertum* », *RJN*, 2007, n° 62, p. 193, n° 2, spéc. p. 196.

106 L'expression signifie littéralement « *procurator* de tous les biens », proche de la gestion de patrimoine.

107 L'origine de ce mécanisme est discutée par les romanistes. V. sur ce point, note suivante.

108 I. Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano* (*Excerptum theos ad Doctoratum in Iure Civili*), Pontificia Università Lateranense, 2003, p. 74 et suivantes.

109 Ce terme fait référence à un animal sorti du troupeau. Ce dernier se dit en latin *grex, gregis*, masculin. *Egregius* signifie « remarquable », « distingué », « éminent », « hors pair ».

d'examiner le Digeste.

22. D. 17.1.48.2 (Celsius 7 Dig.) : « ... extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas. »

Si un mandat stipule l'obligation du mandataire d'acheter n'importe quel fonds, il n'est pas valable.

Alors que ce fragment ne soulève aucune difficulté, le suivant est l'objet d'une discussion intéressante.

D. 17.1.3.1 (Paulus 32 ad ed.) : « Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emereres, nec de pretio quicquam statui tuque emisti, utrimque actio nascitur. »

M. Murillo Villar relève que ce texte évoquant un mandat *mea tantum gratia*, c'est-à-dire conclu dans l'intérêt exclusif du mandant, est souvent présenté comme un texte relatif au dépassement du mandat. Il y est précisé que si un individu achète une chose dans le cadre d'un mandat qui ne précise aucun prix, le mandat et le mandataire disposent d'une action. L'auteur estime qu'il s'agit d'un texte concernant le *mandatum incertum*.¹¹⁰ Il rapproche ce fragment d'un autre également très cité qui évoque un mandat portant sur l'achat d'un fond détenu par plusieurs copropriétaires dont le mandataire¹¹¹ et considère comme Longo¹¹² qu'il porte sur le *mandatum incertum*. Ce passage indique notamment que le mandataire peut acquérir dans le cadre du mandat les parcelles indiquées alors qu'aucun prix n'est mentionné si celui-ci est estimé de manière raisonnable ou *boni viri arbitratu*.

Le mandat de droit romain illustre le fait que la conception romaine de la propriété ne pose pas de difficulté insurmontable en matière de gestion à titre habituel. Il est en revanche crucial, quelle que soit l'analyse adoptée quant à l'apparition du *mandatum incertum*, de savoir si le gestionnaire a le pouvoir d'accomplir l'acte litigieux. Les Romains ont choisi de retenir un critère pragmatique et concret, à savoir l'intérêt du bénéficiaire de la gestion. Ce critère sera retenu dans le cadre de ce travail destiné à la recherche d'un cadre juridique adapté à la gestion à titre habituel. Par ailleurs la gestion a pour but l'accroissement de la valeur d'un patrimoine. On ne peut prédire l'état exact des biens gérés à la fin de la gestion, il est de ce fait particulièrement important de concevoir l'évolution de la valeur dans la durée. Il faut également s'assurer que la titularité et l'étendue des droits sur un

110 A. Murillo Villar, « La responsabilidad del mandatario en el mandatum incertum », *RJN*, 2007, n° 62, p. 193, p. 204 et suivantes.

111 Confer D. 17.1.35 (Neratius 5 Membra.).

112 Confer sur ce point G. Longo, « Sul mandato incerto » in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, (E ; N. ser. 23), t. II, Vita e pensiero, 1948, p. 138, spéc. p. 139 et suivantes.

bien sont clairement établies. La propriété de droit romain répond à ces deux exigences de manière extrêmement simple.

23. En ce qui concerne la nécessité de concevoir la valorisation dans la durée, Louis Lavelle relève que « La propriété elle-même apparaît comme une valeur qui ne peut témoigner de sa relation privilégiée avec un individu qui maintient son identité dans le temps qu'à condition d'être conservée par lui ».¹¹³ Ce qui est dit ici au sujet de la propriété est également valable pour les droits réels en général, qu'il s'agisse par exemple d'un usufruit consenti pour l'avenir en contemplation de la durée de la vie de l'usufruitier. Notre droit attache plus d'importance à certains droits réels qu'à d'autres et les encadre par un formalisme plus important. Ainsi l'opposabilité de droits immobiliers nécessite-t-elle toujours de se plier à un formalisme propre à la publicité foncière. On envisage plus aisément les droits réels immobiliers sous l'angle de la durée pour des raisons culturelles. Louis Lavelle relève que le temps marque davantage la propriété immobilière façonnée par « la coopération active et affective des générations »¹¹⁴ que la propriété mobilière.

24. L'importance de la titularité et l'étendue des droits sur un bien se manifestent de manière très concrète à travers les recours qu'exercent les créanciers sur le patrimoine d'un débiteur. Ces derniers apprécient d'en connaître à l'avance l'étendue et aiment être prioritaires. M. Didier mène une analyse intéressante de l'organisation de l'entreprise fondée sur des liens contractuels en partant du droit commun des contrats. Il rappelle qu'une personne qui donne de l'argent à une autre afin qu'elle gère une affaire n'en est pas créancière.¹¹⁵ Il n'existe pas non plus de droit d'immixtion dans la gestion des affaires d'un débiteur tant que la dette n'est pas arrivée à échéance, sauf fraude qu'il faudrait établir en prouvant la mauvaise foi du tiers, conformément aux exigences de l'article 1167 du Code civil. Le créancier peut être payé sur le prix des biens du débiteur avant ce dernier qui est, selon l'auteur, « leur légitime propriétaire ».¹¹⁶ D'après l'auteur, cette priorité accordée aux créanciers permet de faire converger les intérêts du débiteur et ceux des créanciers et évite également au premier d'avoir à supporter la surveillance constante des seconds.¹¹⁷ Le droit civil permet donc d'organiser une priorité efficace des créanciers. Cette analyse est d'autant plus intéressante que, comme le souligne

113 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II : Le système des différentes valeurs, 2^e éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 107 L'ouvrage sera désormais cité sous la forme L. Lavelle, t. II.

114 L. Lavelle, t. II, p. 108.

115 P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Le Droit des affaires, Litec, 1997, p. 230.

116 P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Le Droit des affaires, Litec, 1997, p. 231 L'auteur prend pour exemple les créanciers d'un commerçant qui peuvent être payés avant que celui-ci ne puisse récupérer l'argent qu'il a investi dans l'entreprise.

117 P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Le Droit des affaires, Litec, 1997, p. 231-232.

M. Smith, les biens du *trustee* ne sont pas séparés de ceux du *trust*.¹¹⁸ L'unité de patrimoine en droit français n'est pas un obstacle à la distinction entre les biens des parties prenantes à la gestion.¹¹⁹ Qui plus est, comme le remarque M. Didier, le débiteur peut être tenté de soustraire une partie de l'actif géré en le faisant sortir de son patrimoine, ce qui tend à démontrer, selon l'auteur, que l'unité du patrimoine est un principe utile.¹²⁰ Il peut également être tenté de s'endetter davantage une fois qu'il sait qu'il a tout perdu. Malgré ces réserves, l'auteur estime que la priorité accordée aux créanciers est efficacement garantie en droit civil.

La tendance actuelle qui vise à la remise en cause de l'unité du patrimoine voire de la personne juridique rend le droit bien plus complexe en ne répondant ni au problème de la titularité, ni à celui de l'étendue des droits des créanciers. Selon M^{es} Savary et Dubuisson, la possibilité de créer une personne morale est inintéressante en cas de faute de gestion ou d'insuffisance d'actif par exemple. En effet, dans de telles hypothèses, le dirigeant redevient responsable sur son patrimoine personnel. C'est la raison pour laquelle les auteurs proposent de dédoubler la personnalité. Il suffirait d'une immatriculation au registre du commerce et des sociétés afin de parvenir à ce résultat. Il n'y aurait pas de patrimoine d'affectation. Il serait tout de même nécessaire de tenir un « **registre des immobilisations** » afin d'isoler les recours des créanciers professionnels de ceux qui ne seraient pas professionnels en fonction de la nature de leur créance. Le législateur a par ailleurs instauré en 2010 l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) donnant la possibilité à un entrepreneur de créer un patrimoine contenant des biens professionnels qu'il déclarera saisissables. Cette grande originalité est instituée par l'article L. 526-12, alinéa 6, 1^o du Code de commerce.¹²¹ Les biens de l'entrepreneur seront déclarés insaisissables à l'exception de ceux qu'il aura déclarés saisissables.¹²² L'absence d'objet social exclut la possibilité d'une faute de gestion.¹²³ L'intention est louable mais l'entrepreneur devra mentionner sa qualité d'EIRL à chaque fois qu'il conclut un contrat avec un créancier pour l'exercice de son activité professionnelle pour que cette protection soit opposable à celui-ci, ce qui accroît le formalisme.¹²⁴ Malgré leur sophistication, ces deux

118 L. Smith, « Trust and Patrimony », 28 *Estates, Trusts and Pensions Journal* 332 (2009), p. 338 et suivantes.

119 Confer en ce sens D. Viguié, « Du patrimoine d'affectation et de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 195, p. 24, p. 29 et suivante. L'auteur soutient l'idée que le principe d'unité du patrimoine n'est pas incompatible avec la distinction entre différents ensembles de biens. Toujours à l'occasion de l'adoption de la loi introduisant l'EIRL, R. Libchaber, « Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n° 4, p. 316. L'auteur remarque la simplicité de la théorie du patrimoine.

120 P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Le Droit des affaires, Litec, 1997, p. 231-232.

121 « Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ». Cette disposition est issue de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010.

122 Article L. 526-6 C. Com.

123 Confer sur ce point H. Letellier, « Les avantages de l'EIRL », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 77 et s. ; J. Prieur, « EIRL ou société : quels critères de choix ? », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 64 pp. 66 et suivante.

124 Sans compter qu'il est difficile la créance professionnelle. Confer sur ce point S. Tandeu de Marsac, « Réflexions générales d'un praticien », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 82 et suivantes.

techniques présentent l'inconvénient de l'incertitude quant à l'étendue du gage des créanciers avec un risque de confusion des patrimoines voire de défiance des créanciers si le patrimoine est restreint.¹²⁵ Toutes ces techniques visent à tempérer l'effet de la propriété des créances à savoir le droit du créancier d'être payé sur le patrimoine du débiteur. Sans ce droit de gage général la propriété des créances est sans intérêt. Devant cette situation, les créanciers peuvent être tentés de recourir à la propriété à titre de sûreté ou à la clause de réserve de propriété afin que les biens ne quittent pas leur patrimoine tant qu'ils n'ont pas été payés.¹²⁶

Au vu de ce qui précède, il apparaît que notre droit de propriété est simple et convient à la gestion empruntant au mandat de droit romain. Il a été vu que cette technique ancienne et éprouvée accordait une grande importance à l'intérêt du mandant en s'assurant que le mandataire agissait conformément à celui-ci. L'approche économique de la gestion qui va être adoptée maintenant montrera de manière concrète en quoi cette caractéristique est un atout du *mandatum incertum* en matière de gestion à titre habituel.

25. La *corporate governance* s'intéresse à la gestion des sociétés et tend à l'effectivité de leur direction. Ce concept d'origine anglo-saxonne a été remis au goût du jour en France à la fin du XX^e siècle par des rapports anglais et américains sur le sujet. M. Guyon relève que celui-ci est sans équivalent en français et précise que « les termes « direction des sociétés » seraient plus exacts mais trop imprécis. »¹²⁷ Le juriste français doit être circonspect lorsqu'il examine une notion anglo-saxonne¹²⁸ et la prudence de l'auteur est de mise. Selon ce dernier, « les incertitudes terminologiques sont révélatrices d'un certain flou dans le concept même de « corporate governance ». »¹²⁹ L'intérêt que portent les Anglo-Saxons à la question n'est cependant pas récent. Dans un ouvrage paru en 1932 pour la première fois, Berle et Means distinguent entre la propriété

125 Contra Mme Schiller estime que le risque de confusion est limitée en raison de l'impossibilité de renoncer partiellement à l'insaisissabilité. Confer sur ce point S. Schiller, « L'évolution dans la composition du patrimoine affecté », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 84. Voir pour les plus sceptiques F. Vauvillé, « Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2010, n° 15, p. 1649 ; J. Prieur, « EIRL ou société : quels critères de choix ? », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 66 et ss. ; F.-X. Lucas, « Les dangers de l'EIRL », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 78 et suivantes ; Ch. de la Rivière, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 190, pp. 63 et suivantes.

126 On remarquera à ce sujet que certains praticiens envisagent de recourir à la fiducie au bénéfice d'un créancier afin de placer les biens dans le patrimoine fiduciaire à l'abri des procédures collectives de leur débiteur sur son patrimoine personnel et non son patrimoine fiduciaire. Confer par exemple L. Galliez, F. Pouzenc, « La fiducie-sûreté : modes d'emploi », *Droit et patrimoine*, 2011, n° 206, p. 32 et suivantes.

127 Y. Guyon, V° Corporate governance, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, n° 6.

128 Il doit se méfier de sa propension à utiliser un mot ancien étymologiquement voisin de celui qu'il cherche à traduire, comme celui de gouvernance, et de son inclination à employer un équivalent français plus précis que le terme d'origine. Ainsi l'absence d'équivalent des *trusts* en droit français rend-elle la comparaison particulièrement délicate. On pourrait évoquer la *corporate governance* en employant l'expression « conduite d'une société » comme on parle de la conduite d'une affaire.

129 Y. Guyon, V° Corporate governance, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, n° 7.

du capital, le contrôle ou le pouvoir de nommer les dirigeants et la gestion de l'entreprise par ces derniers.¹³⁰ Ils soulignent le risque lié à la divergence d'intérêts entre les propriétaires et ceux qui gèrent l'entreprise.¹³¹ Le problème provient selon eux du fait que les seconds souhaitent acquérir le contrôle de la société à des fins personnelles et peuvent aller à l'encontre de l'intérêt des premiers.¹³² Tunc fait le rapprochement entre les obligations du *trustee* et celles des dirigeants sociaux dans le cadre de la *corporate governance*.¹³³ Selon M. Bratton, ces deux auteurs précédemment mentionnés ont été les premiers à souligner la séparation de la propriété et du contrôle par les sociétés américaines. Ce problème n'a jamais été résolu de manière convaincante.¹³⁴ Toutefois il estime que le droit des *trusts* ne peut être appliqué aux sociétés et considère que le droit des sociétés est plus adapté. Il relève que Berle et Means étaient eux-mêmes sceptiques quant à l'application du droit des *trusts* à la gestion d'une société.¹³⁵

Tous ces problèmes ainsi que ceux qui proviennent généralement de conflits d'intérêts entre les dirigeants et les associés d'une société ont été étudiés par les économistes et contribuent à fournir des éléments très intéressants au juriste à la recherche d'une solution de gestion efficace. Il existe différentes approches économiques de la gestion de sociétés.¹³⁶ Comme ce travail ne porte pas exclusivement sur celle-ci mais sur la gestion de biens en général, seule la théorie de la délégation ou théorie du mandat appelée en anglais *agency theory* sera étudiée.¹³⁷ Cette dernière a l'avantage de présenter de manière très claire les coûts et les problèmes liés à une gestion effectuée par un tiers. L'analyse économique de ces problèmes peut donc se retrouver dans la plupart des cas de gestion qu'il s'agisse du mandat, au sens juridique du terme, d'un *trust* ou bien entendu d'une société.¹³⁸

26. L'article de MM. Jensen et Meckling paru pour la première fois en 1976¹³⁹ a profondément

130 A.A. Berle, G.C. Means, *The modern corporation and private property*, The Macmillan Company, 1933, p. 119.

131 A.A. Berle, G.C. Means, *The modern corporation and private property*, The Macmillan Company, 1933, p. 6-7.

132 A.A. Berle, G.C. Means, *The modern corporation and private property*, The Macmillan Company, 1933, p. 122.

133 A. Tunc, « Le gouvernement des sociétés anonymes : Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume Uni », *RID Comp.*, 1994, n° 1, p. 61.

134 W.W. Bratton, « Berle and Means Reconsidered at the Century's Turn », 26 *J. Corp. L.* 737 (2000), p. 754-755

135 Confer ouvrage cité ci-dessus, p. 763. Le texte extrait de l'ouvrage précité de Berle et Means se situe p. 276 dans l'édition de 1933.

136 Confer sur ce point S. Trébuq, « De l'idéologie et de la philosophie en gouvernance d'entreprise », *RFQ*, 2005, n° 158, p. 49 et suivantes. L'article distingue entre les principales théories existantes.

137 Confer sur cette question de traduction *Le grand dictionnaire terminologique* édité par l'Office québécois de la langue française. L'entrée *théorie de l'agence* reprend le Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière édité en 2006 par l'Institut canadien des comptables agréés. L'expression «théorie de l'agence» y est qualifiée de « traduction malencontreuse de l'anglais. » Bien qu'elle soit très répandue, on devrait y substituer les expressions «théorie du mandat» ou «théorie de la délégation». Comme notre travail porte sur le mandat nous préférons utiliser le terme «délégation» afin qu'il n'y ait pas de confusion avec ce contrat. Le terme de délégation a bien entendu également un sens précis en droit civil français, néanmoins ce choix nous a paru préférable.

138 L'essor de la théorie de Berle et Means a d'ailleurs favorisé une perception de la gestion de société davantage inspirée d'un *trust* que d'un mandat. Confer sur ce point, J.G. Hill, « Then and Now: Professor Berle and the Unpredictable Shareholder », 33 *Seattle U. L. Rev.* 1005 (2009) p. 1008-1010.

139 M.C. Jensen, W.H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure » in *The theory of the firm: critical perspectives on business and management*, N. J. Foss (ed.), t. I, Routledge,

marqué les recherches dans ce domaine.¹⁴⁰ Selon les auteurs, le contrôle de la société par une personne qui n'en est pas l'unique propriétaire entraîne des coûts de délégation.¹⁴¹ Plus la part détenue par la personne assurant le contrôle de l'entreprise est faible, plus celle-ci tente de maximiser ses profits en profitant des avantages indirects que lui confère sa position.¹⁴² Le propriétaire doit alors mettre en place des procédures de surveillance du gestionnaire (audit, contrôle formel, restrictions budgétaires, primes permettant d'influencer le comportement du gestionnaire...)¹⁴³ Il existe différents facteurs qui influent sur la capacité à tirer pleinement profit de la gestion parmi lesquels l'aptitude du gestionnaire à agir dans l'intérêt de la société par opposition à son intérêt personnel, la compétence relative à l'évaluation des performances et du marché de la gestion. Sur ce dernier point, les auteurs indiquent que plus le marché est concurrentiel plus les coûts de délégation sont faibles.¹⁴⁴

Cette théorie majoritaire a été fortement tempérée par M. Demsetz entre autres. L'auteur s'intéresse dans un de ses articles aux coûts de fonctionnement de l'entreprise et non seulement aux coûts de délégation. Il considère que les coûts de gestion imputables à un tiers ne doivent être pris en compte que s'ils dépassent ceux de la gestion exercée par le seul propriétaire.¹⁴⁵ Il va même plus loin en affirmant que la gestion par un tiers n'est pas forcément inefficace d'un point de vue économique.¹⁴⁶ Il estime que lorsque le propriétaire gère lui-même son entreprise — ceci est également valable pour le patrimoine —, il peut préférer s'entourer de gens dont il partage les goûts ou les opinions politiques au détriment de leur efficacité à gérer.¹⁴⁷ En revanche, lorsqu'il est propriétaire et non gestionnaire, il lui importe moins que les employés, salariés ou prestataires partagent ses goûts, il préférera maximiser son profit.¹⁴⁸ M. Demsetz prend l'exemple de Ford qui, bon gestionnaire à ses débuts, a refusé de suivre les conseils d'autres personnes lui recommandant une autre gestion et en a payé les conséquences dans la mesure où son salaire s'est retrouvé plus bas qu'il n'aurait pu l'être s'il

2000, p. 248 et suivantes.

140 Sur l'influence très importante de cette publication, confer S. Trébuçq, « De l'idéologie et de la philosophie en gouvernance d'entreprise », *RFG*, 2005, n° 158, p. 49 et suivantes, p. 52.

141 M.C. Jensen, W.H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure » in *opus cité supra*, p. 253-254.

142 M.C. Jensen, W.H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure » in *opus cité supra*, p. 254.

143 M.C. Jensen, W.H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure » in *opus cité supra*, p. 263.

144 M.C. Jensen, W.H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure » in *opus cité supra*, p. 268.

145 H. Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », *26 J.L. & Econ.* 375 (1983), p. 379

146 H. Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », *26 J.L. & Econ.* 375 (1983), p. 384
L'auteur indique que les tenants de la thèse majoritaire soutiennent que les coûts liés à la surveillance du gestionnaire viennent s'ajouter aux coûts de production. Il faudrait selon l'auteur que les coûts liés à la surveillance soient pris en compte dans les coûts de production.

147 H. Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », *26 J.L. & Econ.* 375 (1983), p. 381-382.

148 H. Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », *26 J.L. & Econ.* 375 (1983), p. 382.

avait suivi lesdits conseils.¹⁴⁹ L'auteur estime qu'en pratique la rémunération des dirigeants est souvent liée aux performances de l'action sur les marchés financiers¹⁵⁰, ce qui a pour effet de faire converger l'intérêt des dirigeants et celui des propriétaires du capital.¹⁵¹

Beaucoup d'auteurs sont cependant partisans de la thèse défendue par MM. Jensen et Meckling. On citera à titre d'exemple la récente étude statistique menée par MM. Ang, Cole et Lin¹⁵² qui corrobore la théorie susmentionnée¹⁵³ et indique que plus la part de capital détenue par le gestionnaire est grande, plus il aura tendance à réduire les coûts de gestion puisque ceux-ci s'imputent sur les revenus de sa propriété.¹⁵⁴ À l'inverse, plus le capital est dispersé, plus les coûts de gestion sont élevés, le gestionnaire n'étant alors intéressé que par sa rémunération et non par les revenus du capital.¹⁵⁵ Les auteurs relèvent que les petites entreprises peuvent parfois également supporter des coûts de délégation alors qu'un propriétaire unique en assure la gestion. Ceci s'explique par le fait que le propriétaire peut par manque de temps faire appel à des cabinets d'audit ou de conseil et ne pas savoir utiliser les outils de contrôle de manière optimale du fait d'une formation insuffisante.¹⁵⁶ On notera également que selon les auteurs lorsqu'une famille détient le capital de l'entreprise, la gestion par un tiers s'avère significativement plus efficace que celle menée par les différents membres de la famille.¹⁵⁷ Même si les auteurs ne donnent aucune explication à ce phénomène, il est permis de penser que les tensions à l'intérieur de la famille influent sur la gestion de l'entreprise.

La confrontation de ces deux théories permet de conclure que toute gestion implique des

149 H. Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », 26 *J.L. & Econ.* 375 (1983), p. 382-383.

150 H. Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », 26 *J.L. & Econ.* 375 (1983), p. 387.

151 H. Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », 26 *J.L. & Econ.* 375 (1983), p. 389-390.

152 J.S. Ang, R.A. Cole, J.W. Lin, « Agency Costs and Ownership Structure », 55 *The Journal of Finance* 81 (2000) Leur étude compare deux situations, l'une où le capital est détenu par le gestionnaire, l'autre issue d'un cas d'espèce. Deux éléments sont pris en considération pour l'évaluation des coûts de délégation : d'une part, les avantages perçus en plus des dépenses liées à la gestion, y compris les différents avantages indirects qui peuvent être accordés au gestionnaire en plus de sa rémunération. D'autre part, les gains manqués du fait de l'inefficacité du gestionnaire (il s'agit de l'inefficacité liée au fait que tout individu produit un travail dont la qualité est par nature variable). A titre d'exemple, certaines mesures ou décisions prises par un même individu compétent peuvent se révéler plus ou moins efficaces. Lorsqu'une telle mesure ou décision n'atteint pas une efficacité optimale ou que le gestionnaire ne fait suffisamment d'efforts, des gains sont manqués (confer pp. 81-82).

153 J.S. Ang, R.A. Cole, J.W. Lin, « Agency Costs and Ownership Structure », 55 *The Journal of Finance* 81 (2000), p. 83 Les auteurs indiquent que les coûts de délégation s'expliquent par la tendance du gestionnaire de minimiser ses efforts et à profiter au maximum des avantages indirects. Il est possible de limiter ces coûts en optimisant la gestion.

154 J.S. Ang, R.A. Cole, J.W. Lin, « Agency Costs and Ownership Structure », 55 *The Journal of Finance* 81 (2000), p. 92

155 Il est toutefois important de noter que l'étude part de l'hypothèse selon laquelle la rémunération du gestionnaire ne dépend pas des performances de l'entreprise (J.S. Ang, R.A. Cole, J.W. Lin, *op. cit.*, p. 84).

156 J.S. Ang, R.A. Cole, J.W. Lin, « Agency Costs and Ownership Structure », 55 *The Journal of Finance* 81 (2000), p. 83 Les éléments statistiques confirmant l'analyse se trouvent p. 91.

157 J.S. Ang, R.A. Cole, J.W. Lin, « Agency Costs and Ownership Structure », 55 *The Journal of Finance* 81 (2000), p. 94 Confer également B. Villalonga, R. Amit, « How do family ownership, control and management affect firm value? », *Journal of Financial Economics*, 2006, n° 2, p. 385.

coûts. Lorsque le propriétaire gère lui-même son entreprise ou son patrimoine, il peut être amené à prendre des décisions qui ne seront pas exclusivement guidées par l'intérêt économique. Dans ce cas de figure, il en assume les conséquences en ne gagnant pas ce que lui aurait rapporté une décision motivée uniquement par l'efficacité économique. Par ailleurs, afin de minimiser les coûts de délégation qu'entraîne la gestion par un tiers, il est particulièrement important de surveiller l'efficacité et la direction de la gestion afin de s'assurer que les décisions prises par le gestionnaire ne sont pas contraires à l'intérêt du propriétaire.

27. M. Orts précise que l'analyse des économistes ne porte que sur les coûts imputables au gestionnaire ou au mandataire et non au mandant. Or, il existe des circonstances dans lesquelles le mandant peut faire preuve d'opportunisme et ainsi desservir l'entreprise.¹⁵⁸ L'auteur estime que cette attitude qu'il qualifie de « *sharking* » engendre des coûts comparables à ceux de l'inefficacité du gestionnaire.¹⁵⁹ En effet, M. Demsetz a montré que si le propriétaire de l'entreprise décidait d'accorder de l'importance à des critères autres que l'efficacité économique, il en acceptait les conséquences en gagnant moins d'argent. L'argument de M. Orts est très intéressant en ce qu'il montre que lorsqu'un gestionnaire est doté d'un pouvoir de décision, il peut en user dans un sens qui ne correspond pas à l'orientation voulue par le propriétaire. Ce dernier en subira les conséquences sans les avoir acceptées.

Ceci explique précisément en quoi l'appréciation de l'opportunité d'une action en fonction de l'intérêt du bénéficiaire de la gestion a une importance capitale ; si le bénéficiaire gère lui-même son entreprise, il peut en assumer les conséquences ; dans le cas contraire, le bénéficiaire qui peut avoir fait appel à un gestionnaire pour prendre du recul par rapport à la gestion peut simplement ne pas être au courant des motivations qui ont conduit celui-ci à accomplir une action. Il importe de ce fait de faire peser sur ce dernier l'obligation de démontrer l'opportunité de cette dernière. En outre, la valeur recherchée par le bénéficiaire a un aspect subjectif et peut être malaisée à définir. Elle n'est pas seulement économique, elle peut être intellectuelle ou esthétique, voire comporter une dimension éthique. Il n'est pas rare qu'en pratique la gestion repose sur plusieurs de ces aspects. Une galerie d'art ou un musée doivent tenir compte d'impératifs économiques mais également

¹⁵⁸ E.W. Orts, « *Shirking and Sharking: A Legal Theory of the Firm* », 16 *Yale L. & Pol'y Rev.* 265 (1997) , p. 281-282 L'auteur rappelle qu'il existe des situations très fréquentes dans lesquelles une personne agissant pour une autre dispose également d'un pouvoir de décision. L'exemple le plus courant est celui de l'embauche d'un salarié par un collaborateur du patron ou le service compétent d'une entreprise. Dans ce cas de figure, la théorie économique des coûts de délégation prend en considération le fait que l'employé ne fera pas tout ce qui est optimal dans le cadre de sa mission. Cependant l'auteur estime que les économistes ne tiennent pas compte de l'utilisation opportuniste du pouvoir du mandataire à son profit qui a également un coût. Il estime qu'il est en pratique aussi important que celui de l'inefficacité. Ceci est valable également en dehors du mandat, dans toutes les situations où le gestionnaire se voit attribuer un pouvoir de décision, par exemple, lors de la souscription d'un contrat.

¹⁵⁹ E.W. Orts, « *Shirking and Sharking: A Legal Theory of the Firm* », 16 *Yale L. & Pol'y Rev.* 265 (1997) , p. 279 L'expression est tirée de *Bleak House* et décrit l'attitude du personnel corrompu de la chancellerie.

esthétiques afin d'acquérir les œuvres qu'ils jugent intéressantes de ce point de vue et de ce fait susceptible de plaire au public visé. La distribution de marchandises doit tenir compte par exemple de la raréfaction de l'énergie, de l'augmentation de son coût et mettre en place des filières de distribution moins consommatrices de carburant. L'exemple que nous venons de donner n'est-il pas purement économique ? Si seul le résultat financier est considéré, la réponse est affirmative mais cette approche n'est pas valable en pratique. Le gestionnaire doit faire des choix qui correspondent à une vision de l'entreprise qui ne se traduit pas uniquement d'un point de vue financier. Il doit notamment avoir une certaine conception de la logistique ou une politique industrielle. L'étude ultérieure de la rémunération du gestionnaire montrera d'ailleurs que cette conception a une influence non négligeable sur la détermination de ladite rétribution.

L'approche économique permet de voir que le gestionnaire à titre habituel doit pouvoir, d'une part, s'assurer de la continuité de la gestion dans le temps et d'autre part, avoir le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action, qu'il s'agisse d'un acte ou d'une série d'actes juridiques ou matériels. Il convient d'aborder la gestion sous l'angle du pouvoir d'organisation et du pouvoir de direction. Le premier désigne le pouvoir d'accomplir une action, le second celui d'apprécier l'opportunité d'une action. Il faut savoir ce qui a été accompli et ce qui doit être fait avant de se demander s'il est judicieux d'effectuer une action en particulier. Ce constat amène à s'intéresser à l'organisation puis à la direction.

28. Il apparaît qu'en matière de gestion à titre habituel, la question qui se pose tant en droit romain qu'en droit anglais des *trusts* n'est pas celle de la propriété des biens gérés mais celle des limites de la mission du gestionnaire. L'introduction en droit français des *trusts* qui répondent à des besoins très divers est de ce fait inutile. Comme il est impossible de prévoir l'état du patrimoine à la fin de la gestion, il est important de concevoir la valorisation des biens dans la durée. On ne peut pas se fonder sur l'état attendu du patrimoine afin de déterminer si le gestionnaire a bien exécuté sa mission. L'étude du droit romain permet de s'apercevoir que la propriété en droit français offre l'avantage d'une grande sécurité juridique et s'inscrit dans la durée. Le *mandatum incertum* n'empêche pas la prise en compte de l'aspect subjectif de la valeur et est centrée sur la conformité de la gestion à l'intérêt du bénéficiaire. Ces éléments incitent à s'inspirer de cette technique. L'approche économique confirme cette analyse. Il apparaît que le gestionnaire doit veiller à la continuité de la gestion et est amené à prendre des décisions dans le cadre de celle-ci. Ceci conduit à envisager la gestion à titre habituel sous l'angle des pouvoirs d'organisation et de direction de la gestion.

29. Les développements qui précèdent incitent à la prudence. Il a été vu qu'une même technique

pouvait être utilisée à de multiples fins. Le temps et la personne du bénéficiaire sont des facteurs qu'il faut prendre en compte. Il paraît vain de se limiter à une analyse des différentes institutions existantes afin de voir quelle est celle qui correspond le mieux à une gestion conventionnelle menée du vivant du bénéficiaire pleinement capable.

Écarter certaines d'entre elles au motif qu'elles ne recourent pas exactement cette hypothèse de travail est d'une égale imprudence. Il n'existe pas à l'heure actuelle de contrat offrant une solution adéquate à la valorisation à titre habituel. Certes, les techniques de gestion ponctuelle telles que la convention prétorienne d'assistance ou celles qui encadrent la gestion habituelle non surveillée par le bénéficiaire comme la tutelle ne seront pas proposées comme cadre conventionnel de valorisation. Leur étude amène toutefois à réfléchir sur le fondement culturel et technique d'une réponse apportée à une difficulté juridique soulevée par la gestion. Il faut songer à tout ce qui manque sans rien oublier de ce qui est présent.

Cette double contrainte impose de faire preuve d'audace. Il convient de se demander comment un tiers peut accroître la valeur conférée par le bénéficiaire à ses biens. Il faut également s'interroger sur les rapports que ce dernier peut entretenir avec le gestionnaire tout au long de la gestion afin que celle-ci soit efficace.

Il est indispensable de comprendre la valorisation en examinant les techniques de gestion présentes et de mettre en évidence le rôle joué par l'organisation ou la direction dans chacune d'elles. Ce travail de fond permettra de mieux maîtriser la conduite de la gestion reposant sur ces deux pouvoirs avant d'élaborer un cadre conventionnel de gestion à titre habituel.

L'étude des techniques de gestion existantes (Partie I) précédera la proposition d'un cadre conventionnel de gestion à titre habituel qui repose sur le pouvoir d'organisation et celui de direction (Partie II).

Partie I Examen des techniques de gestion existantes

30. L'organisation désigne le pouvoir conféré au gestionnaire d'accomplir une action, qu'il s'agisse d'un acte ou d'une série d'actes juridiques ou matériels en vue d'assurer la continuité de la gestion. L'opportunité de celle-ci est indifférente. L'exemple du paiement d'une créance valablement formée et arrivée à échéance en est une illustration ; elle doit être payée nonobstant l'opportunité du bien ou du service fourni en contrepartie. La direction fait, quant à elle, référence au pouvoir conféré au gestionnaire d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action. La différence de portée de ces deux pouvoirs explique la nécessité de les encadrer différemment et de les examiner successivement. Il faut connaître la situation des biens gérés et savoir ce qu'il est obligatoire de faire avant de s'interroger sur l'opportunité d'une action. C'est pourquoi l'étude de l'organisation précédera celle de la direction.

Avant d'expliquer quels en sont les fondements théoriques et d'analyser les moyens dont dispose le gestionnaire afin de valoriser les biens, il convient de montrer qu'aborder la gestion de biens sous l'angle de l'organisation et de la direction est utile. À la lumière de ces deux pouvoirs, la cohérence du droit patrimonial, son évolution et ses limites se font plus nettes. L'intérêt de ce procédé n'est pas de proposer une nouvelle réforme du droit relatif à la gestion mais de confronter les dispositions en vigueur à leur application par les juridictions afin de restituer l'image la plus fidèle possible d'un droit patrimonial fragmenté par la multitude de textes qui le compose. Le juge et les praticiens doivent appliquer un régime juridique précis aux affaires dont ils ont à connaître, on dit qu'ils qualifient les faits d'une espèce. La qualification juridique est un exercice aussi commun que délicat. La multiplication des textes applicables pousse le juriste à se focaliser sur des détails et l'empêche de cerner la gestion des biens dans sa globalité. Le bénéficiaire soucieux de la valorisation de ses biens fait appel au gestionnaire en lui présentant la situation de son patrimoine qu'il conçoit comme un ensemble différent des éléments qui le composent. Il faudra sans doute avoir recours aux services de tiers qui pourront éventuellement être subordonnés au gestionnaire. De nombreuses relations se noueront inévitablement lors de la gestion, il faut les cerner toutes. L'ampleur de cette tâche justifie que l'on y consacre la première partie de cette thèse.

Lors de cet examen des techniques de gestion qui existent en droit positif, celles qui reposent uniquement l'organisation de la gestion (Titre I) seront étudiées avant celles qui reposent sur l'organisation et la direction (Titre II).

Titre I Les techniques reposant uniquement sur l'organisation de la gestion

31. Le nombre de techniques à étudier impose de les classer afin de faciliter la compréhension de l'étude qui va être menée. Ce n'est pas chose aisée et toute classification est discutable en raison de son caractère artificiel. Son opportunité doit tout de même être brièvement abordée. Cette classification doit répertorier toutes les techniques évoquées, ne pas être un préalable à l'étude de la distinction entre l'organisation et la direction qui est l'objet de ce travail mais au contraire faire apparaître plus clairement l'utilité d'aborder la gestion sous l'angle de cette division.

On observe que certaines techniques encadrent uniquement une intervention ponctuelle du gestionnaire tandis que d'autres lui permettent de gérer les biens en lieu et place du bénéficiaire. C'est naturellement de ce dernier cas de figure que relève la valorisation, elles seront appelées techniques de gestion à titre habituel. Il faut néanmoins s'intéresser aux techniques de gestion à titre ponctuel telles que la gestion d'affaires car elles peuvent trouver à s'appliquer en pratique et modifier les rapports d'obligations qu'entretiennent ceux qui prennent part, à quelque titre que ce soit, à la gestion.

Ce titre traite des techniques qui reposent uniquement sur l'organisation de la gestion. Il vient d'être rappelé qu'il est nécessaire de distinguer entre la gestion ponctuelle et celle menée à titre habituel. Ceci se vérifie lorsque l'on examine les techniques qui reposent uniquement sur l'organisation. Elles comprennent celles qui ont pour objet la gestion à titre habituel non surveillée par le bénéficiaire (Chapitre I), d'une part ainsi que la gestion ponctuelle (Chapitre II), d'autre part.

Chapitre I La gestion habituelle non surveillée par le bénéficiaire

32. La particularité de la gestion habituelle non surveillée par le bénéficiaire tient à l'initiative de celle-ci. Dans certains cas, la loi ou le juge l'impose, il s'agit des techniques d'origine légale et judiciaire (Section I). Dans d'autres, la gestion est menée selon la volonté du défunt ou de l'incapable de gérer (Section II).

Section I La gestion d'origine légale et judiciaire

33. Le droit a connu une évolution récente en matière de gestion d'origine légale et judiciaire. Afin de bien la comprendre, il est intéressant de partir de la conception traditionnelle de la gestion (I) avant d'arriver à la conception récente qui est celle du droit positif (II).

Paragraphe I La conception traditionnelle de la gestion

34. La conception traditionnelle de la gestion repose sur la distinction des actes en fonction de leur gravité et sur le recours à la représentation. Le tuteur qui gère le patrimoine d'un incapable est l'étalon du gestionnaire. C'est la raison pour laquelle il est intéressant d'analyser la distinction fondée sur la gravité de l'acte du point de vue du tuteur (A) avant d'étudier la référence traditionnelle à la représentation (B).

A L'analyse de la distinction fondée sur la gravité de l'acte du point de vue du tuteur

35. Cette thèse porte sur la gestion. Il est de ce fait primordial de s'intéresser au gestionnaire. L'étude du tuteur comme archétype du gestionnaire du patrimoine de l'incapable (1) permettra de souligner l'intérêt de différencier entre la gravité et la finalité de l'acte (2).

1/ Le tuteur comme archétype du gestionnaire du patrimoine de l'incapable

36. Si la parenté entre les gestionnaires que sont le tuteur et le curateur est essentiellement technique (a), celle qui rapproche le tuteur d'autres gestionnaires est essentiellement symbolique (b).

a) La parenté essentiellement technique entre le tuteur et le curateur

37. Cette parenté tient aux organes de gestion, d'une part et aux pouvoirs du gestionnaire, d'autre part.

La tutelle repose traditionnellement sur un conseil de famille qui autorise le tuteur, gestionnaire du patrimoine de l'incapable, à accomplir les actes de disposition qu'il juge opportuns. Néanmoins, comme le fait remarquer M. Hauser, une tutelle sans conseil de famille était souvent préférée en pratique.¹⁶⁰ Sous l'empire de l'article 497 ancien du Code civil, il était possible de prévoir une forme de tutelle qui permettait au tuteur d'accomplir avec l'autorisation du juge des tutelles les actes qui devaient être autorisés par le conseil de famille. Il est intéressant de noter que ce procédé repris par l'article 445 nouveau, alinéa 2, du Code civil est celui qui est utilisé dans le cadre de l'administration des biens d'un mineur sous contrôle judiciaire.¹⁶¹

Il est possible de ne concevoir la curatelle que comme une protection instaurant un contreseing obligatoire du curateur pour certains actes. Néanmoins, la réforme législative de 2007 a instauré une curatelle renforcée prévue à l'article 472 nouveau du Code civil. La gestion du patrimoine de l'incapable sous curatelle renforcée reprend les dispositions applicables en matière de tutelle. Ceci contribue à rapprocher encore davantage la tutelle de la curatelle.

La parenté technique entre le tuteur et le curateur tient non seulement aux organes de la gestion mais également aux pouvoirs du gestionnaire.

38. Les actes que peut accomplir le curateur dans le cadre de la curatelle renforcée sont ceux que peut accomplir le tuteur. Tous deux doivent obtenir l'autorisation préalable d'un organe spécifique, qu'il s'agisse du juge des tutelles ou du conseil de famille, afin de vendre un bien. L'alinéa 2 de l'article 505 nouveau du Code civil exige que l'autorisation soit précise et contienne le contenu du contrat de vente à conclure, notamment le prix. L'impératif de protection de l'incapable justifie de telles précautions.

La figure du tuteur vient immédiatement à l'esprit dès lors qu'il s'agit de la gestion du patrimoine de l'incapable. Il apparaît que les liens entre la tutelle et la curatelle ne tiennent pas tant à la place importante traditionnellement accordée au tuteur mais à des considérations essentiellement

160 J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *AJ Fam.*, 2007, p. 198 et suivantes.

161 Article 389-2 du Code civil.

techniques. La parenté entre le tuteur et d'autres gestionnaires est en revanche en grande partie symbolique.

b) La parenté essentiellement symbolique entre le tuteur et d'autres gestionnaires

39. L'administration légale pure et simple menée par les deux parents, gestionnaires du patrimoine du mineur renvoie également à la tutelle.

L'alinéa 1^{er} de l'article 389-5 du Code civil prévoit que « Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. » Cette disposition montre que le législateur accorde une grande liberté de gestion aux parents dans la gestion du patrimoine de leur enfant mineur. Contrairement au tuteur qui doit obtenir l'autorisation préalable d'un organe extérieur tel que le juge des tutelles ou le conseil de famille, les parents exercent leur autorité parentale et dirigent à ce titre la gestion comme ils l'entendent. La nécessité de demander une autorisation préalable permet à l'organe dont l'accord est demandé d'apprécier l'opportunité de l'acte envisagé par le gestionnaire. Cette condition d'autorisation préalable n'est posée que pour un nombre très restreint d'actes, notamment la cession d'un fonds de commerce appartenant au mineur. Les parents peuvent décider conjointement de l'opportunité d'accomplir un acte, ils disposent donc, à la différence du tuteur, de la direction de la gestion.

40. Il existe une autre technique de gestion récente inspirée de la tutelle qui conduit à une réflexion analogue, à savoir le mandat de protection future également instaurée par la loi de 2007 relative aux incapables majeurs.

L'alinéa 1^{er} de l'article 490 du Code civil énonce que « le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation. » Il apparaît ici encore que le mandat de protection future est éloigné de la tutelle d'un point de vue technique.

Le mandataire de protection future et les parents du mineur dans le cadre de l'administration légale pure et simple sont des gestionnaires qui ne sont pas apparentés ou tuteurs pour des raisons techniques. Le tuteur étant au centre du droit des incapacités dont il est l'étalon, ces deux gestionnaires du patrimoine d'un incapable s'en rapprochent essentiellement pour des raisons symboliques. Il n'est en effet pas nécessaire de se référer à l'intégralité de ce régime pour définir ceux de l'administration légale pure et simple ou du mandat de protection future.

Après avoir montré que le tuteur était l'archétype du gestionnaire du patrimoine de l'incapable, que ce fût pour des raisons techniques ou symboliques, il est intéressant de s'interroger sur l'intérêt de distinguer entre la gravité et la finalité de l'acte.

2/ L'intérêt de différencier entre la gravité et la finalité de l'acte

41. Afin de cerner l'intérêt de différencier entre la gravité et la finalité de l'acte, il convient de montrer que le tuteur ne dispose que du pouvoir d'organisation (a) avant de voir que la distinction entre l'organisation et la direction de la gestion permet une analyse en adéquation avec la pratique (b).

a) Le tuteur, un gestionnaire dépourvu de pouvoir de direction

42. L'absence de pouvoir de direction se traduit de manière concrète de deux façons.

D'une part, comme il vient d'être montré, l'autorisation préalable prive le tuteur de la direction de la gestion, elle permet à un tiers d'apprécier l'opportunité de l'acte envisagé par le tuteur, autrement dit d'exercer la direction de la gestion.

D'autre part, il est incontestable que les père et mère dans l'administration légale pure et simple gèrent le patrimoine différemment d'un tuteur, ils apprécient ensemble l'opportunité d'accomplir un acte et dispose de ce fait de la direction de la gestion quitte à devoir défendre la conformité de leurs actes au regard de l'intérêt de l'enfant mineur devant le juge des tutelles, le cas échéant. Considérer que le tuteur et les administrateurs légaux disposent de l'organisation et de la direction de la gestion revient à ne pas rendre compte de cette réalité concrète.

La distinction entre organisation et direction de la gestion est en adéquation avec la pratique.

b) Une analyse en adéquation avec la pratique

43. Il sera vu ultérieurement que l'un des moyens d'exercer la direction de la gestion est l'autorisation préalable, notamment celle donnée par le conseil d'administration à un dirigeant social désireux de conclure certaines conventions. Ne pourrait-on de ce fait conclure que le dirigeant

social est contrôlé par le conseil d'administration comme le tuteur est contrôlé par le juge des tutelles ou le conseil de famille ?

La réponse à cette question est négative car le domaine d'application de l'autorisation préalable à la conclusion de certaines conventions est marginal. L'article L. 225-35, alinéa 3, du Code de commerce exige l'autorisation du conseil d'administration préalablement à la constitution par la personne morale d'une sûreté opposable aux tiers. L'article L. 225-38 prévoit quant à lui l'autorisation préalable du conseil d'administration pour la conclusion d'une convention liant la personne morale à une autre société, notamment lorsqu'une personne est un des dirigeants sociaux des deux sociétés. L'article L. 225-39 énonce par ailleurs que « Les dispositions de l'article L. 225-38 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. » Ceci n'exclut pas les actes de disposition.¹⁶²

Au vu de ce qui précède, le fait que certaines techniques de gestion reposent en partie sur une procédure d'autorisation préalable ne permet pas à lui seul d'écartier l'existence d'un pouvoir de direction. Afin d'établir l'existence de celui-ci, il convient de montrer que le gestionnaire dispose du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir un acte. L'exigence d'une autorisation préalable pour tous les actes du tuteur susceptible de relever de la direction conduit à conclure que celui-ci ne dispose que de l'organisation.

44. Par ailleurs, le fait que la distinction entre actes d'administration et actes de disposition en matière de tutelle recoupe en grande partie la distinction entre les actes qui relèvent de l'organisation et ceux qui relèvent de la direction ne signifie pas que cette dernière distinction est inutile. Il sera vu ultérieurement qu'en matière de mandat de droit commun la distinction classique entre actes d'administration et actes de disposition ne recoupe pas la distinction fondée sur la finalité d'un acte.

La distinction fondée sur la finalité de l'acte a permis d'éclairer sous un jour nouveau la place traditionnellement accordée au tuteur en droit des incapacités et ainsi de mener une analyse plus proche du droit positif applicable en la matière. Il est intéressant d'étudier maintenant la

¹⁶² Au sujet du concept d'opérations courantes, conf. Rép. min. n° 4276: JOAN Q, 3 avr. 1969, p. 870 : « Il appartiendra aux tribunaux en cas de difficulté d'apprécier dans chaque cas d'espèce si la convention portait sur des opérations courantes et a été conclue à des conditions normales. Sous réserve de cette jurisprudence il semble que les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité. Pour déterminer si une convention a été conclue dans des conditions nouvelles il convient semble-t-il de tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables non seulement dans la société en cause mais encore dans les autres du même secteur d'activité. » Le concept d'opération courante comprend les actes de disposition. Confer sur ce point Cass., Com., 1^{er} oct. 1996 (94-16315): Bull. July 1997. 138, note Le Cannu; RJDA 1997, n° 65.

référence traditionnelle à la représentation.

B La référence traditionnelle à la représentation

45. Il convient dans un premier temps d'étudier différentes techniques organisées autour de la notion de représentation (1). Si l'administrateur provisoire de sociétés est exclusivement fondé sur cette notion, la tutelle et la curatelle ne reposent qu'en partie sur celle-ci. Cette conclusion permettra dans un second temps de remettre en question l'intérêt de la représentation (2).

1/ Les différentes techniques organisées autour de la notion de représentation

46. L'administrateur provisoire de société est une technique de gestion fondée exclusivement sur la représentation (a) contrairement à la tutelle et à la curatelle (b).

a) L'administrateur provisoire de société

47. Le recours à l'administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui n'est prévue expressément par aucun texte. Ce mandataire de justice n'est désigné que dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'un conflit entre associés paralyse les organes sociaux ou la gestion de la société¹⁶³ l'exposant à un péril imminent¹⁶⁴. Il convient de la distinguer du mandataire *ad hoc* qui peut également être nommé par le juge des référés. Ce dernier ne figure pas sur la liste des administrateurs judiciaires.¹⁶⁵ Il peut accomplir tout type de formalités, y compris convoquer une assemblée générale ou spéciale.¹⁶⁶ Contrairement à l'administrateur provisoire, il ne dessaisit pas les dirigeants sociaux et intervient à titre ponctuel. Il n'en sera pas davantage question dans ce travail. Les développements qui suivent seront consacrés à l'administrateur provisoire qui agit à la place des

¹⁶³ Les juridictions exigent de rapporter la preuve de celle-ci. Confer par exemple Cass., Com., 25 janv. 2005, n° 00-22457 ; Cass., Com., 6 févr. 2007, n° 05-19008, note Champaud, Danet, RTD Com., 2007, p. 373 ; Hovasse, Dr. soc., n°4, p. 34 ; JCP. E 2007, n° 12, p. 29 (la mésentente entre associées ne suffit pas à établir l'impossibilité de fonctionnement normal de la société).

¹⁶⁴ De graves dissensions entre associés ne suffisent pas à établir le fait que la société soit en péril (V. par exemple, CA Versailles, Chambre 14, 23 novembre 1988, n° JurisData 1988-046792). Ceci est valable même si celles-ci ont pour objet la répartition du capital social, dès lors que des mesures conservatoires ont déjà été prises (CA Pau, Ch. 2, Sect. 1, 2 avril 2007, n° JurisData 2007-339836 relevant la nomination d'un administrateur-séquestre et rejetant celle d'un administrateur provisoire). L'état de péril imminent peut résulter de l'existence d'un faisceau de problèmes imputables à la mauvaise gestion du dirigeant, notamment la perception par celui-ci de commissions sur les revenus de la SCI, l'absence d'assemblées générales en vue d'arrêter les comptes, un conflit avec l'administration fiscale et la nécessité d'entreprendre dans l'urgence des travaux de réfection de l'immeuble appartenant à la société. De tels éléments sont susceptibles d'entraîner la perte de confiance des associés dans la gestion et ainsi d'établir le péril imminent (CA Paris, 6 mars 2009, n° JurisData 2009-001222).

¹⁶⁵ Article L. 811-2 du Code de commerce.

¹⁶⁶ V. par exemple les articles L. 235-7, L. 233-27 et L. 225-103 du Code de commerce

dirigeants sociaux et représente la société comme ces derniers. Cette figure n'est pas sans rappeler celle de l'antique tyran ou dictateur. L'administrateur dispose cependant de pouvoirs moins étendus. Si le contenu de sa mission varie selon l'ordonnance de référé qui le désigne, ses pouvoirs sont limités à l'accomplissement d'actes de conservation et d'administration.¹⁶⁷ Il ne peut accomplir d'acte considéré comme un acte de disposition tel que la convocation d'une assemblée générale extraordinaire, quand bien même l'ordonnance du juge des référés lui en donne pouvoir. En effet, c'est l'ordonnance qui fixe l'ordre du jour et non la convocation de l'administrateur.¹⁶⁸ La convocation d'une assemblée générale extraordinaire relève bien du pouvoir du juge et non de l'administrateur provisoire qui ne fait qu'organiser la réunion. *A fortiori*, «il n'est pas au pouvoir du juge de charger un administrateur provisoire, dont la mission est de nature conservatoire, de décider de dissoudre la société ou de révoquer le gérant et, ce faisant, de le substituer aux assemblées générales extraordinaire et ordinaire seules habilitées à délibérer sur ces questions »¹⁶⁹.

La jurisprudence restreint l'exercice des pouvoirs de l'administrateur à la seule préservation de l'entreprise.

48. Les juridictions ont une interprétation très stricte des textes et sanctionnent toute décision de l'administrateur provisoire qui ne correspondrait pas aux termes du mandat qui lui a été confié en prononçant la nullité des actes accomplis par le mandataire.¹⁷⁰ L'administration de la société en péril vise exclusivement à la préserver. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle estimé que l'administrateur devait exécuter les ordres passés par les clients de celle-ci sur les marchés et qu'il ne pouvait procéder à la liquidation alors même que la société était compromise. Il engageait sa responsabilité pour le préjudice subi par la société du fait de la liquidation avant échéance des positions prises sur les marchés pour le compte des clients.¹⁷¹

Cette jurisprudence illustre bien les limites des pouvoirs de l'administrateur provisoire de société qui ne peut en fin de compte que s'assurer du fonctionnement de la société pour un temps limité. Il s'agit de ce fait d'une gestion très particulière puisque, bien que temporaire, elle concerne tous les actes qui devraient être accomplis à titre habituel par la société si elle n'était pas paralysée. Cette

167 L'administrateur tient la comptabilité et règle les dettes sociales (CA Aix-en-Provence, 14 nov. 1957). Il peut en outre gérer la location d'immeubles d'une SCI (Cass., Civ. III, 3 mai 2007, n° 05-18486, note Porcheron, AJDI, 2008, n° 4, p. 38).

168 Cass., Com., 20 février 2007, n° 05-19.465, note Hallaouin, BMIS, juin 2007, p. 749.

169 CA Pau, Ch. 2, Sect. 1, 4 décembre 2008, n° 07/03593.

170 Confer par exemple C. A. Aix en Provence, Chambre civile 4, Section A, 12 juin 1997, n° 487/97, note Latil, Gaz. Pal., 1^{er} février 1998. Outrepasser ses pouvoirs l'administrateur provisoire qui convoque une assemblée en vue de la désignation syndic conformément au mandat et qui fait adopter d'autres résolutions en plus de celle-ci. Au sujet de l'interprétation de l'ordonnance et de son exécution, un arrêt affirme que la « résolution mettant fin par anticipation au mandat des membres du conseil d'administration peut être considérée comme un préalable nécessaire à la désignation [selon les termes de l'ordonnance] des « administrateurs aptes et ayant devoir de nommer un président responsable du devenir de la société »

171 CA Paris, Ch. 1, Section A, 5 mars 1998, n° 96/21020.

gestion à titre habituel est exercée afin de permettre aux organes de la société de fonctionner et non à rendre la gestion plus efficace. Il ne dispose de ce fait pas de la direction qui lui permettrait d'apprécier l'opportunité d'accomplir un acte orientant la gestion. Le contrôle que l'administrateur provisoire exerce sur une société est à la mesure de sa fonction. Il ne faudrait cependant pas conclure à l'impossibilité de gérer des biens au moyen de la seule organisation. L'analyse qui va maintenant être faite de la tutelle et de la curatelle montrera que tel n'est pas le cas.

b) L'examen de la tutelle et la curatelle

49. Le recours à la représentation en matière de tutelle et de curatelle n'amoindrit en rien l'intérêt d'une action du gestionnaire sans représentation de l'incapable.

La tutelle et la curatelle sont deux techniques qui remontent aux origines du Code civil et qui sont destinées à permettre la gestion des biens de la personne sous l'un de ces régimes. La curatelle ne fera ici l'objet que de peu de remarques en ce que le curateur ne fait qu'assister une personne dans l'accomplissement de certains actes.¹⁷² Dans certaines circonstances toutefois, la loi permet au curateur de représenter le curatelaire.¹⁷³ La tutelle quant à elle est encore aujourd'hui considérée comme la mesure de référence en matière d'incapacité des personnes. Ceci peut d'ailleurs être observé lors de la présentation de l'administration légale pure et simple qui renvoie aux dispositions concernant la tutelle. La gestion menée par le tuteur est très encadrée.¹⁷⁴ Le tuteur doit gérer en bon père de famille faute de quoi il peut être destitué. Il peut être poursuivi alors même que quitus de sa gestion lui aurait été donné. Cet aspect est important car il illustre le problème de l'action en responsabilité contre le gestionnaire du fait des actes accomplis lors de sa gestion. L'obligation même de présenter les comptes est efficace afin de contrôler celle-ci.

Agir sans représenter l'incapable présente un intérêt pratique.

50. L'absence de représentation apporte plus de souplesse à la gestion et permet au gestionnaire d'être beaucoup plus réactif. À ce sujet, il est intéressant de noter, comme le fait M. Fossier, que la gestion d'affaires est utile après le décès de l'incapable dans la mesure où elle permet au tuteur de gérer les affaires courantes à titre provisoire, si ceci est utile à la conservation du patrimoine du défunt.¹⁷⁵

¹⁷² Articles 467 et 469, alinéa 1^{er}, du Code civil pris conjointement

¹⁷³ Article 469, alinéa 2, du Code civil

¹⁷⁴ A. Bateur, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, Manuel (Paris), 3^e éd., LGDJ, 2007, n° 882, 446 et suivants.

¹⁷⁵ Th. Fossier, « L'objectif du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Répertoire du Notariat*

51. Il apparaît au vu de la tutelle que la gestion d'un patrimoine repose sur le recours à différentes techniques qui ne sont pas nécessairement fondées sur la représentation. Elles sont organisées par la gradation de la gravité des actes qui peuvent être accomplis lors de la gestion. Il s'agit d'un dispositif complexe mû par la recherche d'un équilibre entre la protection du patrimoine et la liberté d'action du tuteur nécessaire à une gestion efficace. Le conseil de famille était traditionnellement perçu comme le centre de gravité de la tutelle jusqu'à la réforme du droit des incapacités adoptée en 2007. C'est en son sein que les décisions importantes étaient prises. Depuis la réforme, la tutelle se conçoit sans conseil de famille¹⁷⁶ ou avec un conseil de famille qui n'est plus gouvernée par les liens du sang¹⁷⁷. Ce changement n'est pas anodin car il indique clairement que la famille n'a plus vocation à s'occuper de ses membres incapables, même si elle peut encore le faire. Auparavant, le conseil de famille exerçait la direction de la gestion dans une très large mesure — le juge l'exerçait quant à lui de manière restreinte — puisqu'il lui était possible de décider de l'aliénation d'un bien immeuble et de l'apport de celui-ci en société, par exemple. Ces actes sont graves et irrémédiables. On constate dès lors que le tuteur ne pouvait exercer la direction de la gestion. L'examen de la jurisprudence permet de confirmer ces constatations. En effet, le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux a considéré que la désignation du lieu de domicile hors du territoire français était une décision relative à l'éducation du mineur et pouvait, en tant que telle, être prise par le conseil de famille.¹⁷⁸ À l'inverse, il a été jugé que la liquidation de l'intégralité des placements par le tuteur n'était pas un acte d'administration mais de disposition qui aurait dû être autorisé par le juge des tutelles.¹⁷⁹ Comme on le voit, la tutelle repose traditionnellement sur une gradation des actes en fonction de leur gravité. Il a également été relevé que la loi considère que nombre d'actes sont accomplis par le gestionnaire des biens du mineur avec représentation.

Defrénois, 2005, n° 1, p. 3, n° 13 Ceci montre une fois de plus que le droit de la gestion de patrimoine se construit au fur à mesure des besoins auxquels il est amené à répondre.

176 J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *AJ Fam.*, 2007, p. 198 et ss. L'auteur indique que ce changement législatif reprend la pratique antérieure. Il relève que : « Dans la sous-section 3 (art. 446 s.), il faut attendre le paragraphe 4 pour voir apparaître le conseil de famille aux articles 456 et suivants. Encore la formule retenue est-elle restrictive : « le juge peut organiser la tutelle avec un conseil de famille [...] » et le texte précise même dans quels cas ce qui est donc devenu une exception peut jouer... »

177 Comp. Art 418 ancien et 456 nouveau, alinéa 2 : « Le juge désigne les membres du conseil de famille en considération des sentiments exprimés par la personne protégée, de ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et des recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage. » M; Hauser s'interroge au sujet du terme « entourage » : « L'expression courante fera-t-elle florès dans des lois futures ? » J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *AJ Fam.*, 2007, p. 198, note 20. Celle-ci est également employée à l'article 447 nouveau au sujet de la désignation du tuteur. Confer sur ce point, N. Peterka, « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G*, 2010, n° 1, p. 45, n° 12

178 Civ. I, 5 mai 1986, n° 84-80.035. Par ailleurs, le quorum fixé par l'article 407 ancien pour une décision du conseil de famille n'est pas une condition de validité de la délibération. En l'espèce, le conseil comportait sept membres au lieu de six. À titre de comparaison l'article 399, alinéa 2, nouveau précise que : « Le conseil de famille est composé d'au moins quatre membres, y compris le tuteur et le subrogé tuteur, mais non le juge. »

179 CA Reims, Ch. civ., Section 1, 14 avril 2004, Casey, RJPF, 1^{er} mars 2007, n° 3, p. 12 La banque qui a procédé à cette opération se devait de vérifier que le tuteur avait reçu l'autorisation du juge des tutelles. Elle a été déclarée responsable du préjudice subi par le mineur du fait de la liquidation fautive des placements.

Le législateur accorde une place à la représentation en matière de gestion et considère opportun d'écarter celle-ci dans certains cas de figure. Il ne paraît cependant pas inutile d'un point de vue scientifique de remettre en question l'intérêt de la représentation.

2/ La remise en question de l'intérêt de la représentation

52. Cette remise en question suppose de mettre en évidence la difficulté à justifier le recours à la représentation d'un point de vue théorique (a) avant d'expliquer que l'intérêt pratique de la représentation est plus limité qu'il ne le paraît (b).

a) La difficile justification théorique du recours à la représentation

53. Il est intéressant de noter que s'il est facile de distinguer entre les différents types d'actes que peut accomplir le tuteur en fonction de leur gravité, le recours à la notion de représentation est plus difficilement justifiable d'un point de vue technique. En effet, si les administrateurs légaux dans l'administrateur légale pure et simple comme le tuteur agissent en représentant l'incapable, l'étendue de leurs pouvoirs diffère. Cette différence ne peut pas être justifiée par la représentation. Selon Mme Julienne, « La prédominance de la représentation parfaite s'explique par la supériorité de son utilité pratique. Elle permet, en effet, d'assurer une gestion dynamique et efficace des biens d'autrui en évitant les incertitudes liées à la rétrocession des engagements entre le représentant et le représenté. »¹⁸⁰ La représentation conduit à une « imputation dérogatoire »¹⁸¹ au principe selon lequel seul celui qui a accompli un acte est engagé par ce dernier. Dans l'hypothèse du mandat de droit commun, l'acte accompli par le mandataire est immédiatement imputé au mandant tandis que le premier n'est pas affecté par les actes qu'il a accomplis au nom du second.¹⁸²

Cette situation présente l'avantage de préserver un élément très important lorsqu'il est question de la gestion des biens d'un propriétaire, à savoir la prépondérance de ce dernier dans la gestion de ses biens. Le propriétaire reste seul maître chez lui, personne ne vient s'immiscer dans sa gestion puisqu'il est le seul auteur et responsable des actes qu'il commet par l'intermédiaire de son mandataire. La personne du mandataire révèle l'ombre du mandant, de sorte que les actes du

180 F. Julienne, « La gestion des biens pour autrui : contribution à l'élaboration d'une théorie générale », *RRJ*, 2008, n° 3, p. 1323.

181 Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, Y. Lequette (préf), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000, n° 167.

182 Confer en ce sens A. Bénabent, *Droit civil : les obligations*, 10e édition à jour au 9 juillet 2005, Montchrestien, 2005, n° 46.

gestionnaire ne sont que le reflet de la volonté du propriétaire.

Il a cependant été observé que la représentation était utilisée dans le cadre du droit des incapacités afin de représenter les incapables alors que ceux-ci sont par définition dans l'impossibilité de manifester une volonté éclairée. Il semble superflu d'imputer la volonté du gestionnaire à un incapable qui ne peut pas apprécier les conséquences des actes du représentant. La représentation n'est concevable que si le représenté est en mesure de porter un jugement sur les actes accomplis par le représentant dans le cadre de la représentation. Or tel n'est pas le cas en matière de tutelle puisque, même s'il n'est pas inconcevable que l'incapable alerte le juge s'il a des doutes sur la gestion du tuteur, la décision d'intenter une action à l'encontre de ce dernier n'appartient pas à l'incapable. Par conséquent, il s'agit en fait et en droit d'une situation diamétralement opposée à celle impliquant un mandataire de droit commun, gérant les biens d'un propriétaire titulaire de la pleine capacité juridique.

54. Il est possible de considérer que le mandat de droit commun repose également sur une fiction de consentement dans la mesure où le mandant n'a pas nécessairement consenti par avance à chacun des actes qui seront accomplis par le mandataire au cours de sa mission. Toutefois, même si on admet cette argumentation, on ne peut pas nier qu'il existe une différence importante entre le mandat de droit commun et la tutelle qui tient au consentement donné par le mandant lors de la conclusion du contrat de mandat. L'impossibilité qui est celle de l'incapable de consentir de manière libre et éclairée justifie d'ailleurs certaines obligations du tuteur. Le fait que la représentation soit imposée à l'incapable amène à penser que la tutelle ne repose pas sur celle-ci.¹⁸³

L'imputation des actes du représentant sur le patrimoine du représenté ne peut pas justifier d'un point de vue théorique le recours à la représentation en matière de tutelle. De plus, celui-ci impose d'adopter des solutions qui nuisent en pratique à la souplesse de la gestion.

b) L'intérêt limité de la représentation par-delà les apparences

55. La particularité de l'incapacité rend nécessaire l'instauration de règles spéciales destinées à

¹⁸³ À la lecture de Raymond Monier (R. Monier, *Droit romain, licence, 2^e année 1953-1954*, Cours de droit, 1953, p. 29 et suivantes), on se rend compte que le débat est ancien. Nous n'avons pas la prétention de le résoudre ici. L'auteur rappelle au sujet de la division quadripartite des obligations (*ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto, quasi ex delicto*) que, sous Justinien, il n'est plus question de dire que l'effet de l'obligation née d'un quasi-contrat est semblable à celui d'une obligation née d'un contrat (Gaius, *Digeste*, 44.7.5) mais d'affirmer que le fondement de l'obligation née d'un quasi-contrat est semblable à celui né d'un contrat (Justinien, *Institutes*, III, 27 pr). La similarité d'effet conduit à voir une similarité de fondement. Aujourd'hui, le juriste est tenté de relever l'existence d'une fiction de consentement fondant la représentation de l'incapable.

protéger l'incapable. Ainsi, certains actes sont interdits au tuteur. Ce dernier ne peut, par exemple, acheter ou louer un bien du pupille, acheter une créance d'un tiers contre l'incapable. L'article 450 du Code civil vise bien entendu la protection de celui-ci. De telles mesures de protection ne sont pas envisageables dans l'hypothèse d'un contrat de gestion de patrimoine dans la mesure où ce dernier détermine la nature des relations et des obligations de deux individus capables. Elles nuisent à la souplesse de la gestion. Il est entendu que l'achat d'un bien du bénéficiaire par le gestionnaire est souvent néfaste car il crée une situation de conflit d'intérêts préjudiciable au premier puisque le second peut toujours éprouver la tentation de gérer à son profit. Il convient de parer cette éventualité en l'abordant sous l'angle de la prohibition du conflit d'intérêts entre les parties à la gestion. Un système d'interdictions *per se* est simple à instaurer. Toutefois, il ne permet d'empêcher les conflits d'intérêts en dehors de circonstances expressément prévues. De plus, il peut au contraire entraver la gestion en interdisant au gestionnaire d'accomplir des actes utiles à la gestion qui n'engendreraient pas nécessairement de conflit d'intérêts. C'est pourquoi il ne peut à lui tout seul permettre une gestion efficace entre deux personnes capables.

En fin de compte, la gravité des différents actes de gestion a été abordée sous l'angle de l'étendue des pouvoirs du gestionnaire. Le rôle de la représentation n'apparaît pas déterminant. Un début d'explication peut être apporté par la thèse défendue par M. Gaillard. L'auteur a montré que la notion de pouvoir est indépendante de celle de représentation. Sans analyser d'emblée les difficultés soulevées par la notion de pouvoir et sa définition, il est possible de rappeler que, selon l'auteur, « Alors que le droit subjectif se définit comme la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. »¹⁸⁴ Or, agir dans l'intérêt de quelqu'un, ce n'est pas le représenter.¹⁸⁵

56. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que la conception traditionnelle de la gestion reposait sur la classification des actes en fonction de leur gravité, d'une part et sur une référence constante à la représentation, d'autre part. Cette conception traditionnelle n'éclaire de manière satisfaisante le droit positif sur aucun de ces deux points. Comme d'autres l'ont fait remarquer, le droit positif fait référence à la représentation dans des situations où le gestionnaire agit à la place du bénéficiaire sans que celui-ci soit en mesure de faire connaître sa volonté. De plus, il a été montré que la représentation était sans incidence sur le pouvoir du gestionnaire d'accomplir des actes en fonction de leur gravité. Il apparaît que la distinction entre actes de conservation, d'administration et de disposition doit être considérée indépendamment de la représentation qui ne peut fonder

184 E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, G. Cornu (préf.), Collection Droit civil. Série Etudes et recherches, Economica, 1985, n° 20.

185 E. Gaillard, *opus cité supra*, n° 252.

l'accomplissement d'un acte juridique plus ou moins grave par le gestionnaire. La conception classique de la gestion, toujours employée, semble avoir récemment évolué.

L'examen de l'évolution récente du droit qui va être menée maintenant permet de vérifier cette analyse.

Paragraphe II L'évolution récente de cette conception

57. Cette évolution consiste en une redéfinition des pouvoirs du gestionnaire du patrimoine de l'incapable (A) qui accorde une importance croissante à l'organisation de la gestion (B).

A La redéfinition des pouvoirs du gestionnaire du patrimoine de l'incapable

58. La redéfinition des pouvoirs tient à l'extension de la catégorie des actes d'administration. Il convient d'en identifier les sources (1), d'une part avant d'en examiner les limites (2), d'autre part.

1/ Les sources de l'extension de la catégorie des actes d'administration

59. L'étude de la loi (a) précédera celle de la jurisprudence (b).

a) La loi

60. Cette redéfinition des pouvoirs du gestionnaire du patrimoine de l'incapable se traduit par un phénomène clairement identifiable, celui de l'extension du domaine des actes d'administration. Celle-ci repose sur une plus grande importance accordée aux faits d'espèce qui peuvent amener le juge à considérer qu'il s'agit d'actes d'administration ou de disposition. Une telle approche reprend en réalité des solutions déjà bien établies en jurisprudence. Le droit positif, pour la première fois, substitue l'expression « actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée » à celle d'actes d'administration.¹⁸⁶ Une évolution analogue se retrouve dans l'article consacré à la gestion de l'indivision.¹⁸⁷

Telle est l'approche du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 dont l'article premier prévoit que :

¹⁸⁶ Comp Art. 456 ancien, alinéa 1^{er}, C. Civ. et Art. 504 nouveau, alinéa 2 C. Civ.

¹⁸⁷ Article 815-3, alinéa 1^{er}, du Code civil : « Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence. »

« Constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal. » Le décret privilégie une approche *in concreto* sans toutefois abolir la conception traditionnelle de la distinction entre acte d'administration et acte de disposition. Le document comporte deux annexes. La première contient une liste d'actes qui sont toujours qualifiés d'actes d'administration ou de disposition, la seconde quant à elle contient une liste d'actes dont la qualification est susceptible de varier selon les circonstances d'espèce.

Il convient maintenant d'examiner la jurisprudence.

b) La jurisprudence

61. Le juge se voit reconnaître une place à part entière dans l'application de la distinction entre acte d'administration et acte de disposition. On peut alors se demander si celle-ci n'est tout simplement pas en train d'évoluer sous l'influence de cette interprétation *in concreto* que développent les juges du fond et qui se trouve reprise dans la loi. Il y a de nombreuses décisions de justice permettant d'asseoir un tel raisonnement. Le fait de permettre de longue date à un tuteur d'obtenir une carte de retrait lui permettant d'agir sur le compte de l'incapable sans exiger une autorisation du conseil de famille alors que celle-ci serait obligatoire pour l'obtention d'une carte de crédit est de nature à démontrer que la distinction entre acte d'administration et acte de disposition suffit à encadrer la gestion.¹⁸⁸

Il convient toutefois de voir que la distinction entre acte d'administration et acte de disposition présente certaines limites.

2/ Les limites de la distinction entre acte d'administration et acte de disposition

62. La distinction fondée sur la gravité de l'acte conduit à prêter une attention insuffisante à la volonté du législateur (a) ainsi qu'à la cohérence de la jurisprudence (b).

¹⁸⁸ Comparer Annexe 1 et jurisprudence : Cass., Civ. I, 21 novembre 1984, n° 83-13199 (obtention d'une carte de crédit et tutelle) ; CA Paris, 14 mars 2002 (obtention d'une carte de crédit et curatelle) ; Cass., Civ. I, 20 mars 1989, n° 87-15899 (un retrait important peut être accompli par l'administrateur légal sans autorisation du conseil de famille), rapprocher de CA Aix en Provence, 28 juin 1990, n° JurisData 1990-051472. L'annexe II énonce qu'un emprunt n'est pas toujours un acte de disposition.

a) L'attention insuffisante à la volonté du législateur

63. La conclusion d'un bail commercial avec droit au renouvellement n'obéit pas aux mêmes règles selon qu'il s'agit d'administration légale pure et simple ou de tutelle. Il s'agit pourtant dans les deux cas de figure d'un même acte, considéré à juste titre comme un acte grave et donc un acte de disposition. C'est d'ailleurs ce qui justifie qu'un tuteur ne puisse accomplir seul un tel acte. La jurisprudence a en revanche considéré que les deux parents pouvaient conjointement l'accomplir. Si l'on considère la gravité de l'acte en elle-même cette divergence de solution ne paraît pas logique. M. Massip justifie ce pouvoir accordé aux parents par le fait que la mise en location d'un fonds de commerce appartenant au mineur se révèle bien souvent être un acte de « saine gestion ».¹⁸⁹ Cette expression témoigne bien du fait que, même si une telle décision est justifiée en pratique par l'intérêt du mineur, elle ne repose en rien sur l'appréciation de la gravité de l'acte et donc en aucun cas sur l'application de la distinction entre acte d'administration et acte de disposition. Même s'il est possible d'apprécier la gravité au regard des faits d'espèce, celle-ci reste malgré tout au cœur de l'approche du juge et du législateur. Or, la conclusion d'un bail commercial avec droit au renouvellement est un acte grave puisqu'il tend à figer le fonds pendant une longue durée. Il est néanmoins possible de considérer, comme le fait l'auteur, que la conclusion d'un contrat de location-gérance, par exemple, permet aux parents de s'assurer que le bien sera convenablement géré. Ainsi n'est-ce plus la gravité de l'acte ou l'effet de celui-ci sur le patrimoine qui est considéré mais sa finalité. Une telle lecture permet de comprendre que la conclusion d'un bail commercial puisse être autorisée dans le cas de l'administration légale conjointe alors même qu'il s'agit d'un acte grave. En effet, les parents qui décident de mettre le fond de leur enfant mineur en location-gérance le font dans le but d'en pérenniser la gestion afin qu'il ne dépérisse pas. Ils n'estiment pas pouvoir gérer eux-mêmes le bien. Ils procèdent de la sorte car ils souhaitent s'assurer que le bien continuera à être valorisé comme ils l'entendent. Cet acte est donc autorisé non pas parce qu'il n'est pas grave et ne constitue pas un acte de disposition mais parce qu'il permet aux parents d'orienter la gestion des biens en choisissant le locataire-gérant. L'autorité parentale qu'ils exercent conjointement est le fondement de leur pouvoir de direction. Il peut néanmoins paraître étonnant que l'accomplissement par les deux administrateurs légaux d'un acte aussi grave soit autorisé dans la mesure où la location-gérance confère une grande indépendance au locataire-gérant à l'égard du propriétaire, le premier étant en mesure de diriger la gestion du fonds sans demander l'autorisation du second. Néanmoins, comme le rappelle M. Massip, la loi accorde une grande confiance aux parents. Ceux-ci conservent cependant un certain contrôle puisqu'ils peuvent mettre fin au bail ou le renouveler.

189 J. Massip, Note sous Cass., Civ. I, 18 octobre 1994, *D.*, 1995, p. 529, pourvoi n° 92-21735.

La distinction classique ne permet pas de bien exploiter la jurisprudence.

b) L'attention insuffisante à la cohérence de la jurisprudence

64. La distinction entre l'organisation et direction est utile en ce qu'elle met en évidence la cohérence de la jurisprudence. Ceci est important car le législateur et les juges accordent de plus en plus d'importance aux faits d'espèce.

Il est nécessaire de tenir compte des circonstances de chaque espèce. Néanmoins, il peut paraître difficile d'établir des règles destinées à déterminer par avance si un acte accompli dans des circonstances données relève davantage de la catégorie des actes d'administration ou de celle des actes de disposition. Ceci est une source d'insécurité juridique. En droit français, les concepts juridiques sont abstraits et obéissent à une définition elle-même abstraite. Il appartient au juriste de déterminer si les termes de celle-ci correspondent au cas d'espèce qui est l'objet du litige. Procéder d'une façon purement casuistique, à l'image du raisonnement en droit anglais qui sera étudié ultérieurement, impose d'avoir une interprétation des faits qui rend la définition juridique superflue. Il ne s'agit pas de nier la part d'intuition dans la qualification des faits mais de veiller à ce que le raisonnement, source de sécurité juridique, soit suivi.

Les développements qui suivent montreront que l'intérêt de la distinction entre organisation et direction de la gestion réside justement dans la possibilité qu'elle offre de cerner les problèmes concrets de chaque cas d'espèce de manière théorique afin que la solution adoptée dans un cas soit plus facile à fonder mais également aisément comparable à d'autres espèce. Ceci est destiné à faciliter la production d'une jurisprudence cohérente se fondant sur des critères dont la définition est constante quelle que soit l'espèce envisagée. Ceci est particulièrement important en matière de gestion puisque il faut impérativement prendre en considération la situation patrimoniale de chaque individu. Il est impossible de ne pas tenir compte des faits qui la constituent. La jurisprudence est un outil qui permet aux juriste d'évaluer la manière dont est appréciée une espèce. Une jurisprudence cohérente, reposant sur des critères abstraits dont la définition est constante quels que soient les faits de l'espèce considérée constitue un outil plus fiable pour le juriste qui s'intéresse à la gestion de patrimoine dans ce qu'elle a de plus concret.

B L'intérêt de la distinction entre organisation et direction

65. L'intérêt de la distinction fondée sur la finalité d'une action réside dans l'appréhension plus aisée des questions de temps et d'intérêt du bénéficiaire de la gestion (1), d'une part et dans le dépassement des difficultés liées à la représentation, d'autre part (2).

1/ L'appréhension plus aisée des questions de temps et d'intérêt du bénéficiaire de la gestion

66. L'étude de la question du temps (a) précédera celle de la question de l'intérêt du bénéficiaire (b).

a) La question du temps

67. L'annexe 2 du décret du 22 décembre 2008 prévoit que certains actes puissent être considérés comme des actes d'administration alors qu'ils sont en général considérés comme des actes de disposition. Ainsi la cession de valeurs mobilières peut-elle être considérée comme un acte d'administration.¹⁹⁰

Il faut déterminer dans quels cas de figure un tel raisonnement peut être suivi.

Le tuteur doit faire face aux problèmes qui se posent à lui dans l'instant. Il se peut que l'incapable soit propriétaire d'un portefeuille de valeurs mobilières. S'il est également propriétaire d'un immeuble qui lui faut entretenir en y réalisant d'importants travaux, il ne peut pas forcément accomplir cette tâche en utilisant ses revenus car une fois les travaux effectués, il pourrait ne plus avoir suffisamment de ressources pour maintenir son train de vie. Ces travaux bien qu'onéreux sont nécessaires au maintien de l'immeuble en bon état. Ils sont qualifiés d'actes d'administration par l'annexe 1 du décret précité.¹⁹¹ Les revenus de l'incapable ne lui permettent pas d'obtenir un crédit lui permettant de les réaliser.

Compte tenu de ces différents éléments, le tuteur a besoin de vendre le portefeuille de valeurs mobilières afin d'accomplir un acte d'administration, en l'occurrence la réalisation de travaux d'entretien courant qui peuvent être relativement onéreux. La vente du portefeuille est destinée à l'accomplissement d'un acte d'administration. Il paraît de ce fait logique de la considérer comme un

¹⁹⁰ Confer sur point Annexe 2, Colonne 2, II, 2° dudit décret.

¹⁹¹ Confer sur point Annexe 1, Colonne 1, I, 1° dudit décret.

acte d'administration.

Plus simplement, il est possible de considérer que le tuteur se trouve dans une situation dans laquelle il ne peut pas s'abstenir de vendre le portefeuille de valeurs mobilières. En effet, s'il ne procède pas à la vente de ce dernier, l'immeuble ne sera pas en bon état. Il va de soi qu'il se dégradera au fil du temps mais ceci importe peu au tuteur qui quoi qu'il arrive à l'obligation de réaliser les réparations nécessaires au maintien en bon état de l'immeuble dont l'incapable est propriétaire. Il n'est pas nécessaire de se demander ce que deviendra le bien dans la durée avant de procéder à ces réparations. Celle-ci intervient à un instant donné pour mettre fin à un désordre. La vente du portefeuille de valeurs mobilières est donc un acte qui relève de l'organisation de la gestion.

Il convient maintenant d'analyser un cas de figure semblable qui relève cette fois-ci de la direction de la gestion.

68. L'incapable se trouve dans une situation analogue à la précédente si ce n'est qu'il dispose cette fois-ci de revenus plus importants qui lui permettent d'obtenir un crédit. Le tuteur se trouve alors dans une situation dans laquelle il lui faut décider s'il est préférable de conclure un contrat de prêt à titre onéreux ou de vendre le portefeuille de valeurs mobilières. Il doit faire un choix. Afin d'apprécier l'opportunité d'accomplir tel ou tel acte, il ne peut décider dans l'instant mais doit considérer les conséquences de ceux-ci dans la durée. La nécessité de devoir considérer l'opération dans la durée et non dans l'instant est un indice indiquant que l'action envisagée relève du pouvoir de direction.

On notera à ce sujet que la conclusion d'un contrat de crédit peut être considérée comme un acte d'administration ou un acte de disposition.¹⁹² Dans ce cas de figure, il s'agit d'un acte de disposition. On constate une fois de plus ici que la distinction fondée sur la gravité de l'acte recoupe celle fondée sur la finalité de l'acte en matière de tutelle. Néanmoins, cette dernière distinction permet une approche plus dynamique et plus concrète de la gestion en ce qu'il n'est plus nécessaire de se demander si l'acte est grave pour décider si le tuteur peut ou non l'accomplir seul avant d'en examiner la finalité à la lumière de la distinction entre organisation et direction.

La distinction entre organisation et direction permet également de mieux cerner l'intérêt du bénéficiaire.

¹⁹² Confer sur ce point, Annexe 2, Colonne 2, V du décret précité.

b) La question de l'intérêt du bénéficiaire

69. À la suite de l'étude des deux hypothèses précédentes, il apparaît que ce qui importe avant tout, ce n'est pas la gravité de l'acte mais son intérêt au vu de la situation concrète dont a à connaître le tuteur, le conseil de famille ou le juge. Le tuteur doit agir dans l'intérêt de l'incapable. Lorsqu'il ne peut choisir entre plusieurs solutions, il doit accomplir un acte afin d'assurer la continuité de la gestion. En revanche, lorsqu'il doit se prononcer sur l'opportunité d'un acte, un choix s'offre à lui et il doit avoir à l'esprit la satisfaction de l'intérêt de l'incapable. L'intérêt est ici défini comme la qualité de ce qui modifie la situation de l'incapable. Par exemple, lorsque le tuteur n'a pas le choix, il doit vendre le portefeuille de valeurs mobilières pour réaliser les travaux d'entretien. Cet acte est conforme à l'intérêt de l'incapable car il modifie la situation patrimoniale de celui-ci en assurant le bon état de l'immeuble. Dans la seconde hypothèse, le tuteur a le choix entre vendre le portefeuille et conclure un contrat de crédit, ces deux actes sont susceptibles de modifier la situation de l'incapable, le tuteur et le conseil de famille doivent donc s'attacher à motiver leur décision en expliquant en quoi la solution retenue est conforme à l'intérêt de la personne protégée.

La distinction entre organisation et direction permet non seulement de mieux cerner les questions de temps et d'intérêt du bénéficiaire mais également de dépasser les questions soulevées par la représentation.

2/ Les difficultés soulevées par la représentation

70. L'analyse des difficultés (a) conduira à envisager la solution (b).

a) Leur analyse

71. La représentation en matière d'incapacité soulève des difficultés. En effet, comme le souligne Mme Peterka, la représentation du majeur sous tutelle est maintenue même s'il est impossible de dire que l'acte accompli par le tuteur en représentant l'incapable reflète la volonté de ce dernier.¹⁹³ Depuis la récente réforme du droit des incapacités, la question qui vient d'être abordée pourrait de nouveau se poser dans la mesure où, comme le rappelle l'auteur, la notion de l'intérêt de la personne sous tutelle guide dorénavant la gestion qui était auparavant encadrée par la notion de gestion en bon père de famille.¹⁹⁴ Mme Peterka s'interroge sur la façon dont il convient d'interpréter

¹⁹³ N. Peterka, « La gestion du patrimoine du majeur en tutelle », *Droit et patrimoine*, 2009, n° 180, p. 79.

¹⁹⁴ Comp. Art. 450 ancien, alinéa 2 et Art. 496 nouveau, alinéa 2.

ce changement de terminologie. Faut-il que le tuteur gère les biens en fonction de ce qu'aurait souhaité l'incapable s'il avait été en mesure de décider de manière éclairée ou en fonction de ce qui lui paraît être préférable pour l'incapable ?¹⁹⁵ Selon nous, cette question ne devrait pas se poser. En effet, il est extrêmement difficile de déterminer ce que déciderait une personne si elle n'était pas frappée d'incapacité puisque, étant incapable, elle ne peut par définition pas apprécier la situation à laquelle elle est confrontée afin de prendre une décision.

Une question analogue se pose en matière de curatelle. Le nouvel article 472, alinéa 2, du Code civil issu de la loi de 2007 permet au juge d'autoriser à tout moment le curateur d'accomplir un acte en représentant le curatélaire.¹⁹⁶ Mme Karm rappelle que la curatelle est avant tout destinée à instaurer une assistance auprès d'une personne vulnérable. Dorénavant, comme l'indique l'auteur, le curateur continuera à surveiller la gestion du patrimoine de la personne protégée, alertera le juge si celle-ci accomplissait un acte contraire à ses intérêts et pourra demander au juge, de manière subsidiaire, de l'autoriser à la représenter afin de remédier à la situation. Si le juge refuse, le curateur peut contester cette décision par voie judiciaire. Cette extension de la possibilité de représenter la personne protégée à tout moment modifie, d'après l'auteur, la curatelle en la rapprochant davantage de la tutelle. La comparaison de ces deux mécanismes de protection permet de conclure que l'intérêt de la personne protégée est placé au centre de la réforme. La représentation en matière de curatelle est une modalité de protection des intérêts de la personne vulnérable.

Une solution simple est envisageable.

b) La solution

72. Cette tendance générale confirme l'analyse selon laquelle, en matière de tutelle, la recherche de l'intérêt de l'incapable n'implique pas nécessairement le recours à la représentation. Il n'est dès lors pas nécessaire de se demander ce qu'aurait fait celui-ci s'il n'était pas placé sous le régime de la tutelle. De même, le fait que le curateur puisse agir en représentant la personne protégée lorsque celle-ci nuit par ses propres actes à ses intérêts contribue à conforter ce point de vue. Il est impossible de conclure que la représentation dans ce cas de figure est le produit de la volonté, fût-elle défaillante, du curatélaire puisque l'autorisation délivrée a justement pour objectif d'empêcher la personne protégée d'accomplir un acte ou de remédier à ses conséquences. Il n'y a pas non plus

¹⁹⁵ Confer N. Peterka, « La gestion du patrimoine du majeur en tutelle », *Droit et patrimoine*, 2009, n° 180, p. 83

¹⁹⁶ Comp. à l'Art. 512 ancien, alinéa 2, du C. Civ. : « En nommant le curateur, le juge peut ordonner qu'il percevra seul les revenus de la personne en curatelle, assurera lui-même, à l'égard des tiers, le règlement des dépenses et versera l'excédent, s'il y a lieu, à un compte ouvert chez un dépositaire agréé. » Confer sur ce point, A. Karm, « La gestion du patrimoine du majeur en curatelle », *Droit et patrimoine*, 2009, n° 180, p. 91. L'auteur note que la pratique recourait déjà au mécanisme instauré par le nouveau texte, en dépit de l'art. 512 ancien.

d'imputation d'un acte du curateur sur le patrimoine de la personne protégée. Il y a un pouvoir spécial accordé par le juge à celui-ci en vue de se substituer à celle-ci. M. Gaillard insiste sur le fait que l'amalgame qui existe entre représentation et pouvoir vient du fait qu'un vent de personnalisation a soufflé sur le droit, notamment celui des sociétés. Ces dernières devenues personnes pouvaient être représentées dans la mesure où elles agissaient par elles-mêmes dans leur propre intérêt.¹⁹⁷ Le recours à ce pouvoir injustement qualifié de représentation comme aux autres mécanismes utilisés en matière de tutelle n'a en réalité pour objectif que de permettre l'organisation de la gestion.

Il n'est pas question ici de substituer la distinction entre l'organisation et la direction de la gestion à celle qui repose sur la gravité de l'acte. Cette dernière a l'avantage d'être communément admise et d'être simple. Rien n'empêche toutefois le juriste et le gestionnaire de rechercher une méthode d'analyse leur permettant de présenter de manière simple et précise les circonstances de fait sur lesquelles s'appuie leur décision. Avoir à l'esprit, la distinction entre organisation et direction permet d'atteindre cet objectif.

73. Au cours du présent paragraphe, il a été vu que la conception traditionnelle de la gestion reposant sur le recours à la représentation et la classification des actes en fonction de leur gravité ne permettait pas toujours de cerner l'évolution du droit positif. En revanche, examiner ceux-ci sous l'angle de leur finalité permet notamment de mettre en évidence la cohérence d'une jurisprudence qui admet que le gestionnaire puisse accomplir des actes graves dès lors qu'ils ont pour finalité d'assurer la continuité de la gestion. Il s'agit d'actes qui relèvent de l'organisation de la gestion. L'analyse de la gestion sous l'angle de l'organisation a l'avantage de correspondre à la tendance du droit positif d'accorder une attention de plus en plus grande aux faits d'espèce.

74. À la fin de cette section, il apparaît que les techniques qui reposent sur l'administration légale des biens d'un mineur, la tutelle et la curatelle, sont marquées par le droit des incapacités, leur régime ne peut être transposé à une gestion consentie et définie par deux individus capables. Quant à l'administration provisoire de société, elle n'a pour objectif que d'empêcher la paralysie d'une société comme en témoignent les pouvoirs d'organisation très limités de l'administrateur provisoire. Le régime de cette technique ne peut pas non plus être adapté à un contexte qui n'est pas celui de la gestion de crise.

¹⁹⁷ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, G. Cornu (préf.), Collection Droit civil. Série Etudes et recherches, Economica, 1985, n° 287 L'auteur conteste le bien-fondé de ce mouvement de personnalisation. Confer également n° 293 s.

Parmi les techniques de gestion à titre habituel reposant uniquement sur l'organisation, il en existe qui sont destinées à la gestion selon la volonté du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer.

Section II La gestion selon la volonté du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer

75. La conception traditionnelle de la gestion, centrée sur la transmission de patrimoine, sera étudiée (I) préalablement à l'analyse de son évolution récente qui accorde davantage d'importance à la gestion (II).

Paragraphe I La prépondérance de la transmission du patrimoine

76. Le régime des techniques anciennes de gestion (A) du patrimoine du défunt est conforme à une conception axée sur la transmission du patrimoine (B).

A Le régime des techniques anciennes de gestion du patrimoine du défunt

77. Bien que ces techniques aient une application limitée dans le temps, il s'agit de gestion habituelle car elles visent la préservation et la transmission du patrimoine du défunt. La gestion s'inscrit donc dans la durée. C'est en ce sens que les substitutions fidéicommissaires sont proches de l'exécuteur testamentaire dont la durée des fonctions est beaucoup plus courte. Le fidéicommiss qui sera étudié en premier peut s'étendre sur plusieurs générations contrairement à l'exécuteur testamentaire qui ne peut exercer ces fonctions que pendant quelques années en principe.

L'étude du régime ancien (1) précédera celle du droit positif (2).

1/ Le régime ancien

L'étude du fidéicommiss (a) précédera celle de l'exécuteur testamentaire (b).

a) Le fidéicomis

78. D'origine romaine¹⁹⁸, le fidéicomis a été progressivement limité avant d'être purement et simplement prohibé par le Code civil¹⁹⁹. Une loi de 2006²⁰⁰ a réintroduit dans ledit Code la faculté d'avoir recours à ce qu'il est désormais convenu d'appeler les libéralités substitutives. Le Code civil en connaît de deux sortes : l'une, appelée libéralité résiduelle, est inspirée du legs *de residuo* reconnu et autorisé par la jurisprudence, l'autre impose au gestionnaire l'obligation de conserver les biens avant de les transmettre.²⁰¹ Dans l'optique d'une gestion du patrimoine du bénéficiaire par un gestionnaire, ce second type de libéralités appelées libéralités graduelles est davantage approprié à la gestion de biens du fait de l'obligation de conserver le patrimoine. De ce point de vue, l'article du Code civil reprend l'Offre de loi en ouvrant la possibilité de procéder à une libéralité graduelle en dehors du cercle familial restreint.²⁰² Désormais, toute personne peut être le bénéficiaire final d'une libéralité substitutive.²⁰³

Il est à noter que, sous l'empire de la loi ancienne, la jurisprudence a cependant fait preuve d'une grande mansuétude afin de contourner la prohibition de ces libéralités.

79. Les libéralités prohibées étant celles qui reposaient sur une double transmission, la jurisprudence, afin de protéger la volonté du testateur ignorant leur interdiction, a eu recours soit à l'analyse de la libéralité comme un simple vœu précatif n'imposant pas d'obligation de transmettre²⁰⁴, soit comme une interposition de personnes²⁰⁵, le premier gratifié n'étant qu'un gratifié apparent. Il n'y a eu dans ce cas de figure, selon la Cour de cassation, qu'un transfert au bénéficiaire final. La technique la plus souvent utilisée fut cependant celle du double legs alternatif conditionnel²⁰⁶. Celle-ci permet de considérer que si le premier gratifié décède en premier, le second

198 Gaius, *Institutes*, II, 260, Confer également R. Villers, *Rome et le droit privé, L'Évolution de l'humanité*, Albin Michel, 1977 pp. 518-519.

199 Article 896 anc. du Code Civil :

« Les substitutions sont prohibées.

Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire . »

200 Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

201 Confer Livre III, Titre IV, Chapitre VI intitulé du Code civil intitulé « Des libéralités graduelles et résiduelles ». Ce Chapitre traite de ces deux types de libéralités en deux sections distinctes.

202 J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique, G. Morin, *Des libéralités : une offre de loi*, Répertoire du notariat Defrénois, 2003 Articles 1027 à 1039 Comparer avec articles 1048 et 1049 anciens du Code civil.

203 Article 1048 du Code civil

204 Cass., Req., 19 mars 1856.

205 Cass., Req., 15 avril 1867.

206 Cass., Civ., 19 mars 1873. M. Malaurie rappelle à ce sujet qu'un courant doctrinal a également analysé cette substitution comme un transfert sous condition suspensive de la survie du second gratifié et sous condition résolutoire du décès du premier. La différence entre le double legs alternatif conditionnel et le mécanisme décrit par ce courant doctrinal réside dans le fait que le second gratifié doit être conçu au moment du décès du premier. Confer sur ce point, Ph. Malaurie, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2006, n° 23, p. 1801 n° 17.

sera gratifié. À l'inverse, si le second décède avant le premier alors le premier sera gratifié. D'après ce raisonnement il n'y a qu'un seul gratifié, c'est celui qui est vivant lorsque la condition se réalise. Il n'y a donc pas de double transmission. Malgré ses pouvoirs étendus du fait du droit de propriété, le premier gratifié d'une libéralité graduelle dispose de pouvoirs de gestion limités puisqu'il ne peut que conserver un patrimoine et ne peut le faire évoluer au fil du temps. Il n'exerce de ce fait que l'organisation de la gestion. Ceci n'est cependant pas un inconvénient si l'on considère que cette technique a pour objectif la transmission d'un patrimoine.

Après avoir étudié le régime du fidéicomis, il convient d'examiner celui de l'exécuteur testamentaire.

b) L'exécuteur testamentaire

80. La loi permet la gestion d'un patrimoine sans transmission de la propriété à travers l'exécuteur testamentaire. Cette institution a été codifiée dès la première édition du Code civil. L'exécuteur testamentaire a pour fonction de veiller à la bonne exécution des dernières volontés du défunt qui l'a nommé. Bien qu'il n'y ait pas de transfert de propriété des biens analogue au fidéicomis, le défunt peut prévoir de donner la saisine du mobilier à son ou ses exécuteurs testamentaires pour une durée d'an et jour.²⁰⁷ L'article 1031 ancien du Code civil a été le siège de l'institution. Il se lit comme suit :

« Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés s'il y a des héritiers mineurs, majeurs en tutelle ou absents.

Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession.

Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs. Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté ; et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité.

Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion. »

Il apparaît à la lecture du texte que les pouvoirs conférés à un exécuteur testamentaire sont destinés à l'exécution des dernières volontés du défunt. De ce fait, ils sont entièrement tournés vers la conservation des biens, le règlement des dettes de la succession et la liquidation de celle-ci conformément aux dispositions testamentaires. La saisine est intéressante dans la mesure où elle permet de conférer à un exécuteur testamentaire le pouvoir d'accomplir certains actes malgré

²⁰⁷ Art. 1026 ancien, alinéa 1^{er}, du Code civil.

l'indivision dont le régime aurait exigé l'accord de tous les indivisaires pour la nomination d'un mandataire commun. Ceci est notamment utile lors de l'aliénation des meubles qui ne peut se faire sans la saisine qui permet à l'exécuteur testamentaire de recueillir les biens. Celle-ci peut être très restreinte et les juges ont une appréciation très stricte des termes de l'acte conférant la saisine à un exécuteur testamentaire.²⁰⁸

L'objectif de transmission du patrimoine pouvait être atteint en l'absence d'un pouvoir d'organisation de la gestion.

81. L'analyse de la jurisprudence conforte l'idée selon laquelle l'exécuteur testamentaire ne dispose que de pouvoirs très limités. Il ne peut apprécier l'opportunité de donner de l'argent à une personne, même si le testateur lui a donné pouvoir en ce sens.²⁰⁹ Le pouvoir de céder un bien est limité tant par le mandat que par les différentes dispositions susceptibles de s'appliquer à la cession, notamment celles relatives au droit des successions.²¹⁰ Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire sous le régime de la loi ancienne apparaissent limités. Ils ont pour fonction de permettre l'exécution des dernières volontés du testateur. L'absence de toute liberté d'appréciation de l'exécuteur testamentaire quant à la gestion des biens qui lui sont confiés exclut la direction et ne permet pas non plus d'assurer la continuité de la gestion, privant ainsi l'exécuteur testamentaire du pouvoir d'organisation. Celui-ci ne peut pas contrairement à un entrepreneur décider de la manière dont il convient d'accomplir sa mission. Ce n'est cependant pas un obstacle à une bonne gestion dès lors que celle-ci vise avant tout la transmission du patrimoine.

La prépondérance traditionnelle de la transmission va maintenant être étudiée.

²⁰⁸ Confer par exemple, Cass., Ch. civ., 23 janvier 1940, D.P. 1941, p. 104, note A. Trasbot : « Attendu que l'action en paiement d'une pension alimentaire ne pouvait être dirigée contre les exécuteurs testamentaires, bien qu'ils eussent la saisine, dès lors qu'ils n'avaient pas reçu le mandat du testateur d'acquitter cette dette... »

²⁰⁹ CA Nîmes, Ch. I, 27 octobre 1982, n° JurisData 1982-600710 ; confer également Cass., Civ. I, 6 mars 1984, n° 83-10.892. Selon cet arrêt, une disposition par laquelle le testateur donne à son exécuteur testamentaire « Tous pouvoirs pour apprécier s'il est opportun de délivrer à Mme Z... Silva la totalité ou partie seulement du legs de 100 000 francs » et ajoute « A cet effet, M. X... pourra déterminer en son âme et conscience le montant de la somme à délivrer à Mme Z... Silva » n'est pas valable car elle ne correspond à aucune des prérogatives accordées par l'article 1031 anc. à l'exécuteur testamentaire.

²¹⁰ En matière de droit des successions, la vente d'un immeuble par l'exécuteur est possible lorsque elle est conforme aux droits des héritiers réservataires. Confer sur ce point, Cass., Civ. III, 13 janvier 2010, n° 08-20171 (absence d'héritier réservataire). N.B. : Le décès étant intervenu en 2001, l'ancienne loi était alors applicable.

En matière de mandat d'agent immobilier, confer Cass., Civ. I, 18 mars 1997, n° 95-15477. L'agent immobilier, intermédiaire professionnel doit vérifier que l'exécuteur testamentaire a qualité pour vendre les parts d'une SCI. Il engage sa responsabilité du fait de cette faute et doit réparation à son mandataire pour le préjudice qui en découle. Ceci n'exclut bien évidemment pas le fait que d'autres personnes que l'agent soient considérées également comme responsables du préjudice subi par l'acquéreur comme en l'espèce.

2/ Le droit positif

82. Le fidéicommiss sera examiné (a) avant l'exécuteur testamentaire (b).

a) Le fidéicommiss

83. Les techniques qui viennent d'être étudiées ont pour finalité la transmission du patrimoine aux générations futures. Les articles qui régissent la matière se trouvent au sein du Chapitre intitulé « Des libéralités graduelles et résiduelles », le transfert de propriété est par conséquent essentiel. La gestion du patrimoine est permise car elle prévient le dépérissement de celui-ci. Le testateur a recours à ce type de libéralités car il ne peut ou ne souhaite donner les biens directement au bénéficiaire final.

Après ces quelques mots au sujet du fidéicommissaire, il convient de s'intéresser à l'exécuteur testamentaire.

b) L'exécuteur testamentaire

84. La primauté de la transmission sur la gestion se retrouve également dans le texte des dispositions du Chapitre VI du Livre II relatif aux libéralités. L'article 1058, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que « La libéralité résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus. Elle l'oblige à transmettre les biens subsistants. » L'étude de la tutelle a contribué à montrer que la reddition des comptes était très importante dans le cadre d'une gestion pour autrui en ce qu'elle permettait de contrôler que le gestionnaire gérait les biens dans l'intérêt du bénéficiaire. L'exécuteur testamentaire doit quant à lui rendre compte aux héritiers mais cette reddition des comptes n'a pas la même finalité que dans le cadre de la tutelle. En effet, dans le premier cas, il convient de s'assurer que l'exécuteur testamentaire a exécuté les obligations qui lui ont été imposées par le testateur tandis que dans le second, la reddition de comptes permet d'établir que le tuteur a géré le patrimoine dans l'intérêt du bénéficiaire. On pourrait rétorquer que l'exécuteur testamentaire gère les biens selon les dernières volontés du testateur et non l'intérêt des héritiers. La seule différence entre ces deux institutions résulte de l'impossibilité matérielle pour l'exécuteur testamentaire de rendre des comptes à celui qui lui a confié sa mission puisque ce dernier est par définition décédé au moment où l'exécuteur testamentaire exécute les obligations qui lui ont été imposées. Cependant, contrairement au tuteur, il ne dispose pas de la liberté d'apprécier la manière dont ses obligations doivent être exécutées. La précision des termes définissant la mission de

l'exécuteur testamentaire n'est pas de nature à expliquer l'impossibilité qui est la sienne de se livrer à une telle appréciation. Le contrat d'entreprise, par exemple, même s'il définit de manière très précise l'ouvrage à réaliser, laisse l'entrepreneur libre de décider de la manière dont il convient de le réaliser. Il suffit que l'ouvrage soit conforme aux stipulations contractuelles et aux règles de l'art. Cette liberté d'appréciation explique d'ailleurs les différences entre deux ouvrages réalisés par deux entrepreneurs différents conformément aux règles de l'art et à des stipulations contractuelles identiques. De même, la gestion et la reddition des comptes au sujet de ces derniers n'ont pas la même finalité en matière d'exécuteur testamentaire qu'en matière de tutelle. Dans le premier cas, la gestion tend à la conservation du patrimoine ; dans le second, elle tend à en faciliter la transmission.

Cette différence a une incidence sur l'exécution de la volonté de transmettre.

B L'exécution de la volonté de transmettre

85. Il est intéressant d'étudier le temps de l'exécution (1) avant la portée de la volonté (2).

1/ Le temps de l'exécution

86. Le temps long du fidéicommiss (a) sera étudié avant le temps court de l'exécuteur testamentaire (b).

a) Le temps long

87. Le recours à la propriété dans le cadre du fidéicommiss est techniquement utile. Au cours de l'introduction générale, il a été vu que la constitution de droits réels, en particulier la propriété immobilière, se concevait dans la durée. Le transfert de propriété constitutif du fidéicommiss s'inscrit de même dans la durée. Le fidéicommissaire gère les biens dans le but de les transmettre. Il peut les gérer comme s'il n'y avait pas de bénéficiaire, si ce n'est que les biens doivent être présents en nature ou en valeur²¹¹ dans le patrimoine au moment de son décès. La fin de la gestion a souvent peu d'importance car, outre l'hypothèse dans laquelle il transfère le bien au second gratifié de manière anticipée, il gère les biens durant sa vie entière. Il est même possible de prévoir un fidéicommiss sur deux degrés mais pas au-delà car la prohibition des substitutions demeure. Le fidéicommissaire ne connaît bien évidemment pas à l'avance la fin de la gestion. La propriété lui permet de faire face à tout ce que la vie lui réserve et qu'il ignore.

²¹¹ Confer en ce sens, M. Nicod, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil . - À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.*, 2006, n° 11, p. 14, n° 10.

En matière de fidéicommiss, l'exécution de la volonté du défunt repose sur un temps long contrairement à l'exécuteur testamentaire.

b) Le temps court

88. La réforme de 2006 relative aux droits des incapacités des majeurs a étendu la durée maximale du mandat de l'exécuteur testamentaire.²¹² D'un an et un jour elle est étendue à deux ans. Les pouvoirs conférés spécialement par le testateur peuvent faire l'objet d'une prorogation d'un an. Les pouvoirs généraux sont renouvelables sans limitation de durée.

L'exécuteur testamentaire s'inscrit dans la durée dans la mesure où il vise également à assurer le respect de la volonté du testateur quant au devenir de ses biens. Ce dernier peut selon l'article 1030-1 du Code civil autoriser l'exécuteur testamentaire à accomplir certains actes limitativement énumérés tels que la cession de droits réels immobiliers. Ces pouvoirs sont dits spéciaux et doivent avoir été expressément prévus. On constate qu'alors qu'il n'est pas propriétaire, l'exécuteur testamentaire peut dans certaines conditions accomplir des actes de disposition traditionnellement considérés comme graves. Ceci est un exemple de plus de la possibilité d'atteindre un résultat analogue au moyen de techniques peu semblables.

La différence entre le fidéicommiss et l'exécuteur testamentaire quant au temps de l'exécution éclaire de manière intéressante la portée de la volonté du défunt dans le cadre de ces deux techniques.

2/ La portée de la volonté

89. Le fidéicommissaire doit gérer pour transmettre (a) tandis que l'exécuteur testamentaire doit organiser la transmission (b).

a) Gérer pour transmettre

90. La possibilité d'accomplir des actes de disposition n'est au vu de ce qui précède pas un critère de distinction pertinent entre fidéicommiss et exécuteur testamentaire. Bien que le droit relatif à la gestion de patrimoine n'obéisse pas à une parfaite cohérence d'ensemble, on relève que la

²¹² Comp. Art 1026 ancien et articles 1030-1 et s. nouveaux du C. Civ. Confer sur ce point J.-F. Humbert, « Les mandats », *Lamy Droit Civil*, 2006, n° 33 (supplément), p. 17.

finalité d'une action est en général plus importante que sa gravité. L'étude de ces deux techniques illustre ce propos.

91. Le fidéicommiss est une technique de gestion à titre habituel qui en tant que telle se conçoit dans la durée. La propriété permet au fidéicommissaire d'accomplir les actes graves que peut accomplir l'exécuteur testamentaire et bien d'autres encore. Elle confère au fidéicommissaire la possibilité d'exercer son pouvoir d'organisation de la gestion. On pourrait également penser qu'elle lui donne la possibilité de la diriger. Cependant, le fidéicommiss est conçu dans l'optique de la conservation du patrimoine en vue de sa transmission, la direction de la gestion n'est pas nécessaire. De plus, dans la mesure où le défunt n'est plus, le fidéicommissaire ne peut lui rendre compte de l'opportunité de ses actions, il importe seulement que le bien se retrouve en nature ou en valeur lors du transfert au bénéficiaire. La question de l'opportunité d'une action, élément central du pouvoir de direction, ne se pose donc pas. Il apparaît que le fidéicommiss est une technique de gestion à titre habituel au moyen du pouvoir d'organisation en vue de la transmission des biens gérés au bénéficiaire.

L'exécuteur testamentaire a en revanche pour fonction d'organiser la transmission.

b) Organiser la transmission

92. Le testateur qui a recours à un exécuteur testamentaire ne souhaite pas que ces biens soient gérés avant d'être transmis comme dans le cas d'un fidéicommiss, il souhaite qu'un individu qu'il nomme organise matériellement le déroulement de la succession. Il ne lui donne qu'une faible marge de manœuvre pour ce faire même s'il lui confère des pouvoirs importants ; l'exécuteur testamentaire accomplit des actes réputés graves dans le seul but d'exécuter la volonté du défunt. Le fait de pouvoir par exemple céder des biens immobiliers en l'absence de réservataire ou de recevoir des fonds lui permet d'assurer la transmission du patrimoine sans devoir demander l'autorisation d'accomplir un acte réputé grave. Ceci rend le déroulement matériel de la succession plus aisé en évitant par exemple que plusieurs héritiers ne tardent à accomplir une action utile à la conservation du patrimoine. Il s'agit de gestion à titre habituel puisque l'exécuteur testamentaire doit assurer une continuité rompue par le décès. Comme les héritiers, il ignore ce qu'il adviendra et relie le passé et l'avenir conformément à la volonté du défunt. Comme le fidéicommiss, l'exécuteur testamentaire est une technique de gestion à titre habituel fondée sur le pouvoir d'organisation mais sa portée est différente, ce qui explique que l'exécution de la volonté du défunt se déroule sur un temps court.

À la suite de ce paragraphe, il apparaît que le droit accorde traditionnellement une place prépondérante à la transmission. L'évolution de cette conception traditionnelle au cours de ces dernières années est révélatrice d'un changement de paradigme de la gestion de patrimoine.

Paragraphe II L'évolution récente de la conception traditionnelle

93. L'étude des modifications récentes des techniques de gestion du patrimoine du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer (A) permet de s'apercevoir que le droit positif évolue entre continuité et rupture (B).

A Les modifications récentes des techniques de gestion du patrimoine du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer

94. Il faut distinguer les techniques qui reposent sur un transfert de propriété (1) de celles qui n'impliquent pas une telle opération (2). Les institutions qui reposent sur un transfert de propriété ont été l'objet d'importants changements au cours de l'année 2006.

1/ Les techniques reposant sur un transfert de propriété

95. Il est intéressant de voir qu'à l'occasion de la récente réforme du droit des successions et des libéralités, l'ordre public successoral a été notablement assoupli (a). Cet assouplissement est une marque d'indécision du législateur (b).

a) L'assouplissement notable de l'ordre public successoral

96. Les libéralités résiduelles et graduelles qui reposent sur un transfert de propriété sont présentes depuis l'origine du Code civil malgré leur prohibition. La loi nouvelle utilise ces dernières d'une nouvelle manière puisqu'elle permet par leur biais de contractualiser la succession à la faveur d'un assouplissement très net de l'ordre public successoral. Ainsi, par exemple, le réservataire peut voir sa part grevée par la libéralité graduelle qu'il devra transmettre. Il doit certes accepter que sa part ne soit pas « libre de toute charge »²¹³ ainsi que la loi le prévoit, mais son acceptation est en pratique présumée !²¹⁴ Cela correspond néanmoins à l'ambivalence de la récente réforme du droit

²¹³ Article 912, alinéa 1^{er}, du Code civil.

²¹⁴ Article 1054 du Code civil. Confer sur ce point M. Nicod, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil . - À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.*, 2006, n° 11, p. 14, n° 17 ; E. Naudin, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *LPA*, 2007, n° 129, p. 21, n° 21; N. Peterka, « Le nouveau

des libéralités et des successions qui maintient la réserve mais qui, comme le fait remarquer, Mme Peterka²¹⁵, autorise par ailleurs la renonciation anticipée à cette dernière.²¹⁶ Ceci participe d'un mouvement de contractualisation du droit des successions et des libéralités qui offre une grande liberté au disposant.²¹⁷

Cet assouplissement de l'ordre public successoral est une marque d'indécision du législateur.

b) Une marque d'indécision du législateur

97. Jusqu'alors l'évolution du droit positif reposait sur deux éléments principalement techniques, à savoir le recours à la représentation, d'une part et l'usage de la distinction entre acte de conservation, acte d'administration et acte de disposition. En matière de successions, l'évolution est non seulement technique mais culturelle. La clé de voûte de ce droit est encore aujourd'hui la réserve héréditaire, principal vecteur de la transmission de patrimoine d'une génération à l'autre ; toute dévolution successorale doit en tenir compte.

Aujourd'hui, la réserve a perdu le rôle de repère qui était le sien. Elle est toujours prépondérante mais la présomption d'acceptation de la renonciation à celle-ci renverse un paradigme. Le législateur considère désormais que la transmission aux héritiers que la réserve assure techniquement n'est plus aussi importante. Il adopte ce faisant une attitude indécise en ne donnant pas de nouveau repère structurant le droit des successions. C'est pourtant précisément son rôle, le juge ne peut qu'interpréter la loi, le juriste doit prendre en compte cette incertitude lorsqu'il répond à la demande de son client. On rétorquera que cette réforme donne au juriste une grande liberté lui permettant de mieux répondre à la demande de son client. L'argument n'est pas convaincant. D'une part, la réserve subsiste en droit français, le juriste continue à en tenir compte en employant peu ou prou les mêmes techniques. D'autre part, la réserve structure tant la pensée du juriste qui analyse le cas qui lui est présentée que celle de celui qui se préoccupe de sa succession et est en mesure d'exprimer une volonté plus claire lorsqu'il conclut l'acte qui l'engage.

Il apparaît que l'indécision du législateur est néfaste tant d'un point de vue culturel que technique.

Il convient maintenant de s'intéresser aux techniques qui ne reposent pas sur un transfert de propriété.

visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 313, p. 4 et suivantes.

215 N. Peterka, *cité supra*, n° 2.

216 Article 929 et suivants du Code civil.

217 Outre l'article de Mme Peterka, confer en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N*, 2006, n° 51, p. 2419 et suivantes.

2/ Les techniques ne reposant pas sur un transfert de propriété

98. Il est intéressant de distinguer l'exécuteur testamentaire (a) des nouvelles techniques de gestion destinées à faire face à une incapacité *lato sensu*, c'est-à-dire non seulement celles qui recouvrent l'incapacité mais également celles qui concernent l'incompétence du bénéficiaire en matière de gestion (b).

a) L'exécuteur testamentaire

99. L'exécuteur testamentaire quant à lui voit ses pouvoirs étendus. La loi prévoit expressément que le testateur peut donner pouvoir à l'exécuteur testamentaire de céder des immeubles. L'article 1030-1 du Code civil précise que :

« En l'absence d'héritier réservataire acceptant, le testateur peut habiliter l'exécuteur testamentaire à disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires.

À peine d'inopposabilité, la vente d'un immeuble de la succession ne peut intervenir qu'après information des héritiers par l'exécuteur testamentaire. »

L'exécuteur peut accomplir tous les actes de gestion nécessaires à l'exécution de sa mission et non seulement des actes conservatoires limitativement énumérés. Une telle extension des pouvoirs doit être prévue par le testateur et ceux-ci doivent être précisément définis. Elle n'est possible, selon l'article mentionné plus haut, qu'en l'absence d'héritiers réservataires. Le droit des successions continue donc à s'appliquer en dehors de cette hypothèse en limitant les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire à la quotité disponible. Ils restent par conséquent limités à la transmission du patrimoine même si le droit positif accorde désormais une place plus importante à l'organisation de la gestion. Comme on le voit à nouveau ici, il est possible que le gestionnaire accomplisse des actes de disposition qui sont des actes graves sans pour autant exercer la direction de la gestion. L'exécuteur testamentaire ne fait qu'exercer le pouvoir dans les limites précisément définies par le testateur. Il est bien entendu possible de recourir à d'autres techniques pour administrer la succession, notamment au mandat successoral.²¹⁸ Son étude n'apporterait rien à ce travail qui n'est

²¹⁸ Le mandat successoral instauré par la loi de 2006 n'est pas sans rappeler l'administrateur provisoire de sociétés qui intervient notamment en cas de mésentente ou d'inertie des héritiers (Conf. Art. 813-1 nouv. du C. Civ.). Au sujet de ces diverses mesures, conf. J.-F. Humbert, « Les mandats », *Lamy Droit Civil*, 2006, n° 33 (supplément),

pas entièrement consacré au droit des successions.

Cette réforme a par ailleurs instauré de nouvelles techniques de gestion qui reposent sur l'organisation et sont destinées à faire face à une incapacité *lato sensu*. Il s'agit du mandat à effet posthume et du mandat de protection future sous seing privé.

b) Les nouvelles techniques de gestion destinées à faire face à une incapacité *lato sensu*

100. Selon l'article 812-1 du Code civil, il faut faire la preuve « d'un intérêt sérieux et légitime » qui peut tenir à la structure du patrimoine afin de constituer un mandat à effet posthume. L'article 784 du Code civil mentionne également la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise. On constate assez aisément que le législateur a pensé à la gestion d'une entreprise. Ce mandat est d'une durée de deux ou cinq ans prorogables. M. Leprovaux estime que les termes très généraux employés par l'article sont embarrassants dans la mesure où ces dispositions ont pour effet de priver l'héritier protégé de la saisine héréditaire. Par ailleurs, la famille se retrouve dans l'impossibilité d'agir dans les cas qui n'auraient pas été prévus par le mandat.²¹⁹

Malgré les termes très généraux qu'il contient, ce mandat s'avère très rigide, cet inconvénient tient au fait que ce « mandat » donné par un mort ne peut porter sur un avenir que celui-ci ignore. Le défunt ne peut pas savoir ce qu'il convient de faire dans une situation qu'il n'a pas prévue. Le droit permet de projeter un consentement actuel dans un futur incertain afin de parer à l'incertitude. Il est possible par exemple de stipuler une condition suspensive ou résolutoire afin d'adapter le rapport d'obligations à la survenance d'un événement futur.

Néanmoins, le consentement qui s'exprime à travers le jeu de la condition suspensive est un consentement présent. En effet, les parties suspendent l'existence du rapport d'obligation à la survenance de l'événement incertain. Le contrat de mandat à effet posthume obéit à une logique différente. Le mandataire donne pouvoir à une personne d'agir comme il le souhaite après que le premier est décédé. Puisqu'il est impossible de tout prévoir et de deviner comment le défunt aurait agi, les pouvoirs de gestion reviennent au mandataire alors que la famille serait peut-être plus apte à déterminer ce qu'il convient de faire du patrimoine dans les situations pour lesquelles rien n'aurait été prévu par le mandat.

Afin de surmonter cette difficulté, M. Vareille²²⁰ rappelle que puisque le mandat vise à protéger un

p. 16 et suivantes.

219 J. Leprovaux, « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF*, 2006, n° 9, p. 6.

220 B. Vareille, « Le mandat à effet posthume », *LPA*, 2007, n° 129, p. 16, n° 11.

héritier, il suffit que celui-ci n'accepte pas la succession et dans ce cas, le contrat est nul par défaut d'objet. Le mandataire ne peut alors effectuer que de simples actes d'administration courante.

MM. Prieur et Clermon²²¹ estiment que le mandant pourrait également encadrer la gestion au moyen d'une société dont il définirait le fonctionnement. Cette technique est plus souple et ne pose pas le problème du dessaisissement des héritiers. Encore une fois, ce mandat répond à un problème précis qui est l'incompétence d'un héritier à gérer. Il ne permet pas une gestion en collaboration avec le bénéficiaire. Ce dernier ne peut dans ce cas de figure prendre aucune décision.

Par ailleurs, le mandat à effet posthume est la preuve que l'imprécision des termes n'est absolument pas le corollaire de pouvoirs étendus. En effet, au vu de ce qui précède, il est possible de conclure que ce mandat confère seulement au mandataire l'organisation de la gestion. Un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, le 12 mai 2010, confirme cette analyse.²²²

D'après celui-ci, une mère se sachant gravement malade conclut un mandat à effet posthume en vue de protéger ses enfants. Un administrateur légal sous contrôle judiciaire dûment autorisé procède à la vente d'un immeuble appartenant à ces enfants. Le mandataire posthume s'oppose à cette vente. L'affaire est portée devant les tribunaux, la Cour d'appel estime que le mandataire posthume a le pouvoir d'accomplir des actes de disposition et qu'il peut par conséquent s'opposer à la vente d'un immeuble par l'administrateur légal. En cas de conflit, les prérogatives du mandataire à effet posthume prévalent-elles sur celles de l'administrateur légal dûment autorisé à accomplir un acte ?

La Cour de cassation a considéré que le mandataire ne pouvait s'opposer à un acte valable de l'administrateur légal. En toute logique, elle précise que l'aliénation d'un bien du mineur par l'administrateur légal le fait sortir du patrimoine du mineur et met par conséquent fin au mandat à effet posthume sur ce bien en vertu de l'article 812-4, 5° du Code civil. M. Beignier, annotant l'arrêt²²³ estime que le droit commun du mandat s'applique et que le terme « gérer » figurant à l'article 812 du Code civil permet au mandataire du mandat à effet posthume d'accomplir des actes de disposition et donc de vendre. Il considère cependant que le fait que l'administrateur légal représente les enfants est de nature à faire prévaloir l'acte de l'administrateur légal puisque ce dernier agit au nom des enfants alors que le mandataire du mandat à effet posthume ne fait qu'agir dans l'intérêt des héritiers.

Nous ne partageons pas l'analyse de l'auteur. En ce qui concerne le pouvoir d'accomplir des actes de disposition, d'une part, il faut signaler que si la cour d'appel statue sur la question, la Cour de cassation ne se prononce pas sur le sujet. Elle casse simplement l'arrêt en énonçant qu'un mandataire à effet posthume n'a pas le pouvoir de s'opposer à un acte valable accompli par

²²¹ J. Prieur, M. Clermon, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N*, 2006, n° 38, p. 1297, n° 33.

²²² n° 09-10556.

²²³ B. Beignier, « Divergences de gestion entre administrateur légal et mandataire posthume, Note sous Civ. I, 12 mai 2010 », *Dr. fam.*, 2010, n° 6, p. 40.

l'administrateur légal. Nous ne pensons pas davantage que le terme « gérer » comprenne le pouvoir d'accomplir des actes de disposition. Une telle interprétation est, comme l'indique l'auteur lui-même, « extensive ». En effet, l'article du Code civil renvoie au droit commun du mandat.²²⁴ Or celui-ci exige un mandat spécial pour l'accomplissement des actes de disposition.²²⁵

En ce qui concerne le conflit entre les prérogatives de l'administrateur légal et celles du mandataire dans le cadre du mandat à effet posthume, nous ne pensons pas que la représentation puisse motiver la décision. Tout d'abord parce qu'il a été montré que la représentation est sans effet en l'espèce. Ils s'agit de pouvoirs étendus accordés par la loi aux parents exerçant l'autorité parentale afin qu'ils puissent assurer la conduite des affaires familiales. Cette primauté accordée aux parents, administrateurs légaux, par la loi justifie également que leur décision prévale sur celle du mandataire d'un mandat à effet posthume. Cette décision conforte l'analyse selon laquelle l'étendue des pouvoirs d'organisation est fonction de l'objectif poursuivi par la gestion. Nous pensons comme M. Massip que le mandat à effet posthume ne donne pas le pouvoir d'accomplir des actes de disposition.²²⁶ Le contraire aboutirait à confier des pouvoirs concurrents à deux personnes potentiellement rivales qui risqueraient alors de se livrer à, selon les termes de l'auteur, une « course de vitesse ». Ce dernier estime que l'on pourrait admettre la surveillance de la gestion de l'administrateur légal par le mandataire posthume qui saisirait le juge compétent si un acte lui semblait irrégulier et formerait éventuellement un recours contre la décision du magistrat du premier degré.

Si le mandataire à effet posthume disposait de la direction, il serait en mesure de vendre l'immeuble en montrant la conformité de cette vente à l'intérêt de l'enfant. Or le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action est reconnu aux parents, administrateurs légaux mais pas au mandataire à effet posthume. Il s'ensuit que contrairement à ceux-là, celui-ci ne dispose pas du pouvoir de direction.

101. Une autre technique permettant l'organisation de la gestion a été instaurée par la loi de 2007 relative aux incapacités, le mandat de protection future sous seing privé. La qualification de mandat est surprenante car le mandataire accomplit sa mission lorsque le mandant « **n'est plus en mesure de pouvoir [seul] à ses intérêts.** » Bien que le mandat de droit commun soit visé par l'article 478 du Code civil, il apparaît que le mandant capable désigne une personne qui accomplira des actes alors que lui-même ou son enfant sera incapable. Cette analyse est confortée par le fait que les règles relatives à la protection de la personne sont applicables à la tutelle auxquelles renvoie l'

²²⁴ Art. 812-1-4 du C. Civ.

²²⁵ Art. 1988 du C. Civ.

²²⁶ Note sous arrêt précité, J. Massip, « Conflit entre le mandataire posthume et l'administrateur légal des biens d'un mineur, Note sous Civ. I, 12 mai 2010 », *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 2010, n° 14, p. 1583.

alinéa 1^{er} de l'article 479 du Code civil. En matière de gestion de biens, ce contrat se différencie du régime de la tutelle à plusieurs égards.

102. Tout d'abord, il convient de distinguer selon la forme de l'acte. Le mandat peut être conclu soit sous seing privé soit sous la forme authentique. On remarquera que la loi ne distingue pas entre un mandat conclu avec l'assistance d'un avocat et un mandat conclu avec une formule pour seul guide, ceci pose problème au regard de la gravité de l'acte.²²⁷ M. Leprovaux souligne à juste titre que le fait de fournir un formulaire en libre accès sur Internet ne garantit pas la meilleure information, le droit des incapacités est une matière technique et le formulaire peut être rempli à la légère.²²⁸ On peut vouloir bien faire sans pour autant mesurer toutes les conséquences de son acte. Quoi qu'il en soit, l'originalité de ce contrat est de prévoir des effets différents selon que la forme authentique a été ou non choisie. En effet, en ce qui concerne un mandat de protection future conclu par des parents afin de protéger leur enfant au cas où ceux-ci ne pourraient plus s'en charger, la forme authentique est obligatoire.²²⁹ Ces deux formes de mandat obéissent à des régimes très différents au point que l'on est en droit de se demander s'il s'agit bien d'un seul type de contrat. Le mandat sous seing privé qui repose uniquement sur l'organisation de la gestion va être étudié maintenant, l'autre qui permet l'organisation et la direction de la gestion sera étudié par la suite.

Dans le cadre d'un mandat conclu par acte sous seing privé, au contraire, les actes de disposition ne peuvent pas être effectués par le mandataire seul. Le mandataire doit évidemment avoir la pleine capacité juridique.²³⁰ Ce contrat introduit une gestion souple en octroyant de larges pouvoirs au mandataire. Ceux-ci font l'objet d'un contrôle plus étendu que dans le cadre de la tutelle dans la mesure où, comme le fait remarquer M. Massip, l'obligation pour le mandataire de gérer le patrimoine coïncide avec celle de devoir établir un inventaire dès la prise d'effet du mandat. Le tuteur quant à lui dispose d'un délai de trois mois pour le réaliser.²³¹ Le mandataire rend compte de sa gestion selon les règles applicables en matière de tutelle des majeurs, à ceci près qu'il doit conserver les comptes de gestion pendant cinq ans.²³² M. Carli estime qu'en pratique il peut être utile de nommer une personne chargée de contrôler les comptes.²³³ Le mandat peut être général ou

227 La loi considère que le mandat sous seing privé contresigné par un avocat et un formulaire sans contreseing produisent les mêmes effets et ont donc la même valeur ! Confer Article 492, alinéa 1^{er}, du Code civil : « Le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'Etat. »

228 J. Leprovaux, « Le mandat de protection future », *JCP N*, 2006, n° 36, p. 47, n° 25.

229 Article 477, alinéa 3, du Code civil.

230 Article 480, alinéa 2, du Code civil Confer également, n° 25.

231 Comparer articles 503, 486 et 511 du Code civil. Adde J. Massip, « Le mandat de protection future », *L.P.A.*, 2009, n° 129, p. 11, n° 17.

232 Articles 493 et 416 du Code civil pris conjointement.

233 P. Carli, « Exactitude et probité - Le mandat notarié de protection future, instrument de la pérennité de gestion de patrimoine », *JCP N*, 2009, n° 28, p. 1233, n° 26.

spécial. Il est possible de désigner différents mandataires « par un même mandat »²³⁴. L'expression signifie-t-elle que l'on peut désigner différents mandataires pour différentes missions ou bien que l'on peut désigner plusieurs mandataires dans le même mandat ? La question reste posée. Le mandataire peut également choisir de mandater un tiers pour gérer le patrimoine, ceci ne change toutefois en rien l'étendue des obligations décrites plus haut puisque ce mandataire spécial agit au nom et pour le compte du mandataire principal.²³⁵

À ce sujet, M. Carli précise que si d'autres gestionnaires interviennent à titre habituel, notamment des gestionnaires de fortune, des banques ou des compagnies d'assurances, il peut être judicieux de leur laisser la gestion d'une affaire qu'ils connaissent et pour laquelle ils sont compétents. Le mandataire de protection future n'organise alors que la gestion du patrimoine dans sa globalité.²³⁶

Au vu de ce qui précède, il apparaît que le mandataire d'un mandat sous seing privé dispose de pouvoirs de gestion étendus malgré l'impossibilité qui est la sienne d'accomplir des actes de disposition. Il peut exercer l'organisation de la gestion de manière analogue à celle d'un tuteur en ce qui concerne les actes que ce dernier peut accomplir sans autorisation.

103. Les développements antérieurs permettent de penser que le droit des successions et des libéralités a pour objectif la transmission. Le droit positif a accru les pouvoirs du gestionnaire qui dispose de l'organisation de la gestion. Afin d'arriver à cette conclusion, il a fallu analyser différentes techniques existantes. Une telle analyse bien que nécessaire dans un premier temps ne suffit cependant pas à donner une vision d'ensemble de la gestion du patrimoine du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer. C'est pourquoi il convient maintenant de prendre du recul et de rechercher par-delà les différentes techniques étudiées, l'orientation suivie par le droit positif. Il va être montré que le droit oscille entre continuité et rupture. S'éloigner des détails afin d'observer l'ensemble du droit positif relatif à la matière permet de déceler l'importance croissante de la gestion du patrimoine par-delà la transmission.

B La gestion du patrimoine du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer : entre continuité et rupture

104. Il convient d'examiner les éléments qui s'inscrivent dans la continuité du droit antérieur (1) avant ceux qui relèvent d'une rupture avec le droit antérieur (2).

²³⁴ Article 477, alinéa 1^{er}, du Code civil.

²³⁵ Article 482 du Code civil.

²³⁶ P. Carli, « Exactitude et probité - Le mandat notarié de protection future, instrument de la pérennité de gestion de patrimoine », *JCP N*, 2009, n° 28, p. 1233, n° 40.

1/ Les éléments s'inscrivant dans la continuité du droit antérieur

105. Il s'agit de l'usage des différentes techniques précédemment étudiées dans le but de transmettre un patrimoine (a) et de l'attachement du législateur à la représentation (b).

a) La transmission de patrimoine

106. Les techniques les plus anciennes telles que le fidéicommiss reposent sur le droit de propriété et visent à organiser la transmission du patrimoine, en particulier celles des biens au sein d'une même famille qui s'entend comme une lignée. Les substitutions fidéicommissaires permettent en effet de s'arranger avec le temps et le droit en organisant sur plusieurs générations une succession selon des règles parfois très différentes de celles de la dévolution légale. Le fidéicommissaire peut grâce à la propriété qu'il reçoit en fidéicommiss transmettre celle-ci au second gratifié. Le droit de propriété n'est employé qu'aux fins de transmission au bénéficiaire final dans le cas d'une libéralité graduelle. Par ailleurs, il existe également l'exécuteur testamentaire qui ne fait que veiller à la bonne exécution des dispositions testamentaires laissées par le testateur. Il n'est pas le propriétaire des biens même s'il peut en avoir la saisine. Cette absence de droit de propriété est selon certains auteurs compensée par la représentation du défunt par l'exécuteur testamentaire. Selon cette théorie, les pouvoirs de ce dernier découleraient d'une sorte de mandat spécial donné par le *de cujus*.²³⁷ Cependant il est impossible de représenter un défunt. On conçoit aisément la difficulté qui serait la sienne de demander des comptes à son mandataire afin de pouvoir le révoquer. De plus, les actes accomplis par l'exécuteur testamentaire ne peuvent s'imputer sur le patrimoine d'une personne qui par définition n'est plus. Nous pensons que l'exécuteur testamentaire détient ce pouvoir du fait de la loi qui reconnaît cet effet à la volonté du testateur. Il n'y a selon nous ni mandat ni représentation. Néanmoins, la théorie contraire est intéressante car elle illustre le glissement du transfert de propriété à la représentation. Le droit positif balance sans cesse entre technique fiduciaire et représentation lorsqu'il s'agit de reconnaître à un individu le pouvoir de gérer le patrimoine d'autrui. Il a été vu qu'en matière de tutelle la représentation était sans incidence. Il en est de même en matière d'exécuteur testamentaire.

On ne peut cependant que constater l'attachement du législateur à la représentation.

237 F. Sauvage, V° Exécuteur testamentaire, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 4.

b) L'attachement du législateur à la représentation

107. Le droit positif qui s'est départi de la propriété afin de créer le mandat à effet posthume et le mandat de protection future conserve un grand attachement à un concept de représentation qui a perdu son sens technique. Ces deux mandats renvoient au régime du mandat de droit commun tout en s'en écartant de manière significative. Le mandat de protection future sous seing privé est en fin de compte proche d'une tutelle sans conseil de famille qui aurait été contractualisée. Comme dans le cadre de cette dernière, les actes de dispositions sont soumis à autorisation du juge des tutelles. Cependant, le mandat de protection future implique la représentation pour tout type d'actes alors que la tutelle n'impose pas cette dernière pour les actes conservatoires. Le parallélisme entre la situation créée par le mandat de protection future sous seing privé et celle issue de la tutelle sans conseil de famille n'est par conséquent pas de nature à justifier le recours à la représentation. Le mandat à effet posthume n'a pas la même finalité que la tutelle à laquelle il ne fait d'ailleurs pas obstacle étant donné que le juge peut décider de mettre l'héritier protégé sous tutelle si la protection prévue par le mandat à effet posthume se révèle insuffisante. Il apparaît dès lors que la représentation est très souvent utilisée par le droit positif lorsque celui-ci s'éloigne du droit de propriété dans le cadre de la gestion pour autrui même si celle-ci est dénuée d'intérêt technique. Il s'agit là d'une évolution continue du droit que nous regrettons.

Il convient maintenant de s'intéresser aux éléments qui relèvent d'une rupture avec le droit antérieur.

2/ Les éléments relevant d'une rupture du droit positif avec le droit antérieur

108. La rupture se traduit par la place incertaine accordée à la famille (a), d'une part et la prise en compte de la gestion du patrimoine à transmettre au moyen du pouvoir d'organisation (b).

a) La place incertaine de la famille

109. On remarquera d'abord que la technique du fidéicommiss a offert dès l'origine une grande liberté au donateur et que c'est pour cette raison qu'elle a été strictement encadrée voire prohibée. Il n'en demeure pas moins que le fidéicommiss se concevait jusqu'à la récente réforme du droit des libéralités comme s'inscrivant dans le droit des successions et respectant le droit des héritiers réservataires. Or, le droit positif présume que l'héritier réservataire a accepté que la part de réserve qui lui revient soit grevée par un fidéicommiss. Ceci illustre bien le recul de la transmission au sein

d'une même famille.

Ensuite, les deux techniques récemment créées à savoir le mandat à effet posthume et le mandat de protection future sous seing privé s'inscrivent également dans ce mouvement. Le mandat à effet posthume permet d'organiser la transmission d'un patrimoine complexe pour la gestion duquel l'un des héritiers n'aurait pas suffisamment de compétences ou d'expérience. La gestion est très importante dans ce cas de figure puisqu'elle permet que le bien à transmettre ne dépérisse pas en octroyant au mandataire du mandat à effet posthume les pouvoirs nécessaires à l'organisation de la gestion pour une durée limitée.

Le mandat de protection future sous seing privé vise quant à lui très clairement la gestion du patrimoine et non sa transmission puisqu'il organise la gestion contractuelle des biens d'une personne frappée d'incapacité. La contractualisation du droit des incapacités n'est pas sans rappeler celle du droit des successions. L'importance accordée à la gestion va croissante, parfois au détriment de la transmission au sein d'entités préexistantes telles que la famille. À ce sujet, M. Leprovaux, estime que « la primauté de la famille dans la gestion de la succession ou de l'inaptitude de l'un de ses membres pourra indéniablement pâtir de la mise en œuvre prochaine du mandat de protection future et du mandat à effet posthume. Cette évolution coïncide avec une plus grande liberté accordée au futur défunt ou inapte dans la gestion de l'avenir. Le recul de la famille, dans des situations où sa place est traditionnellement prépondérante, et ainsi nettement caractérisé. Est-ce justifié ? »²³⁸ Il ne sera pas répondu à cette question ici mais il est important de mentionner ce problème sans lequel il est impossible de comprendre l'évolution du droit du patrimoine. D'un point de vue technique, celle-ci se traduit par un changement de conception qui ne vise plus seulement à assurer la transmission du patrimoine mais également la gestion de celui-ci au moyen du pouvoir d'organisation.

Il est utile d'examiner cette évolution de la transmission à la gestion au moyen du pouvoir d'organisation.

b) De la transmission à la gestion au moyen de l'organisation

110. L'ensemble des techniques récemment introduites ou modifiées permettent toutes l'organisation de la gestion. Le nouveau régime de l'exécuteur testamentaire ne se limite plus à

²³⁸ J. Leprovaux, « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF*, 2006, n° 9, p. 6 et ss.

l'accomplissement de certains actes précisément décrits mais vise désormais à gérer la succession du défunt afin d'organiser la dévolution successorale conformément à la volonté du testateur. Certains actes graves peuvent à certaines conditions être accomplis par celui-ci, notamment l'aliénation d'immeubles. Si la transmission de patrimoine reste la raison d'être de l'exécuteur testamentaire, l'analyse de cette technique sous l'angle de l'organisation permet de rendre aisément compte de la tendance qui consiste à envisager la gestion du patrimoine à transmettre en ne se préoccupant plus seulement de sa transmission. L'étude du mandat à effet posthume conforte cette analyse.

111. Au cours de ce paragraphe, il a été montré que le droit tendait depuis peu à prendre en considération la gestion du patrimoine au moyen du pouvoir d'organisation.

112. D'après la présente section, les techniques qui ont pour finalité la gestion du patrimoine du défunt ou celle d'une personne incapable de gérer présentent toutes l'avantage de permettre l'organisation de la gestion et préviennent ainsi le dépérissement du patrimoine. Par le biais de l'organisation le gestionnaire peut en effet s'assurer que les biens ne dépérissent pas et conclure tout acte nécessaire afin de valoriser le patrimoine. La notion de valeur est intéressante car elle permet de rendre compte d'un aspect de la gestion souvent négligé. Cette dernière ne vise pas exclusivement le maintien des revenus du patrimoine, elle tend au respect de la volonté du bénéficiaire ou du testateur. Ces techniques ont été conçues afin de préparer la succession ou l'incapacité, elles ne peuvent être transposées à un autre type de gestion et doivent par conséquent être écartées.

Conclusion du Chapitre I

113. Au cours de ce chapitre, il est apparu que l'analyse du droit positif au moyen de l'organisation permettait de le cerner d'une manière plus précise qu'au moyen de la représentation et de l'examen de la gravité d'un acte.

Les techniques de gestion à titre habituel qui reposent uniquement sur l'organisation ne conviennent pas à une gestion contractuelle conclue entre deux personnes disposant de la pleine capacité juridique.

Il est de ce fait intéressant d'étudier maintenant les techniques de gestion ponctuelle afin de voir si leur régime peut être ne serait-ce qu'en partie transposé à la gestion volontaire répondant à ces critères.

Chapitre II La gestion ponctuelle

114. La gestion ponctuelle désigne les interventions dont le terme et la finalité sont précisément déterminés à l'avance.²³⁹ Les techniques de gestion ponctuelle ont soit une origine extra-contractuelle (Section I), soit volontaire (Section II). L'étude des premières est utile car elles sont susceptibles de modifier les rapports d'obligations qui lient ceux qui prennent part à la gestion. L'examen des secondes mettra en évidence l'utilité limitée de la représentation.

Section I La gestion d'origine quasi-contractuelle et prétorienne

115. L'étude du régime de ces techniques (I) permet de s'apercevoir de la prépondérance de l'organisation, autrement dit du pouvoir d'accomplir une action (II).

Paragraphe I Le régime de ces techniques

116. Toutes ces institutions, sauf une, obéissent à un régime déterminé. C'est la raison pour laquelle il convient d'étudier la convention d'assistance d'origine prétorienne et les quasi-contrats nommés (A) avant d'examiner une technique au régime incertain, à savoir le mandat apparent (B).

A La convention d'assistance d'origine prétorienne et les quasi-contrats nommés

117. Comme la convention d'assistance d'origine prétorienne (1) est l'objet d'un récent débat doctrinal, elle sera étudiée avant les quasi-contrats nommés (2).

1/ La convention d'assistance d'origine prétorienne

118. Celle-ci soulève encore aujourd'hui des interrogations (a). L'analyse de cette étrange convention à la lumière de la distinction entre l'organisation et la direction permet néanmoins de comprendre qu'elle repose uniquement sur l'organisation (b).

²³⁹ Il va de soi que si la finalité est connue, le résultat peut être incertain.

a) Les questions soulevées par cette création
prétorienne

119. À titre d'exemple de gestion ponctuelle, il est possible d'envisager l'indemnisation de l'assistant bénévole qui a subi un dommage du fait de son intervention.

Le droit administratif a d'emblée trouvé une solution à ce problème. Lorsqu'une personne vient en aide à un sauveteur, elle est un collaborateur occasionnel du service public et doit être indemnisée selon un régime particulier pour le préjudice subi du fait de son intervention bénévole.²⁴⁰

Concernant les juridictions judiciaires, Bout indique que la jurisprudence a d'abord recherché la faute du bénéficiaire de l'assistance afin d'indemniser le sauveteur venu assister une personne qui s'était retrouvée dans une situation périlleuse par sa propre faute.²⁴¹ L'auteur critique le fait que le sauveteur bénévole soit responsable de sa propre faute lorsqu'il vient en aide à quelqu'un, alors que l'égoïste, qui ne réagit pas devant le danger, ne sera pas inquiété. C'est pourquoi certains juges du fond ont très tôt limité la responsabilité à la faute lourde du sauveteur.²⁴² Très tôt également la gestion d'affaires fut relevée.²⁴³

Ces deux fondements ont été invoqués alternativement pendant un certain temps.²⁴⁴ La qualification de mandat tacite a également été retenue.²⁴⁵

120. Le 27 mai 1959, la première Chambre civile de la Cour de cassation donna à ces solutions jurisprudentielles un tour surprenant. Elle rejeta la qualification de mandat puisque le sauveteur n'accomplissait pas d'acte juridique, elle y substitua une convention passée entre l'assistant et le bénéficiaire de l'assistance.

L'accord de volonté est matérialisé par une offre et par l'acceptation de celle-ci. Bout estime que le sauvetage n'est pas une offre car le sauveteur n'offre rien, il agit sans attendre d'acceptation. Mme Hocquet-Berg rappelle que le silence ne vaut pas acceptation en droit civil et souligne qu'une personne qui a tenté de se suicider avant d'être secourue n'a pas pu donner son accord à l'assistance puisqu'elle ne voulait pas être sauvée.²⁴⁶ Dans ce cas de figure, l'obligation légale de porter secours

240 C.E., sect., 26 sept. 1970, Cne de Batz-sur-Mer : le sauveteur bénévole décédé en tentant de porter secours à un sauveteur professionnel ainsi qu'à un baigneur en péril s'est comporté en collaborateur occasionnel du service public.

241 R. Bout, « La convention dite d'assistance » in *Études offertes à Pierre Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 157, n°101.

242 Metz, 14 avril 1875.

243 Trib. Com. Seine, 3 janvier 1900.

244 R. Bout, *précité*, n° 15 L'auteur relève que le fait de répondre à des appels au feu a été qualifié soit de gestion d'affaires (Lyon, 17 juin 1946), soit conduit à la responsabilité délictuelle (Colmar, 17 avril 1928).

245 Paris, 17 novembre 1906.

246 S. Hocquet-Berg, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.*, 1996, n° 10, p. 7, n° 26.

rend l'acceptation indifférente.²⁴⁷

De plus, afin d'accepter, il faut être capable. L'auteur relève à juste titre que l'assistance est un acte grave puisqu'il engage le bénéficiaire à indemniser l'assistant. On ne peut donc tirer argument de l'arrêt rendu par la première Chambre civile²⁴⁸ qui a considéré que l'acceptation est présumée dès lors que l'offre est dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire puisque l'indemnisation des sauveteurs peut être une lourde charge financière.

De surcroît, comme le rappelle M. Puech, « une obligation morale ne peut être le fondement d'une action en justice. »²⁴⁹ Quand bien même ce serait l'équité qui serait la source de cette obligation, M. Sériaux observe que l'équité est une règle d'interprétation qui relève de la justice distributive en ce qu'elle rétablit l'équilibre des charges entre les parties. Or, le bénéficiaire n'est en l'espèce en rien responsable du dommage survenu à l'assistant, l'obliger à réparer c'est mettre en œuvre un mécanisme de justice distributive que seule la loi peut instaurer.²⁵⁰ Un parallèle peut être établi avec le statut de collaborateur occasionnel du service public invoqué par les juridictions administratives. En effet, la collectivité supporte les risques liés à l'exécution du service public en étendant celle-ci aux assistants devenus collaborateurs occasionnels, les juges ont également mutualisé les risques que supportent les assistants. Les risques financiers, parfois très importants, liés à l'indemnisation de l'assistant, hors intervention dans le cadre de l'exécution d'un service public, ont fait l'objet d'une même mutualisation privée dans la mesure où les victimes assistées se sont souvent assurées pour les dommages survenus à l'assistant. Les assureurs ont contourné le problème du fondement de l'action afin de répondre au besoin croissant d'indemniser toute victime de dommage, notamment les assistants bénévoles.²⁵¹

Puisque les développements qui précèdent ne permettent pas d'apporter une réponse définitive à la question de la nature de la convention d'assistance, il est intéressant de voir que celle-ci repose uniquement sur l'organisation.

b) Une technique reposant uniquement sur l'organisation

121. Il apparaît au vu de ce qui précède que l'assistant a des pouvoirs d'organisation très étendus

²⁴⁷ Articles 223-6 s du Code pénal.

²⁴⁸ Cour de cassation, première Chambre civile, 1^{er} décembre 1969, D. 1970, p. 422, note Puech: JCP G 1970, II, 16445, note Aubert ; RTD civ. 1971, p. 164, obs. Durry.

²⁴⁹ Confer note précédente.

²⁵⁰ A. Sériaux, « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance » in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 310-311.

²⁵¹ A. Sériaux, *cité supra*, p. 301.

qui lui permettent de procéder à l'assistance. Il est possible une fois de plus à travers l'étude de cette technique de constater que le droit envisage avant tout la finalité de l'action, en l'espèce l'assistance. Le gestionnaire ne dispose cependant pas de la direction de la gestion car il lui est impossible de diriger la gestion de l'opération dans un sens qui paraît à ses yeux profitable au bénéficiaire. Ceci pour deux raisons : l'imprécision de la définition de l'assistance d'une part ; l'inutilité de la direction compte tenu de l'application qui est faite par la jurisprudence de la convention d'assistance, d'autre part. La direction est le pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'accomplir une action, c'est-à-dire un acte ou une série d'actes juridiques ou matériels, conformément au contrat de gestion. Or, il n'est possible d'examiner l'opportunité d'une action que par rapport à un élément clairement défini. Il s'agit dans le cas présent de l'assistance qui n'est pas définie par le juge. Par conséquent, il est impossible pour le gestionnaire d'exercer la direction. Il faut préciser qu'une certaine imprécision liée par exemple à l'assistance n'est pas un obstacle à sa définition ainsi que le montre l'assistance organisée par des sociétés spécialisées. Il sera question de celle-ci par la suite.

D'autre part, ceci ne pose pas de problème au juge qui se borne à relever l'existence d'une convention d'assistance sans prendre le soin d'en définir le contenu. À la lumière de la distinction entre organisation et direction, on constate que le juge relève que le gestionnaire ou l'assistant exerce l'organisation de la gestion. Il est dès lors inutile de se poser la question de la direction puisque l'organisation suffit à permettre l'indemnisation du sauveteur. Ceci permet de conclure que la convention prétorienne d'assistance est un contrat de gestion qui repose sur la seule organisation.

Quel que soit l'angle sous lequel on examine la convention prétorienne d'assistance, celle-ci se montre insatisfaisante tant sur un plan théorique que pratique. Certains auteurs proposent d'ailleurs d'en revenir à la gestion d'affaires. En ce sens, Mme Guideroni soutient que le régime de celle-ci est adapté en ce qu'il permet de tenir compte de la générosité manifestée par le sauveteur, en accordant une moindre importance au résultat. Ainsi, l'auteur considère que seule l'acte compte et que l'échec du sauvetage ne doit pas empêcher l'indemnisation du sauveteur.²⁵²

La jurisprudence conforte cette analyse.²⁵³ Mme Hocquet-Berg estime également que l'article 1374, alinéa 2, du Code civil offre un régime adéquat car il permet de modérer les dommages et intérêts que devrait éventuellement verser l'assistant bénévole.

252 B. Guideroni, « La gestion d'affaires ou l'alternative à la convention d'assistance bénévole », *RRJ*, 2004, p. 745 n° 29.

253 Cass. Civ. I, 16 nov. 1955 (Indemnisation suite au décès d'un sauveteur bénévole ayant réussi à sauver le maître de l'affaire), T. civ. Lille, 28 juin 1955 (Indemnisation malgré l'échec de l'opération). Certains auteurs estiment que de fait, le terme « opportunité » évoquant le bénéfice effectif conviendrait davantage à la gestion désintéressé que le terme d'utilité V. sur ce point X. Pin, V° Quasi-contrats, *Juris Classeur Civil Code*, Fasc. 10, n° 133.

La distinction entre le domaine du contrat et le domaine extra-contractuel est très souvent franchie lorsque l'on s'intéresse à la gestion de biens. C'est pour cette raison qu'il faut maintenant quitter le domaine contractuel afin de voir si les quasi-contrats nommés permettraient de gérer le patrimoine de manière efficace.

2/ Les quasi-contrats nommés

122. L'étude de la gestion d'affaires (a) précédera celle de l'enrichissement sans cause (b).

a) La gestion d'affaires

123. De par la nature non contractuelle de la gestion d'affaires, il semble qu'il n'y ait pas grand intérêt à chercher, dans une technique hors du contrat, une solution à la gestion de biens dans une optique contractuelle. Cette impression peut être accentuée si, comme Mme Julienne, on adopte une approche binaire de la gestion de patrimoine pour autrui fondée sur deux finalités différentes, « protéger les biens d'un individu en maintenant leur teneur et leur valeur », d'une part, et « faire fructifier le patrimoine »²⁵⁴, d'autre part. Pourtant, lors de l'étude de la convention d'assistance, l'enrichissement sans cause, la gestion d'affaires et le mandat se sont révélés très proches. En droit romain, ces deux dernières techniques ont une origine commune²⁵⁵ et sont très semblables. Dans les deux cas, il s'agit d'un service d'ami dans le cadre duquel s'exerce un contrôle de l'utilité de la gestion qui entraîne la reddition des comptes ainsi que la répétition des dépenses engagées par le gérant. Pothier lui-même ne distingue le mandat et la gestion d'affaires que par la nature contractuelle du premier, absente du second.²⁵⁶

La gestion d'affaires ou *negotiorum gestio* est une technique d'origine romaine²⁵⁷ qui permet à un individu d'agir à l'encontre du maître de l'affaire afin d'obtenir le remboursement des dépenses qu'il a effectuées et l'indemnisation des préjudices qu'il a subis alors qu'il gèrait utilement les affaires d'autrui dans l'intérêt de celui-ci.²⁵⁸

Pour la plupart des auteurs, l'utilité de la gestion d'affaires s'apprécie au moment de l'acte et non pas

254 F. Julienne, « La gestion des biens pour autrui : contribution à l'élaboration d'une théorie générale », *RRJ*, 2008, n° 3., p. 1327.

255 R. Villers, *Rome et le droit privé*, L'Évolution de l'humanité, Albin Michel, 1977, p. 350-351.

256 R.J. Pothier, *Œuvres de Pothier*, t. V, Jean-Joseph Bugnet (éd.), Cosse, 1861, p. 242 L'auteur traite de la gestion d'affaires en appendice du mandat.

257 R. Villers, *Rome et le droit privé*, L'Évolution de l'humanité, Albin Michel, 1977, p. 389

258 Certains arrêts ont parfois admis la gestion d'affaires alors que l'intention de gérer était peu probable. Confer par exemple Cass., Civ. I., 12 novembre 1956 (agent avançant la première prime lors de la souscription d'assurance) ; Cass., Com., 15 octobre 1974 (rédacteur d'un acte de cession de fonds de commerce payant les droits d'enregistrement, D. 1975, p. 12).

au vu des effets de celui-ci.²⁵⁹ M. Sériaux estime quant à lui que, contrairement à la convention d'assistance, la gestion d'affaires « requiert toujours un certain « enrichissement » ». ²⁶⁰ La jurisprudence quant à elle considère l'utilité de l'acte différemment selon la nature intéressée ou purement altruiste de la gestion.²⁶¹ La gestion d'affaires a également l'avantage de permettre au gérant d'accomplir des actes de disposition comme le montre la jurisprudence.²⁶²

124. La gestion d'affaires présente toutefois deux inconvénients liés au fait qu'elle vise l'impossibilité du maître de gérer, le gérant d'affaire intervient alors comme une sorte de relais et non comme un gestionnaire choisi pour sa capacité à gérer. D'une part, contrairement au mandat, le gérant est traité de manière plus sévère encore que le mandataire puisqu'il doit continuer à gérer tant que le maître n'en a pas la possibilité. D'autre part, la possibilité de modérer les dommages dus par le maître au gérant d'affaires s'explique par le fait que le premier intervient bénévolement afin d'éviter que les affaires du maître périclitent. Ceci ne correspond pas à l'hypothèse d'une gestion continue voulue par les parties. C'est pourquoi ce quasi-contrat doit être écarté.

Par ailleurs, cette technique repose uniquement sur organisation de la gestion. Si l'utilité de la gestion est prise en compte, le gérant n'apprécie pas l'opportunité d'une action en fonction de critères déterminés par le maître de l'affaire, il ne dispose donc pas du pouvoir de direction.

La gestion d'affaires implique l'intention de gérer. Il est toutefois possible qu'une personne participe aux affaires d'une autre sans pour autant avoir l'intention de les gérer. Dans ce cas de

259 F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler, *Droit civil : les obligations*, Précis Dalloz. Série Droit privé, Dalloz, 2005, n° 1031 s.

260 A. Sériaux, « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance » in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 299, p. 309.

261 Lorsque le gérant est mû par l'altruisme, l'utilité s'apprécie au moment de l'acte (confer X. Pin, *précité*). Lorsqu'au contraire le gérant est intéressé, la Cour de cassation estime que la gestion est utile dès lorsqu'elle a été avantageuse pour le maître. La gestion d'une plantation d'arbres fruitiers est utile dès lors qu'elle a généré une plus-value. (Cass. Civ. I, 27 février 1963, Bull. n° 163).

262 La jurisprudence admet par exemple que l'achat d'un four de boulangerie pour une somme importante constitue un acte de disposition susceptible de relever de la gestion d'affaires (Cass., Civ. I, 12 mai 1970, n° 69-11243). De même, la vente par un banquier de l'intégralité des titres détenus par son client est un acte susceptible d'être accompli dans le cadre de la gestion d'affaires (Cass., Com., 12 janvier 1999, n° 96-11026 ; note S. Noémie, Bull. Joly Bourse, n° 3 p. 363 ; H. de Vauplane, *Banque et Droit*, p. 63, n° 30 ; B. Petit, 14 avril 1999, n° 15, p. 743). Le juge pénal a utilisé la possibilité pour le gérant d'accomplir des actes de disposition dans le but de réprimer la commission d'une infraction (CA Rouen, 7 novembre 1986, n° JurisData 1986-048485). Le raisonnement peut être rapporté comme suit. Une caisse sans statut légal est gérée par le responsable d'un syndicat de dockers au profit de l'ensemble des salariés. Le syndicaliste distribue les fonds exclusivement aux membres du syndicat. Il a été considéré que cette gestion sans cadre légal précis ne pouvait en l'espèce être qualifiée de mandat. L'abus de confiance ne pouvait être donc retenu car celui-ci supposait l'existence d'un contrat nommé entre le demandeur et le défendeur. Il a cependant été jugé que le syndicaliste était lié aux dockers par un quasi-contrat de gestion d'affaires, que les dockers et le syndicat étaient copropriétaires indivis des fonds et que la détention matérielle des fonds par le syndicat était indifférente. En effet, d'après la Cour d'appel, le seul fait pour un indivisaire de priver les coindivisaires de leur quote-part constitue un acte de disposition de nature à caractériser la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui constitutive de vol.

figure, ce n'est plus la gestion d'affaires qui s'applique mais l'enrichissement sans cause qui va être étudié maintenant.

b) L'enrichissement sans cause

125. Il s'agit d'un autre quasi-contrat d'origine romaine²⁶³ qui donne droit à une compensation relativement faible au profit de la personne qui a collaboré à la gestion d'une entreprise commune par exemple. Le faible montant de cette indemnisation s'explique par le fait que celle-ci « ne saurait dépasser la plus faible des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement. »²⁶⁴ Seul le résultat de la gestion importe, l'opportunité de chacune des actions accomplies est indifférente. De ce fait, la direction de la gestion est inexistante. Les remarques faites au sujet de l'inadéquation de la gestion d'affaires s'appliquent également à l'enrichissement sans cause et conduisent à la même conclusion.

L'analyse de la convention prétorienne d'assistance et des quasi-contrats nommés montre que ces techniques reposent sur la seule organisation de la gestion. Il existe également une autre technique dont la nature est incertaine à savoir le mandat apparent qui va être examiné maintenant.

B La théorie du mandat apparent

126. Afin de bien cerner la nature et les effets du mandat apparent, il faut étudier son fondement discuté (1) avant d'examiner le très intéressant critère de la normalité avancé par Mme Bateur. L'auteur a le mérite de proposer une justification théorique de l'attribution d'un pouvoir au mandataire apparent qui vise à rendre compte de l'application de la théorie du mandat apparent par le juge. Ce critère présente néanmoins des limites qui peuvent être dépassées au moyen de l'organisation (2).

²⁶³ R. Villers, *Rome et le droit privé*, L'Évolution de l'humanité, Albin Michel, 1977, p. 391.

²⁶⁴ A.-M. Romani, V° Enrichissement sans cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 290 Confer sur ce point Cass., Civ. III, 18 mai 1982, n° 80-10299. La jurisprudence applique cette règle du « double plafond » de manière rigoureuse. Confer, par exemple, CA Paris, 20 janvier 2006, n° 04/14831 (le concubin qui a effectué des travaux dans l'immeuble de sa concubine ne peut obtenir le montant de la plus-value de l'immeuble engendrée par ces travaux dans la mesure où celle-ci est supérieure à la somme des dépenses effectuées pour la réalisation desdits travaux. L'indemnité doit correspondre à cette dernière). La méthode de calcul de l'appauvrissement et de l'enrichissement tend à réduire le montant de l'indemnité. En effet, l'indemnité de l'épouse assistant bénévolement son mari dans le cadre de son activité professionnelle ne peut être égale aux années de salaires non perçus puisque le conjoint n'a pas eu à s'acquitter des charges qui y sont liées et que ce travail a permis l'achat d'immeubles communs (CA Aix en Provence, 25 janvier 2005, n° 03/11886).

1/ Une technique de gestion au fondement discuté

127. Afin de comprendre l'incidence du mandat apparent sur la gestion, il convient d'en examiner le fondement discuté en doctrine (a) avant de décrire le principe de cette technique de gestion (b)

a) Un fondement discuté en doctrine

128. Le fondement du mandat apparent est incertain comme en témoigne l'hésitation de nombreux juristes à son sujet. Mme Bateau dont l'opinion est celle de la doctrine majoritaire considère qu'il s'agit d'un quasi-contrat. Mme Danis-Fâtome estime quant à elle que cette qualification est inadéquate, notamment en raison de l'absence de volonté²⁶⁵ et préfère y voir une source autonome d'obligations.²⁶⁶ Selon la première de ces dames, d'après une conception élargie du quasi-contrat la volonté est indifférente. Celle-ci joue un rôle indirect en matière de mandat apparent. Si le mandat repose sur la volonté du mandant d'être représenté, le mandat apparent est fondé sur une apparence de volonté qui tient à la croyance du tiers en celle-ci.²⁶⁷

Quel que soit le fondement retenu, cette technique permet de conférer un pouvoir à une personne gérant des biens ainsi que le montrera l'étude du principe du mandat apparent.

b) Le principe de cette technique de gestion

129. « Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir »²⁶⁸. Cette création de l'Assemblée plénière fut consolidée par la première Chambre civile qui énonça que le tiers bénéficiaire du mandat n'était pas tenu de « vérifier lesdits pouvoirs »²⁶⁹. Le mandataire a la

265 Il a par exemple été vu que la gestion d'affaires suppose l'intention de gérer. Confer l'analyse de cet auteur, A. Danis-Fâtome, *Apparence et contrat*, G. Viney (préf), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, n° 605.

266 A. Danis-Fâtome, *Apparence et contrat*, G. Viney (préf), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, n° 618 et suivants. Confer en ce sens P.h Le Tourneau, V° Mandat, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 173.

267 A. Bateau, *Le mandat apparent en droit privé*, th. Caen, 1989, n° 852-853.

268 Cass., Ass. plén., 13 décembre 1962, n° 57-11569.

269 Cette nouvelle décision ne modifie pas la portée de l'arrêt d'Assemblée plénière. Confer Civ. I, 29 avril 1969, Bull. n° 153 (L'absence de motivation en fait du caractère légitime de la croyance prive l'arrêt de base légale). La Chambre reprenant cette nouvelle formulation a également estimé que les juges du fond pouvaient relever que les parties étaient des professionnels afin de montrer qu'il leur incombait de procéder aux vérifications d'usage (même date, Bull. n° 155). Un autre arrêt reprenant cette fois-ci la formulation de l'Assemblée plénière tient compte de la connaissance des usages professionnels pour ne pas appliquer la théorie du mandat apparent (même date, Bull. n° 154). La jurisprudence est donc constante malgré un changement de formulation. À l'inverse, les parties réputées faibles peuvent facilement se prévaloir du mandat apparent. Confer notamment Civ I, 4 mars 1997, n° 94-18552 (Après être entrés en relation avec le caissier principal d'une banque, des clients lui remettent des fonds en vue de

possibilité d'accomplir divers actes, la jurisprudence considérant *a posteriori* que le mandataire a agi dans la limite de ses pouvoirs.²⁷⁰ Cependant, le mandataire doit avoir agi par erreur pour que la théorie du mandat apparent s'applique.²⁷¹ Qui plus est, « le mandat apparent a pour seul effet d'obliger le mandant à exécuter les engagements pris envers les tiers par le mandataire apparent »²⁷². Le recours à la théorie du mandat apparent est donc sans incidence sur la relation qui lie le mandant à son mandataire, le mandataire qui a outrepassé ses pouvoirs doit répondre de ses actes sur le fondement du droit applicable en la matière.²⁷³ Le recours au mandat apparent ne permet pas en définitive d'écarter le droit commun du mandat, la représentation et les difficultés pratiques qu'elle pose dans les rapports entre mandant et mandataire.

Après avoir examiné le fondement et le principe du mandat apparent, il convient de se demander quel critère permet au juge de reconnaître au mandataire apparent le pouvoir d'accomplir un acte et ainsi d'engager la responsabilité du mandant apparent sur le fondement de la théorie du mandat apparent. Madame Bateur a proposé un critère très intéressant, celui de la normalité. Il est cependant insuffisant.

2/ L'insuffisance du critère de la normalité

130. Il convient d'exposer brièvement la théorie de la normalité (a) avant de la critiquer (b).

a) Le critère de la normalité exposé

131. Malgré l'inadéquation de la théorie du mandat apparent avec une technique de gestion

la souscription d'un contrat d'assurance par capitalisation, sans savoir qu'il a été licencié depuis leur précédente entrevue. La banque a été qualifiée de mandant apparent.) CA Orléans, 5 mai 2003, n° 01/03043 (lors d'un salon, un individu se trouvant sur le stand d'un vendeur de cuisines équipées, en possession de bons de commande et documentation à destination des consommateurs, a encaissé des chèques qu'il a ensuite falsifiés. Les acheteurs ont pu se prévaloir du mandat apparent à l'encontre du cuisiniste. Cass., Soc., 15 juin 1999, n° 97-41375 (L'employeur est engagé par le mandataire apparent qui a signé un contrat de travail pour son compte). Toutefois, lorsque le tiers a l'obligation de procéder à des vérifications, la croyance du tiers en une situation autre que celle dont aurait dû avoir connaissance à l'issue de ces dernières n'est pas légitime. Confer Cass., Com., 27 mai 2008, n° 07-15132. M. Boudot rappelle à ce sujet que la publicité joue à cet égard un rôle important en ce qu'elle permet de présumer qu'une situation publiée est connue de tous (M. Boudot, V° Apparence, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 89 s.).

270 Ceci est valable aussi bien lorsque le mandataire n'a aucun pouvoir d'engager autrui (confer jurisprudence citée *supra*) que lorsqu'il a outrepassé ses pouvoirs. Confer sur ce point Civ. I, 20 décembre 1994, n° 93-12.598 (une employée signe un document « pour le directeur » alors qu'elle n'en a pas le pouvoir).

271 M. Boudot, V° Apparence, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°133 et s. ; A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, G. Viney (préf), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, n° 50 et s.

272 Cass., Com., 21 mars 1995, n° 93-13.132.

273 Si le mandataire était contractuellement lié au mandant, la responsabilité contractuelle du mandant devra être recherchée. Dans le cas inverse, le droit de la responsabilité délictuelle s'applique. Un arrêt d'Assemblée plénière en date du 9 octobre 2006 (pourvois n° 06-11.056 et n° 06-11.307, note D. Houtcieff, D. 2006, p. 2933) a même considéré que le mandant apparent, membre d'un groupe de sociétés, pouvait se retourner contre sa maison-mère en invoquant qu'il croyait légitimement agir pour le compte de celle-ci.

conventionnelle, il demeure intéressant d'étudier plus précisément un aspect de celui-ci, à savoir la possibilité pour les mandataires apparents d'accomplir des actes de disposition. Selon Mme Bateur, le juge apprécie la gravité de l'acte même si ceci n'est pas mentionné dans les décisions de justice. Selon l'auteur, la jurisprudence n'applique la théorie du mandat apparent qu'aux actes non graves.²⁷⁴ Il conviendrait dès lors de s'interroger sur « la normalité de l'acte ». L'auteur estime que le juge se fie à son intuition, l'acte normal étant « celui qui n'éveille ni défiance ni curiosité, parce qu'il résulte naturellement des circonstances de la cause. »²⁷⁵

Le critère de la normalité présente cependant des limites.

b) Le critère de la normalité critiqué

132. L'archétype de l'acte anormal serait d'après cette analyse l'acte translatif ou constitutif de droit réel immobilier. La jurisprudence ne conforte cependant pas cette théorie. Les juridictions ont eu à connaître de litiges relatifs à la théorie du mandat apparent en matière de droit réel immobilier. Ainsi, selon un arrêt, le fils des propriétaires d'un terrain le met à disposition de tiers. Il leur propose par la suite la vente du terrain en se présentant comme le représentant de ses deux parents. Les acquéreurs non professionnels ont pu légitimement croire que le fils était le mandataire de ses parents.²⁷⁶ De même, le fait qu'une société concessionnaire du créancier hypothécaire donne son accord sans réserve à la vente amiable d'un bien suffit à établir le caractère légitime de la croyance du notaire chargé de la vente du bien. Le créancier est tenu par l'acte du mandataire apparent.²⁷⁷ Ces deux arrêts contribuent à démontrer que la gravité d'un acte n'est pas de nature à faire échec à la théorie de l'apparence. Transposée à la gestion, cette jurisprudence signifie que le gestionnaire d'un bien peut accomplir des actes graves sans l'accord du propriétaire.

Il faut toutefois noter un certain reflux de la théorie de l'apparence notamment en matière de mandat d'agent immobilier. Ces décisions reposent sur le caractère d'ordre public des dispositions relatives à l'agent immobilier.²⁷⁸ Ce recul de la théorie de l'apparence lié à l'interprétation stricte des règles d'ordre public ne permet cependant pas de conclure que l'apparence ne peut pas concerner des actes de disposition.²⁷⁹ Le fait que dans bien des cas l'apparence ne soit plus retenue ne signifie pas que le

274 A. Bateur, *Le mandat apparent en droit privé*, J. Héron (dir.), th. Caen, 1989, n° 1033 et suivants. L'auteur fonde son argumentation notamment sur les arrêts suivants : Cass., Com, 2 juillet 1979 ; Cass., Com 15 janv 1973 ; Cass., Civ I. 2 oct 74 Cass., Com., premier mars 1971.

275 A. Bateur, *Le mandat apparent en droit privé*, J. Héron (dir.), th. Caen, 1989, n° 1048.

276 CA Dijon, Chambre Civile A, 4 avril 2006, n° 05/00567.

277 Cass., Civ. I, 20 octobre 1992, n° 91-1012.

278 Confer par exemple, Cass., Civ. I, 31 janvier 2008. n° 05-15774.

279 Le recul de l'apparence est ici lié à un changement d'attitude du juge à l'égard des dispositions d'ordre public. Une interprétation plus stricte de ces dernières entraîne de façon mécanique un recul de l'usage de la théorie de

mandat apparent ne concerne plus les actes de disposition.

133. Au cours de ce paragraphe, diverses techniques au fondement parfois discuté ont été étudiées. L'organisation a semble-t-il permis de restituer le droit positif par-delà ces difficultés. Il est de ce fait intéressant de poursuivre l'effort afin de mettre en évidence la prépondérance de celle-ci en matière de gestion à titre ponctuelle.

Paragraphe II La prépondérance de l'organisation

134. Il convient d'analyser la prépondérance de l'organisation en matière de quasi-contrats nommés et de convention prétorienne d'assistance (A) puis en matière de mandat apparent (B).

A La prépondérance de l'organisation en matière de convention prétorienne d'assistance et de quasi-contrats nommés

135. Démontrer la prépondérance de l'organisation dans ces différents rapports d'obligations suppose d'examiner le rôle joué par celle-ci (a) avant de conclure à l'absence de direction (b).

1/ Le rôle de l'organisation

136. L'examen du rôle de l'organisation suppose de s'intéresser à la convention prétorienne d'assistance (a) puis aux quasi-contrats nommés (b).

a) La convention prétorienne d'assistance

137. Lors de l'étude de la convention prétorienne d'assistance, il a été montré que celle-ci reposait sur l'organisation et exclusivement sur celle-ci. Cette technique permet en effet au juge d'obliger la victime à indemniser l'assistant au vu de l'action altruiste de ce dernier. L'assistant peut accomplir des actes qui peuvent avoir des conséquences graves sur le patrimoine du bénéficiaire. La gestion qu'entraîne l'assistance permet l'accomplissement d'actes qui, au vu de leur gravité, peuvent être

l'apparence. On peut également constater un phénomène opposé à la lecture des décisions concernant les baux d'habitation, même si ceci ne concerne pas l'apparence. Dans ce cas de figure, la jurisprudence a très nettement modifié l'interprétation des dispositions d'ordre public exigeant un écrit à peine de nullité afin de permettre la conclusion d'un bail verbal régit par la loi de 1989 (V. B. Vial-Pedroletti, V° Bail d'habitation — Locations soumises à la loi du 6 juillet 1989..., *Juris Classeur Bail à loyer*, Fasc. 120, n° 23 et suivants). Ceci conforte le point de vue selon lequel les changements dans la méthode d'interprétation des dispositions d'ordre public ont un effet sur divers mécanismes notamment l'apparence, mais qu'il n'est pas pour autant possible de conclure à une modification de leur régime ou à une exclusion des actes translatifs de droit réels immobiliers.

qualifiés d'actes de disposition. Le juge ne fait aucune distinction entre les actes d'administration et ceux de disposition, seule compte l'exécution de l'assistance. L'assistant intervient afin de remédier à un trouble, il veille à ce que le bénéficiaire puisse reprendre ses activités. Le maintien de cette continuité relève du pouvoir d'organisation.

Le rôle de l'organisation en matière de quasi-contrats nommés va être étudié maintenant.

b) Les quasi-contrats nommés

138. En matière de gestion d'affaires, il a été vu que la jurisprudence n'attachait aucune conséquence juridique à la gravité de l'acte accompli par le gérant, de sorte que celui-ci pouvait indifféremment accomplir des actes d'administration ou de disposition. La gestion doit être menée dans l'intérêt du maître de l'affaire et avec l'intention de gérer. Ceci explique que le juge examine avant tout la finalité de l'acte et non sa gravité, c'est une fois encore la finalité de l'acte qui est au cœur de cette technique qui s'attache à caractériser l'exécution de la gestion dans un but donné, autrement dit l'organisation. L'aspect téléologique de celle-ci est primordial. Le gestionnaire exécute les obligations liées à la gestion afin d'assurer la continuité de celle-ci. Ceci implique notamment que le gestionnaire rende compte de sa gestion et qu'il surveille le déroulement de celle-ci. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il semble difficile de déterminer la finalité de la gestion dans le cadre de l'enrichissement sans cause étant donné que cette technique ne suppose pas l'intention de gérer. Pourtant, afin d'établir l'enrichissement sans cause, il est nécessaire de caractériser un enrichissement dont l'appauvrissement est le corollaire. Il s'agit par conséquent d'organisation d'un type particulier dépourvue de volonté. Aussi étrange que cette formule puisse paraître, elle rend bien compte de la particularité de l'enrichissement sans cause qui repose sur un enrichissement causé par une personne à ses dépens, en dépit de toute obligation valablement formée. Au vu de ce qui précède, il apparaît que toutes ces techniques reposent sur l'organisation.

Afin d'établir la prépondérance de l'organisation, il ne suffit pas de montrer le rôle de l'organisation, il faut encore s'assurer de l'absence de direction.

2/ L'absence de direction

139. La convention d'assistance prétorienne et l'enrichissement sans cause (a) seront étudiés avant la gestion d'affaires (b).

a) La convention prétorienne d'assistance et les quasi-contrats nommés

140. En ce qui concerne la convention prétorienne d'assistance et l'enrichissement sans cause, la réponse ne fait guère de doute. Il a été indiqué précédemment que l'appréciation par le gestionnaire de l'opportunité d'accomplir un acte n'était pas examinée. En effet, seul l'accomplissement d'un acte compte. La convention prétorienne d'assistance n'y subordonne pas l'indemnisation du sauveteur bénévole. L'enrichissement sans cause suppose, comme son nom l'indique, de faire la preuve d'un enrichissement mais celui-ci n'est qu'un état de fait et l'opportunité de l'acte qui cause l'enrichissement est indifférente. Ces deux techniques ne reposent pas sur un pouvoir de direction.

Il en est de même en ce qui concerne la gestion d'affaires.

b) La gestion d'affaires

141. D'après la jurisprudence étudiée précédemment, la gestion d'affaires permet au juge d'examiner le résultat d'un acte en matière de gestion intéressée. Le gérant d'affaires est en mesure d'apprécier la situation d'accomplir un acte dans l'intérêt du maître de l'affaire. Ceci fait de la gestion d'affaires une technique de gestion à part entière. Néanmoins, si le gérant peut apprécier la situation, l'usage qu'il fait de son pouvoir d'appréciation n'est jamais examiné par le juge ; seul le résultat effectif de la gestion est pris en considération par ce dernier dans l'évaluation de l'indemnité due au gérant pour les frais qu'il a exposés dans le cadre de la gestion. Il s'agit donc bien d'une technique de gestion qui repose uniquement sur l'organisation. L'examen de ces différentes techniques inadaptées à une gestion contractuelle convenue entre un gestionnaire et un bénéficiaire titulaire de la pleine capacité juridique a permis de montrer qu'elles reposent uniquement sur l'organisation de la gestion.

Une analyse similaire de la théorie du mandat apparent va être menée maintenant.

B La prépondérance de l'organisation en matière de mandat apparent

142. La prépondérance de l'organisation en matière de mandat apparent sera montrée au moyen de l'examen du rôle de l'organisation (1) puis de l'absence de direction (2).

1/ Le rôle de l'organisation

143. Afin de mettre en évidence le rôle de l'organisation, il convient de démontrer l'insuffisance de la distinction fondée sur la gravité d'un acte (a) puis la pertinence de l'organisation (b).

a) L'insuffisance de la distinction fondée sur la gravité d'un acte

144. Il a été montré que la théorie de l'apparence permettait d'accomplir des actes de disposition. Cependant, une telle conclusion ne permet pas de systématiser complètement la jurisprudence. Il a été jugé que l'exigence légale d'un mandat écrit ne faisait pas obstacle à l'application du mandat apparent. Le fait qu'une annonce ait été passée par un agent immobilier avec l'indication de son numéro de carte professionnel a suffi à établir la croyance légitime de tiers peu instruits en l'existence d'un mandat permettant à l'agent de signer un compromis de vente.²⁸⁰

Même s'il ne représente plus le droit positif, cet arrêt demeure intéressant d'un point de vue théorique car la vente est un acte de disposition et un écrit est requis par une loi spéciale. Le mandat apparent permet cependant de passer outre ces deux éléments. Cet arrêt indique également de manière très claire que la légitimité de la croyance est appréciée *in concreto*. Ceci semble conforter la théorie défendue par Madame Batteur selon laquelle le mandat apparent permet de lier le mandant apparent dès lors qu'il est normal que le mandataire accomplisse ce type d'actes.

Toutefois l'auteur indique que les actes translatifs de droits réels immobiliers ne peuvent être l'objet d'un mandat apparent. Il ne s'agirait pas d'actes « normaux ». Cet arrêt contredit cette théorie et confirme au contraire la possibilité d'accomplir certains actes de disposition. Cette décision semble en contradiction avec celles qui énoncent, conformément au droit positif, que le mandant n'est pas tenu par un acte constituant un excès de pouvoir de l'agent immobilier. Afin de bien comprendre cette jurisprudence, il semble utile de rechercher autre chose que la gravité de l'acte. C'est à cette tâche que nous allons nous atteler maintenant en reprenant l'étude de la jurisprudence sous un angle différent.

145. Mme Batteur relève que certaines circonstances sont particulièrement propices à l'application de la théorie du mandat apparent. Ainsi, il est normal selon l'auteur qu'un commis boucher achète des jambons.²⁸¹ En revanche, il est anormal qu'une employée d'un restaurant

²⁸⁰ Cass., Civ. I, 6 janvier 1994, n° 91-22.117.

²⁸¹ Cass., Soc., 20 juin 1962, Bull. n° 577 Confer au sujet de l'analyse de l'auteur, A. Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, J. Héron (dir.), th. Caen, 1989, n° 1051 et suivants.

contracte au nom de celui-ci un emprunt personnel car l'acte se situe alors en dehors du cadre professionnel.²⁸² Cette jurisprudence et l'analyse de l'auteur sont effectivement empreintes de bon sens. Néanmoins, le juriste de tradition romano-germanique ne peut se satisfaire de ce seul argument. La normalité n'est pas la norme, elle est extrêmement difficile à définir de manière précise car elle se prête peu à l'abstraction. Elle dépend des circonstances de fait qui sont par nature changeantes. Arrêter une définition de la normalité reviendrait à la figer dans des circonstances d'espèce précises. Une définition juridique doit fixer un sens plutôt que le figer. C'est un jalon plutôt qu'une borne ; elle indique au juriste le chemin à suivre en épousant la configuration du terrain factuel qu'il traverse. Si la voie de la normalité s'avère peu praticable il nous faut essayer d'en trouver une autre.

Si la distinction fondée sur la gravité de l'acte ne permet pas de rendre compte de la jurisprudence relative au mandat apparent, l'analyse de celle-ci sous l'angle de l'organisation est préférable.

b) La pertinence de l'organisation

146. Un commis boucher doit s'assurer qu'il ne manque pas de matière première nécessaire à l'exercice de son activité professionnelle, en l'espèce le jambon. Il doit surveiller les stocks, l'approvisionnement en jambons et en acquérir en vue de les transformer. En revanche, l'employée d'un restaurant n'a pas besoin de conclure un emprunt personnel au nom de l'établissement pour lequel elle travaille afin d'exercer son activité professionnelle. Contrairement au commis boucher, elle a accompli un acte dont la finalité n'était pas l'exercice de son activité professionnelle. Une telle conclusion semble être identique à celle d'un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation qui a justifié le recours à l'apparence par « l'intérêt des sociétés et du commerce en général »²⁸³. Ce n'est pas le cas. Nous ne fondons pas notre raisonnement sur un quelconque intérêt du commerce. Il se trouve simplement que dans les espèces étudiées au sujet du mandat apparent l'activité professionnelle occupe une place importante. Il s'agit de la finalité d'actes accomplis par des employés, le mandat apparent leur confère l'organisation dans le cadre de celle-ci. Cette analyse est confortée par d'autres éléments relevés par Mme Bateur. L'auteur indique qu'en cas de mandat invalide, le juge examine la possibilité qu'aurait eue le mandataire d'accomplir un acte si le mandat avait été valable.²⁸⁴ Ceci revient en fait à examiner si l'acte accompli eût permis l'organisation de la gestion et eût été en ce sens conforme à un mandat valable. De même, le juge se réfère aux usages

²⁸² Cass., Com., 8 juillet 1981, Bull. n° 315.

²⁸³ Cass., Req., 22 avril 1845.

²⁸⁴ Confér A. Bateur, *Le mandat apparent en droit privé*, J. Héron (dir.), th. Caen, 1989, n° 1052 avec pour fondement Cass., Civ., 10 mai 1978 notamment.

professionnels²⁸⁵ et à la gestion en bon père de famille²⁸⁶. Cette appréciation *in concreto* permet au juge d'évaluer l'organisation de la gestion au regard des modalités de cette dernière telle que définie par l'usage professionnel par exemple. Ceci n'est guère surprenant dans la mesure où nous avons montré que la finalité, les modalités et en l'espèce les pouvoirs de gestion peuvent varier d'une technique de gestion à une autre. Afin d'en déterminer plus précisément le contenu, le juge peut, comme l'indique l'auteur, vérifier si d'autres actes similaires ont pu auparavant être accomplis par le mandataire sans protestation du mandant apparent.²⁸⁷

Au vu de ce qui précède, il apparaît que le mandat apparent a pour objectif de permettre l'organisation de la gestion.

Il convient maintenant de voir que le mandat apparent ne permet pas la direction de celle-ci.

2/ L'absence de direction

147. En matière de mandat apparent, le juge ne reconnaît pas au mandataire apparent la possibilité d'apprécier l'opportunité d'accomplir un acte conformément à la finalité de la gestion. Un mandataire apparent peut accomplir un acte de disposition dans le cadre de son pouvoir d'organisation (a) mais ne peut apprécier l'opportunité d'un tel acte puisqu'il ne dispose pas du pouvoir de direction de la gestion (b).

a) La possibilité d'accomplir un acte de disposition

148. La distinction entre l'organisation et la direction de la gestion permet d'expliquer pourquoi la jurisprudence a admis la possibilité pour l'agent immobilier de vendre un immeuble alors qu'il n'avait pas de pouvoir en ce sens tandis qu'il a été admis que le mandant ne soit pas lié par une vente conclue par un agent immobilier à un prix inférieur à celui stipulé dans le mandat par lequel il était chargé de réaliser la vente. En effet, dans la première hypothèse, l'agent immobilier a accompli un acte qui lui incombe dans la mesure où il a pour fonction d'établir des rapports entre acquéreurs et vendeurs en vue de réaliser une opération immobilière. La croyance légitime a permis d'établir un mandat apparent qui a comblé un excès de pouvoir.

285 A. Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, J. Héron (dir.), th. Caen, 1989 n° 1059 avec pour fondement Cass., Com., 29 avril 1970.

286 A. Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, J. Héron (dir.), th. Caen, 1989, n° 1096 L'auteur relève que les juges ont une appréciation soit en bon père de famille, soit *in abstracto* au regard des circonstances spécifiques, soit *in concreto*.

287 A. Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, J. Héron (dir.), th. Caen, 1989, n° 1053.

Le mandat apparent ne permet cependant pas au mandataire d'apprécier l'opportunité d'un acte.

b) L'impossibilité d'apprécier l'opportunité d'un acte

149. En revanche, dans la seconde hypothèse, l'agent est venu se substituer au mandant en prenant la liberté d'apprécier l'opportunité de vendre l'immeuble à un prix inférieur à celui déterminé dans le mandat. Une telle appréciation en opportunité n'a pas été admise ; l'agent n'avait pas le choix entre vendre à un prix inférieur ou ne pas vendre mais devait céder le bien aux conditions prévues par le mandat. Ainsi la théorie du mandat apparent permet-elle uniquement l'organisation de la gestion.

150. Au cours de ce paragraphe, il a été montré que l'organisation était prépondérante en matière de convention prétorienne d'assistance, de quasi-contrats nommés et de mandat apparent. Ces techniques permettent notamment au gestionnaire d'accomplir des actes graves qui ont pour finalité la gestion mais le privent du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action. Le recours à l'organisation fait apparaître la cohérence de la jurisprudence.

151. Au cours de la présente section consacrée à la gestion d'origine quasi-contractuelle et prétorienne, il a été montré que celles-ci ne pouvaient pas convenir à une gestion fondée sur l'accord entre un gestionnaire et un bénéficiaire disposant de la pleine capacité juridique. De plus, il est apparu que l'aspect téléologique de la gestion était primordial et que toutes ces techniques reposaient uniquement sur l'organisation de la gestion. Il est intéressant d'étudier maintenant les techniques contractuelles de gestion ponctuelle.

Section II La gestion d'origine contractuelle

152. Le droit semble ici encore attaché à la notion de représentation. La gestion d'origine contractuelle repose sur d'anciennes techniques qui écartent la représentation parfaite (I) et d'autres, plus modernes, qui mêlent mandat et contrat d'entreprise (II).

Paragraphe I Les techniques anciennes écartant la représentation parfaite

153. L'étude des régimes respectifs du contrat de commission et du contrat d'entreprise (A)

amène à s'intéresser à l'intérêt de l'absence de représentation parfaite en matière de gestion (B).

A Le contrat de commission et le contrat d'entreprise

154. L'étude du régime des contrats de commission et d'entreprise (1) montrera que ceux-ci permettent uniquement l'organisation de la gestion (2).

1/ Leurs régimes

155. Le contrat de commission (a) sera étudié avant le contrat d'entreprise (b).

a) Le régime du contrat de commission

156. Le contrat de commission a l'avantage de recourir à la représentation imparfaite mais celui-ci est limité. L'objet de ce contrat doit être précisément défini, il est de ce fait inadapté à la gestion à titre habituel.

Ce contrat trouve son origine dans les usages commerciaux et n'a désigné une convention particulière qu'à partir de l'entrée en vigueur du Code de commerce de 1807.²⁸⁸ Désormais prévu à l'article L. 132-1 du Code de commerce, il permet d'instituer un rapport dans lequel le commettant confie au commissionnaire le soin d'accomplir des actes sans que son nom soit mentionné. Ainsi le commissionnaire agit-il en son nom propre pour le compte du commettant. C'est ce que l'on appelle généralement une situation de « représentation imparfaite ».²⁸⁹ Le commissionnaire peut accomplir des actes juridiques mais également des actes matériels découlant de l'objet du contrat. Le commissionnaire de transport, par exemple, doit organiser l'ensemble du transport de marchandises. L'absence de représentation analogue à celle du contrat de mandat permettrait à première vue d'écartier les effets indésirables de l'imputation à l'aide du contrat de commission. À ce sujet, Mme Dumont indique que, du fait de la représentation, les effets réels du contrat ont lieu entre le tiers et le commettant de sorte que les biens objets du contrat de commission ne transitent pas par le patrimoine du commissionnaire.²⁹⁰ Seuls les droits personnels se trouvent, à un instant donné, dans

²⁸⁸ G. Sautel, « L'histoire du contrat de commission jusqu'au Code de commerce » in *Le contrat de commission : études de droit commercial*, (Publications de l'Institut des sciences juridiques et financières appliquées aux affaires de la Faculté de droit de Paris), Dalloz, 1949, p. 31 et suivantes.

²⁸⁹ Cette appellation est critiquée par certains auteurs au motif qu'il n'y a pas d'imputation dérogatoire comme dans le cas du contrat de mandat.

²⁹⁰ M.-P. Dumont, *L'opération de commission*, J.-M. Mousseron (préf.), Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2000, n° 628.

le patrimoine de ce dernier.²⁹¹

Néanmoins, ce contrat a pour objet une opération déterminée et précise. Or, comme il a été dit précédemment, la gestion de patrimoine suppose une activité continue du gestionnaire qui, dans le cadre de la gestion, se doit de prendre des actes qui n'auront pas forcément été déterminés par avance. Le commissionnaire quant à lui se doit d'accomplir précisément les actes pour lesquels il a été commissionné et qui sont l'objet du contrat qui l'unit au commettant. Même si le contrat de commission peut avoir pour objet une série d'actes juridiques et matériels, ceux-ci ne peuvent être accomplis que lorsqu'ils sont nécessaires à la réalisation de l'objet précis du contrat de commission. La jurisprudence a une interprétation restrictive des pouvoirs du commissionnaire, notamment en matière de douanes.²⁹² Il faut cependant noter que les opérations de commission sont en général l'objet de dispositions spécifiques par exemple en ce qui concerne le dédouanement. Il est donc difficile de tirer argument de la jurisprudence pour déterminer l'étendue des pouvoirs de gestion du commissionnaire en dehors de ces contrats très spécifiques.

Il apparaît au vu de ce qui précède que l'objet du contrat de commission est défini de manière trop restrictive pour permettre la gestion du patrimoine dans la mesure où le gestionnaire n'a aucune marge de manœuvre. Ce contrat présente également l'inconvénient de ne pas écarter tous les effets indésirables liés à la représentation. Compte tenu de ces deux éléments, il convient de s'intéresser maintenant au contrat d'entreprise qui ne repose pas sur la représentation et dont l'objet peut être défini de manière plus large.

b) Le régime du contrat d'entreprise

157. Afin de comprendre le contrat d'entreprise, il est intéressant d'étudier la distinction entre contrat d'entreprise et contrat de mandat avant d'examiner le régime du premier de ces contrats en droit positif.

L'article 1710 du Code civil ne parle pas de contrat d'entreprise mais de louage d'ouvrage. Il est proche du mandat puisqu'il lui est en tout point symétrique. Il ne se comprend qu'en comparaison

²⁹¹ Marie-Pierre Dumont, *précité*, n° 625 La jurisprudence affirme de manière constante que le commissionnaire n'est pas le propriétaire des biens qu'il reçoit lors de l'exécution du contrat de commission. Confer Cass., Crim., 18 novembre 1882 et T. Com. Paris, 30 janvier 1974 cités par l'auteur. À l'inverse, les effets personnels de la relation entre le commissionnaire et le tiers contractant sont supportés par le seul commissionnaire (Cass., Com., 7 mai 1962, Bull. n° 240). La connaissance par le tiers de l'identité du commettant est sans incidence sur l'engagement du commissionnaire (Cass., Com., 15 juillet 1963, Bull. n° 378).

²⁹² Confer par exemple, CA Paris, 5e ch., 19 janv. 2001 : RTD com. 2001, p. 573 (le mandat de dédouaner ne permet pas au commissionnaire de transiger avec l'Administration au sujet d'un litige. Il ne peut obtenir du commettant le remboursement des frais exposés dans le cadre de celle-ci).

avec celui-ci car il est conçu comme son opposé. Le louage d'ouvrage est défini par le Code civil comme : « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. »

Le premier élément qui apparaît de manière évidente à la lecture de cet article est le prix. Le mandat était historiquement conçu comme gratuit. Il s'agissait d'un contrat d'ami et entre amis, il n'est pas question d'argent, du moins en principe. La rémunération ne se concevait alors que comme une libéralité, non comme une obligation.²⁹³ Le Code civil considère encore aujourd'hui que le mandat est gratuit sauf convention contraire.²⁹⁴ De nos jours, cette distinction entre le caractère onéreux et gratuit a peu d'utilité en pratique car le mandat est rarement un contrat d'ami et souvent rémunéré.²⁹⁵

Il existait une autre distinction entre le louage d'ouvrage et le mandat, l'un était destiné aux travaux nobles, l'autre aux tâches mineures. D'après M. Leduc, l'article 1710 reprend les deux conceptions du droit romain, à savoir la *locatio operarum* portant plutôt sur la force de travail, et la *locatio operis faciendi* qui a pour objectif la réalisation d'un travail déterminé. Cette présentation doit toutefois être nuancée en ce que le terme «travail» tel qu'il est ici employé est moderne et n'avait pas d'équivalent à Rome.²⁹⁶ Contrairement à la tradition romaine, le Tribunal de grande instance de Versailles a considéré que la consultation délivrée par un professeur de droit relevait du louage d'ouvrage.²⁹⁷ Cette ancienne tradition céda à une autre bien plus récente fondée sur la représentation.

Comme on le voit, la distribution des tâches entre les différents types de contrats varie selon les époques et ne tient pas toujours à des arguments de pure technique juridique. La distinction entre travaux nobles et mineurs a préoccupé les juristes jusqu'à une période récente. Il a été vu que le mandat concernait les services d'ami et était destiné à encadrer la réalisation de travaux considérés comme d'une haute valeur intellectuelle. De ce fait, le louage d'ouvrage ne pouvait, par exemple,

293 I. Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano* (*Excerptum thesios ad Doctoratum in Iure Civili*), Pontificia Università Lateranense, 2003, p. 38.

294 Article 1986 du Code civil.

295 F. Leduc, « Réflexions sur la convention de prête-nom : contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *RTD Civ.*, 1999, p. 283.

296 F. Leduc, *cité supra*, n° 5 L'auteur emploie le terme «travail» dans un sens moderne. J. Macqueron révèle quelques nuances terminologiques importantes si l'on souhaite mieux comprendre le droit romain en la matière, notamment la période classique. Le terme *opera* désigne «l'énergie déployée par le travailleur» et mise à disposition d'autrui. Vers la fin de la République, le pluriel *operae* désigne des journées de travail. J. Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Centre régional de documentation pédagogique, Service des éditions, 1964, p. 10.

C'est seulement durant le Haut-Empire que se développe la distinction entre un contrat ayant pour objet les *operae* «l'énergie déployée par le travailleur» et un contrat ayant pour objet l'ouvrage ou *opus* réalisé par celui-ci. J. Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Centre régional de documentation pédagogique, Service des éditions, 1964, p. 165-166.

297 T.G.I. Versailles, 28 mars 2006 : D. 2006. I.R. 1631 ; Gaz. Pal. 2006, p. 3199 ; R.T.D. Civ. 2006, p. 576, obs. P.-Y. Gautier L'annotateur indique également que cette solution rompt avec l'héritage du droit romain.

pas lier ceux dont la parole était de grande valeur, à savoir les orateurs et les jurisconsultes.²⁹⁸ Que l'on ne s'y méprenne pas ; cette vision de la Rome antique n'est pas une fresque historique, elle est la marque d'une réalité culturelle qui traverse les époques. Pour preuve, les difficultés qu'ont eues certains avocats à admettre le travail salarié.²⁹⁹ Avec l'expansion du salariat, le mandat est devenu le contrat qui garantissait l'indépendance d'esprit des avocats exerçant une profession libérale.³⁰⁰ Comme on le voit, Duvergier a introduit le clivage qui est celui du droit positif afin d'effacer cet ancien critère de distinction entre contrat noble à titre gratuit et contrat vil à titre onéreux. Elle demeure en partie, c'est une réalité, mais elle correspond à une volonté de réforme sociale qui a abouti et non à l'essence de ces contrats.

158. Désormais, les juristes parlent le plus souvent de contrat d'entreprise tandis que l'article 1799 du Code civil, dans sa version entrée en vigueur le 14 mai 2009, continue à employer le vocable du louage d'ouvrage. L'article dans sa version actuelle se présente de la sorte :

« Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie :

1° Le louage de service ;

2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ;

3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés. »

La première espèce a été un peu modifiée car le droit du travail s'applique en la matière, les autres sont restées en l'état, bien que la plupart des activités de transport fassent l'objet d'une réglementation spécifique. Quant à la troisième, son champ d'application a été grandement réduit. En effet, de nos jours, le droit immobilier impose ses propres règles bien que le droit commun du louage d'ouvrage soit encore applicable dans certains de ses aspects, on y a surtout recours lors de la fabrication de meubles.

Cette redistribution de la substance de l'article concernant le louage d'ouvrage et d'industrie concomitante à l'apparition de la notion de contrat d'entreprise amène à se demander ce que cette

298 I. Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano* (*Excerptum theos ad Doctoratum in Iure Civili*), Pontificia Università Lateranense, 2003, pp 51-52 Confer également J. Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Centre régional de documentation pédagogique, Service des éditions, 1964, p. 171-185 l'auteur expose les divergences de points de vue de romanistes au sujet du fondement du cadre juridique de certaines activités.

299 V. Renaux-Personnic, *L'avocat salarié : entre indépendance et subordination*, D. Berra (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1998, n° 35 L'auteur relève que Duvergier a été l'un des opposants à la distinction entre travaux nobles et vils. Confer également pp. 49-50 au sujet de la résistance des avocats face aux tentatives d'introduction du salariat.

300 Confer note précédente, n° 28 et suivants.

dernière notion recouvre. Le terme d'« entrepreneurs » n'apparaît que dans la troisième espèce de louage d'ouvrage ; pourtant le terme « contrat d'entreprise » paraît plus large que le seul droit immobilier ou celui relatif à la fabrication de meubles. À ce sujet, Mme Labarthe constate que la notion de contrat d'entreprise est surtout utilisée pour distinguer ce corps de règles du droit commun des autres dispositions telles que celles relatives au droit du travail ou au droit du transport³⁰¹. L'auteur précise que ce changement de terme n'est sans doute pas « anodin »³⁰² même si cette transposition qui s'est imposée par l'usage n'a pas de sens précis. Ceci amène à penser qu'avec la redéfinition du mandat comprenant l'abandon de la distinction classique fondée sur la gratuité, d'une part et la représentation d'autre part, le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise est devenu le contrat qu'il convient d'utiliser lorsqu'on ne souhaite pas recourir à la représentation, qu'elle soit parfaite ou imparfaite.

Au-delà de leurs différences de régime, les contrats de commission et d'entreprise sont deux techniques qui reposent uniquement sur l'organisation.

2/ Deux techniques reposant sur la seule organisation

159. Afin de démontrer que ces techniques reposent uniquement sur l'organisation, il convient de relever l'absence de direction (a) avant de mettre en évidence l'incidence apparente de la représentation sur la gestion (b).

a) L'absence de direction

160. Il vient d'être indiqué que la distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de mandat ne reposait pas uniquement sur des considérations de techniques juridiques. Le contrat de commission et le contrat d'entreprise apparaissent comme deux contrats reposant sur l'organisation de la gestion uniquement. Le contrat de commission comme celui d'entreprise permet l'accomplissement d'actes tant juridiques que matériels. L'encadrement juridique de la gestion obéit cependant à une conception différente de celle-ci. Dans le cas du contrat de commission, la mission est considérée comme une série d'actes qui doivent être accomplis par le commissionnaire en vue d'atteindre un objectif. Dans le cadre du contrat d'entreprise en revanche, l'exécution de la gestion est d'abord examinée sous l'angle du résultat de celle-ci. L'expression « louage d'ouvrage » est révélatrice de cette façon d'aborder l'exécution du contrat. Concevoir la gestion comme une série

301 F. Labarthe, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion » in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, n° 9.

302 F. Labarthe, *cité supra*, n° 15 et s.

d'actes déterminés à l'avance ou comme la quête d'un résultat tout aussi précisément déterminé exclut l'appréciation de l'opportunité d'un acte puisque ce dernier est soit décrit dans le contrat de commission, soit nécessaire à la réalisation de l'ouvrage ou à la fourniture du service.

On relèvera néanmoins l'incidence apparente de la représentation.

b) L'incidence apparente de la représentation

161. La représentation semble une fois de plus avoir une incidence sur la manière de concevoir la gestion. Il a été montré précédemment que le mandat de droit commun repose sur l'imputation dérogatoire des actes accomplis par le représentant au nom du représenté.³⁰³ Or, le contrat de commission repose sur une représentation imparfaite. Par conséquent, cette technique est également fondée sur une imputation dérogatoire des effets produits par un acte accompli par le commissionnaire. L'acte accompli joue un rôle prépondérant dans le mécanisme de la commission. Il faut que l'acte soit défini de manière suffisamment précise afin de permettre aux parties et au juge de cerner le contenu de la convention.

Si on change maintenant de point de vue et considère le résultat du travail de l'entrepreneur, la question de l'acte devient secondaire puisqu'il faut et il suffit que le juge et les parties examinent l'ouvrage réalisé par l'entrepreneur afin de savoir s'il est conforme au contrat. Il est bien sûr envisageable de préciser certaines méthodes de réalisation du travail dans la convention de louage d'ouvrage mais ceci n'est pas nécessaire. Ceci explique que la liberté de l'entrepreneur au stade de la réalisation de l'ouvrage soit plus grande que celle du commissionnaire dans la réalisation de sa mission.

Cette marge de manœuvre accrue de l'entrepreneur dans la réalisation de l'ouvrage semble être le signe d'une grande liberté de gestion. La recherche de l'intérêt de l'absence de représentation parfaite ne confirme pas cette impression.

B L'intérêt de l'absence de représentation parfaite

162. L'intérêt de l'absence de représentation parfaite en matière de gestion doit être relativisé. Il convient d'analyser la prétendue inadéquation de la représentation (1) avant de la rejeter (2).

³⁰³ L'importance de la représentation explique également pourquoi la doctrine classique considère que, contrairement au louage d'ouvrage, le mandat repose sur l'accomplissement d'actes juridiques à titre principal. Confer notamment en ce sens Ph. Le Tourneau, V° Mandat, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 52. Contra J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations Les effets du contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, n° 793.

1/ La prétendue inadéquation de la représentation parfaite

163. Les fondements culturel (a) et technique (b) de cette prétendue inadéquation seront analysés successivement.

a) Le fondement culturel de cette prétendue inadéquation

164. Beaucoup d'auteurs soutiennent que le contrat d'entreprise permet d'accorder à l'entrepreneur une grande liberté d'action et de décision. Cette opinion fort répandue repose sur une conception selon laquelle le mandat serait radicalement différent du louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise en ce que le premier est fondé sur la représentation contrairement au second. Du point de vue historique cependant, le mandat n'impliquait pas toujours la représentation. Le mandat de droit romain n'y avait pas recours³⁰⁴, les trois premiers projets de Code civil présentés sous la Convention et le Directoire non plus³⁰⁵. D'après M. Didier, le lien entre mandat et représentation est tardif et « accidentel ».³⁰⁶ M. Leduc³⁰⁷ estime que Duvergier³⁰⁸ a fait jouer à la représentation dans le mandat un rôle central qui est celui que nous connaissons aujourd'hui. La représentation est alors devenue l'élément distinctif du mandat le différenciant du louage d'ouvrage. Selon l'auteur, Duvergier n'avance cet argument que dans le but d'écarter le critère distinctif de l'époque, le caractère gratuit du mandat, par opposition à un contrat d'entreprise à titre onéreux. Le choix de ce nouveau critère était motivé par des raisons d'ordre « plus philosophique que juridique »³⁰⁹, afin

304 Ilia Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano (Excerptum thesios ad Doctoratum in Iure Civili)*, Pontificia Università Lateranense, 2002, pp. 68-69 L'auteur indique que le mandataire transfère la propriété des biens qu'il a acquis durant le mandat au mandant après reddition des comptes.

En ce sens, V. également R. Villers, *Rome et le droit privé*, L'Évolution de l'humanité, Albin Michel, 1977, p. 365.

305 Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ., 2000, n° 71.

306 Confer note précédente, n° 77.

307 F. Leduc, « Réflexions sur la convention de prête-nom : contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *RTD Civ.*, 1999, p. 283, n° 9. Dans le même sens, Ph. Didier, *opus cité*, supra, n° 74.

308 Ch.-B.-M. Toullier, J.-B. Duvergier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. IV, Jules Renouard, 1837, n° 272, « Voici mon système.

Le louage d'ouvrage consiste dans l'obligation de faire une chose, moyennant un prix. Il y a cela aussi dans le mandat salarié. Mais celui qui loue son travail, agit en son nom; les actes qu'il fait émanent de sa volonté et de sa capacité personnelle. Au contraire, le mandataire agit au nom du mandant; c'est la capacité et la volonté du mandant qui donnent force et effet à ses actes. Voilà ce qui distingue les deux contrats. »

309 F. Leduc, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise » in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 593, n° 22 L'opposition entre philosophie et droit est surprenante dans la mesure où les considérations sociologiques ou philosophiques prennent une part non négligeable dans l'élaboration de la norme juridique, au même titre que la technique juridique. L'argument de Duvergier avait surtout pour but de mettre en avant une conception idéologique et non de réformer le mandat au sens technique. Confer en outre V.A.D. Dalloz, A. Dalloz, H. Thiercelin, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Bureau de la Jurisprudence générale du royaume, 1849, n° 398. Les auteurs attribuent la distinction de droit positif entre louage d'ouvrage et mandat à Duvergier.

d'en finir avec le clivage entre le mandat, service d'ami exécuté à titre gratuit, et le louage d'ouvrage, contrat à titre onéreux. De ce fait, l'association du mandat et de la représentation n'a pas été entreprise afin de rendre le mandat plus performant d'un point de vue technique.

Du point de vue du texte de l'article 1984 du Code civil, rien n'est indiqué concernant la représentation. La section civile de la Cour de cassation a estimé le 27 janvier 1812 que les termes « en son nom » et « pour son compte » étaient synonymes³¹⁰.

On doit alors en conclure comme M. Didier, qu'« en aucun cas le mandat ne peut être considéré comme la quintessence d'une situation de représentation. »³¹¹

On ne peut toutefois nier que la représentation a changé le mandat, elle en fait aujourd'hui partie intégrante. Il n'en est pas moins vrai qu'il ne s'agit là que d'un additif. Cette précision a son importance en ce qu'elle permet de se rendre compte que la représentation n'est pas une notion dérivée du mandat mais bien ajoutée à cette dernière.

Ceci signifie que, même si le droit positif français définit le mandat comme un acte qui repose sur la représentation³¹², un contrat analogue au mandat mais sans représentation est tout à fait concevable³¹³, à condition bien sûr qu'on ne le dénomme pas « mandat ». La qualification de « mandat sans représentation » serait un oxymore. Cependant, d'autres auteurs convaincus que la représentation n'est pas de l'essence du mandat, n'hésitent pas à employer cette expression.³¹⁴ L'essentiel étant que, quelle que soit la terminologie employée, elle soit vecteur de sens.³¹⁵

Après avoir vu que cette impression de grande indépendance de l'entrepreneur repose en partie sur des considérations culturelles, il est utile d'examiner le fondement technique de cette impression.

310 Ph.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. XI, 5, H. Tarlier, 1827, pp. 612-613

« Point de milieu : ou c'est en leur nom que le sieur Anjubault a fait le travail qu'ils refusent de lui payer, ou il l'a fait en son nom privé.

Or, le moyen de concevoir que ce soit en son nom privé, c'est-à-dire, pour son propre compte, que le sieur Anjubault a fait ce travail ? En avait-il besoin personnellement, et quel avantage pouvait-il en tirer ? Ce travail ne pouvait être utile qu'aux héritiers Marguerite ; et ne pouvant ou ne voulant pas le faire eux-mêmes, ils l'ont fait faire par le sieur Anjubault. C'est donc pour eux que le sieur Anjubault l'a fait ; il l'a donc fait en leur nom, il l'a donc fait comme mandataire. »

311 Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ., 2000, n° 78.

312 Confer notamment Rép. Civ. Dalloz V° Mandat par Ph. Le Tourneau.

313 Le terme a son importance. En effet, il est des choses qui sont inconcevables, une vente sans transfert de propriété par exemple. Celui-ci est l'obligation caractéristique de la vente, il fait partie de l'essence de ce contrat.

314 C. Witz, *La Fiducie en droit privé français*, D. Schmidt (préf.), Economica, 1981, p. 231

315 Au sujet des différentes acceptations confer M.-L. Izorche, « A propos du « mandat sans représentation » », *D.*, 1999, p. 369.

b) Le fondement technique de cette prétendue inadéquation

165. Cette grande indépendance justifierait que l'on ne refît pas le contrat d'entreprise comme technique de gestion à titre habituel. L'incompatibilité du contrat d'entreprise proviendrait du fait que les choix du gestionnaire ne sont pas imputés au bénéficiaire, seule la réalisation de la prestation compte. Pourtant, cette analyse n'est valable que si la prestation que doit fournir l'entrepreneur est bien définie et que le bénéficiaire n'a pas besoin de demander des comptes ou de surveiller l'exécution des obligations de l'entrepreneur. Le droit prévoit bien la possibilité d'émettre des réserves afin de signaler tout manquement dans l'exécution des travaux. Cependant la réception des travaux est un contrôle *a posteriori* alors que le propriétaire doit pouvoir demander des comptes pendant la gestion. La souplesse de gestion des *trusts*, si attrayante pour le juriste français, ne peut se concevoir sans le contrôle très strict qu'*Equity* a défini au fil des siècles.

À titre d'exemple, il est possible d'observer l'exécution du contrat d'assistance conclu auprès de prestataires spécialisés.³¹⁶ Mme Piganeau précise que l'assistance en nature est d'abord définie par le contrat en termes de prestations, de cas de figure et d'exclusions.³¹⁷ Le contrat peut en effet prévoir que telle hypothèse donnera lieu à un rapatriement, à une assistance médicale ou encore à l'intervention d'un spécialiste tel un garagiste. Comme on le voit, l'assistant prévoit un certain nombre de situations dans lequel il pourra porter secours au bénéficiaire.

L'auteur indique que l'assistant peut, suite à l'avis d'un spécialiste, prévoir une autre solution que celle qui est prévue dans le contrat pour le cas de figure qui est survenu. L'assistant déterminera la prestation qu'il doit fournir « au coup par coup ».³¹⁸ « Il ne serait en tout état de cause pas concevable de prévoir une assistance pour tel ou tel type de dommage. Au contraire, il est laissé une grande place à l'appréciation humaine et les chargés d'assistance disposent d'une certaine latitude pour évaluer la prestation. »³¹⁹ L'assistant ne peut, selon l'auteur, être mandataire car « sa liberté d'action est trop grande »³²⁰. Cet argument ne nous paraît pas pertinent dans la mesure où l'avocat qui représente son client a toute latitude pour définir la stratégie de défense de son client et, dans certains cas, répondre sur-le-champ aux propos tenus par le ministère public. L'avocat, lorsqu'il représente son client, a l'obligation, « d'évaluer la prestation » qu'il doit à

316 Il ne s'agit pas ici de la convention d'assistance qui est une création prétorienne.

317 B. Piganeau, *L'assistance aux personnes en difficulté*, Les Grandes thèses du droit français, Presses universitaires de France, 1993, p. 42.

318 B. Piganeau, *cité supra*, pp. 42-43.

319 B. Piganeau, opus *cité supra*, p. 43.

320 B. Piganeau, opus *cité supra*, p. 168.

son client. Le mandat s'adapte parfaitement aux situations où la prestation ne peut être définie à l'avance, le mandataire n'ayant parfois pas même le temps de se concerter avec son client. Les obligations du mandataire ne doivent donc pas nécessairement être précisément déterminées pour que le mandat soit valable.

L'avantage du contrat d'entreprise ne se situe par conséquent pas dans le fait que les obligations de l'entrepreneur peuvent être indéterminées.

Il semble que l'absence de représentation permette à l'entrepreneur d'agir en toute indépendance et ainsi de bénéficier d'une liberté plus grande que le mandataire qui, contrairement à l'entrepreneur, doit rendre des comptes. Cette impression est trompeuse.

2/ Le rejet de la prétendue inadéquation de la représentation parfaite

166. Afin de conclure à l'absence d'inadéquation de la représentation parfaite, il convient de montrer l'absence d'incidence de la représentation sur la liberté du gestionnaire (a) puis de substituer à cette inadéquation prétendue l'impossibilité de gérer à titre habituel en l'absence de direction (b).

a) L'absence d'incidence de la représentation sur la liberté du gestionnaire

167. Afin de vérifier l'affirmation selon laquelle l'entrepreneur jouit d'une grande liberté en ce qui concerne la gestion, il est intéressant d'étudier la liberté du gestionnaire dans le contrat de commission et le contrat d'entreprise non pas sous l'angle de la représentation, comme cela vient d'être fait, mais sous l'angle de la gestion à proprement parler, à travers la distinction entre l'organisation et la direction. On s'aperçoit alors que le contrat de commission repose exclusivement sur l'organisation en ce que le pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'accomplir un acte n'est jamais examiné par le juge. Celui-ci se contente de vérifier que le commissionnaire avait bien le pouvoir d'accomplir l'acte en question. Ceci permet d'ailleurs de laisser une certaine marge de manœuvre au commissionnaire dans l'organisation d'un transport par exemple mais compromet l'application d'un contrat de commission dont l'objet est trop largement défini. En ce qui concerne le contrat d'entreprise, l'absence de représentation et son corollaire, la subsidiarité de l'acte, permettent d'octroyer davantage de liberté à l'entrepreneur. Cependant, il s'agit toujours d'une technique reposant uniquement sur l'organisation. En effet, il a été vu précédemment que la gestion de biens avait un caractère téléologique. Les actes accomplis par le gestionnaire le sont non seulement en

vertu des obligations qui le lient au bénéficiaire et au tiers mais également en vue d'atteindre les objectifs de la gestion. Or, l'entrepreneur n'a quant à lui que l'obligation de réaliser l'ouvrage tel que défini par le contrat. La fin du contrat est connue des parties au moment de sa conclusion. Ce n'est pourtant pas le cas de la gestion à titre habituel qui porte sur un avenir par définition incertain. Cette incertitude rend impossible la définition précise de l'obligation de gérer telle que l'exigerait un contrat d'entreprise. Il apparaît alors que l'entrepreneur dispose certes de plus de liberté que le commissionnaire mais ceci n'est valable que parce que l'ouvrage réalisé ou le service à rendre peuvent être définis *a priori*, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat. Ceci est inconcevable en matière de gestion à titre habituel. Le contrat de commission et le contrat d'entreprise apparaissent en fin de compte très proches l'un de l'autre. La différence majeure entre ces deux techniques réside dans l'importance accordée à la représentation. Il est de ce fait impossible de conclure à une grande liberté de l'entrepreneur en matière de gestion. Ces deux contrats n'offrent pas, par ailleurs, la souplesse des *trusts* anglais car, à la différence de ceux-ci, ils répondent à la question de l'imputation des actes et non à celle des pouvoirs et obligations respectifs des parties à la gestion.

Par conséquent, ce n'est pas l'absence de représentation parfaite qui conduit à écarter les contrats de commission et d'entreprise. Il est impossible de gérer à titre habituel au moyen de ces techniques qui ne reposent que sur l'organisation.

b) L'impossibilité de gérer à titre habituel en l'absence de direction

168. Au vu de ce qui précède, il apparaît que ni le contrat de commission, ni le contrat d'entreprise ne sont totalement incompatibles avec la gestion. En tout état de cause, l'affirmation selon laquelle l'entrepreneur jouirait d'une trop grande indépendance pour être le gestionnaire des biens d'autrui est inexacte. Le bénéficiaire de la gestion peut contrôler cette dernière même si aucune obligation de rendre des comptes analogue à celle qui existe en matière de mandat ou de contrat de commission n'est prévue. En effet, cette différence de régime n'est que la conséquence de celle liée à la représentation qui a été étudiée plus haut. En matière de contrat d'entreprise, seul le service rendu ou l'ouvrage réalisé compte, c'est pour cette raison qu'il est prévu que le maître de l'ouvrage puisse formuler des réserves lors de la réception d'un meuble ou d'un immeuble par exemple. En revanche, dans le cadre du contrat de commission, comme il a été expliqué, l'accomplissement de l'acte et son imputation auront beaucoup plus d'importance. C'est pourquoi, la reddition des comptes paraît plus adaptée dans ce cas de figure puisqu'elle permet de retracer

l'historique de tous les actes accomplis par le gestionnaire et de leur imputation sur le patrimoine du bénéficiaire. Il n'en demeure pas moins vrai que dans l'optique d'une gestion à titre habituel qui pourrait être envisagée dans la durée et dont la fin ne peut être précisée avec certitude faute de pouvoir prédire l'avenir par définition incertain, la reddition des comptes apparaît plus adaptée également à la gestion habituelle. Le contrat d'entreprise, quant à lui, ne permet pas de faire face à l'incertitude de l'avenir. Ce dernier contrat doit donc être écarté.

Le contrat de commission présente l'avantage de ne pas engager le commissionnaire pour les actes qui porteraient sur des droits personnels tout en permettant au commettant d'être titulaire des droits réels qui peuvent représenter la plus grande valeur, notamment lorsqu'il s'agit de contrats de transport. En effet, dans ce cas de figure, les marchandises transportées représentent l'essentiel de la valeur de l'opération. Ces biens et les droits réels qui y sont attachés sont en principe à l'abri d'une procédure collective du commissionnaire. Il a l'inconvénient de reposer sur une série d'actes précis et ne peut de ce fait encadrer la gestion à titre habituel qui suppose que le gestionnaire ait le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action en tenant compte de circonstances d'espèce qui ne pouvaient nécessairement être prévues lors de la conclusion du contrat.

169. Les contrats de commission et d'entreprise étudiés au cours de ce paragraphe ne reposent pas sur la représentation parfaite. Il a été montré que la justification de la possibilité de gérer à titre habituel ne pouvait être fondée sur la représentation. La gestion à titre habituel au moyen de ces techniques est impossible non en raison de cette dernière mais parce que le commissionnaire ou l'entrepreneur ne disposent pas du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un acte.

Outre ces techniques anciennes écartant la représentation parfaite, il existe des techniques modernes mêlant le contrat de mandat et celui d'entreprise.

Paragraphe II Les techniques modernes mêlant mandat et contrat d'entreprise

170. Parmi celles-ci on trouve le contrat de promotion immobilière reposant sur un régime unique, d'une part (A) ainsi que des contrats hybrides combinant de régimes distincts, d'autre part (B).

A Le contrat de promotion immobilière reposant sur un régime unique

171. Il convient de voir qu'il s'agit d'un contrat qui prend en compte la globalité d'une opération immobilière (1) avant de souligner l'utilité limitée de la représentation dans le cadre de cette

convention (2).

1/ Une technique prenant en compte la globalité de l'opération immobilière

172. Le contrat de promotion immobilière est une technique de gestion (a) qui permet de considérer l'opération immobilière dans sa globalité (b).

a) Une technique de gestion

173. Il s'agit d'un « mandat mélangé de louage d'ouvrage »³²¹, *intuitu personae* et à titre onéreux.³²² Dans le cadre de ce contrat, le promoteur se charge de la mise en œuvre du projet, de l'obtention des autorisations administratives, de la préparation des actes, de l'obtention des prêts et de la comptabilité.³²³

Cette technique est intéressante en ce qu'elle permet de considérer l'opération immobilière dans sa globalité.

b) L'intérêt du contrat de promotion immobilière

174. Le promoteur mène une gestion globale de l'opération qui conviendrait à la gestion de biens sans représentation. Il existe plusieurs garanties de bonne gestion, notamment un système de reddition des comptes portant sur le prix en vertu duquel tout ce qui n'est pas dépensé doit être restitué au mandant.³²⁴ Le promoteur doit prendre en charge les dépassements de prix³²⁵, même s'il y a la possibilité de prévoir un poste pour imprévus.³²⁶

Maintenant que l'on sait que l'intérêt du contrat de promotion immobilière réside dans la prise en compte de la globalité de l'opération immobilière, il convient de relever l'utilité limitée de la représentation.

321 Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Précis Dalloz. Série Droit privé, 6^e éd., Dalloz, 2004, n° 663.

322 Confer note précédente.

323 *Opus* cité supra, n° 669.

324 Le contrat de promotion immobilière fait une distinction entre le prix et les honoraires. Le prix ne concerne que l'édification de l'immeuble et les assurances liées à ce dernier.

325 *Opus* cité supra, n° 672.

326 *Opus* cité supra, n° 673 Tout dépassement du poste pour imprévus doit être pris en charge par le promoteur.

2/ L'utilité limitée de la représentation

175. Il convient de voir que le contrat de promotion immobilière est avant tout un contrat d'entreprise (a) dont l'intérêt s'explique par la spécificité du domaine auquel il s'applique (b).

a) Un contrat d'entreprise avant tout

176. Selon la doctrine, le promoteur n'est mandataire que pour l'obtention des autorisations administratives. Un mandat spécial est nécessaire pour les actes de disposition et d'emprunts ainsi que pour la conclusion de l'assurance dommages ouvrage qui est une composante du prix.³²⁷ La loi prévoit en effet que cette assurance qui est normalement souscrite par le maître d'ouvrage, l'est par le promoteur au nom et pour le compte de celui-ci. La représentation n'est utilisée que de manière très limitée et ne saurait être le fondement de l'intérêt du contrat de promotion immobilière. Il faut conclure, comme le font les auteurs, que le promoteur est avant tout un locateur d'ouvrage. Comme il s'agit avant tout d'un contrat de louage d'ouvrage, il repose sur l'organisation de la gestion uniquement comme il a été indiqué précédemment.

L'intérêt de ce contrat ne provient pas de la représentation mais de la spécificité de son domaine d'application.

b) La spécificité de la promotion immobilière

177. L'intérêt du contrat de promotion immobilière provient du domaine très spécifique dans lequel il s'applique. Le promoteur immobilier exécute un ouvrage déterminé à l'avance, il s'agit d'une tâche ponctuelle et non d'une gestion habituelle. Le promoteur est un homme du métier exerçant une activité encadrée par un droit également particulier. L'indépendance du locateur d'ouvrage n'est pas, dans ce cas de figure, de nature à poser problème. C'est un contrat très spécial qui peut difficilement être transposé à une hypothèse autre que celle pour laquelle il a été prévu.

Il existe également des contrats hybrides combinant deux régimes distincts qui vont être étudiés maintenant.

³²⁷ *Opus cité supra*, n° 670. L'obligation d'assurance est intéressante du point de vue de la gestion de patrimoine en ce qu'elle démontre la possibilité qu'a le législateur d'intervenir sur la gestion des risques, puisqu'une partie de ceux liés à la construction de l'ouvrage se trouve prise en charge non pas par le gestionnaire ou le mandataire mais par l'assurance qui est un moyen de mutualiser les risques financiers jugés trop importants pour être supportés par le gestionnaire ou le bénéficiaire seulement.

B Les contrats hybrides combinant deux régimes distincts

178. L'étude du régime des contrats d'agent immobilier et d'agent de voyages (a) conduira à relever l'utilité factice de la représentation dans ces contrats (b).

1/ Le régime des contrats d'agent immobilier et d'agent de voyages

179. L'étude de l'agent immobilier (a) précédera celle de l'agent de voyages (b).

a) L'agent immobilier

180. Le droit immobilier offre un autre régime spécial qui semble s'apparenter au mandat : le mandat d'agent immobilier. Cette profession est en réalité aussi ancienne que le commerce d'immeubles dont l'agent est chargé. Elle n'a cependant été réglementée qu'au début des années 1970 par la loi dite «Hoguet»³²⁸ qui concerne également les fonds de commerce. Ce texte encadre en réalité deux activités distinctes : l'une tournée vers l'achat, la vente et la mise à disposition d'immeubles, l'autre vers leur gestion³²⁹. Selon les termes de la loi, exercent la profession d'agent immobilier les personnes qui « d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui... »³³⁰ Bien que des termes aussi généraux englobent potentiellement beaucoup de situations diverses, y compris la gestion d'un site Internet de petites annonces immobilières³³¹, les pouvoirs de l'agent immobilier sont relativement limités en dehors des cas de gestion d'immeubles. L'agent se contente alors de mettre en relation la demande et l'offre portant sur un bien déterminé. Il est mandaté à cet effet et peut le cas échéant rechercher l'immeuble qui fera l'objet de l'opération.³³²

La notion d'agent immobilier recouvre également les administrateurs de biens dont la mission est très différente. Cette activité sera étudiée par la suite. L'entremise en matière de vente et d'achat de biens renvoie elle-même à des occupations diverses. Il peut par exemple s'agir de recherche d'acquéreurs et de vendeurs potentiels ou de veille et d'information quant à l'état du marché

328 Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

329 Comparer l'article 1, 6° de ladite loi aux numéros de l'article.

330 Incipit de l'article 1 de la même loi.

331 Cass., com., 14 février 2006, n° 05-13453.

332 Ce qui signifie que dès qu'une obligation de conseil et d'assistance pèse sur l'agent immobilier, les dispositions de cette loi ne sont pas applicables. Confer CA Paris, 5 juill. 1996, n° JurisData 1996-021730 (la négociation avec le titulaire d'un droit de préemption implique l'obligation pour le mandataire d'assister son client mais comme l'agent n'intervient pas dans la vente, le régime de l'agent immobilier n'est pas applicable).

immobilier. L'agent entremetteur peut parfois avoir à s'immiscer davantage dans la relation entre acquéreur et vendeur et devenir acteur d'une opération immobilière. Ainsi l'agent peut-il faire visiter un immeuble et prendre part aux négociations relatives à une opération immobilière. L'implication de l'agent dans la conclusion de l'opération pour son mandant n'est-elle pas de nature à caractériser la gestion ? Il a été vu à l'occasion de l'étude du mandat apparent que l'agent immobilier pouvait disposer de pouvoirs relativement étendus qui lui permettaient de préparer la vente ou l'achat d'un appartement aux conditions fixées par le mandat.

Lorsqu'il a le pouvoir d'accomplir certains actes juridiques par exemple ceux nécessaires à la vente d'un immeuble, le mandat doit être interprété de manière restrictive. Il est à noter que la jurisprudence applique parfois la théorie du mandat apparent afin que la croyance légitime d'un tiers en les pouvoirs de l'agent oblige la personne ayant conclu un contrat avec l'agent. Néanmoins, l'apparence ne permet pas à ce dernier de déterminer le prix auquel le bien doit être vendu, il ne peut qu'exécuter les obligations que le tiers croit légitimement être les siennes. Par conséquent, l'agent immobilier ne dispose que d'un pouvoir d'organisation dont l'étendue varie avec le contenu du mandat valable ou apparent. Le législateur a par ailleurs donné un cadre législatif spécifique à l'exercice d'une autre profession qui va être étudiée maintenant.

Le développement des transports et du tourisme a favorisé celui des professionnels du voyage. Les clients des agents de voyages souhaitent voyager ; si cette affirmation peut paraître évidente, le régime juridique de l'activité de ces agences l'est beaucoup moins.

b) L'agent de voyages

181. La première législation spéciale consacrée à ce secteur d'activité remonte à 1975.³³³ L'essor du tourisme à l'international est à l'origine d'une directive communautaire de 1990³³⁴, transposé en droit français au cours de cette décennie.³³⁵ Récemment, ces dispositions ont été à nouveau codifiées au sein du Code du tourisme.³³⁶ Ce régime laisse à nouveau apparaître une activité double : d'un côté, la simple réservation de titres de transport, de l'autre, l'organisation complète d'un séjour touristique comprenant le transport, l'hébergement, la restauration et parfois, les excursions.³³⁷ En tous les cas, l'agence est un vendeur. Cette qualification n'a cependant pas toujours permis de rattacher le contrat conclu avec un agent de voyages à un contrat de vente. La jurisprudence a, par

³³³ Loi n° 75-627 du 11 juillet 1975.

³³⁴ Dir. CEE n° 90/314 du Conseil, 13 juin 1990 relative aux voyages, vacances et circuits à forfait.

³³⁵ Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours.

³³⁶ Articles L. 211-1 et suivants dudit Code.

³³⁷ L'article précédemment mentionné distingue entre le « forfait touristique » et les autres prestations.

exemple, considéré que l'agent qui ne faisait que réserver des billets était un simple mandataire.³³⁸ Ceci n'a pas empêché la Cour de cassation de faire peser sur l'agent l'obligation de vérifier la bonne utilisation du titre de transport, nonobstant l'article 24 de la loi du 11 juillet 1975 codifié à l'article L. 211-17 depuis 2009.³³⁹

En revanche, lorsque l'activité dépasse la seule réservation des titres de transport, l'agent de voyages est « responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient exécutées par lui-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. » L'obligation n'est donc pas une obligation de moyens mais bien une obligation de résultat. La qualification de prestation touristique correspond à un service plus complet qui requiert une réelle organisation du séjour. Elle se rapproche de ce fait de l'obligation d'administrer les immeubles étudiée précédemment.³⁴⁰ La prestation est décrite précisément ce qui prive le professionnel du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action en fonction de circonstances non prévues lors de la conclusion du contrat ; le contrat de fourniture de prestation touristique repose sur l'organisation de la gestion exclusivement.

À nouveau, ce contrat est intéressant car il mêle des prestations qui relèvent du mandat et de l'entreprise. Cependant, il est limité par son objet en ce qu'il s'agit d'une législation spécifique qui a été uniquement pensée pour l'organisation et la vente de voyages. Il est par conséquent inadapté à la gestion de biens.

2/ L'utilité factice de la représentation

182. Le recours à la représentation est contestable d'un point de vue technique (a). Il a néanmoins une incidence sur la cohérence de la législation relative à la gestion (b).

a) Une utilité technique contestable

183. L'ensemble de ces contrats repose uniquement sur l'organisation puisque le pouvoir

338 Cass., Civ. I, 28 mars 1995, n° 93-11538.

339 Cass., Civ. I, 7 février 2006, n° 03-17642, note C. Groy, *Gaz. Pal.*, n° 245, 2 septembre 2007, p. 18 ; Ph. Delebecque, RDC, avril 2006, p. 1161 ; F. Prado, *Revue Droit des transports*, janvier 2007, p. 32 (Ces dispositions excluent la responsabilité de plein droit de l'agent, notamment, lorsqu'il réserve un titre de transport aérien sans vendre de forfait touristique. Sans aller à l'encontre de la disposition alors applicable, la Haute juridiction a considéré que l'agent avait l'obligation d'informer son client au sujet des formalités requises pour l'obtention d'un visa nécessaire à l'entrée sur le territoire du pays de destination. Cette décision est d'autant plus intéressante qu'elle est fondée sur le droit commun du mandat.)

340 F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis, Série Droit privé, 8^e éd, Dalloz, 2007, n° 687.

d'appréciation de l'opportunité d'accomplir une action et soit inexistante, en matière de réservation de titre de transport par exemple, soit non examinée par le juge qui se contente de vérifier que l'ouvrage ou le service a bien été fourni. La loi est d'ailleurs en ce sens lorsqu'elle fait peser une responsabilité de plein droit sur l'agent de voyages organisateur de prestations touristiques. La représentation n'a une fois encore aucun intérêt technique puisque le gestionnaire doit simplement se conformer à des dispositions qui écartent toute imputation dérogatoire notamment en vue de protéger le consommateur en ne faisant pas peser sur lui les risques liés à l'exécution du contrat. Ceci est le signe d'une législation de très mauvaise qualité qui ne se soucie absolument pas de la technique juridique et utilise le vocable du mandat de droit commun pour, en fin de compte, s'en écarter par l'ajout de dispositions spéciales.

On notera cependant quelques éléments intéressants du point de vue de la cohérence de la législation.

b) L'incidence de ce recours artificiel à la représentation

184. Il a été indiqué que ces contrats reposaient en réalité sur une dualité de régime. Les prestations qui sont très éloignées de la gestion, la réservation de titres de transport ou la recherche d'un acquéreur ressemblent davantage à un contrat d'entreprise ou de vente. Dans ce cas de figure, la représentation est sans effet. Il faut cependant noter que les tribunaux ont parfois considéré qu'il s'agissait d'un mandat. Les autres prestations sont encadrées par un régime qui se veut proche du mandat mais qui en écarte les effets. Ceci permet de conclure que, d'une part, l'organisation peut revêtir des formes très différentes conférant des pouvoirs plus ou moins étendus au gestionnaire, d'autre part, le droit positif se rapproche toujours du mandat et de la représentation lorsqu'il est question de gestion et que les techniques fiduciaires ne sont pas employées.

185. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que les contrats mêlant contrat d'entreprise et contrat de mandat reposaient uniquement sur l'organisation de la gestion et que le recours à la représentation dans le cadre de ceux-ci était contestable d'un point de vue technique même s'il participait de la tendance du droit positif à rapprocher les techniques de gestion non fiduciaires du mandat.

186. Toutes les techniques contractuelles étudiées dans la présente section se définissent par rapport à la représentation ; elle est soit imparfaite, soit inexistante, soit croisée avec le louage d'ouvrage. La représentation imparfaite dans le cadre du contrat de commission à une utilité

technique en ce qu'elle permet notamment le transfert des droits réels au commettant. Le louage d'ouvrage quant à lui est souvent présenté comme un contrat donnant une grande liberté d'action à l'entrepreneur. En réalité, la présence ou l'absence de représentation a peu d'incidence sur celle-ci et le contrat de commission est très proche du contrat d'entreprise du point de vue de la gestion dans la mesure où il repose sur la seule organisation de la gestion. Le droit positif comprend également des techniques modernes qui combinent le louage d'ouvrage et le contrat de mandat. Néanmoins, la représentation n'est pas utilisée pour l'imputation dérogatoire qu'elle produit, la plupart des régimes qui ont été étudiés reposent d'ailleurs sur deux activités distinctes dont l'une est davantage proche du mandat que l'autre. Dans la plupart des cas, les effets de la représentation sont écartés par le biais de dispositions spéciales, ce qui les rapproche davantage de contrats de louage d'ouvrage très spéciaux. Ces contrats ne peuvent être transposés à un autre type de gestion que celle pour laquelle ils ont été prévus.

Conclusion du Chapitre II

187. La très grande homogénéité du concept de gestion transparait à nouveau tandis que l'on se rend compte qu'aucune des techniques qui reposent sur l'organisation de la gestion ne répond pleinement aux besoins suscités par la gestion sans représentation. Il est apparu au cours de cette étude que leurs origines diverses, quasi-contractuelle ou prétorienne d'une part, contractuelle de l'autre, ne pouvaient servir de fondement à une analyse relative à la gestion de biens, tant ces différentes techniques apparaissaient proches malgré la *summa divisio* qui semble les séparer de manière définitive.

Il n'est pas question de bouleverser les classifications et les concepts existants, ceci porterait atteinte à la cohérence du droit positif et par-là même nuirait à ce travail. Toutefois, considérer que le mandat ne pourrait être la matrice d'une technique de gestion sans représentation est non seulement infondé, comme il a été démontré, mais également néfaste. En cette période où le législateur et la jurisprudence n'observent plus avec autant de rigueur les nuances terminologiques et conceptuelles du droit privé, rejeter une proposition portant sur une sorte de mandat sans représentation au motif qu'elle transgresse les classifications qui structurent notre droit équivaldrait à changer une notion en « Rubicon juridique » destiné à n'être plus que le théâtre des entreprises les plus téméraires. Cette témérité n'est pas nécessaire quels qu'en soient le résultat ou le fondement.

L'accepter, ce serait au contraire donner au droit commun la possibilité d'évoluer afin de répondre aux besoins suscités par la gestion sans représentation sans qu'une réforme législative soit nécessaire, dans le respect de la cohérence du droit positif.

Conclusion du Titre I

188. Au cours de ce premier titre, notre cheminement nous a conduit à apercevoir la distinction entre l'organisation et la direction de la gestion. Selon celle-ci, certaines techniques reposent uniquement sur l'organisation et permettent au gestionnaire d'exécuter des actes en vue d'atteindre des objectifs précisément déterminés à l'avance. Le pouvoir du gestionnaire d'apprécier l'opportunité d'une action, autrement dit, la direction, n'est pas encadré par celles-ci. De ce fait, seules les techniques de gestion ponctuelles ou celles imposées au bénéficiaire peuvent ne reposer que sur l'organisation. Une technique de gestion conventionnelle encadrant la gestion habituelle des biens d'un bénéficiaire titulaire de la capacité juridique doit reposer sur l'organisation et la direction afin d'être efficace. C'est à l'étude des techniques de ce type qu'est consacré le second titre de cette première partie.

Titre II Les techniques reposant sur l'organisation et la direction de la gestion

189. Celles-ci sont soit des techniques fiduciaires (Chapitre I), soit apparentées au mandat (Chapitre II). Les premières sont les *trusts* anglais et la nouvelle fiducie. L'examen successif de ces deux techniques est nécessaire au passage de la propriété à la gestion entreprise au cours de l'introduction générale. Le juriste de tradition romano-germanique doit, s'il souhaite tirer profit de l'exemple des *trusts* anglais, encadrer l'appréciation de l'opportunité d'une action au vu de l'intérêt du bénéficiaire. Il doit cependant emprunter une autre voie, celle du mandat. Il peut le faire sans dépit car elle le conduira à renouer avec ses racines en s'inspirant du mandat romain étudié en introduction qui ne repose pas sur la représentation.

Il a d'ailleurs été vu que celle-ci n'avait qu'un intérêt limité. L'étude du mandat permettra de confirmer et d'affiner cette analyse. Il sera vu que la distinction entre cette et contrat d'entreprise est fondée sur des considérations d'ordre culturel et que de nombreux mandats spéciaux écartent en réalité la représentation.

Chapitre I Les techniques fiduciaires

190. Il convient d'étudier les *trusts* anglais (Section I) avant d'examiner la nouvelle fiducie (Section II).

Il va être montré que l'intérêt de ceux-ci n'est pas un quelconque patrimoine, notion inconnue du droit anglais, mais le raisonnement fondé sur l'intuition qui permet aux juges d'apprécier l'opportunité d'une action du gestionnaire au regard de l'intérêt du bénéficiaire dans une situation donnée. L'analyse des *trusts* apporte le recul nécessaire à une analyse de la fiducie en matière de gestion.

Section I Les *trusts* anglais

191. Afin de bien cerner la gestion au moyen des *trusts* anglais, il est dans un premier temps nécessaire d'opposer le raisonnement empirique propre au droit des pays de *Common Law* à celui adopté dans les pays de tradition romano-germanique (I). L'approche empirique de la gestion (II) dans le cadre des *trusts* sera examinée dans un second temps.

Paragraphe I L'opposition des raisonnements

192. Afin de comprendre ce raisonnement, il est intéressant d'examiner la manière dont le juriste Oliver Wendell Holmes fils le décrit (A) avant de l'observer du point de vue du juriste de tradition romano-germanique (B).

A Le raisonnement empirique décrit par Oliver W. Holmes fils

193. Le *Common Law* a été élaboré par les juges. C'est toujours le cas aujourd'hui, le juge a un rôle prépondérant dans l'élaboration du droit des pays anglo-saxons. De ce fait, il est intéressant de s'attarder un instant sur la parole et les écrits des juges. Chacun d'entre eux s'exprime avec un style qui lui est propre, son opinion côtoie celle des magistrats qui sont par exemple amenés à se prononcer sur une même affaire. Il est en effet très fréquent que plusieurs juges fassent connaître leur opinion, qu'elle soit majoritaire ou minoritaire. À la différence du droit français, ils peuvent expliquer pourquoi ils ne sont pas d'accord avec la décision qui doit être rendue par la majorité dans une affaire donnée. Le cas échéant, ils peuvent indiquer qu'ils s'accordent sur la solution concrète apportée à l'affaire tout en précisant qu'il eût été selon eux préférable de retenir un autre raisonnement pour y parvenir. C'est cette pluralité de voix et d'opinions qui fait le *Common Law*.

Il existe bien entendu de très nombreux juges qui ont chacun rendu de nombreuses décisions et dont certains ont laissé de nombreux écrits. Il est par conséquent difficile de choisir parmi différents juristes. Il va de soi que les juges des juridictions suprêmes ont plus d'influence sur le droit que ceux des juridictions du premier degré, néanmoins, chaque grand magistrat a un style particulier qui est la marque de sa façon de concevoir et de dire le droit. Une telle analyse ne peut donc être représentative de l'ensemble du droit des pays anglo-saxons. Bien qu'il soit ici question de droit anglais, il est intéressant de montrer ce qui est à la fois propre à la manière anglo-saxonne de raisonner et que l'on retrouve dans tous les pays anglo-saxons.

Il se trouve que les États-Unis d'Amérique ont pris leurs distances à l'égard du Royaume-Uni en prenant leur indépendance. On constate la même distanciation lorsque l'on observe les droits de ces pays. À la différence de leurs homologues de certains pays comme le Canada, l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, les juges des États-Unis d'Amérique ne considèrent pas les arrêts des juridictions britanniques comme des références, même s'ils leur reconnaissent un certain prestige. C'est pour cette raison qu'il est préférable de s'intéresser à la manière de penser d'un grand juge des États-Unis d'Amérique, moins marquée par l'éclat de la tradition juridique anglaise.

Parmi tous ces hauts magistrats des États-Unis d'Amérique, il en est un qui a été remarqué pour ses écrits et ses propos sur le droit et le raisonnement juridique. Son aura rayonne bien au-delà des frontières de son pays d'origine, sa personnalité, son style, son œuvre ont durablement marqué l'ensemble des pays de *Common Law* ; il s'agit d'Oliver Wendell Holmes fils³⁴¹ (1841-1935). Comme celles de tous les grands juges, sa vie (1) et son œuvre sont riches d'enseignements (2).

1/ La vie d'Oliver W. Holmes

194. La vie des grands hommes tient à leur éducation et à leur carrière. Celle d'Oliver W. Holmes fils n'échappe pas à la règle. Il a été éduqué (a) afin d'embrasser une brillante carrière qui lui permit de devenir juge à la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique (b).

a) Son éducation

195. Son grand-père maternel fut juge à la Cour Suprême du Massachusetts.³⁴² Il est le fils du célèbre homme de lettres et médecin, Oliver Wendell Holmes père qui, après avoir étudié le droit, se tourna vers la médecine qu'il enseigna plus tard à l'université Harvard. Il devint célèbre pour ses œuvres littéraires.³⁴³ M. White précise que le fils reçut de son père une éducation destinée à lui permettre de devenir également un grand homme.³⁴⁴ Soldat lors de la guerre de Sécession, il fut partisan de l'Union.³⁴⁵ Cette expérience a été, selon l'auteur, déterminante. À l'armée, il apprit la rigueur, l'autorité et adopta une attitude froide et conquérante afin de faire face aux événements. Son approche du droit était similaire à celle de la guerre. L'ambition intellectuelle était caractérisée, d'après Holmes lui-même, par « la soif barbare de conquête ».³⁴⁶ Il s'est voué avec ardeur à l'étude du droit à Harvard pour ne pas être dans l'ombre de son père.³⁴⁷ Celui-ci a réussi à transmettre à son fils l'envie de devenir un grand homme. M. White souligne que l'allocution de

341 Les termes *Junior* et *Senior*, respectivement abrégés Jr. et Sr. sont des anglicismes. Confer sur ce point Bureau de la Traduction, *Rappel linguistique — Junior*, 2010, <http://www.btb.gc.ca/btb.php?lang=fra&cont=1430> . En français de France, l'usage est à l'apposition des mots *père* et *fils* au nom de famille. Confer à titre d'exemple V° Père, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition. Nous nous conformons à cet usage.

342 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p. 1409.

343 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p.1418.

344 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p. 1419.

345 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p.1421.

346 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p.1433-1434 L'expression employée par Holmes lors de son allocution devant les étudiants de l'université de Harvard citée par M. White est «barbaric thirst for conquest».

347 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p.1428.

Holmes du 17 février 1886 devant les undergraduates de l'université Harvard indique que l'homme pensait à la postérité.³⁴⁸ Il éprouvait par ailleurs un insatiable besoin de reconnaissance³⁴⁹ et, une fois juge, il craignait la perte de pouvoir.³⁵⁰

Ceci amène à s'intéresser à sa carrière.

b) Sa carrière

196. Au cours de sa vie, il fit la connaissance de Sir Frederick Pollock, enseignant à Oxford, et de sa femme.³⁵¹ Il entretint une correspondance nourrie avec ces derniers. Grâce à celle-ci, il est possible d'affirmer, comme le fait Berry, que le juriste américain était très intéressé par la culture classique, notamment la philosophie. Il écrivit un jour à l'universitaire enseignant la philosophie et la théorie du droit³⁵² à l'université d'Oxford, que, d'après lui, tous les concepts du droit anglais provenaient de la tradition aristotélicienne.³⁵³ Le juriste américain appréciait, comme on le voit, la théorie et la philosophie du droit. Ces deux œuvres majeures seront d'ailleurs considérées comme des œuvres de théorie du droit.

Mme Weinberg considère cependant que, *The common law*, la première des œuvres qu'il publia, n'avait pour but que de permettre à l'auteur de se faire connaître avant l'âge de quarante ans, la seconde ayant été publiée près de vingt ans plus tard.³⁵⁴ Selon l'auteur, Holmes n'était donc ni un grand théoricien, ni un grand visionnaire. Elle estime qu'il n'a pas pris de grandes décisions lorsqu'il était juge à la Cour suprême étant donné qu'il a fait preuve de beaucoup de déférence vis-à-vis du pouvoir politique de l'époque.³⁵⁵ Selon elle, *The common law* n'a eu qu'un «succès d'estime» qui lui a permis d'accéder à la Cour où siégeait son grand-père maternel puis plus tard à la Cour suprême des États-Unis d'Amérique.³⁵⁶ Il n'est pas question ici de juger des mérites de ce juge, on peut cependant constater comme le fait l'auteur pourtant hostile à celui-ci qu'il est devenu l'un des juges les plus célèbres, sans doute du fait de son style.³⁵⁷ L'opposition entre les admirateurs et les

348 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p.1431.

349 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p. 1457 et suivante, p. 1462.

350 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p.1474.

351 M.D. Howe, *The Pollock-Holmes letters*, Cambridge University Press, 1942

352 La matière enseignée par Pollock se nomme *jurisprudence* en anglais. Oxford est traditionnellement l'université au sein de laquelle cette matière est enseignée à un très haut niveau. Elle est encore aujourd'hui considérée par beaucoup comme celle qui domine la matière.

353 E.G. Berry, « Holmes, Pollock, and the Classics », 39 *The Classical Weekly* 22-24 (1945), p. 23.

354 L. Weinberg, « Holmes' Failure », 96 *Mich. L. Rev.* 691 (1997), p. 699..

355 L. Weinberg, « Holmes' Failure », 96 *Mich. L. Rev.* 691 (1997), p. 697.

356 L. Weinberg, « Holmes' Failure », 96 *Mich. L. Rev.* 691 (1997), p. 699.

357 L. Weinberg, « Holmes' Failure », 96 *Mich. L. Rev.* 691 (1997), p. 719.

détracteurs du grand juge est toujours très vive.³⁵⁸

Ce portrait très contrasté est utile afin de comprendre l'œuvre de ce qui est également sous-tendu par de nombreuses contradictions apparentes. La célébrité et l'aura de ce magistrat proviennent probablement du fait qu'il a su cerner ce qu'était le raisonnement des juristes de droit anglo-saxon et en a présenté un exposé qui s'est imposé par la suite. Les contradictions de ce personnage sont également celles du *Common Law*. Il est de ce fait intéressant de les relever avant de tenter de les expliquer en analysant l'œuvre du juriste à travers ce que l'on sait de sa personne.

2/ L'œuvre d'Oliver W. Holmes

197. Cette œuvre comprend deux parties, l'œuvre théorique (a), d'une part et l'œuvre judiciaire, d'autre part (b).

a) Son œuvre théorique

198. L'œuvre théorique est constituée tout d'abord de sa première œuvre majeure, *The common law*, parue en 1881. Dès la première page, il fait part de certaines de ses observations au sujet du *Common Law* qui resteront célèbres, notamment de par leur formulation.

Il commence par affirmer : « The life of common law has not been logic : it has been experience. »³⁵⁹ avant de continuer en affirmant que le droit contient l'histoire du développement d'une nation à travers plusieurs siècles et que de ce fait il ne peut reposer sur des règles abstraites et impératives.³⁶⁰ Il continue en affirmant que des propositions générales ne peuvent prévaloir lors de la résolution de cas concrets.³⁶¹ Il va jusqu'à écrire : «law is administrated by experienced men who know too much to sacrifice good sense to a syllogism.»³⁶²

La théorie du droit n'est utile selon lui que dans le but d'anticiper les évolutions de ce dernier. Afin d'y arriver, il faut combiner l'histoire du droit et la théorie du droit pour produire un résultat

358 Confer notamment A.W. Alschuler, *Law without values : The life, work, and legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, 2000, L'ouvrage a fait l'objet du critique féroce d'un administrateur de O. W. Holmes fils : D. Kornstein, « Icons Beget Iconoclasts », *Am. Law.*, 2001, p. 38.

359 O.W. Holmes, *The common law*, Little, Brown, and Company, 1909, p. 36.

360 «The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it only contained the axioms and corollaries of a book of mathematics.» Confer note précédente.

361 Juge à la Cour suprême fédérale, il déclare dans un jugement dissident: «General propositions do not decide concrete cases.» *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905).

362 O.W. Holmes, *The common law*, Little, Brown, and Company, 1909, p. 1.

nouveau.³⁶³ Ce processus n'est ni logique, ni rationnel. En effet, Le juge a l'intuition de la solution avant d'en connaître la raison. Cette impression ressentie est plus importante que la raison qui la motive. Ceci a été également très bien expliqué par Lord Mansfield (1705-1793). Cet illustre juriste nommé Lord Chief Justice of England and Wales dut conseiller un ami général nommé gouverneur des Indes Occidentales inquiet de ne pouvoir correctement faire face à ses nouvelles attributions à cause de son ignorance du droit. Le juriste recommanda au gouverneur d'écouter patiemment les deux parties avant de donner la solution qui lui semblait juste sans jamais donner les raisons sur lesquelles se fonda cette dernière. Il ajouta que la solution ainsi trouvée serait probablement correcte tandis que les raisons de celle-ci seraient certainement mauvaises.³⁶⁴ Reprenant cette anecdote, Holmes, précise que le raisonnement inductif n'est utile que pour, comme disent les Anglo-Saxons, «réconcilier les cas d'espèce». Le principe ainsi retenu est l'expression de ce qui jusqu'alors n'avait été que ressenti. Une telle conception du droit s'explique par le fait que, comme le dit le grand juge, les juristes, comme tout un chacun, savent bien comment trancher une affaire au vu des faits de l'espèce qui leur est présentée, sans pour autant en discerner parfaitement la *ratio decidendi*.³⁶⁵ Cet aspect fondamental du droit des pays de *Common Law* est déroutant pour une personne formée au sein d'une culture rationaliste et cartésienne. Il est nécessaire de s'arrêter un instant sur celui-ci pour mieux le comprendre avant de poursuivre cette étude du raisonnement anglo-saxon.

199. À première vue, deux éléments sont surprenants. D'une part, l'importance de l'intuition et de l'expérience, d'autre part, la présentation du mode de raisonnement empirique sous la forme d'énoncés généraux et abstraits qui ont l'aspect d'axiomes, procédé pourtant dénoncé par l'auteur.

Il est cependant possible d'apporter quelques éléments de réponse afin de mettre en lumière la cohérence de la pensée de Holmes et par là même le raisonnement en pays anglo-saxons.

Tout d'abord, il faut prendre en compte l'expérience. Ce à quoi fait référence l'auteur en l'occurrence relève davantage de l'intuition au sens français du terme. Cette dernière s'oppose à la logique. Elle guide la pensée du juriste, elle ne repose en rien sur le recours à la logique ou à la raison au sens

363 «To know what [law] is, we must know what it has been and what it tends to become. We must alternatively consult history and legislative theory...» Confer note précédente.

364 «Be of good cheer — take my advice, and will be reckoned a great judge as well as a great commander-in-chief. Nothing is more easy ; hear both sides patiently — then consider what you think justice requires, and decide accordingly. But never give your reasons ; — for your judgment will probably right, but your reasons will certainly be wrong.» Confer Baron J. Campbell, *The lives of the chief justices of England*, t. III, F. D. Linn & company, 1878, p. 481.

365 «...in fact, lawyers like other men frequently see well enough how the ought to decide on a given state of facts without veing very clear about the *ratio decidendi*.» Confer O.W. Holmes, « Codes, and the Arrangement of the Law », *5 Am. L. Rev* 1 (1870) .

cartésien du terme. Elle rend possible une compréhension immédiate des faits d'une espèce, au sens où elle se suffit à elle-même, et permet au juriste d'aboutir à la solution sans avoir recours un quelconque autre procédé. Cette manière de penser est si profondément ancrée dans la mentalité anglo-saxonne que M. Grey, commentant la célèbre phrase de Holmes opposant l'expérience à la logique, considère qu'il pourrait à première vue s'agir d'un truisme.³⁶⁶ En réalité, le juriste exhorte ses lecteurs à ne pas trop théoriser le droit³⁶⁷ ; c'est l'intuition qui doit primer.³⁶⁸

Ensuite, comme l'indique M. Tushnet, l'expérience s'appuie également sur l'histoire car celle-ci relate les expériences passées.³⁶⁹ Les juristes anglo-saxons, en particulier Holmes, y sont très attachés. Ainsi, dans sa seconde œuvre majeure, *The Path of the Law*, il précise que le *Common Law* intègre une dimension historique dont il ne peut être détaché.³⁷⁰ Prenant l'exemple du *trespass*, il indique que celui-ci était, à l'origine, le fait de s'emparer sans son accord de la chose d'autrui. Il fallait que l'auteur du *trespass* saisisse la chose à la main. Cependant, il y a également trouble à l'ordre social si une personne qui a reçu la chose des mains du propriétaire ne l'a pas rendue. C'est pourquoi le juge a décidé de considérer que le fait de ne pas rendre la chose qui a été remise par son propriétaire était analogue au fait d'aller la saisir à la main. L'auteur continue en précisant qu'il aurait tout à fait été envisageable de repenser le délit car le *trespass* était devenu obsolète. Cependant, les juges ne l'ont pas souhaité.³⁷¹ On peut d'ailleurs se demander si une telle modification eût été utile dans la mesure où, grâce à leur intuition, les juristes savaient de toute façon ce qu'ils avaient à faire. Il apparaît dès lors inopportun de changer quelque chose qui ne va pas à l'encontre de l'intuition au risque de se couper de l'expérience des juges du passé, phénomène grave pour un juriste de *Common Law* puisque celui-ci se développe en suivant un « processus organique »³⁷². Tel un végétal, le *Common Law* croît par l'expérience des juges qui ont été amenés à se prononcer sur des cas précis. Il importe peu que l'arbre ne soit pas parfaitement droit ; ses branches tortueuses sont le témoignage des aléas du temps auxquels il a su s'adapter. Il tient parce qu'il est profondément enraciné dans le passé ; en modifier la structure, ce serait risquer de le rompre ou de le déraciner.

366 T.C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », 41 *Stan. L. Rev.* 787 (1988) , p. 814 On notera que l'emploi du terme « truism » indique que cette conception du droit est solidement ancrée dans la mentalité anglo-saxonne.

367 T.C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », 41 *Stan. L. Rev.* 787 (1988) , p. 814

368 Opus cité note précédente, p. 816.

369 M. Tushnet, « Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court, The », 63 *Va. L. Rev.* 975 (1977) , p. 1022-1023.

370 L'histoire est nécessaire à la compréhension ainsi qu'à la pratique du droit car elle permet de connaître l'étendue des règles qui le constitue. Sur ce point, confer O.W. Holmes, « The Path of Law », 78 *B. U. L. Rev.* 699 (1998), p. 708. Sur le rapport de Holmes à l'histoire du droit, confer T.F.T. Plucknett, « Holmes: The Historian », 44 *Harv. L. Rev.* 712 (1930)

371 O.W. Holmes, *opus cité supra*, p. 708-709.

372 L'expression *organic process* est fréquemment employée par les juristes anglo-saxons si bien qu'il est difficile d'en attribuer la paternité à l'un d'entre eux.

Après avoir étudié la nature empirique du *Common Law* à travers les propos de Holmes, il est intéressant d'analyser son rapport à la théorie du droit, celui-ci étant une fois encore révélateur de la pensée des juristes de *Common Law*.

200. Ce juge semble tenir des propos contradictoires. Il privilégie l'approche empirique à une analyse rationnelle et logique du droit tout en usant fréquemment de maximes afin de décrire le raisonnement de tous les juristes de *Common Law* en général. Il ne faudrait pas en conclure qu'il a pour principe de mépriser la théorie. L'étude de sa personnalité et de son parcours révèle qu'il appréciait les concepts abstraits, notamment à travers la philosophie grecque et les échanges qu'il a eus avec Sir Frederick Pollock.

M. Grey nous apprend également que le principe selon lequel les propositions ne peuvent servir à la résolution de cas concrets qu'il rappela alors qu'il était juge à la Cour suprême des États-Unis d'Amérique avait en fait pour fonction de nuancer un autre principe abstrait qu'il venait dénoncer dans son jugement à savoir celui selon lequel une constitution n'a pas pour fonction de faire prévaloir une théorie économique particulière.³⁷³ En réalité, tous ces énoncés aussi abstraits soient-ils, forment une incitation à ne pas théoriser l'intuition qui peut à elle seule conduire à une solution peu ou prou satisfaisante. Ce discours s'inscrit dans la longue tradition anglaise que représente notamment Lord Mansfield. Ceci ne contredit pas non plus l'idée selon laquelle les principes abstraits ont une vocation essentiellement didactique. Cette idée est chère à Holmes qui se comporte en professeur et use par la suite de son autorité de juge à la cour suprême des États-Unis d'Amérique pour imposer cette vision du droit qu'il transmet à travers son style dont ses maximes sont imprégnées.

M. Grey nous rappelle qu'à son époque un courant philosophique souhaitait que le droit soit présenté de manière scientifique et rationnelle.³⁷⁴ Holmes s'opposa par tous les moyens dont il disposait à ce nouveau courant qui allait à l'encontre de cette perception traditionnelle du *Common Law*. Il s'est montré d'ailleurs très hostile à la codification du droit. En ce sens, on peut affirmer que Holmes, tout comme ses contradicteurs rationalistes, était un conceptualiste, il appréciait de présenter le droit sous forme de concepts abstraits.³⁷⁵ Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler qu'il considérait que le concept du droit anglais était dérivé de la tradition philosophique

373 T.C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », 41 *Stan. L. Rev.* 787 (1988) , p. 820 «[A] constitution is not intended to embody a particular economic theory.»

374 T.C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », 41 *Stan. L. Rev.* 787 (1988) , p. 822 La figure de proue de ce courant est sans doute Langdell dont M. Grey parle dans l'article précité. Les méthodes d'analyse de ce courant sont encore utilisées aujourd'hui, notamment aux États-Unis d'Amérique. M. Weinreb en propose une analyse succincte et éclairante avant d'en présenter les limites dans un contexte non académique. Le raisonnement juridique repose sur l'intuition. Confer L.L. Weinreb, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005, p. 139-146

375 T.C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », 41 *Stan. L. Rev.* 787 (1988) pp. 824-825

aristotélicienne. Néanmoins, il n'était pas rationaliste, au contraire, il suivait l'inclination des Anglo-Saxons pour l'intuition et l'approche empirique. Le juge doit rendre sa décision en fonction de son intuition qui est en accord avec ce qu'il sent nécessaire à son époque. Le juriste se sert de la même façon de la théorie du droit afin d'anticiper voire prédire la solution qui pourrait être apportée par le juge à un cas précis. Holmes avait une approche à la fois pragmatique³⁷⁶ et empirique du droit. Ce dernier est selon lui constitué d'un nombre croissant de documents comprenant à la fois des décisions de justice et des traités qui couvrent une période qui remontait, à l'époque où le discours qui allait devenir *The Path of the Law* était tenu, à plus de six cents ans et qui a pour origine l'Angleterre.³⁷⁷ Dans son allocution, il rappelle le rôle du juriste qu'il compare à un prophète en employant plusieurs termes du registre de la prophétie et reprend une célèbre formule selon laquelle entre les lignes de ces documents se trouvent « les oracles du droit ».³⁷⁸

201. Il apparaît alors que tous les éléments décrits précédemment forment une théorie cohérente, l'approche empirique favorisant l'intuition du juge conduit au développement du *Common Law* que les juristes étudient génération après génération afin de pouvoir prédire les solutions qui seront être apportées à des cas précis en fonction des circonstances de fait et des mœurs de l'époque à laquelle ils vivent. Ils examinent tous les éléments qui leur paraissent nécessaires et qui peuvent remonter jusqu'à plusieurs siècles.

À ce sujet Holmes précise que la très grande augmentation du nombre de nouveaux documents apparaissant annuellement ne doit pas effrayer les juristes. En effet, afin qu'ils soient plus aisément mémorisables, assimilables et plus faciles à enseigner, ils sont présentés sous forme abstraite.³⁷⁹ Ils peuvent par conséquent être maîtrisés en un temps raisonnable. De sorte qu'en réalité si les anciennes sources venaient à disparaître, il serait, d'après lui, possible de recréer l'ensemble du droit en ayant recours aux textes récents puisqu'ils portent en eux tout l'héritage du passé qu'ils ont synthétisé.³⁸⁰ Ce que dit Holmes est intéressant d'un point de vue pratique car ceci aide à

376 Le terme «pragmatisme» est ici employé dans son sens courant. Le terme *pragmatism* peut cependant faire référence au *legal pragmatism*, courant philosophique. Selon l'auteur qui traite des différences entre les différents auteurs de l'époque, Holmes n'est pas un des fondateurs de ce courant. Il adopta une attitude relativement ambiguë à l'égard de celui-ci. Cette question est débattue.

377 O.W. Holmes, « The Path of Law », 78 *B. U. L. Rev.* 699 (1998), p. 699 Au sujet de l'étude du droit, il s'exprime ainsi «The means of the study are a body of reports, of treatises, and of statutes, in this country and in England, extending back for six hundred years, and now increasing annually by hundreds.» Il mentionne à plusieurs reprises le lien qui unit les pays de *common law* à la tradition juridique anglaise.

378 L'expression exacte est «the oracles of the law», V. note précédente. Ceci fait partie d'une théorie appelée *prediction theory*. Elle a une visée pratique. Confer sur ce point T. C. Grey, *précité*, p. 830 et suivantes.

379 *Opus cité supra* : «It is to make the prophecies easier to be remembered and to be understood that the teachings of the decisions of the past are put into general propositions and gathered into text-books, or that statutes are passed in a general form.»

380 *Opus cité supra*, p 700 : «The number of our predictions when generalized and reduced to a system is not unmanageably large. They present themselves as a finite body of dogma which may be mastered within a reasonable time. It is a great mistake to be frightened by the ever increasing number of reports. The reports of a given jurisdiction in the course of a generation take up pretty much the whole

comprendre l'ampleur des décisions rendues par les juges anglo-saxons, en particulier ceux des juridictions supérieures. Ces dernières ont bien sûr un impact pratique et théorique très important, mais elles sont également grandes de par leur longueur en ce que chaque juge décrira sa conception du droit, il exposera la vision qu'il en a sur un plan à la fois théorique et pratique et indiquera le cas échéant que sa conception ne lui permet pas d'être en accord avec d'autres juristes, notamment ses collègues qui siègent en même temps que lui et doivent se prononcer sur la même affaire.

Holmes rappelle que la façon de penser le droit des pays de *Common Law* est parfaitement naturelle en ce que les juristes forment leur esprit à l'analogie, la différenciation et la déduction, méthodes de raisonnement avec lesquelles ils sont tout à fait à l'aise. On constate là encore une différence avec l'approche rationnelle et la formulation inductive du droit des pays de tradition romano-germanique. L'auteur poursuit en affirmant que, si les décisions de justice sont présentées avec une certaine logique, c'est afin de combler ce besoin de certitude qui est propre à l'esprit humain. Cependant la certitude n'est qu'illusion.³⁸¹

202. L'approche empirique repose sur l'analogie qui est un processus intuitif. Celui-ci consiste en l'imitation de cas admis par l'usage. Il s'agit, d'après l'auteur, d'un processus commun à tout individu.

Cette conception du droit est celle de Holmes mais elle est très marquée par une manière de penser le droit née en Angleterre et présente dans les pays de *Common Law*. Benjamin Cardozo, grand juge des États-Unis d'Amérique et successeur de Holmes à la Cour suprême fédérale indique que son prédécesseur était le plus grand philosophe et théoricien du droit de son temps et l'un des plus grands de tous les temps.³⁸²

L'analyse de la façon de penser d'un homme peut comprendre celle de sa vie et de ses propos mais elle serait incomplète si l'on ne s'intéressait pas à ces actes. En comparant la théorie exposée par Holmes à ces actes en tant que juge, il est possible de se rendre compte des différentes tensions qui traversent le *Common Law*. C'est pourquoi il est intéressant de se pencher sur l'œuvre judiciaire de Holmes.

body of the law, and restate it from the present point of view. We could reconstruct the corpus from them if all that went before were burned. »

381 *Opus cité supra*, p. 705 : « This mode of thinking is entirely natural. The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. »

382 B. Cardozo, « Mr. Justice Holmes (Mélanges) », 44 *Harv. L. Rev.* 684 (1930), p. 684 : « the greatest of our age in the domain of jurisprudence, and one of the greatest of the ages. »

b) Son œuvre judiciaire

203. Nommé juge à la Cour suprême du Massachusetts puis à celle des États-Unis d'Amérique en 1902 par le président Théodore Roosevelt³⁸³, il eut un parcours contrasté. M. Tushnet rappelle qu'il a accepté d'embrasser la carrière judiciaire afin de pouvoir agir plus directement sur le droit.³⁸⁴ Ceci se comprend dans la mesure où la fonction de juge est à la fois plus prestigieuse et plus importante que celle d'enseignant en pays anglo-saxons. Pourtant, à la Cour suprême du Massachusetts, il fut d'après l'auteur, obligé de revoir certains de ses jugements comportant des développements philosophiques ou même les supprimer afin de ne pas briser l'unité de la Cour au sujet d'affaires particulièrement importantes. De plus, dans toutes les grandes décisions, notamment *Lochner v. New York* où il s'est prononcé, ses jugements étaient des jugements dissidents.³⁸⁵ À partir des années 1900, il prend conscience des limites de sa fonction³⁸⁶ et avoue même publiquement avoir eu à traiter des affaires triviales auxquelles il a consacré près d'un demi-siècle d'existence.³⁸⁷

Par ailleurs, lorsqu'il était juge à la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, il fit très attention à ne pas froisser le pouvoir politique³⁸⁸ et se garda bien de justifier les solutions qu'il envisageait en s'appuyant sur les nécessités de son temps, contrairement à ce qu'il préconisait dans ses ouvrages.³⁸⁹ Il n'a pas respecté les théories qu'il avait énoncées en tant qu'universitaire car trop abstraites elles ne tenaient pas compte des spécificités de chaque cas.³⁹⁰ La solution pragmatique et concrète semblait donc être la seule importante. Sans doute un tel comportement est-il justifié par la volonté de s'assurer une certaine postérité, si tant est que l'on puisse s'assurer d'une telle chose. Quand bien

383 G.E. White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *N.Y.U. L. Rev.* 1409 (1990), p. 1452.

384 M. Tushnet, « Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court, The », 63 *Va. L. Rev.* 975 (1977), p. 976.

385 Opus cité note précédente, p. 978.

386 Opus cité note précédente, p. 979.

387 O.W. Holmes, *The occasional speeches of Justice Oliver Wendell Holmes*, Belknap Press of Harvard University Press, 1962, p. 123-124 Allocution prononcée lors du dîner organisé par la Boston Bar Association, 7 mars 1900

«...I ask myself, what is there to show for this half lifetime that has passed ? [...] A thousand cases, many of them upon trifling or transitory matters, to represent nearly half a lifetime ! A thousand cases, when one would have liked to study to the bottom and to say his say on every question which the law ever has presented, and then to go on and invent new problems which should be the test of doctrine, and then to generalize it all and write it in continuous, logical, philosophic exposition, setting forth the whole corpus with its roots in history and its justifications of expedience real or supposed !

Alas, gentlemen, that is life [...] We cannot live our dreams. We are lucky enough if we can give a sample of our best, and if in our hearts we can feel that it has been nobly done. »

388 L. Weinberg, « Holmes' Failure », 96 *Mich. L. Rev.* 691 (1997), p. 697.

389 M. Tushnet, « Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court, The », 63 *Va. L. Rev.* 975 (1977), p. 977 et p. 1023-1024.

390 Opus cité note précédente, p. 1046-1047. L'auteur constate également une évolution intéressante entre ces deux œuvres majeures. Sans l'une le juge tient avant tout compte des considérations de politiques publiques adaptées à son temps. Dans l'autre, le juge fait davantage attention à la solution que commande le cas d'espèce. V. pp. 1047-1048 L'auteur attribue cette évolution à l'expérience acquise lors de l'exercice de sa fonction judiciaire. V. p. 1049 À noter qu'il est fréquent que les auteurs anglo-saxons reprennent leurs travaux afin d'en publier une nouvelle version au fur et à mesure de l'évolution de leur point de vue.

même cela serait le cas, cela montre qu'il a très bien su se positionner afin de marquer son temps. À la fois théoricien du droit partisan de l'approche empirique, et juge pragmatique, il a su synthétiser à travers le style de ses maximes éclatantes, l'esprit du *Common Law* dans sa vision la plus traditionnelle. C'est sans doute pour cela qu'il est resté dans l'histoire et c'est certainement l'une des raisons pour lesquelles il est encore d'actualité aujourd'hui et si fréquemment étudié, notamment dans le cadre de ce travail.

Maintenant que la démarche empirique du *Common Law* a été expliquée, que nous avons démontré que les juristes anglo-saxons peuvent apprécier les concepts abstraits du moment qu'ils ne prennent pas le dessus sur la réalité factuelle et sensible de chaque espèce qu'ils doivent examiner, il est plus aisé de comprendre cette autre façon de penser. Néanmoins, il y a encore quelques écueils à éviter. Ceux-ci relèvent d'une mauvaise interprétation de certains concepts de base et d'un malentendu lié à la notion de définition telle que nous la concevons dans notre propre langue et dans notre propre culture. C'est pourquoi, il est important d'attirer l'attention sur quelques éléments concernant l'analogie, d'une part, et le sens de la notion de définition, d'autre part. Ces derniers rendent le raisonnement empirique anglo-saxon incompatible avec celui de tradition romano-germanique.

B Une conception incompatible avec la tradition romano-germanique

204. L'analyse de l'analogie (1) précèdera celle de la notion de définition (2).

1/ L'analogie

205. Le processus intellectuel fondant l'analogie (a) ne peut être ramené à aucune autre forme de raisonnement (b).

a) Le processus intellectuel fondant l'analogie

206. M. Weinreb explique le processus intellectuel sur lequel repose l'analogie. L'auteur relève que cette dernière suppose de transformer un fait concret en une idée, un universel au sens platonicien du terme. Il précise qu'il est possible de disserter au sujet de ces comédiens qu'on appelle clowns. Mais il continue en s'interrogeant sur la notion de clown : existe-t-elle davantage que chaque clown particulier que l'on peut voir ? Ce rapport ambigu des juristes à la philosophie platonicienne peut selon nous s'expliquer de la sorte : une certaine généralisation des faits d'une espèce est nécessaire

car elle est le point de départ de l'analogie, mais la réalité concrète de l'espèce doit primer car elle seule intéresse en fin de compte le juriste, y compris M. Weinreb qui se demande si la notion de clown existe davantage que les clowns³⁹¹ — la démarche est donc inverse à celle entreprise par un platonicien ou un cartésien qui cherchera la réalité d'une situation en se méfiant de ses manifestations sensibles. Si le vocable platonicien est utilisé, c'est parce qu'il permet de rendre compte d'un phénomène d'abstraction des faits et non parce qu'il permet d'aboutir à la vérité absolue, cette démarche étant critiquée car elle déforme la réalité des faits que le juriste examine intuitivement. Il explique également que l'intuition est un moyen fiable de parvenir à la solution d'un problème.³⁹²

L'analogie ne repose selon l'auteur, représentant d'un courant de pensée minoritaire, absolument pas sur un raisonnement déductif. La discussion entre les juristes et scientifiques anglo-saxons sur le sujet est intéressante en ce qu'elle permet de montrer que l'analogie utilisée en *Common Law* est d'un genre tout à fait particulier, quand bien même elle s'appuierait sur un raisonnement déductif, ce que nous ne pensons pas. Nous y reviendrons par la suite. L'auteur démontre que pour réaliser une analogie il suffit de relever les similitudes et les différences, ce qui ne suppose pas d'avoir recours à une définition abstraite et précise des objets que l'on doit comparer. L'auteur prend l'exemple d'un jouet ayant la forme d'un camion de pompiers. Si un enfant doit le comparer à autre chose, il ne va pas en décrire la structure, les caractéristiques abstraites notamment sa couleur pour le comparer à autre chose mais directement identifier les différences. En d'autres termes, il n'aura pas besoin de savoir précisément ce qu'est un camion de pompiers pour le comparer à un autre objet. Ceci permet à l'auteur de conclure que l'analogie est un processus « naturel ».³⁹³ Nous ne partageons pas cette conclusion car, pour reprendre cet exemple, si l'on doit comparer une chose à une autre, avoir à l'esprit les caractéristiques abstraites propres à tous les camions de pompiers facilite la comparaison. En effet, lorsqu'on pense à un camion de pompiers, on sait par exemple qu'il doit être rouge. De la même façon, la description d'un camion de pompiers est souvent réalisée en décrivant certaines de ses caractéristiques essentielles : sa taille, sa couleur, son gyrophare... Il nous paraît par conséquent très difficile d'y voir un seul processus cognitif ou de dire que l'un d'entre eux est plus naturel qu'un autre. Il se peut également que cette remarque soit celle d'un juriste ayant été éduqué sur le Continent comme disent les Anglo-Saxons. Il est certain en revanche que ce qui fait partie de l'éducation ou de la culture apparaît plus naturel quand on y est habitué. Il n'est pas ici question de prendre position dans un débat entre l'inné et l'acquis, on peut toutefois constater que le droit est un phénomène culturel. L'éducation juridique et l'acquisition des compétences qu'elle transmet

391 L.L. Weinreb, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005, p. 162-163.

392 L.L. Weinreb, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005, p. 132-134.

393 L.L. Weinreb, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005, p. 126-127.

dépendent largement du contexte culturel qui l'entoure. On ne peut pas dire que le *Common Law* est naturel. M. Legrand rappelle d'ailleurs que les Anglais considèrent que l'étude du droit est un long apprentissage.³⁹⁴

Cet apprentissage permet d'acquérir une expérience destinée à ce que l'intuition du juriste soit meilleure. Le lien entre analogie, intuition et expérience peut être illustré de la façon suivante. M. Weinreb prend l'exemple de l'affaire *New Jersey Steamboat & Co*³⁹⁵ : un individu se trouvant à bord d'un navire à vapeur se fait dérober l'argent qu'il avait laissé dans sa cabine durant la nuit, porte et fenêtres fermées. Les aubergistes sont responsables en cas de vol des biens que leurs clients leur remettent. L'un des juges retient qu'un bateau à vapeur transportant des passagers et leur fournissant des distractions est «une auberge flottante». L'analogie est retenue. Dans une autre affaire, la responsabilité d'une compagnie de chemins de fer n'est pas retenue. La décision explique que l'on ne peut pas considérer qu'un bateau à vapeur soit analogue à un wagon-lit car le passager n'est pas en droit d'attendre le même degré de sécurité d'une compagnie de navire à vapeur que d'une compagnie de wagons-lits. L'auteur note au passage que le juge n'explique pas pourquoi ce niveau de sécurité élevée est attendu seulement des auberges et des navires à vapeur, l'analogie suffit.

Ceci permet de se rendre compte de la spécificité de l'analogie.

b) La spécificité de l'analogie

207. Aucune obligation de sécurité abstraite ne repose sur la compagnie de navire. Les juges n'ont pas suivi un raisonnement inductif conduisant de faits particuliers à un manquement à une quelconque obligation générale de sécurité. Ils n'ont pas non plus déduit d'une règle abstraite l'existence d'une obligation de sécurité en l'espèce.

L'analogie ne consiste pas non plus à appliquer un raisonnement, qu'il soit inductif ou déductif, à des faits similaires d'une espèce à l'autre. Au contraire, les faits de deux espèces similaires sont comparés sans qu'aucun raisonnement ne soit imité d'une affaire à l'autre. Ce sont à chaque fois, les faits qui priment : un navire est une auberge flottante ; un navire n'est pas un wagon-lit. Les deux propositions sont parfaitement indépendantes l'une de l'autre, chacune se suffit à elle-même.

Cette présentation est évidemment succincte et l'exposé des faits a été réduit au strict minimum pour laisser la structure du raisonnement apparente. Il va de soi que dans un système où chaque analogie est une proposition indépendante et où plusieurs juges peuvent être amenés à se prononcer, le

³⁹⁴ P. Legrand, *Le droit comparé*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 2006, p. 42 et suivante.

³⁹⁵ L.L. Weinreb, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005, p. 41 et suivantes.

choix des faits, matière première de l'analogie, est une question primordiale. Chaque juge les sélectionnera en fonction des affaires précédentes et des faits qui y ont été retenus. Son intuition et son expérience³⁹⁶ lui permettent de déterminer si, assemblés de telle ou telle manière, ils sont de nature à convaincre – ou persuader, il est difficile de trancher pour un juriste français habitué à fournir une explication rationnelle aux solutions qu'il propose.

Comme M. Weinreb le précise, l'analogie tient de la métaphore. C'est pour cela que l'expérience est importante car elle permet d'associer les faits les plus pertinents de manière efficace. Oliver W. Holmes illustre l'importance de l'expérience du juriste de la manière suivante :

«The reason why a lawyer does not mention that his client wore a white hat when he made a contract, while Mrs. Quickly would be sure to dwell upon it along with the parcel gilt goblet and the sea-coal fire, is that he forseees that the public force will act in the same way whatever his client had upon his head.»³⁹⁷

208. Il apparaît qu'elle lui donne la possibilité de faire travailler son intuition de manière plus efficace en se souvenant de nombreuses analogies retenues par les juristes qui l'ont précédé. Il en propose ainsi une qui régira le litige qui n'a pas encore été tranché. En ce sens, il s'agit d'un prophète du droit.

L'analogie en *Common Law* ne repose que sur un travail des faits qui en sont l'unique matière première. Il n'y a pas par conséquent de nécessité de passer par une définition abstraite permettant de relier les faits d'une espèce à une autre. Le raisonnement par analogie n'est pas déductif ou, s'il l'est, c'est une déduction bien particulière étant donné qu'il n'y a ni généralité absolue, ni définition stricte en droit anglais. Or, si l'on ne définit pas la notion abstraite qui servira de pivot à l'analogie, par exemple, ce qu'est une auberge à laquelle toutes les auberges et les navires à vapeur devront correspondre pour être qualifiés d'auberge ou de navire à vapeur, il n'y a pas de notion abstraite et générale de laquelle déduire un cas particulier. S'il s'agit de raisonnement déductif, ce n'est pas un raisonnement déductif au sens français du terme. C'est pour cela que nous affirmons que l'analogie ne repose pas sur un tel raisonnement.

Accepter une notion abstraite de l'auberge reviendrait à en donner une définition figée. Or, les Anglo-Saxons ont un rapport particulier à la notion de définition en ce qu'ils la considèrent comme

396 L.L. Weinreb, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005, p. 137-138.

397 O.W. Holmes, « The Path of Law », 78 *B. U. L. Rev.* 699 (1998) , p. 699 L'auteur explique que le juriste détermine les faits pertinents grâce à son expérience qui lui permet de prédire que le juge sera indifférent au chapeau blanc que sa cliente portait au moment de conclure le contrat.

un avis ou une suggestion.³⁹⁸ L'analogie, au contraire, permet d'accorder un rôle prépondérant aux faits et aux circonstances de l'espèce examinée.

Après avoir étudié le raisonnement par analogie en droit anglais, il convient encore d'éviter l'écueil consistant à réduire le résultat de l'analogie à une définition abstraite. Les notions française et anglo-saxonne de définition ne sont pas identiques.

2/ La notion de définition

209. Il convient de distinguer la notion anglo-saxonne de définition de celle qui prévaut en droit français (a) avant de rappeler que les apparences sont parfois trompeuses. En effet, une règle formulée de manière concrète n'est pas nécessairement révélatrice d'un raisonnement par analogie (b).

a) La comparaison des notions de définition anglo-saxonne et française

210. La définition est souvent entendue comme l'énoncé du sens d'un mot. Cette acception est valable des deux côtés de la Manche. Mlle Glanert attire cependant à juste titre l'attention sur le fait qu'un mot dans une langue donnée peut désigner une chose très différente de son équivalent étranger.³⁹⁹ La notion anglo-saxonne de définition qui vient d'être exposée est radicalement différente de celle qui prévaut en droit français. Bien que l'on ne puisse pas considérer le droit comme étant porteur d'une vérité absolue au sens de la quête du philosophe sorti de la caverne, le droit codifié tel qu'il figure dans le Code civil par exemple tient de l'affirmation à laquelle le juge donnera un sens concret afin de résoudre un problème juridique. La règle de droit telle qu'énoncée dans le Code civil n'est pas un ordre intimé à une personne mais une réalité juridique incontestable. M. Legrand rappelle que le juriste a pour fonction de ramener un cas d'espèce aux mots du Code.⁴⁰⁰ Il leur donne ainsi un sens.

398 Confer par exemple, R. Robinson, *Definition*, Oxford University Press, 1950p. 5 § 5 L'auteur estime également qu'il ne peut y avoir de définition qui soit une vérité absolue au sens platonicien du terme. Les définitions sont restrictives car les mots ne permettent pas de rendre compte d'une expérience particulière pp. 50-55. Confer également H. Kantorowicz, *The definition of law*, Cambridge University Press, 1958p. 6 Voici comment l'auteur conçoit la notion de définition : « I understand by this term such and such, and if, dear reader, you wish to understand by the same term something else, you are free to do so provided that you do not read your definition into my words. The value of our respective definitions must be judged by their comparative usefulness. »

399 S. Glanert, « La langue en héritage : réflexions sur l'uniformisation des droits en Europe », *RID Comp.*, 2006, n° 4, p. 1231-1247, p. 1243 et suivante.

400 P. Legrand, *Le droit comparé*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 2006 p. 18.

Il ne suffit pas de cerner cette différence afin de mieux comprendre les *trusts*, il faut encore comprendre que l'enchaînement de cas analogues n'est pas une manière de formuler une règle juridique abstraite.

b) La distinction entre formulation factuelle d'une règle abstraite et raisonnement par analogie

211. Ce mode de raisonnement par analogie est propre aux pays anglo-saxons. Il ne faut pas confondre la formulation factuelle d'une règle, à la manière de ce que l'on trouve en droit romain, avec le *Common Law* qui repose sur l'analogie factuelle. M. Stein rappelle que les jurisconsultes de l'époque classique ont été divisés sur les questions de définition.⁴⁰¹ De plus, l'Édit perpétuel et le Digeste de Justinien fixent la règle de droit en vue d'une cohérence conceptuelle.⁴⁰² L'exemple suivant tiré du Digeste permet de se rendre compte de la possibilité de formuler une règle abstraite en présentant des cas d'espèce.

Si je vous mandate afin que vous m'achetiez un fonds vendu par parts en précisant que je ne serais obligé que si vous achetez la totalité de celui-ci et que vous ne parvenez pas à l'acquérir, je ne suis pas tenu par le mandat.

En revanche, si je vous mandate afin d'acheter un champ vendu par parts sans préciser que je ne serais obligé que si vous achetez la totalité de celles-ci et que vous n'en acquérez qu'une ou plusieurs d'entre elles, vous disposez indubitablement d'une action à mon encontre.

Guido Donatuti conclut à la suite de l'analyse de ces fragments que la mission du mandataire est délimitée par la déclaration du mandant.⁴⁰³ À partir de la règle abstraite du mandat, le juriste n'a pas la possibilité d'ajouter ou de retrancher certains faits à l'enchaînement qui lui est proposé afin d'établir ou d'écarter une analogie avec le cas qu'il a à résoudre comme le ferait un Anglo-Saxon. L'affirmation selon laquelle le raisonnement en *Common Law* est identique à celui du droit romain, en particulier dans sa période tardive, est par conséquent inexacte. Le raisonnement par analogie tel qu'il est pratiqué en *Common Law* est unique en ce qu'il repose sur l'analyse et la comparaison

401 P. Stein, *Roman law in European History*, Cambridge University Press, 2005, p. 17 L'auteur rappelle que pendant la période classique, Sabinien et Proculien se sont opposés quant à la manière d'aborder les textes juridiques. Les premiers estimaient qu'il fallait avant tout fonder l'argumentation juridique sur les opinions des juristes anciens et en adapter le sens de leurs termes au cas présent. Les Proculiens veillaient davantage à ce que les termes eussent une définition identique dans tous les cas et recherchaient davantage la cohérence conceptuelle du droit. Ceci leur permettait d'étendre la portée d'une solution en relevant la présence d'un même principe dans deux cas d'espèces différents. Le droit n'était cependant pas gouverné par des principes abstraits.

402 Opus cité note précédente, p. 16 ; p. 34.

403 G. Donatuti, « Mandato Incerto », *B.I.D.R.*, 1923, n° 33, p. 167, p. 168. Les éléments cités en français ne sauraient constituer une traduction du Digeste (17.1.36.1 et 17.1.36.2).

intuitive des faits. Les théories utilisées en *Common Law* n'ont pour fonction que d'exprimer la cohérence d'une suite d'analogies que l'on pourrait comparer à une métaphore filée.⁴⁰⁴ Si l'on doute de la cohérence du *Common Law*, il est possible de songer à cette phrase de Holmes : « The truth is that, the law is always approaching, never reaching consistency. »⁴⁰⁵

212. Au cours de ce paragraphe consacré au raisonnement empirique propre aux pays anglo-saxons, il est apparu que l'intuition du juge était essentielle en ce qu'elle lui permettait de dire le droit au regard des faits de différentes espèces et non en considérant des règles abstraites ordonnées de manière logique. Ces développements sont nécessaires à une présentation de la gestion par le biais des *trusts* anglais qui ne déroutent pas le lecteur de tradition romano-germanique.

Paragraphe II L'approche empirique de la gestion : les trusts

213. Les éléments permettant l'organisation (A) seront étudiés avant ceux permettant la direction (B).

A Les éléments permettant l'organisation

214. Il est intéressant d'étudier l'organisation dans le cadre des *trusts* (1) afin de s'interroger sur l'intérêt de cette technique de gestion (2).

1/ L'organisation dans le cadre des *trusts*

215. Étudier l'organisation dans le cadre des *trusts* suppose d'établir l'existence d'un *trust* (a) avant de voir comment elle est exercée (b).

a) Les éléments révélant l'existence d'un *trust*

216. Nous nous contenterons ici de présenter les éléments que l'on peut distinguer dans une pluralité de *trusts* sans pour autant que ceux-ci puissent servir de fondements à une définition générale et abstraite du *trust*. Les juristes de tradition romano-germanique aiment utiliser des notions qu'ils peuvent définir plus ou moins aisément afin de les ordonner et d'exprimer une pensée ou idée cohérente d'un point de vue strictement rationnel. Cette approche ne s'accorde pas bien avec

⁴⁰⁴ M. Weinreb estime que le raisonnement par analogie repose sur les mêmes fondement que la métaphore. Confer sur ce point L.L. Weinreb, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005, p. 167.

⁴⁰⁵ O.W. Holmes, *The common law*, Little, Brown, and Company, 1909, p. 36.

le droit anglais qui s'attache à rendre compte de la particularité de chaque situation qu'il encadre. M. Smith a d'ailleurs fort justement montré que le fait de vouloir tirer des règles générales de cas particuliers pouvait conduire à écarter les éléments importants pour se focaliser sur d'autres qui ne les sont pas et ainsi ne pas rendre compte de la réalité des *trusts*⁴⁰⁶. Reprenant l'analyse de LePauille, il indique que celui-ci rejette tous ceux qui sont susceptibles de constituer un *trust* pour en fin de compte n'en retenir qu'un, pourtant complètement étranger au droit anglais à savoir le patrimoine. Cette présentation a au contraire pour seule fonction de donner les quelques points de repères nécessaires afin de mieux comprendre ce que sont les *trusts* avant d'étudier plus précisément la manière dont cette technique est utilisée afin de gérer le patrimoine.

217. Les juristes s'intéressant à *Equity* et aux *trusts* présentent en général ces derniers de la façon suivante. Certains d'entre eux sont imposés par *Equity*, d'autres voient le jour lorsque certains faits sont établis. On les appelle respectivement *constructive trusts* et *resulting trusts*. Certains auteurs sont insatisfaits de cette classification que les juges ne sont d'ailleurs pas tenus de respecter et qui a pour seule fonction de présenter les points communs entre les faits de différentes espèces. M. Swadling, par exemple, pense que les *resulting trusts* sont des *constructive trusts*.⁴⁰⁷ Ces *trusts* ne seront pas étudiés en tant que tels car ce travail est plus spécialement consacré à l'étude de la gestion de biens à titre habituel reposant sur un accord de volonté matérialisé par un écrit – ceci correspond à ce que les Anglais appellent *express trusts*.⁴⁰⁸ Néanmoins, ils ne peuvent être ignorés car jusqu'à ce jour, ils sont encore considérés par les juristes anglais comme des *trusts* à part entière, bien qu'ils ne soient pas des *express trusts*. M. Hackney met en garde contre la grave erreur consistant à transposer les critères d'un *express trusts* à toutes les variétés de *trusts*.⁴⁰⁹ Il existe en effet une grande diversité de *trusts*. Il ne faudrait pas cependant conclure de ce qui précède que les *trusts* et plus généralement le droit anglais sont incohérents. Ce dernier ne peut certes être réduit à quelques principes généraux, il existe néanmoins quelques points de repère qui jalonnent le droit des *trusts*. Un *trust* confère un droit à au moins un *trustee* avec l'obligation d'en user uniquement dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires. Parmi ceux-ci, il convient d'étudier ce que les juristes anglais appellent les *three certainties*.

218. Le premier des points de repère que l'on peut distinguer est celui de l'intention appelé en anglais *certainty of intention*. Afin qu'un *trust* existe, il faut que le constituant – appelé en anglais

406 L. Smith, « Trust and Patrimony », 28 *Estates, Trusts and Pensions Journal* 332 (2009) , p. 336 et suivante.

407 W. Swadling, « Explaining Resulting Trusts », 2008 *LQR* 72, p. 94 et suivantes.

408 Il existe également des *trusts* occultes appelés *secret* ou *half secret trusts* qui ne sont par définition pas des *express trusts*, l'étude de ces variétés de *trusts* de nature incertaine dépasse cependant le cadre et l'objet de ce travail.

409 J. Hackney, *Understanding Equity and Trusts*, 6^e éd., Fontana, 1987, p. 28.

settlor – ait l'intention d'en créer un. C'est ainsi que dans l'affaire *re Adams & The Kensington Vestry* (1884)⁴¹⁰, il a été décidé qu'une disposition testamentaire par laquelle un individu testait en faveur de son épouse en précisant qu'il avait confiance en son aptitude à agir dans l'intérêt des enfants n'était pas constitutive d'un *trust*. L'intention de constituer un *trust* faisant défaut, il ne s'agissait en l'espèce que d'un vœu précatif. De la même façon, si une personne n'accepte pas de s'engager en tant que *trustee*, il ne peut y avoir de *trust*.

Le juge ne peut pas non plus suppléer une intention non exprimée ou seulement partiellement exprimée. C'est ainsi que selon l'affaire *re Boyes* (1884)⁴¹¹, aucun *trust* n'est constitué lorsqu'un individu laisse une lettre dans laquelle il affirme qu'il communiquera les termes du *trust* ultérieurement. On ne peut pas non plus recourir à un *trust* pour conférer un droit en *Equity* destiné à pallier à l'ineffectivité d'un transfert à titre gratuit. Ceci fut indiqué par Turner L.J. dans l'affaire *Milroy v. Lord* (1862)⁴¹². Evershed M.R. estima cependant dans l'affaire *Re Rose* [1952] que le principe dégagé dans l'affaire *Milroy v. Lord* ne devait pas nuire à la personne qui avait fait tout ce qui était en son pouvoir afin de transférer la propriété.⁴¹³

Lord Browne-Wilkinson franchit un pas supplémentaire et estime dans l'affaire *T Choithram International SA v. Pagarani* [2001] que la règle dégagée dans *Milroy v. Lord* ne peut avoir pour fonction d'empêcher un individu de léguer un bien à une fondation s'il le souhaite.⁴¹⁴ Par ailleurs, le critère doit également comprendre la volonté de conférer un droit en *Equity* à un bénéficiaire sinon il s'agit d'un *sham* et non d'un *trust*.⁴¹⁵

Ce critère de l'intention peut cependant poser problème si l'on s'attend à trouver un droit prétorien ordonné autour de principes généraux comme l'est par exemple le droit administratif français. Ce n'est pas le cas du droit anglais. Lorsque *Equity* impose un *constructive trust*, l'intention de l'individu qui y est soumis est indifférente. *Equity* scrute la conscience et lorsque celle-ci se manifeste à travers un acte répréhensible, il est parfois nécessaire d'après ce droit d'instaurer un *constructive trust*.⁴¹⁶ On pourrait également être tenté de dire que de ce fait un *constructive trust*

410 27 Ch D 394

411 26 Ch D 531

412 45 ER 1185 per Turner L.J. n° 274. Confirmé par *Jones v. Lock* (1865) LR 1 Ch App 25 et *Richards v. Delbridge* (1874) LR 18 Eq 11

413 Ch 499, spéc. pp. 510-511

414 1 W.L.R. 1 p. 11 L'argumentation est audacieuse et mérite d'être relevée. Lord Browne-Wilkinson estime que la volonté de donner à une fondation peut être entendue comme la volonté de conférer un droit aux *trustees* qui gèrent la fondation afin qu'ils gèrent les biens en *trust* pour la fondation. Il faut également noter qu'il s'agit d'une décision du Privy Council et que l'application du droit est légèrement relâchée dans le cadre de celles-ci.

415 Confer, par exemple, l'affaire *Midland Bank v. Wyatt* [1997] 1 B.C.L.C. 24, n° 2 (*trust* créé par un entrepreneur afin de protéger sa famille en instituant sa femme et ses filles bénéficiaires). Le *trust* est un *sham* même si le *settlor* pensait qu'il serait valable). Pour une présentation à la fois succincte et éclairante de ce qu'est un *sham*, V. l'affaire *A. v. A.* [2007] E.W.C.H. 99 (Fam), § 32 et suivants (Munby J.).

416 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996] A.C. 699, p. 705 § C, per Lord Browne-

n'est pas un *trust* mais un moyen utilisé par *Equity* pour condamner un individu. Cependant, certaines règles applicables à tous les *trusts* sont issues de décisions concernant les *constructive trusts*. De plus, une fois le *trust* imposé, la personne responsable devra rendre des comptes de manière analogue à celle d'un *trustee* bien qu'il n'en soit pas un dans la mesure où il n'a pas accepté cette obligation. Malgré certaines différences, il est possible de conclure qu'il s'agit d'une fiction imposant un *trust*.⁴¹⁷

219. L'autre point de repère concerne l'assiette du *trust* appelée en anglais *certainty of subject-matter*.⁴¹⁸

Un *trust* doit porter sur un bien ou un ensemble de biens que l'on peut analyser comme une universalité. Si cette qualification séduit le juriste français, elle est peu utilisée en droit anglais et de ce fait n'aide pas réellement à comprendre ce qu'est un *trust*, comme le fait remarquer M. Smith.⁴¹⁹ En outre, cet auteur rappelle que les juristes de tradition romano-germanique ont souvent tendance à faire le lien entre universalité et patrimoine. Or, il montre que les biens en *trust* ne forment pas un patrimoine en ce que les biens du *trust* ne sont pas réellement séparés de ceux du *trustee*. Si les créanciers personnels du *trustee* n'ont aucun droit sur les biens en *trust*, ceux-ci peuvent néanmoins intenter une action à l'encontre du *trustee*. De même, les créanciers du *trust* assignent le *trustee* en responsabilité personnelle et non en sa qualité de *trustee*. La seule différence avec les créanciers personnels du *trustee* se trouve dans le fait que celui-ci peut être contraint de payer les créanciers avec les biens du *trust*.⁴²⁰ Ce qui signifie que dès lors que le *trustee* a agi en exécution de sa mission et conformément à l'acte établissant le *trust*, il peut se voir rembourser les sommes exposées afin de désintéresser les créanciers.⁴²¹ À défaut de paiement, ces derniers peuvent être subrogés dans les droits du *trustee* et se payer sur le *trust*.⁴²² Il n'y a pas deux patrimoines séparés comme dans le cas de la nouvelle fiducie. Il n'y a pas non plus de société en participation dans le cadre de laquelle

Wilkinson : «Equity operates on the conscience of the owner of the legal interest. In the case of a trust, the conscience of the legal owner requires him to carry out the purposes for which the property was vested in him (express or implied trust) or which the law imposes on him by reason of his unconscionable conduct (constructive trust).» Le terme *implied* renvoie à des *trusts* relevant des *resulting trusts*.

417 Certains auteurs soulignent la particularité de cette fiction et proposent des solutions alternatives. Confer notamment L. Smith, « Constructive fiduciaries ? » in *Privacy and loyalty*, P. Birks (ed.), Oxford University Press, 1997, p. 249 et ss..

418 Confer suite du jugement de Lord Browne-Wilkinson cité supra, § E.

419 L. Smith, « Trust and Patrimony », 28 *Estates, Trusts and Pensions Journal* 332 (2009) , p. 335.

420 Confer opus cité note précédente, n° 338 et suivants.

421 E. Burn, G. Virgo, *Maudsley & Burn's Trusts & Trustees Cases & Materials*, 7^e éd., Oxford University Press, 2008, p. 678-679 Le principe selon lequel un créancier ne peut saisir les biens du *trust* en cas de non-respect de non-respect du *trust* est de positif. Il relève également que la *Law Commission* a proposé une réforme permettant notamment à un créancier d'être payé sur les biens du *trust* même en cas de violation du *trust* par le *trustee*. La *Law Commission* a depuis fait savoir par le biais de son site Internet que les travaux relatifs à ce projet ne se poursuivaient plus car le gouvernement britannique avait d'autres priorités. *Law Commission, The Rights of Creditors against Trustees and Trust Funds*, <http://www.justice.gov.uk/lawcommission/areas/rights-of-creditors-against-trustees-and-trusts-funds.htm>

422 Confer note précédente.

lorsque les créanciers intentent une action à l'encontre d'un associé, celui-ci peut agir à l'encontre de ces coassociés.

En principe un *trust* peut concerner tout type de biens présents ou futurs, qu'il s'agisse de sommes d'argent, droits, meubles ou immeubles.⁴²³

Il y a néanmoins une difficulté avec les biens futurs étant qu'ils n'existent pas et que l'on ne peut pas conférer un droit en *Equity* portant sur un bien que l'on n'a pas.⁴²⁴ Par conséquent, il faut que l'on puisse démontrer que la constitution du *trust* ou du moins sa confirmation est postérieure à l'acquisition des biens. C'est une question de faits et, comme le dit Maudsley, il est très difficile en pratique de savoir si un *trust* en particulier reposant sur des biens futurs sera ou non considéré comme valable par le juge.⁴²⁵ Les biens doivent également être déterminables.⁴²⁶ Selon la décision Goldcorp Exchange, il ne peut y avoir de *trust* qui ne repose pas sur un bien ou un ensemble de biens. L'exigence demeure même en cas de *trust* imposé par *Equity*.⁴²⁷ Ceci prouve bien qu'un *constructive trust* est un *trust*.

220. Le dernier point de repère qu'il est important d'étudier concerne l'existence d'un bénéficiaire du *trust*⁴²⁸ et est appelé en anglais *certainty of objects* ou *certainty of beneficiaries* – la dernière expression est plus restrictive dans la mesure où les bénéficiaires sont des personnes déterminées ou déterminables. La première, quant à elle, comprend également les *trusts* destinés à la gestion d'œuvres de bienfaisance⁴²⁹, appelés charitable *trusts* ou *charities*, et ceux qui bien que non considérés comme tels sont destinés à la poursuite d'une mission dont bénéficie une catégorie plus ou moins restreinte de personnes. Il s'agit par exemple d'un *trust* destiné à pourvoir à l'éducation des enfants des employés d'une entreprise.⁴³⁰

423 V. l'affaire Swift v. Dairywise Farms (Jacobs J.) [2000] 1 W.L.R. 1177, p. 1184 (il s'agissait en l'espèce de quotas laitiers).

424 Re Ellenborough, [1903] 1 Ch 697 Une personne a écrit qu'elle comptait donner le bénéfice d'un *trust* constitué des biens qu'elle recevrait en héritage de son frère. Elle est revenue sur sa déclaration sans que les bénéficiaires puissent faire valoir leurs droits en justice car aucun *trust* n'avait été formé.

425 R. Maudsley, « Incompletely constituted trusts » in *Perspectives of law : Essays for Austin Wakeman Scott*, R. Pound (ed.), E. N. Griswold (ed.), A. E. Sutherland (ed.), Little, Brown, 1964, p. 252.

426 C'est pourquoi un *trust* portant sur un nombre de déterminé bouteilles de vin n'est pas valable puisque la qualité du vin n'est pas précisée selon la décision Re London Wine Co (Shippers) Ltd [1986] P.C.C. 121. En revanche, un *trust* portant sur 5 % du capital d'une société en particulier est valable. V. Hunter v Moss [1994] 1 W.L.R. 452.

427 Dans l'affaire Re Goldcorp Exchange [1995] 1 A.C. 74, spéc. pp. 97 § H à 98 § F, des épargnants ont souscrit un contrat qui prévoyait l'achat d'or en barre déposé dans des coffres propres à chaque souscripteur. La société n'a pas respecté ses engagements si bien qu'au moment de la liquidation de celle-ci, on découvre que l'or était en quantité insuffisante et qu'il n'avait pas été individualisé. Aucun *constructive trust* ne peut être créé faute de biens. Rapprocher cette solution concrète du principe abstrait énoncé par Lord Browne-Wilkinson (confer note 11).

428 V. suite du jugement de Lord Browne-Wilkinson cité supra, § F ; Armitage v. Nurse [1998] Ch. 241, p. 253 per Millett L.J. .

429 L'engagement important du secteur privé en faveur de l'intérêt général est une très ancienne tradition anglo-saxonne. En 1601, une nouvelle législation marqua l'intérêt du pouvoir politique pour les charitable trusts. Confer P. Kessler Lieber, « 1601-2001: An Anniversary of Note », 62 *U. Pitt. L. Rev.* 731 (2000) et ss.

430 Confer Oppenheim v. Tobacco Securities [1951] A.C. 297, p. 306 per Lord Simonds pour qui un *trust* destiné à l'éducation des enfants des employés d'une société n'est pas un charitable *trust* car il ne bénéficie qu'aux employés.

Deux interprétations différentes de cet élément constitutif d'un *trust* subsistent en droit anglais.

Il existe une conception traditionnelle selon laquelle il faut que le *trust* soit géré dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires.⁴³¹ Une variante interventionniste de cette conception défendue par Lord Eldon L.C. met en avant le rôle du juge dans le contrôle et l'exécution d'un *trust*.⁴³²

Une autre conception plus récente insiste sur la nécessité que des individus soient en mesure de réclamer en justice le bénéfice d'un *trust*.⁴³³ Cette dernière est inconcevable si on n'accorde pas de l'importance au bénéficiaire et à ses droits.⁴³⁴

On pourrait douter de l'intérêt d'une telle distinction après la décision re *Denley* [1969] qui, s'écartant de re *Astor*, précise qu'un *trust* destiné à la mise à disposition et à la gestion d'un terrain de sport réservé aux employés d'une société est valable car il bénéficie à des personnes qui peuvent être déterminées, à savoir les employés de la société.⁴³⁵ En matière de *discretionary trusts*, il n'est pas nécessaire de déterminer tous les bénéficiaires afin de faire exécuter un *trust*.⁴³⁶ Le caractère irréaliste d'un *trust* peut néanmoins empêcher son exécution.⁴³⁷

M. Penner est défavorable à la seconde conception. Il indique que personne ne peut empêcher le *trustee* et le bénéficiaire de se partager d'un commun accord l'argent sans mener à bien la mission initialement prévue par le constituant.⁴³⁸ Si le *trustee* a une obligation correspondant au droit du bénéficiaire, ce dernier n'a aucune obligation de faire exécuter le *trust*.⁴³⁹ Le *trustee* a une obligation de distribuer ou de considérer l'opportunité d'une distribution. La créance de cette obligation ne peut pourtant s'expliquer que par la qualité de bénéficiaire. On peut tenter de rapprocher ces deux conceptions en considérant que, dans certains cas, les droits du bénéficiaire équivalent à

431 *Morice v Bishop of Durham* (1804) 9 Ves 399, p. 405 per Grant M.R.: «There must be somebody, in whose favour the court can decree performance.» ; *Bowman v Secular Society Ltd* [1917] AC 406, p. 441 per Lord Parker: «A trust to be valid must be for the benefit of individuals.... » ; *Re Wood* [1949] Ch 498, p. 501 per Harman J: «A gift on trust must have a cestui que trust.» On parle en général de *beneficiary principle*.

432 Confer l'affaire *Morice v Bishop of Durham* (1805) 10 Ves. 522, p. 539 per Lord Eldon L.C. On peut être tenté de voir dans cette décision un soutien à la conception récente en ce que les bénéficiaires importeraient peu du moment que le juge peut pourvoir à l'exécution du *trust*. Une telle opinion repose selon nous sur une extrapolation infondée de l'interventionnisme du juge.

433 Confer note précédente. V. également D. Hayton, « Developing the obligation characteristic of the trust », *L.Q.R.*, 2001, n° 117, pp. 96 et ss. En ce sens M. Pawlowski (M. Pawlowski, « Purpose trusts : obligations without beneficiaries ? », *9 Trusts & Trustees* 10 (2002) , p. 10 et ss) qui conclut tout de même que le pragmatisme doit primer.

434 Confer, en ce sens, M. Pawlowski, « Purpose trusts : obligations without beneficiaries ? », *9 Trusts & Trustees* 10 (2002) , p. 10. Nous ne partageons pas l'opinion de cet auteur selon laquelle le bénéficiaire, dans ce cas de figure devient propriétaire. Il tient, à notre avis, ses droits de sa qualité de bénéficiaire.

435 *Re Denley* [1969] 1 Ch 373, pp. 382 § F à 383 § C per Goff J.

436 Ceci est impossible en matière de *fixed trusts*. V. *McPhail v Doulton* [1971] A.C. 424, p. 450 § D à H per Lord Wilberforce. Celui-ci distingue entre *discretionary trusts*, *fixed trusts* et *powers*.

437 Par ex. s'il n'y a aucun lien entre de nombreux bénéficiaires. V. *Re Manisty* [1974] Ch 7, p. 27§ B-C (Templeman J.).

438 Confer J.E. Penner, *The law of Trusts*, Core Text Series, 6^e éd., Oxford University Press, 2008, p. 239, n° 9.928.

439 Confer J.E. Penner, *op. cit.*, pp. 239-240, n° 9.929. V. en ce sens M. Pawlowski, « Purpose trusts : obligations without beneficiaries ? », *9 Trusts & Trustees* 10 (2002) , p. 13.

l'*ownership*⁴⁴⁰, c'est-à-dire, selon le droit positif, uniquement en cas de *fixed trusts*. En d'autres situations, il est davantage limité ce qui fait que les bénéficiaires n'ont qu'un droit à formuler une prétention.⁴⁴¹ Cette approche dualiste apparaît davantage en conformité avec le droit positif.⁴⁴²

Après avoir examiné les éléments susceptibles de révéler l'existence d'un *trust*, il convient de voir comment l'organisation est exercée.

b) L'exercice de l'organisation

221. Les *trusts* permettent une gestion très complexe puisque, comme le souligne M. Ogus, le cadre mis en place par *Equity* est tout à fait adapté à la mutualisation des fonds de différents investisseurs en vue de la réalisation d'opérations à la fois complexes et spécifiques. Les *trusts* mettent en place un système de traçabilité des fonds très précis, ce qui permet de ne pas engager de frais de transaction afin de se doter d'un dispositif équivalent.⁴⁴³

L'élément le plus important de l'organisation est la reddition de compte. Seules les grandes lignes de celle-ci seront présentées. Les développements suivants reposent sur le travail de M. Chambers⁴⁴⁴. Il existe trois types de reddition des comptes, dont un destiné à la répétition des gains réalisés au cours de la gestion. Le *trustee* a l'obligation de présenter les comptes et d'apporter tous les renseignements et les preuves complémentaires. Lorsque le bénéficiaire conteste un compte établi antérieurement, il lui appartient d'apporter la preuve d'un fait de nature à justifier la rectification du compte et de le soumettre à l'appréciation du juge.

Le premier type de reddition de compte est la procédure ordinaire⁴⁴⁵, celle à laquelle le *trustee* a recours afin de retracer la gestion sur le plan comptable. Cette procédure peut également être le point de départ d'une action responsabilité à l'encontre du *trustee*.

La deuxième procédure est celle pour manquement⁴⁴⁶. Afin d'y avoir recours, le bénéficiaire doit

440 Selon M. Penner, la première conception ne s'applique que dans cette hypothèse. V. *op. cit.*, p. 232, n° 9.7

441 Ceci n'est pas sans rappeler la notion de pouvoir en droit des trusts. Confer à ce sujet M. Pawlowski, « Purpose trusts : obligations without beneficiaries ? », 9 *Trusts & Trustees* 10 (2002), p. 11

442 Au sujet de l'inadéquation des théories existantes ne permettant pas de rendre compte de l'approche pragmatique du droit positif, confer M. Pawlowski, « Purpose trusts : obligations without beneficiaries ? », 9 *Trusts & Trustees* 10 (2002), p. 13-14.

443 A.I. Ogus, « The Trust as Governance Structure », 36 *U. Toronto L.J.* 186 (1986), p. 190

444 Confer R. Chambers, « Liability for Breach » in *Breach of Trust*, P. Birks (ed.), A. Pretto (ed.), Hart Publishing, 2002, pp. 16 et suivantes au sujet de la reddition des comptes ; pp. 26 et suivantes au sujet de la répétition des gains.

445 Le terme anglais est *common account*.

446 L'expression consacrée par la pratique est *account on the basis of wilful default*. Contrairement à une opinion fort répandue, cette procédure ne vise pas seulement à sanctionner un manquement par omission.

apporter la preuve d'indices laissant penser à l'omission ou la commission d'une action qui a causé une perte. Le *trustee* est alors contraint d'apporter davantage de preuves. Le bénéficiaire qui ne dispose pas d'éléments sérieux de nature à semer le doute dans l'esprit du juge choisira la procédure ordinaire.

La troisième procédure est particulière en ce qu'elle vise la répétition des gains réalisés par le gestionnaire au cours de la gestion. Elle sert d'une part à établir l'existence de gains provenant d'une violation du *trust*. Elle est notamment utilisée à l'encontre des dirigeants sociaux en tant que *fiduciary* afin de les contraindre à révéler certaines informations. On notera au passage qu'il peut être particulièrement difficile de distinguer les gains réalisés au moyen de la violation d'un *fiduciary duty* de ceux réalisées dans le cadre de la gestion conforme de la société. Cette procédure permet d'autre part la répétition des gains dont l'existence est établie.

Après avoir étudié l'organisation en matière de *trusts*, il convient de s'interroger sur l'intérêt de ceux-ci.

2/ L'intérêt des *trusts* en matière d'organisation

222. MM. Hansmann et Mattei indiquent en outre que les *trusts* offrent plus de flexibilité qu'une société dans la mesure où il n'est pas nécessaire de choisir une structure de direction parmi un nombre limité de modèles.⁴⁴⁷ Pourtant, il n'aura pas échappé au juriste de tradition romano-germanique pour lequel les *trusts* sont un élément étranger que les pays anglo-saxons connaissant cette institution utilisent également les sociétés pour gérer les biens. Comment se fait-il qu'une technique qui paraît idéale ne parvienne pas à combler tous les besoins en matière de gestion ?

Ces auteurs estiment qu'il existe différents *trusts* permettant la gestion d'une société. Néanmoins, créer une structure juridique spéciale permet de rattacher la pratique des sociétés à un droit institutionnel préétabli qui est à la fois plus spécifique plus adapté et plus clair pour les différents acteurs ayant à traiter avec une entité dont ils maîtrisent le cadre juridique.⁴⁴⁸ Même si les problèmes qui ont été décrits précédemment se retrouvent dans toutes les situations où la gestion de biens est confiée à autrui, chacune d'entre elles peut présenter des difficultés auxquelles un cadre juridique spécifique est plus adapté. Ceci se traduit par l'utilisation de techniques différentes.

⁴⁴⁷ H. Hansmann, U. Mattei, « The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis », 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434 (1998), p. 472-473.

⁴⁴⁸ H. Hansmann, U. Mattei, « The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis », 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434 (1998), p. 476.

Deux aspects importants de la gestion à titre habituel méritent d'être étudiés, à savoir, l'indépendance du gestionnaire (a), d'une part ainsi que l'organisation et le financement de la gestion (b).

a) L'indépendance du gestionnaire

223. Il a été vu que l'indépendance du gestionnaire permettait une gestion plus efficace en ce que celui-ci pouvait faire face aux difficultés et tirer profit des opportunités sans demander l'autorisation du bénéficiaire qui ne craignait pas pour sa part d'engager sa responsabilité du fait de son cocontractant.

À ce sujet, M. Ogus considère que le cadre protecteur fourni par les *trusts* inspire confiance dans la mesure où la partie la moins informée n'a pas l'impression de s'en remettre à l'autre lors de la conclusion du *trust*⁴⁴⁹, cet ensemble de règles protectrices s'applique par défaut dès que les éléments constitutifs d'un *trust* sont établis. La partie qui confie ses biens à gérer en *trust* ne pourra pas révoquer le *trustee* ou modifier le contenu des obligations des parties sur un coup de tête. Ceci permet, comme le rappelle l'auteur, au *trustee* de gérer les biens avec une certaine indépendance et de ne pas être tributaire de l'inexpérience du bénéficiaire qui pourrait agir sur la gestion dans un sens qui lui serait en fin de compte défavorable.⁴⁵⁰ De telles tensions surviendront plus facilement lorsque le constituant est également le bénéficiaire. Cette hypothèse se vérifie notamment lorsque le propriétaire des biens crée un *trust* afin qu'ils soient gérés par autrui.

MM. Hansmann et Mattei considèrent qu'une telle indépendance de gestion est une différence notable avec la société. En effet, les associés d'une société, lorsqu'ils sont propriétaires du capital, peuvent en général renvoyer la direction. Or, une plus grande indépendance du gestionnaire est souhaitable lorsque le propriétaire des biens n'est pas compétent en matière de gestion.⁴⁵¹ M. Ogus poursuit en affirmant que les obligations auxquelles est soumis un *trustee* et le contrôle qui en découle sont parfois plus stricts que ceux auxquels sont soumis les dirigeants de sociétés, même si les *trusts* sont facilement adaptables par le biais de l'insertion de diverses clauses.⁴⁵²

Le pouvoir d'organisation vise à assurer la continuité de la gestion. Ceci suppose de se préoccuper de son organisation et de son financement

449 A.I. Ogus, « The Trust as Governance Structure », 36 *U. Toronto L.J.* 186 (1986), p. 187-188.

450 A.I. Ogus, « The Trust as Governance Structure », 36 *U. Toronto L.J.* 186 (1986), p. 188-189.

451 H. Hansmann, U. Mattei, « The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis », 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434 (1998), p. 473

452 A.I. Ogus, « The Trust as Governance Structure », 36 *U. Toronto L.J.* 186 (1986), p. 191-192.

b) L'organisation et le financement de la gestion

224. La diversité des besoins en matière d'organisation et de financement de la gestion influence également sur la subsistance de différentes techniques de gestion. À ce sujet, M. Didier indique que le droit des sociétés introduit quelques spécificités que l'on ne retrouve pas dans la gestion encadrée par le seul droit civil. Lors de la création d'une société, les associés peuvent choisir de se soustraire à certains risques que les créanciers assument.⁴⁵³ On pourrait dès lors penser que les rapports entre associés et dirigeants sociaux pourraient être ceux qui lient le mandant et le mandataire, l'auteur nuance ce fait en rappelant que les dirigeants ont un pouvoir discrétionnaire et peuvent engager les associés même au-delà de l'objet social.⁴⁵⁴ On pourrait objecter à ceci que le risque existe également en matière de mandat par le biais de la théorie du mandat apparent, mais cette dernière est fondée sur l'apparence et n'a pas de fondement contractuel. Il existe certains risques inhérents aux sociétés, notamment les conflits entre les différents groupes d'associés qui privilégient leur intérêt propre au détriment de celui de la société.⁴⁵⁵

MM. Getzler et Macnair indiquent à ce sujet que le droit des sociétés permet de définir une organisation flexible à la fois en termes de financement et d'organisation. Ceci est particulièrement intéressant dans le cas de sociétés dont l'actionnariat est souvent diffus et prêt à prendre davantage de risques pour obtenir des profits plus élevés.⁴⁵⁶

De plus, M. Ogus précise que bien que les *trusts* soient facilement adaptables par le biais de l'insertion de clauses allégeant par exemple les obligations du *trustee* ou limitant sa responsabilité, les coûts de transactions liées à la rédaction de ce type de clauses sont plus élevés que ceux qui découlent de l'adoption d'un cadre juridique spécifique préexistant tel que celui d'une société.

225. En fin de compte, il est difficile de trancher définitivement sur la nature des raisons qui ont poussé les acteurs économiques et juridiques à adopter telle ou telle forme de gestion. Comme le montrent MM Getzler et Macnair dont on résume ici l'analyse, la création du concept de société n'est pas l'aboutissement rationnel d'une recherche tendant à maximiser l'utilité économique d'une organisation de l'entreprise. Si la personnalité morale et l'organisation sont aujourd'hui perçues comme les avantages principaux de certaines sociétés, ils ne sont apparus que tardivement à la suite

453 P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Le Droit des affaires, Litec, 1997, p. 233.

454 P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Le Droit des affaires, Litec, 1997, p. 236-237.

455 P. Didier, *opus cité* ci-dessus, p. 240.

456 J. Getzler, M. Macnair, « The Firm as an Entity before the Companies Acts: Asset Partitioning by Private Law » in *Adventures of the law : proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference*, Four Courts, 2005, p. 268 et suivantes.

d'une évolution historique qui n'est pas le produit du seul désir de rationalité économique.⁴⁵⁷

Ces raisons structurelles sont donc en partie liées aux habitudes des acteurs économiques. Celles-ci se sont développées au fil de l'histoire, notamment en raison des contraintes que présentait le droit de ceux qui nous ont précédés. Les auteurs indiquent que l'une des raisons du succès d'*Equity* tient au fait que les Cours de *Common Law* ne reconnaissaient pas les droits des bénéficiaires en *Equity* qui devaient dès lors être considérés comme des associés d'une sorte de société primitive pour voir leurs droits reconnus par celles-ci.

Il apparaît en revanche de manière certaine qu'en matière d'organisation de la gestion, les *trusts* ne sont pas une technique de gestion irremplaçable.

Au cours des développements précédents, il a été vu qu'il était inutile d'importer les *trusts* en droit français en créant une technique reposant sur un « patrimoine d'affectation ». Cette création est étrangère au droit français et au droit anglais. Il a également été vu que l'économie et l'histoire ne permettaient pas de démontrer une plus grande efficacité des *trusts* par rapport à la société. L'avantage de l'institution anglo-saxonne provient en grande partie de l'habitude des acteurs économiques qui recourent à l'une ou à l'autre de ces techniques en fonction du contexte. Il est indéniable qu'en droit français, les acteurs ne connaissent pas les *trusts* anglais de sorte que ceux-ci n'offrent aucun avantage par rapport à la société en droit français. Le contrôle en matière de *trust* est très performant mais celui-ci peut tout à fait être adapté à une gestion en société. Le raisonnement par analogie propre au droit des pays de *Common Law* a été étudié lors du paragraphe précédent. Il va être montré qu'en matière de direction, l'efficacité des *trusts* provient précisément de l'usage de celui-ci par les juges anglais.

Après avoir étudié les éléments permettant l'organisation, il convient d'étudier ceux permettant la direction.

B Les éléments permettant la direction

226. Les deux règles encadrant la direction (1) seront étudiées avant l'intérêt des *trusts* dans le cadre de cette dernière (2).

⁴⁵⁷ Confer ouvrage cité ci-dessus.

1/ Les deux règles encadrant la direction

227. Le *trustee*, comme tout *fiduciary*, est soumis à un devoir appelé *fiduciary duty* qui encadre la direction de la gestion au moyen de deux interdictions. En vue de faciliter la perception de la cohérence du droit, l'analyse de l'interdiction des conflits d'intérêts (a) précédera celle de la prohibition de tirer profit du *trust* (b).

a) L'interdiction des conflits d'intérêts

228. Le *trustee* doit agir de manière désintéressée. Ceci impose de prévenir les conflits d'intérêts. M. Birks indique que leur interdiction ne porte pas sur les conflits d'intérêts existants mais probables.⁴⁵⁸ Selon l'auteur, le *trustee* doit non seulement ne pas tirer profit du *trust* mais également veiller à l'intérêt du bénéficiaire.⁴⁵⁹ Cette exigence à l'égard d'une partie s'explique par la qualité de *fiduciary* qui lui est reconnue et que les juges n'hésitent pas à étendre à d'autres personnes que les *trustees*, tels les conseils juridiques que sont les *solicitors*.⁴⁶⁰ C'est pourquoi les développements qui suivent reposeront sur des décisions de justice qui ne concernent pas seulement des *trustees* mais également d'autres *fiduciaries*. Selon M. Conaglen, il faut éviter au *fiduciary* d'être tenté de tirer profit d'une situation de conflit entre son intérêt et celui du bénéficiaire.⁴⁶¹ La prévention du conflit d'intérêts repose, d'après bon nombre de juristes anglo-saxons, sur deux règles. La première est la *self-dealing rule*. Elle interdit au *trustee* d'acquérir un bien qui lui a été confié en *trust*. La probité du *trustee* est indifférente. La seconde est la *fair-dealing rule*. Celle-ci interdit au gestionnaire d'acquérir un droit dont le bénéficiaire est titulaire en vertu du *trust*.⁴⁶² La règle de *fair-dealing* s'applique même lorsque le *trustee* ou le *fiduciary* acquiert un tel droit par l'intermédiaire d'un tiers.⁴⁶³

Par ailleurs, dans le cadre de l'affaire *Holder v. Holder* [1968], le juge Danckwerts affirme que si une juridiction peut sanctionner un *fiduciary* qui a accompli une vente de manière juste, elle n'est pas obligée. La question est laissée à la discrétion du juge.⁴⁶⁴ Il est nécessaire de résumer les faits de cette affaire afin de comprendre le raisonnement suivi par les juges. Un exécuteur testamentaire

458 P. Birks, « The Content of Fiduciary Obligation », 34 *Isr. L. Rev.* 3 (2000), p. 10.

459 P. Birks, « The Content of Fiduciary Obligation », 34 *Isr. L. Rev.* 3 (2000), p. 11.

460 Le bien-fondé de cette extension et ses conséquences sur la distinction entre les *fiduciaries* et les non-*fiduciaries* font l'objet d'un vaste débat qui dépasse le cadre de ce travail. V. par exemple M. Conaglen, « The nature and function of fiduciary loyalty », *LQR*, 2005, p. 452spéc. pp. 455 et suivante où l'auteur se réfère au jugement de Milett L.J. dans l'affaire *Bristol West Building Society v. Mothew*.

461 M. Conaglen, « The nature and function of fiduciary loyalty », *LQR*, 2005, p. 452, p. 462

462 Au sujet de ces deux règles, confer l'affaire *Tito v. Waddell* (n° 2) [1977] Ch. 106 (Megarry V.-C.), spéc. p. 225 §§ A et B. Au sujet du rejet de l'union de ces deux règles, confer même affaire, p. 241 §§ A-D.

463 Confer sur ce point affaire citée en note précédente, 241 § F à 242 § D.

464 *Holder v. Holder* [1968] Ch. 353, p. 398, §§ B et C per Danckwerts L.J.

décide d'acquiescer un bien de la succession sans l'autorisation de ses co-héritiers afin de réaliser une opération qui s'affaire profitable à l'ensemble d'entre eux dont l'exécuteur testamentaire. Suite à un litige familial, la responsabilité de l'exécuteur testamentaire est engagée par les héritiers. Le juge Harman exclut de le sanctionner en raison de l'achat de biens de la succession car, d'après lui, cette règle vise à sanctionner le *fiduciary* préparant la vente d'un bien en vue de l'acquiescer en son nom. Or le juge relève que l'exécuteur testamentaire n'a pas pris part à la la préparation de la vente aux enchères au cours de laquelle le bien a été vendu. Il n'y a pas non plus de conflit entre les intérêts des héritiers et le sien car ceux-ci connaissaient son intention. Il n'a pas non plus réalisé la vente afin d'en tirer un profit personnel puisqu'il a acquis le bien à un prix bien supérieur à celui du marché.⁴⁶⁵ Le juge Danckwerts relève que compte tenu des faits, il serait injuste de sanctionner l'héritier.⁴⁶⁶

L'affaire *Holder v. Holder* n'est pas une exception à la règle évoquée par le juge, celui-ci ne fait que distinguer sur la base de faits l'affaire dont il a à connaître de celle connue sous le nom d'ex parte *Lacey* dans le cadre de laquelle s'est prononcé le Lord Chancelier Eldon. Ceci illustre la primauté des faits sur une règle abstraite que souligne le juge Holmes.

Après avoir étudié la règle prohibant le conflit d'intérêts, il convient d'étudier celle qui interdit de tirer profit du *trust*.

b) L'interdiction de tirer profit du *trust*

229. L'affaire *Bray v. Ford* [1896] concerne une querelle entre eux deux dirigeants d'une institution l'un accuse l'autre *solicitor* ou conseil juridique, d'avoir tiré profit de sa fonction au sein de l'établissement afin d'être rémunéré en contrepartie des services juridiques qu'il lui fournissait. L'affaire est portée devant les juridictions pour diffamation. Parmi les questions abordées par les juges, on trouve celle de la possibilité de tirer profit de la fonction occupée par le dirigeant de l'établissement en étant rémunéré pour des conseils effectivement donnés à celui-ci. La qualité du travail accompli par le dirigeant n'est pas remise en cause.

Lord Herschell rappelle que l'intéressé était *fiduciary* et qu'à ce titre il ne pouvait tirer profit de sa fonction sans y avoir été expressément autorisé. Le juge motive sa décision au regard de la faiblesse de la nature humaine.⁴⁶⁷ Le Lord Chancelier King a jugé dans l'affaire que *Keech v. Sandford* (1726) que même à la suite du refus de renouvellement de bail conclut par le *trustee* au bénéfice d'un

⁴⁶⁵ *Holder v. Holder* [1968] Ch. 353, p. 391 § D à 392 § G per Harman L.J.

⁴⁶⁶ *Holder v. Holder* [1968] Ch. 353, p. 400, §§ B et C per Danckwerts L.J. Le juge emploie le mot *unfairness*.

⁴⁶⁷ *Bray v. Ford* [1896] A.C. 44, pp. 51 et suivante per Lord Herschell.

mineur, le *trustee* ne pouvait conclure ce bail en son nom propre.⁴⁶⁸ Ce jugement est très important car la situation des biens gérés peut évoluer dans la durée de manière inattendue. L'affaire *Hamilton v. Wright* (1842) en est un très bon exemple. Dans celle-ci, un individu établit un *trust* au bénéfice de ses créanciers, confie ses biens à un *trustee* afin qu'il désintéresse ceux-ci et qu'il lui verse une annuité. À la suite de multiples événements relatifs à la succession du constituant, le *trustee* devient bénéficiaire et réclame le versement de l'annuité. Lord Brougham, se référant au jugement de Lord Eldon dans l'affaire ex parte *Lacey*, estime qu'il n'est pas nécessaire d'établir que le profit que le *trustee* tire du *trust* cause une perte à celui-ci car selon son illustre prédécesseur une telle condition serait impossible à établir dans la plupart des cas. Il n'y a pas besoin de prouver que le comportement a dégradé l'ensemble des biens confiés en *trust*. Ceci amène Lord Brougham à rejeter les prétentions tendant au versement de l'annuité.⁴⁶⁹

230. Les décisions de justice citées précédemment examinent le respect de l'interdiction de tirer profit du *trust* dans des circonstances qui rendent le conflit d'intérêts probable. En effet, l'affaire *Holder v. Holder* s'intéresse à l'action d'un héritier, exécuteur testamentaire et *fiduciary*, qui acquiert un bien de la succession. L'affaire *Keech v. Sandford* concerne quant à elle l'acquisition par le *trustee* d'un droit issu d'un bail auparavant conclu au bénéfice de l'enfant mineur, bénéficiaire du *trust*. L'affaire *Regal*⁴⁷⁰ est intéressante car il s'agit d'une situation dans laquelle des dirigeants sociaux tirent un profit personnel d'une opération sans que l'intérêt de la société soit menacé. En l'espèce, des dirigeants sociaux et un *solicitor*, conseil juridique, décident de saisir l'opportunité de développer l'activité de la société exploitant des cinémas en acquérant de nouvelles salles. Afin de lever les fonds nécessaires à cette opération, ils décident avec le concours du *solicitor* d'augmenter le capital de la société par le biais d'apports en numéraire. La société réclame que ses dirigeants lui versent les gains réalisés à la suite de l'opération. Devant la Cour d'appel, Lord Greene a estimé que dans la mesure où les dirigeants ont agi en toute bonne foi et n'avaient pas d'autre façon de réunir les fonds, les prétentions de la société devaient être rejetées.⁴⁷¹ On remarquera que les gains ont été réalisés par les apporteurs conformément aux statuts de la société. Après avoir cité Lord Greene, Lord Sankey rappelle les prétentions de la société selon laquelle, d'une part, les dirigeants sociaux ont tiré profit de leur opération grâce à des informations auxquelles ils avaient accès du fait de leur qualité de dirigeants sociaux sans le consentement de la personne morale. D'autre part, les enseignements applicables aux *trustees* doivent également s'appliquer aux dirigeants de personne morale. Le juge relève que les dirigeants sociaux ne contestent pas l'applicabilité des enseignements issus du droit des *trusts* aux dirigeants sociaux en général mais à leur cas en particulier avant de

468 Sel. Cas. T. King 61.

469 *Hamilton v. Wright* (1842) 9 Cl. & F. 111, spéc. pp. 123-125 per Lord Brougham.

470 *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1942] 2 A.C.

471 *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1942] 2 A.C. p. 137 §§ A-D, per Lord Sankey citant Lord Greene M.R.

rejeter rapidement l'argument.⁴⁷² Il approuve ensuite l'argumentation des défendeurs.⁴⁷³ Lord Russell se fonde sur l'affaire *Keech v. Sandford* afin de rappeler que la bonne foi est indifférente. Le fait de tirer profit suffit à engager la responsabilité du *trustee*. Les dirigeants et le *solicitor* doivent renoncer à leurs gains au profit de la société.⁴⁷⁴

Après avoir étudié les deux règles encadrant les *trusts* que sont la prohibition des conflits d'intérêts, d'une part et l'interdiction de tirer profit du *trust*, d'autre part, il convient de se demander en quoi celles-ci font des *trusts* anglais une technique intéressante du point de vue de la direction de la gestion.

2/ L'intérêt des *trusts* en matière de direction

231. L'intérêt des *trusts* en matière de direction s'explique par le contrôle direct de la recherche par le *trustee* de l'intérêt du bénéficiaire (a). Ce contrôle permet de prendre en considération la situation des biens gérés par-delà les règles abstraites (b).

a) Le contrôle direct de la recherche par le *trustee* de l'intérêt du bénéficiaire

232. Le pouvoir de direction est celui d'apprécier l'opportunité d'une action. En matière de gestion à titre habituel, celui-ci est très important car le gestionnaire peut au cours de la gestion avoir à faire face à une situation imprévue lors de la conclusion du contrat de gestion. Il a été choisi par le bénéficiaire afin de gérer son patrimoine. Le bénéficiaire estime que les compétences du gestionnaire lui permettent d'agir opportunément en tenant compte des circonstances quelles qu'elles soient. Il est de ce fait nécessaire de conférer au gestionnaire le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action et d'en contrôler l'exercice. Il a été vu que certaines techniques de gestion, notamment la tutelle, permettaient de prendre en considération la gravité d'un acte juridique au vu des circonstances d'espèce. Le juge, lorsqu'il examine la validité d'un tel acte, prend sans doute en considération l'intérêt de l'incapable. Néanmoins, l'opportunité d'un acte au regard de celui-ci n'est sanctionnée que sur le fondement de sa gravité. Le droit anglais des *trusts* permet au contraire au juge de se prononcer sur l'opportunité d'une action au regard de l'intérêt du bénéficiaire. Le *trustee* doit agir en fonction ce dernier lorsqu'il se trouve en situation de conflit d'intérêts ou lorsqu'il tire profit du *trust*. En droit anglais des *trusts*, le contrôle par le juge

472 Même affaire, p. 139, §§ A-C.

473 Même affaire, p. 139, §§ D-F.

474 Même affaire, p. 145, §§ A-E per Lord Russell On relèvera que Lord Russell, comme Lord Brougham, cite Lord Eldon.

de la recherche par le *trustee* dudit intérêt repose sur les deux règles précédemment analysées et sur les faits d'espèce.

233. Les juges accordent notamment une grande importance à l'information dont dispose le *fiduciary* ainsi qu'à l'usage qu'il en fait.

Dans l'affaire *Tito v. Waddell (n° 2)* [1977], le *trustee*, représenté par un membre de l'administration coloniale britannique a eu, selon le vice-chancelier Megarry, raison de ne pas conseiller la population locale lors de la conclusion d'un accord portant sur l'exploitation d'un gisement de phosphate afin de ne pas risquer de se montrer déloyal à l'égard de la Couronne mais aurait dû les inciter à se renseigner davantage sur l'accord en question.⁴⁷⁵ On voit ici que le *trustee* qui était mieux informé que les bénéficiaires ne les a pas invités à rechercher les informations qui leur auraient permis de mieux apprécier l'opportunité de l'accord concernant l'exploitation du gisement de phosphate.

L'accès à l'information de par la qualité de *fiduciary* est en outre strictement examiné par les juges. C'est ainsi que le juge Danckwerts a relevé que l'héritier qui était exécuteur testamentaire dans l'affaire *Holder v. Holder* ne disposait d'aucune information particulière du fait de sa qualité de *fiduciary*. Les informations dont il disposait étaient celles dont il avait connaissance en raison de sa qualité de preneur à bail du bien en question.⁴⁷⁶ Il s'agit d'un des éléments qui ont conduit le juge à ne pas sanctionner l'exécuteur testamentaire.

L'examen de l'usage d'une information par le gestionnaire est plus délicat lorsque celui-ci agit dans un contexte concurrentiel comme le montre l'affaire *Kelly v. Cooper* [1993]. Dans celle-ci, un agent immobilier est chargé de la vente d'un immeuble. Le vendeur est également propriétaire de l'immeuble adjacent de celui dont il est question ici. Un acquéreur se présente et fait une offre que le vendeur accepte. L'agent immobilier sait que ce dernier souhaite aussi vendre l'immeuble adjacent et n'ignore pas non plus que ledit acquéreur est intéressé par ce dernier. Il est tenu par une obligation de confidentialité à l'égard du vendeur et de l'acquéreur. Les deux propriétés sont vendues séparément par l'agent. Le vendeur poursuit celui-ci entre autres pour violation du *fiduciary duty* et estime notamment qu'il lui a caché l'intérêt de l'acquéreur pour l'immeuble adjacent alors qu'un tel élément déterminant lui aurait permis de vendre les deux biens comme un ensemble à un prix bien plus élevé. Il argue du fait que l'agent a privilégié son intérêt en réalisant de vente au lieu d'une afin de toucher deux commissions.⁴⁷⁷ Les juges du *Privy Council* se demandent tout d'abord si l'intérêt de l'acquéreur pour l'immeuble adjacent est un élément d'une importance particulière.⁴⁷⁸ La réponse est affirmative et se fonde sur l'opportunité de vendre de propriété

⁴⁷⁵ *Tito v. Waddell* [1977] Ch. 106 p. 242 § D à 244 § G per Megarry V.-C.

⁴⁷⁶ *Holder v. Holder* [1968] Ch. 353, p. 397, §§ F et G per Danckwerts L..J.

⁴⁷⁷ *Kelly v. Cooper* [1993] A.C. 205, p. 211 § G à 212 § C

⁴⁷⁸ Les juges emploient le terme *material*.

simultanément et sur le plus grand prix que l'acheteur pourrait payer pour acquérir l'ensemble.⁴⁷⁹ Les magistrats relèvent que l'agent immobilier contracte avec différentes personnes intéressées par le même bien et que le contrat ne peut en aucune façon contenir des dispositions permettant la révélation d'informations car cela porterait atteinte à la confidentialité à laquelle est tenu l'agent à l'égard de ses clients. Le vendeur ne peut se fonder sur la violation du *fiduciary duty* afin d'obtenir réparation du préjudice qu'il estime avoir subi.⁴⁸⁰

Dans les deux affaires qui viennent d'être étudiées, le gestionnaire se trouvait du fait de l'exercice de sa mission dans une situation de conflit d'intérêts. L'affaire *Re Thomson* [1930] dont il va maintenant être question doit être distinguée des précédentes en ce que le *trustee* a créé celle-ci.

Une fois n'est pas coutume, le problème factuel peut être présenté de la façon suivante sans porter atteinte à la cohérence du raisonnement. Le *trustee*, héritier d'une société de courtage de yachts de luxe peut-il fonder une entreprise concurrente à celle qu'il gère en tant que *trustee* ?⁴⁸¹

Le juge Clauson affirme qu'il ne peut fonder une entreprise concurrente de celle qu'il gère en tant que *trustee*. Il insiste beaucoup sur le fait qu'il ne faut pas donner de portée générale à sa décision.⁴⁸² Il est permis de penser que le fait que les deux entreprises concurrentes soient situées dans la même ville a influé sur la décision.

Le courtier comme l'agent immobilier sont dans le cadre de leurs fonctions amenés à servir des clients potentiellement intéressés par un même bien. Dans un cas comme dans l'autre, le gestionnaire intéressé à l'opération d'entremise est en situation de conflit d'intérêts. Le jugement rendu dans l'affaire *Kelly v. Cooper* contredit-il celui rendu dans l'affaire *Re Thomson* ? La réponse à cette question est assurément négative pour deux raisons. D'une part, le juge incite à ne pas étendre la portée de son jugement dans l'affaire et d'autre part, les faits sont différents. L'héritier souhaite commencer une activité concurrente à celle du *trust* et ainsi se placer en situation de conflit d'intérêts tandis que le client de l'agent immobilier savait en ayant recours à ses services que celui-ci pouvait être amené à traiter avec des clients intéressés par un même bien. Contrairement à l'héritier, l'agent immobilier ne fait que remplir sa mission conformément à ses obligations, notamment celle de confidentialité à l'égard de ses clients. Il n'a pas fait usage des informations dont il disposait de par sa fonction afin d'en tirer un profit personnel, contrairement à ce que soutenait le vendeur, alors que le courtier peut être tenté d'user des informations dont il a connaissance en tant que *trustee* au profit de son entreprise.

479 Confer sur ce point *Kelly v. Cooper* [1993] A.C. 205, p. 213 § B à E.

480 Confer sur ce point *Kelly v. Cooper* [1993] A.C. 205, p. 215 § D à E.

481 *Re Thomson* [1930] 1 Ch. 203, pp. 212 et 214 (Clauson J.).

482 *Re Thomson* [1930] 1 Ch. 203, p. 216 (Clauson J.).

234. Il arrive qu'un *fiduciary* utilise les informations dont il a connaissance et en tire un profit personnel. Dans l'affaire *Boardman v. Phipps* [1967], un *solicitor* ou conseil juridique déçu de la manière dont est gérée une entreprise familiale transmise aux héritiers par l'intermédiaire d'un *trust* dont ils sont bénéficiaires décide d'en prendre le contrôle sans obtenir effectivement leur accord.⁴⁸³ Il utilise à cette fin, les informations dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions.⁴⁸⁴ L'opération est couronnée de succès, les bénéficiaires intentent une action contre le *solicitor* et lui demandent de rendre les gains qu'il a réalisés à la suite de l'opération fructueuse qu'il a menée. La majorité des juges conclut à la violation du *fiduciary duty* mais permet de conserver les gains que le *solicitor* a perçus du fait de sa qualité d'associé, à titre de libéralité, en récompense de son investissement personnel et du talent dont il a fait preuve lors de la réalisation de l'opération. Lord Upjohn distingue dans son jugement dissident l'affaire en question des affaires *Keech v. Sanford* et *Regal* en relevant que si le conseil juridique était *fiduciary*, il n'était ni *trustee*, ni dirigeant de l'entreprise en question lors du lancement de l'opération. D'après le juge, le *solicitor* n'a pas manqué à son devoir de *fiduciary*.⁴⁸⁵ Lord Upjohn rappelle qu'il ne faut pas rechercher de principes généraux gouvernant *Equity* mais considérer avec attention les faits de chaque affaire.⁴⁸⁶

Après avoir vu de quelle manière les juges contrôlaient la recherche effective de l'intérêt du bénéficiaire par le *trustee* ou le *fiduciary*, il est intéressant de voir quelle différence est faite entre l'usage de l'information par le *fiduciary* à son profit et la négligence dans le traitement de celle-ci.

235. Dans l'affaire *Bristol and West Building Society v. Mothew* [1998], des clients contractent un prêt immobilier auprès d'une banque. Leur *solicitor* ou conseil juridique se montre négligent et oublie d'avertir celle-ci de la constitution d'une autre sûreté sur le bien financé par ledit prêt immobilier. La banque engage la responsabilité du *solicitor* en estimant entre autres que celui-ci s'est montré négligent en ne révélant pas cette information importante. Selon l'établissement de crédit, le *solicitor* servait ses clients dont l'intérêt ne se confondait pas avec celui de la banque. Le juge Milette relève que négligence n'est pas déloyauté et qu'il n'y a de ce fait pas de violation du devoir du *fiduciary*. Par ailleurs, le rôle du *solicitor* était justement d'agir pour ses clients auprès de la banque qui traitait directement avec lui. L'établissement de crédit n'ignorait pas que le *fiduciary* était un intermédiaire. À la suite d'une analogie avec l'affaire *Kelly v. Cooper*, le juge rejette cet argument.⁴⁸⁷

483 *Phipps v. Boardman* [1967] 2 A.C. 46 Confer sur ce point p. 72 § C ; p. 73 ; p. 93 §§ E-G per Viscount Dilhorne.

484 Sur l'importance de l'information, conférer affaire citée en note précédente, p. 99 per Lord Cohen.

485 Confer sur ce point même affaire, p. 124 § C à p. 126 § F.

486 Confer sur ce point même affaire, p. 125 §§ B à E.

487 *Bristol and West Building Society v. Mothew* [1998] Ch. 1, p. 18 per Milette L.J.

Après avoir montré que l'intérêt des *trusts* en matière de gestion était le contrôle direct de la recherche par le *trustee* de l'intérêt du bénéficiaire, il convient de voir que cet examen permet de prendre en considération la situation des biens gérés par-delà les règles abstraites.

b) La prise en considération de la situation de biens gérés par-delà les règles abstraites

236. L'étude qui vient d'être menée accorde une grande place à l'information et à l'usage qui en est fait par le *fiduciary*. D'autres éléments pourraient être le fil conducteur de l'analyse. Les faits sur lesquels le juge s'interroge sont nombreux et ce travail n'a pas la prétention de résumer en quelques pages le *fiduciary law* qui repose sur une analyse intuitive des circonstances propres à chaque affaire. Il ressort de ces développements que les *trusts* ne permettent pas la gestion sous forme de règles abstraites imposant au *trustee* d'agir de manière prédéterminée. La marge d'appréciation laissée au *trustee* et le contrôle strict de cette dernière au vu des circonstances sont particulièrement intéressants en matière de gestion à titre habituel. Est-ce à dire que le *fiduciary law* ne connaît aucune règle ? La question se pose car le juriste de tradition romano-germanique aura remarqué que des règles sont énoncées alors que les faits d'espèce priment. Comment dès lors rendre compte de cet aspect du droit des *trusts* ?

Selon Birks, il serait envisageable de réduire l'obligation d'agir de manière désintéressée à l'interdiction de tirer profit du *trust* mais cette interdiction ne s'explique pas sans prendre en considération le conflit d'intérêts, situation dans laquelle le *fiduciary* peut être tenté de satisfaire son intérêt au détriment de celui du bénéficiaire en tirant profit du *trust*. Les deux obligations sont complémentaires.⁴⁸⁸ Selon M. Smith, le devoir de loyauté qui incombe au *trustee* impose d'éviter certaines situations mais la prohibition du conflit d'intérêts ne représente pas le cœur du devoir du *fiduciary*.⁴⁸⁹ L'auteur estime que celui-ci n'a pas pour but d'éviter le conflit mais d'examiner le motif d'une action du *fiduciary*.⁴⁹⁰ Vue sous cet angle, la distinction entre prohibition du conflit d'intérêts et interdiction de tirer profit du *trust* est sans intérêt. L'approche prophylactique n'est pas satisfaisante car certaines actions dangereuses ou relevant du conflit d'intérêts sont tolérées par les juges alors que la nécessité d'agir afin de prévenir le conflit d'intérêts ne devrait pas permettre aux magistrats de moduler la sanction afin de tenir compte des motivations du gestionnaire ; le fait que

488 P. Birks, « The Content of Fiduciary Obligation », 34 *Isr. L. Rev.* 3 (2000), p. 10 et suivante.

489 L. Smith, « The Motive, Not the Deed » in *Rationalizing Property, Equity And Trusts: Essays In Honour Of Edward Burn*, J. Getzler (ed.), Butterworths, 2003 Dans le cadre de ce travail, une version antérieure à la publication a été utilisée. Celle-ci est disponible à l'adresse suivante http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016417. Confer p. 7 de cette version.

490 *Opus précité*, p. 20.

certaines circonstances de fait soient établies devrait logiquement entraîner la sanction.⁴⁹¹ Selon l'auteur, le devoir du *fiduciary* a pour effet d'obliger le gestionnaire à établir le juste motif de son action. Il s'ensuit que l'angle procédural retenu par l'auteur est en tout point convaincant. L'argumentation pertinente ne peut cependant servir de fondement au rejet de la distinction classique entre les deux règles que sont la prohibition des conflits d'intérêts, d'une part et l'interdiction de tirer profit du *trust*, d'autre part. Un tel point de vue est notamment avancé par M. Conaglen.⁴⁹² Selon cet auteur, la prohibition du conflit d'intérêts n'est pas destinée à faciliter la preuve d'une situation de violation du devoir du *fiduciary* mais fait partie de celui-ci en ce qu'elle tend à réduire la probabilité de sa violation.

237. Le recours à ces deux règles permet de présenter de manière schématique les différents ensembles de faits susceptibles d'être relevés dans une affaire donnée. Une telle présentation est un point de repère précieux pour celui qui analyse de nombreux faits. Le juge et le juriste restent libres de décider si les faits dont ils ont à connaître sont analogues à une affaire précédente. La question que se posent MM. Smith et Conaglen est celle de la nature du devoir du *fiduciary*. Ces deux approches du *fiduciary duty* ne sont pas contradictoires mais complémentaires. Le premier estime que la prévention des conflits d'intérêts ne relève pas de l'essence du *fiduciary duty*, le second soutient au contraire que sans une telle règle, il ne peut y avoir d'encadrement efficace du *fiduciary*. Continuer cette démonstration nécessiterait de dépasser le cadre de ce travail en s'intéressant davantage au *fiduciary law* qu'à la gestion de biens. C'est pourquoi, on se contentera de faire une analogie entre la conduite d'une automobile et celle d'un *trust* ou d'une entreprise. Les juges indiquent ce qu'un *fiduciary* peut ou ne peut pas faire en examinant des cas particuliers. M. Conaglen cherche à établir un Code de la route applicable à tous les *fiduciaries* et doit de ce fait tenir compte des situations particulièrement dangereuses tandis que M. Smith tente d'expliquer comment conduire une automobile. Ceci nous amène à rappeler le point de vue de Birks selon lequel on ne peut comprendre l'interdiction de tirer profit du *trust* sans être attentif au conflit d'intérêts. Nul ne peut décider de ce qu'il convient de faire dans un cas particulier s'il ne cherche pas à distinguer des règles de conduite générales destinées à s'appliquer au à ceux-ci et s'il n'a pas une connaissance minimale de la conduite automobile. C'est la raison pour laquelle, comme l'explique le juge Holmes, alors que le *Common Law* accorde la primauté aux faits d'espèce, il tend vers la cohérence conceptuelle sans y parvenir jamais.

238. Au début de ce paragraphe, il est apparu impossible de présenter les *trusts* en s'appuyant sur

⁴⁹¹ Confer en ce sens, L. Smith, *opus cité*, p. 21.

⁴⁹² Pour une critique de l'analyse de M. Conaglen, conférer R. Lee, « In Search of the Nature and Function of Fiduciary Loyalty: Some Observations on Conaglen's Analysis », 27 *OJLS* 327 (2007) .

des règles abstraites et immuables. Ceci s'explique par l'approche empirique de la gestion adoptée Outre-Manche. Le juriste français doit aborder la gestion sans représentation sans chercher à réduire cette institution anglo-saxonne à une sorte de patrimoine ; en procédant de la sorte, il ne tire aucun enseignement du droit anglais des *trusts* qui puisse lui être utile lorsqu'il examine la gestion à titre habituel en droit français.

239. Au cours de cette section, il a été vu que les *trusts* étaient une technique qui reposait sur l'analyse intuitive des faits d'espèce, un contrôle très étendu au moyen de la reddition des comptes et la prévention des conflits d'intérêts. L'examen intuitif de la recherche de l'intérêt du bénéficiaire est le seul avantage déterminant des *trusts*. Il est en effet difficile de fonder l'efficacité des *trusts* sur des éléments tels que l'indépendance, l'organisation et le financement de la gestion qui peuvent être atteints par d'autres techniques qui ne sont pas propres aux pays de *Common Law*. L'étude des *trusts* anglais qui vient d'être menée profite au juriste français en ce qu'elle l'incite à rechercher la valeur des biens de manière intuitive et à s'abstenir de la figer au moyen d'une définition abstraite destinée à produire un résultat déterminé à l'avance, nonobstant l'évolution de la situation des biens gérés.

L'étude des techniques fiduciaires suppose non seulement de s'intéresser aux *trusts* anglais mais également d'examiner la nouvelle fiducie.

Section II La nouvelle fiducie

240. À nouveau, les éléments permettant l'organisation (I) seront étudiés avant ceux permettant la direction (II).

Paragraphe I Les éléments permettant l'organisation

241. Le fiduciaire accomplit ses actions en vertu du contrat conclu avec le bénéficiaire et noue des relations avec les tiers qui interviennent dans le cadre de la gestion. Compte tenu de ceci, il faut distinguer les rapports entre le constituant et le fiduciaire (A) de ceux impliquant des tiers (B).

A Dans les rapports entre le constituant et le fiduciaire

242. Le pouvoir d'organisation du gestionnaire est encadré par la reddition des comptes (1), d'une part et l'isolement du patrimoine fiduciaire, d'autre part (2).

1/ L'organisation au moyen de la reddition des comptes

243. La fiducie est une technique originale qui repose sur un « patrimoine d'affectation » (a). Ceci a une incidence sur la reddition des comptes (b).

a) Une technique originale reposant sur un « patrimoine d'affectation »

244. Le nouvel article 2011 du Code civil énonce que « 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 tenants séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. » Mû par un désir d'exhaustivité dont l'expression témoigne, le législateur n'a pas distingué entre la fiducie employée à des fins de gestion de celle constituée à titre de garantie. Il n'en demeure pas moins que le constituant qui transfère ainsi ses biens doit indiquer la raison de cette dernière.⁴⁹³

L'article 2016 prévoit l'hypothèse dans laquelle le constituant est également le bénéficiaire. C'est dans ce cas de figure que le propriétaire peut confier la gestion de biens au fiduciaire afin d'en tirer profit.

Celle-ci est par ailleurs porteuse d'une grande originalité, à savoir son « patrimoine d'affectation ». Il était possible avant cette loi d'affecter une masse de biens à la réalisation d'un objectif précis. Cette possibilité existe toujours, le patrimoine d'une personne morale étant soumis au principe de spécialité et ayant vocation à permettre la réalisation de l'objet social. La nouveauté provient de la possibilité de séparer les biens, objets de la gestion, des biens du fiduciaire au sein de son patrimoine qui se trouve en quelque sorte « compartimenté ». Ce « compartiment » au sein du patrimoine du fiduciaire est un patrimoine « d'affectation ». Le fiduciaire se retrouve donc titulaire de deux patrimoines séparés. Une telle conception bouleverse la théorie de l'unité du patrimoine selon laquelle une personne ne peut être titulaire que d'un seul patrimoine. Cette originalité répond à un objectif de protection des biens gérés comme nous le verrons par la suite.

L'originalité consistant en un patrimoine d'affectation a une incidence sur la reddition des comptes.

⁴⁹³ Article 2018 6° du Code civil.

b) L'incidence de cette originalité sur la reddition de comptes

245. La fiducie offre de nombreux avantages de point de vue de l'organisation. En matière de comptes, l'article 12 de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, reproduit sous l'article 2011 du Code civil, précise que la gestion du fiduciaire doit faire l'objet d'une « comptabilité autonome⁴⁹⁴ ». Cette reddition des comptes convient tout à fait à l'organisation d'une gestion à titre habituel en ce qu'elle permet au bénéficiaire d'être informé de l'état de la situation mais également au fiduciaire de fixer de manière périodique l'état des comptes, de les faire approuver par le bénéficiaire et le cas échéant de connaître avec précision les points auxquels il convient de remédier ou sur lesquels il doit porter ses efforts dans l'avenir. L'avenir est par définition toujours incertain, il est primordial de connaître avec certitude l'état présent d'une situation afin de préparer son évolution. Jusqu'à présent, la reddition des comptes n'a été envisagée que comme le corollaire de la représentation qui implique que le représenté soit au courant de tous les actes qui lui ont été imputés. L'étude de la fiducie permet de s'apercevoir que l'obligation de rendre compte a également un intérêt en termes de gestion en dehors de toute référence à la représentation. Elle est fort utile car elle permet de connaître l'état des biens gérés à un instant donné. Le fait que l'ensemble des mouvements financiers soit retranscrit sur le compte de gestion n'a pas seulement un intérêt en termes d'imputation mais également parce qu'il permet de retranscrire en une forme figée et donc relativement facile à appréhender, le dynamisme de celle-ci et ainsi d'en envisager des évolutions possibles.

L'organisation ne repose pas seulement la reddition des comptes mais également sur l'isolement du patrimoine fiduciaire.

2/ L'organisation au moyen de l'isolement du patrimoine fiduciaire

246. Le rôle de l'isolement du patrimoine fiduciaire en matière d'organisation de la gestion (a) sera examiné avant son effet sur la procédure collective du constituant (b).

⁴⁹⁴ Article 2011 NOTA du Code civil : « les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome. »

a) Le rôle de l'isolement du patrimoine fiduciaire en matière d'organisation de la gestion

247. L'isolement du patrimoine permet au gestionnaire de surveiller et d'exécuter les obligations nécessaires à la gestion en ne se préoccupant que de la gestion des biens en fiducie. Il s'agit d'organisation car les créances qui ont été valablement contractées doivent être payées, nonobstant leur opportunité. En ce qui concerne les dettes du constituant, le principe de séparation des patrimoines interdit au créancier dont la créance n'aurait pas pour cause la conservation du patrimoine fiduciaire de saisir ce dernier.

Il est intéressant d'examiner l'effet de l'isolement du patrimoine fiduciaire sur la procédure collective du constituant.

b) L'effet de l'isolement du patrimoine fiduciaire sur la procédure collective du constituant

248. Antérieurement au 15 février 2009⁴⁹⁵, les organes de la procédure collective ne pouvaient demander la révocation du contrat afin que les biens réintégrassent le patrimoine du constituant débiteur et devinssent à nouveau saisissables⁴⁹⁶. Il convient d'ajouter que d'après l'article 2025, alinéa 1^{er} du Code civil, le droit de suite permet aux titulaires de sûretés publiées antérieurement à la constitution de la fiducie de saisir les biens grevés au sein du patrimoine fiduciaire. De même, la fiducie devait pouvoir être révoquée de plein droit si elle a été constituée durant la période suspecte. Depuis cette date, l'article L. 641-12-1 du Code de commerce prévoit que « Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire. »

L'organisation existe également dans les relations avec les tiers.

B Dans les rapports avec les tiers

249. Après avoir examiné la situation du constituant en procédure collective, il convient de s'intéresser à la protection du patrimoine objet de la fiducie (1) avant de voir que l'organisation est

⁴⁹⁵ Date de l'entrée en vigueur de l'article 106 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2009.

⁴⁹⁶ J.-Ph. Dom, « La fiducie-gestion et le contrat de société : Eléments de comparaison », *Revue des sociétés*, 2007, p. 481, n° 23.

également exercée par le fiduciaire grâce aux droits réels qu'il détient (2).

1/ La protection limitée du patrimoine fiduciaire à l'égard des procédures collectives

250. La fiducie permet de mettre le patrimoine fiduciaire à l'abri de toute procédure collective (a). Cette protection du patrimoine fiduciaire s'avère limitée en pratique (b).

a) La protection du patrimoine fiduciaire à l'égard des procédures collectives

251. Nonobstant l'hypothèse prévue à l'article L. 641-12-1 précité du Code de commerce, l'article 2024 du Code civil énonce que les dettes du patrimoine fiduciaire ne pourront faire l'objet d'aucune procédure collective. Le passif est celui qui est né de la gestion. L'isolement du patrimoine fiduciaire et le fait que seuls les créanciers ayant participé à sa conservation⁴⁹⁷ aient un droit sur ce dernier corroborent cette analyse. Néanmoins, la possibilité d'une opération de défaisance ou *defeasance*⁴⁹⁸ par le biais du patrimoine fiduciaire est très discutée⁴⁹⁹. Puisque le patrimoine fiduciaire ne peut être l'objet d'aucune procédure collective, son passif est supporté par le constituant sauf stipulation contraire, ainsi que le prévoit l'article 2025 du Code civil. Le constituant se trouve plus exposé de ce point de vue que ne l'est l'associé d'une société⁵⁰⁰. En effet, certaines sociétés disposent de la personnalité morale et d'un patrimoine propre qui répond des dettes sociales avant l'associé dont la responsabilité est parfois limitée à son apport. Le constituant peut donc avoir tout intérêt à ce que figure dans le contrat de fiducie une clause précisant que son patrimoine ne peut répondre des dettes fiduciaires. Ceci est particulièrement recommandé dans l'hypothèse de la gestion où, comme il a été dit précédemment, le gestionnaire jouit d'une certaine autonomie.

Cette protection s'avère cependant très limitée en pratique.

497 Ce qui n'est pas sans rappeler la situation des créanciers de l'indivision. V. Art. 815-17, alinéa 1^{er}, du Code civil.

498 Transfert d'un passif autonome.

499 V. par exemple, X. de Roux, Rapp. n° 3655, Assemblée Nationale, 2007, p. 33

500 J.-Ph. Dom, « La fiducie-gestion et le contrat de société : Eléments de comparaison », *Revue des sociétés*, 2007, p. 481, n° 22.

b) Une protection très limitée du patrimoine fiduciaire

252. Le bénéficiaire, constituant de la fiducie, ne souhaitant pas assumer les risques d'une mauvaise gestion préférera préserver son patrimoine des créanciers de la fiducie. Ceci est d'autant plus vrai que l'isolement du patrimoine fiduciaire peut laisser penser que le constituant qui confie les biens à gérer en fiducie ne se verra pas poursuivi au-delà du patrimoine fiduciaire. C'est peut-être même l'une des raisons pour lesquelles on aurait pu juger que la fiducie était un mode de gestion opportun et adapté à cette situation. Pourtant, une lecture attentive des textes montre qu'il n'en est rien. L'article 2025, alinéa 3, du Code civil instaure la faculté d'isoler complètement le patrimoine d'affectation en empêchant toutes poursuites des créanciers de la fiducie sur le patrimoine du constituant⁵⁰¹. Ces derniers doivent cependant accepter de limiter leur recours au seul patrimoine fiduciaire afin qu'une telle clause leur soit opposable.

Après l'isolement du patrimoine fiduciaire, il convient d'étudier l'organisation au moyen des prérogatives accordées au fiduciaire.

2/ L'organisation au moyen des prérogatives accordées au fiduciaire

253. Il est intéressant de voir que la gestion de biens dans le cadre de la fiducie n'est pas fondée sur la gravité des actes accomplis (a). Ceci montre l'importance de l'organisation (b).

a) Une gestion non fondée sur la gravité des actes accomplis

254. Il apparaît que l'organisation de la gestion est rendue possible par les pouvoirs étendus que le fiduciaire tient de la propriété des biens qu'il gère et qu'il ne saurait voir sa gestion troublée ni par le constituant, ni par les tiers, du moins lorsque ceux-ci ont accepté de ne pas poursuivre le constituant sur le patrimoine fiduciaire. Il est intéressant de relever ici que les pouvoirs du gestionnaire liés à la qualité de propriétaire des biens en fiducie lui permettent d'accomplir les actes nécessaires à l'organisation et ont pour effet de rendre indifférente la distinction qui marque le droit positif de la gestion de patrimoine, à savoir la trilogie que représentent les actes de disposition, d'administration et de conservation.

501 L. Aynès, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 261, n° 10.

L'absence de recours à cette classification traditionnelle fondée sur la gravité de l'acte accroît l'importance de l'organisation.

b) L'importance de l'organisation de la gestion

255. On pourrait ici estimer que la distinction entre l'organisation et la direction n'apparaît pas nettement dans le cadre de la fiducie. Il n'y a rien d'étonnant à cela puisque le fiduciaire comme tout propriétaire dispose à la fois de l'organisation et de la direction. Si un individu gère seul un patrimoine, la distinction entre organisation et direction présente peu d'intérêt en pratique. Elle devient utile dans le cas de la gestion pour autrui. Elle permet d'une part au bénéficiaire de prendre connaissance des actes qui ont été accomplis nonobstant leur opportunité tels que le paiement d'une créance née d'un rapport d'obligations valable. Elle a l'avantage d'obliger le gestionnaire à rechercher l'intérêt du bénéficiaire lorsqu'il apprécie l'opportunité d'accomplir une action puisqu'il devra motiver ses décisions sur ce point. La reddition de compte et le règlement du passif dont il a été question précédemment relèvent de l'organisation de la gestion de sorte qu'il est pertinent d'évoquer l'organisation dans le cadre de la fiducie. Ceci permet en outre de rapprocher la fiducie de cette autre technique fiduciaire étudiée précédemment qu'est le fidéicommiss. La propriété a ici une portée téléologique en ce qu'elle permet d'apprécier la nature d'un acte non en jugeant de sa gravité mais à la lumière des objectifs de la gestion. Ceci permet plus de souplesse dans le cadre de celle-ci.

256. Au cours de ce paragraphe, il a été montré que la fiducie permettait l'organisation de la gestion au moyen notamment de la reddition de compte. L'organisation est utile car cette technique ne repose ni sur la représentation ni sur la gravité. Il va maintenant être vu que la fiducie rend également possible la direction de la gestion.

Paragraphe II Les éléments permettant la direction

257. Au cours de l'introduction générale, il a été vu que le droit de propriété permettait au propriétaire des biens de diriger la gestion, autrement dit d'apprécier l'opportunité d'une action. Ceci est vrai dans le cas de la fiducie qui repose sur un transfert de propriété (A). Cependant, la direction est entravée (B).

A Le transfert de propriété en vue de la direction

258. La fiducie repose sur un transfert de propriété (1) mais la direction de la gestion est

indéterminée (2).

1/ La nature du transfert des biens en fiducie

259. L'analyse des articles 2011 et suivants du Code civil conduit à considérer que le transfert en fiducie est un transfert de propriété. Les doutes fondés sur le texte dudit article (a) et liés aux limites du droit de propriété du fiduciaire (b) doivent être dissipés.

a) Le transfert de propriété au vu de l'article 2011 du Code civil

260. La direction est permise par la propriété des biens en fiducie. Cependant, en droit positif, un point de vue minoritaire en doctrine refuse de voir dans l'opération de fiducie un transfert de propriété. M. Rémy Libchaber s'y oppose pour plusieurs raisons.⁵⁰² Selon lui l'article 2011 précité n'y fait pas référence.⁵⁰³ Pourtant, un transfert « de biens, de droits et de sûretés » comprend le transfert du droit de propriété et des biens sur lesquels il porte. Suite à une réforme de l'article 2372-1 du Code civil adoptée en 2010, la fiducie-surété est expressément considérée comme une sorte de propriété cédée à titre de garantie.⁵⁰⁴ L'auteur relève à juste titre que la formulation de l'article 2011 est révélatrice d'une certaine gêne du législateur. Il ne semble toutefois pas que celle-ci soit causée par le transfert du droit de propriété en lui-même. Le problème provient à notre avis du fait que le législateur semble vouloir introduire les *trusts* anglo-saxons à tout prix en les travestissant en une forme de propriété que ni les Anglais, ni les Romains ne connaissent. Cette témérité est vouée à l'échec. Le Conseil constitutionnel a censuré un cavalier législatif introduisant la notion de « propriété fiduciaire ». Comme le soulignent MM. Aynès et Crocq, une telle modification risquerait d'introduire deux propriétés différentes alors que le droit français n'en connaît qu'une, la propriété absolue⁵⁰⁵ et exclusive héritée du droit romain.⁵⁰⁶ Le phénomène de propriété fiduciaire est certes connu du droit positif mais il ne s'agit là que d'un des usages de la propriété qui peut, comme il a été indiqué, être utilisée dans un but restrictif. Nous regrettons cet

502 En ce sens, confer également B. Mallet-Bricout, « Le fiduciaire propriétaire ? », *J.C.P. E*, 2010, n° 8, p. 13 et ss.

503 R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie I) », *Repertoire du Notariat Deffrénois*, 2007, n° 15, p. 1094, n° 8.

504 M. Bouteille, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *Lamy Droit Civil*, 2010, n° 74, p. 66.

505 Il convient ici d'éviter une méprise. Le terme « absolu » n'est pas selon nous synonyme d'« illimité ». Il signifie qu'un tiers ne peut pas définir les prérogatives du propriétaire, d'une part et que le droit de celui ne peut être fragmenté. Certains auteurs parlent d'un droit autonome et indivisible. Confer par exemple G.L. Gretton, « Trusts without Equity », 49 *The International and Comparative Law Quarterly* 599 (2000), p. 603 et suivante.

506 L. Aynès, P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.*, 2009, p. 2559, n° 4 *in fine* et 9. En sens, confer également B. Mallet-Bricout, « Le fiduciaire propriétaire ? », *J.C.P. E*, 2010, n° 8, p. 13, n° 16 et suivants.

acharnement à porter atteinte aux fondements mêmes du droit français dans le but de faire une place à une chimère juridique qui ne ressemble en rien aux *trusts* comme nous l'avons démontré. De plus, un tel transfert de propriété serait difficile à concevoir puisque le droit français ne connaît que le transfert à titre gratuit, caractérisé par une intention libérale, où le transfert à titre onéreux. Or, selon l'auteur, il ne s'agit ni de l'un ni de l'autre⁵⁰⁷ mais d'une propriété ayant pour seul objectif la gestion. Il existe pourtant en droit positif des formes de cession de propriété à titre de garantie, notamment la cession de créances professionnelles par « bordereau Dailly ». La cession de créance civile à titre de garantie sur le fondement du droit commun est, quant à elle, pour l'instant, compromise par un arrêt rendu le 19 décembre 2006 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. La Haute juridiction n'admet la cession de créance civile que lorsqu'elle repose sur un texte spécial ; en l'absence de fondement spécifique, une telle cession est requalifiée en nantissement.⁵⁰⁸ Toutefois, cette restriction n'existe qu'en raison de cette décision prétorienne, la fiducie n'entraîne donc aucune révolution de ce point de vue.

Il convient maintenant d'examiner le droit de propriété du fiduciaire au vu de ses limites.

b) Le droit de propriété du fiduciaire au vu de ses limites

261. L'argument selon lequel le droit de propriété, tel qu'il aurait été entendu par les Romains, s'oppose par nature à ce que l'on restreigne la propriété à un objectif déterminé n'est pas convaincant. Nous nous sommes toujours montrés très réservés quant à l'usage du terme « propriété » lorsqu'il était question de droit romain en raison du contenu de cette notion. Il semble que ce terme soit à manier avec la plus grande prudence. L'expression « *plena in re potestas* » employée par M. Libchaber renvoie au pouvoir absolu du « propriétaire » sur la chose. En partant de cette formule latine, l'auteur arrive à l'affirmation selon laquelle le droit de propriété n'est pas concevable lorsqu'il s'exerce dans un but précis⁵⁰⁹. Pourtant, si telle avait été la volonté des Romains au regard de l'essence du droit de propriété, comment alors expliquer l'existence de la *fiducia cum creditore* qui vise, précisément, à transmettre la propriété d'un bien à un créancier en garantie d'une créance ? Dans ce cas de figure, il y a bien eu un transfert de propriété, le créancier est devenu propriétaire. En droit positif, la propriété est une garantie très recherchée, notamment à travers la cession de

507 R. Libchaber, *opus cité supra*, n° 21.

508 pourvoi n° 05-16.395 Confer l'explication et la défense de cette position : Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2006,. Le passage est accessible sur le site Internet de celle-ci à l'adresse suivante : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/quatrieme_partie_juri_sprudence_cour_2293/activites_economiques_commerciales_financieres_2307/droit_bancaire_10027.html .

509 R. Libchaber, *opus cité supra*, n° 20.

créances, le crédit-bail et bien sûr, la clause de réserve de propriété. Il est difficile d'admettre que les créanciers qui en bénéficient useront de leur droit autrement que dans le but de voir leur créance efficacement garantie.

Enfin, la limitation de la durée de l'opération de fiducie à quatre-vingt-dix-neuf ans, prévue par l'article 2018, deuxièmement, du Code civil, n'est pas non plus incompatible avec le droit de propriété qui, bien qu'absolu, n'est pas nécessairement illimité dans le temps. M. Dom⁵¹⁰ rappelle que l'existence de certaines personnes morales constituées en tant que sociétés est également limitée à une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans prorogable. Lors de l'apport, il y a transfert de biens, parfois en pleine propriété, à la société en question. Pour toutes ces raisons, il apparaît que la fiducie repose sur un transfert de propriété.

La fiducie n'est donc pas un élément perturbateur qui viendrait porter atteinte à l'essence même du droit de propriété qui est celui de disposer et de jouir de la façon la plus absolue, comme le veut l'article 544 du Code civil. D'autres mécanismes de ce type existaient avant l'introduction de la fiducie des articles 2011 et suivants du Code civil. La propriété pouvait déjà auparavant être retenue à titre de garantie, c'est-à-dire dans un but restrictif. Le fidéicommiss qui a été étudié plus haut est quant à lui un exemple de propriété utilisée à des fins de transmission de patrimoine.⁵¹¹

Afin d'être efficace, la direction de la gestion doit être déterminée selon des critères connus des parties à l'avance. La fiducie n'a pas été pensée de cette façon.

2/ Une direction indéterminée de la gestion du patrimoine fiduciaire

262. Comme elle repose sur la propriété, la fiducie permet également d'orienter la gestion (a). Cette orientation n'est cependant pas déterminée en fonction de l'intérêt du bénéficiaire (b).

a) L'orientation de la gestion

263. Ces débats autour de la notion de propriété fiduciaire ainsi que les expériences législatives les plus hasardeuses montrent bien que cette propriété n'est en réalité conçue que dans le but d'accroître les pouvoirs du gestionnaire afin qu'il puisse accomplir des actes réputés graves et

510 J.-Ph. Dom, « La fiducie-gestion et le contrat de société : Eléments de comparaison », *Revue des sociétés*, 2007, p. 481, n° 17.

511 Confer M. Bouteille, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *Lamy Droit Civil*, 2010, n° 74, p. 65. L'auteur cite d'autres exemples de propriété utilisée dans un but restrictif.

apprécier souverainement de l'opportunité d'accomplir un acte, comme le ferait un propriétaire. Le terme de direction de la gestion n'est pas excessif dans la mesure où, d'après les articles consacrés à la fiducie, la gestion doit poursuivre un but précis. C'est bien la marque du caractère téléologique de la gestion. Le législateur semble avoir accordé le droit de propriété à défaut de rechercher une autre solution. On constate une fois encore que le droit positif balance toujours entre technique fiduciaire et représentation. La distinction entre organisation et direction permet de mieux comprendre les difficultés que soulève la gestion de biens à titre habituel. On sait désormais qu'une technique qui y est destinée doit reposer à la fois sur l'organisation et la direction de la gestion.

Cette distinction éclaire également certains aspects de la fiducie dont l'impact sur la gestion n'a pas été relevé jusqu'à présent.

La fiducie repose sur l'organisation et la direction. Cette dernière n'est toutefois pas définie selon des critères déterminés, ce qui rend la fiducie inadaptée à la gestion à titre habituel.

b) Une direction indéterminée

264. La gestion à titre habituel se conçoit dans la durée et il est impossible de prévoir l'évolution des circonstances. Il faut cependant la prendre en compte afin de faire face aux difficultés que l'on rencontre et tirer profit des opportunités qui se présentent. Le bénéficiaire doit pouvoir s'assurer que le gestionnaire développe la valeur des biens conformément au contrat de valorisation tout au long de la gestion. Il est de ce fait utile de décrire la manière dont devra être appréciée l'opportunité d'une action au regard de l'intérêt du bénéficiaire. C'est sur ce principe que repose notamment le contrat de société. À défaut de pouvoir la définir de manière abstraite et suffisamment précise au stade de la rédaction du contrat, les parties déterminent les règles selon lesquelles les organes sociaux décideront des actions à accomplir et de leur influence sur la responsabilité des associés. Cette procédure permet de définir la façon dont l'opportunité des actions de la société sera appréciée. Le droit des *trusts* permet une organisation comparable à celle d'une société mais offre surtout l'avantage de l'appréciation de la conformité d'une action à l'intérêt du bénéficiaire en s'appuyant sur une analyse intuitive des faits. Il a été vu que cette dernière était le principal intérêt des *trusts* et non la création d'un patrimoine spécial qui n'existe pas en droit anglais. Le droit romain du mandat traite également de l'intérêt du mandant comme il sera vu ultérieurement. En s'obstinant à créer un « patrimoine d'affectation », le droit français a non seulement omis un aspect important de la gestion de biens pour autrui mais a aussi entravé la direction.

Après avoir montré que le fiduciaire était propriétaire des biens en fiducie et que ceci lui

permettait d'assurer la direction de la gestion, il convient de voir que celle-ci est entravée par une trop grande rigidité.

B Une trop grande rigidité entravant la direction

265. Cette rigidité s'explique par des différences avec le contrat de société (1) ainsi que par une lourdeur administrative propre à la fiducie (2).

1/ Une comparaison entre contrat de société et fiducie

266. Afin de s'apercevoir de la rigidité, il convient de comparer la fiducie au contrat de société. Le premier inconvénient que l'on remarque est l'impossibilité pour le constituant de choisir librement le fiduciaire (a), le second est la nécessité pour le fiduciaire de mentionner sa qualité de fiduciaire (b).

a) L'impossibilité pour le constituant de choisir librement le fiduciaire

267. La gestion de patrimoine doit prendre en compte les souhaits du propriétaire. De ce fait, il devrait être en mesure de confier la gestion de son patrimoine à la personne qu'il juge la plus apte à gérer ses biens de la même façon que l'associé s'entoure de personnes dont il pense qu'elles seront utiles au développement de la société.

Le constituant n'a pourtant pas la possibilité de choisir librement le fiduciaire malgré une récente modification du régime de cette institution. L'article 2014 abrogé par la réforme du 1^{er} février 2009 prévoyait de limiter la qualité de fiduciaire aux seules personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés. L'article 2015, alinéa 2 prévoit désormais que l'avocat peut être fiduciaire. Le Conseil National des Barreaux préconise une spécialisation en matière de gestion fiduciaire. Il reste deux interrogations relatives, d'une part, à la nécessité pour l'avocat d'avoir suivi une spécialisation afin d'être fiduciaire et à sa responsabilité, d'autre part. Ce dernier point est pourtant d'une grande importance puisque la gestion de patrimoine suppose des compétences en matière de gestion. Or, un avocat n'est pas forcément un bon gestionnaire.⁵¹² L'avocat fiduciaire engagera-t-il sa responsabilité du fait de l'opportunité de la gestion ou seulement de sa légalité ? La question reste posée.⁵¹³

L'extension de la qualité de fiduciaire à la profession d'avocat ne permet pas un réel choix du

⁵¹² La récente volonté du CNB. d'instaurer une formation spécifique à l'avocat fiduciaire en est une preuve.

⁵¹³ J.-J. Uetwiller, « Avocat et fiducie », *Droit et patrimoine*, n° 179, p. 28.

fiduciaire, paramètre que la loi ne prend pas en considération. La fiducie a été pensée en vue de servir à la gestion d'actifs de société par des sociétés fiduciaires professionnelles. En tant que telle, elle n'a pas sa place dans le Code civil. L'augmentation récente du nombre de fiducies confirme cette analyse. Cette technique est utilisée seulement dans des cas particuliers.⁵¹⁴

Il convient d'étudier maintenant le second inconvénient de la fiducie par rapport à la société.

b) La nécessité pour le fiduciaire de mentionner qu'il agit en qualité de fiduciaire

268. Le second inconvénient de la fiducie par rapport au contrat de société provient de la nécessité pour le fiduciaire de mentionner qu'il agit en qualité de fiduciaire⁵¹⁵. Le commissionnaire agit en tant que tel pour le compte du commettant. L'associé d'une société n'a en revanche pas pour obligation de révéler sa qualité d'associé. L'associé d'une société en participation peut agir en son nom propre à l'égard des tiers⁵¹⁶. Cette faculté est d'ailleurs très appréciée lorsqu'une affaire demande une discrétion particulière. L'obligation de mentionner la qualité du fiduciaire n'est pas sans conséquences sur les pouvoirs de ce dernier à l'égard des tiers puisque l'article 2023 du Code civil introduit une présomption destinée à protéger ceux-ci en admettant que le fiduciaire a agi en ayant « les pouvoirs les plus étendus ». Il est également possible d'atteindre ce résultat sans recourir à la mention de la qualité de gestionnaire. En effet, une société est engagée à l'égard des tiers alors même que l'acte accompli par un associé ne répondrait pas à l'objet social. Il appartient à la personne morale dont la responsabilité est engagée de prouver que les tiers avaient connaissance de ce dernier. Cependant, certains auteurs soulignent que la publicité des limitations de pouvoirs du fiduciaire devrait suffire à prouver que les tiers en avaient connaissance.⁵¹⁷ Du fait de l'absence de personnalité morale de la fiducie, la responsabilité personnelle du fiduciaire peut être engagée sans qu'il y ait besoin de prouver de faute détachable de ses fonctions, contrairement à la condition de l'associé d'une société.

269. À l'égard du constituant, le fiduciaire engage sa responsabilité dans les conditions prévues

514 Confer au sujet du nombre de fiducies M. Dubertret, « Introduction » in *La fiducie en action : Actes du colloque*, Paris Europlace et Caisse des Dépôts, 2012, p. 11 et ss. Disponible sur le site de la Caisse des Dépôts à l'adresse suivante :

<http://www.caissedesdepots.fr/actualites/toutes-les-actualites/toutes-les-actualites-hors-menu/la-fiducie-en-action-l-es-actes-du-colloque-en-ligne.html> . Confer par ailleurs les cas de figure étudiés lors du colloque.

515 Article 2021 du Code civil.

516 Article 1871, alinéa 1^{er}, du Code civil : « A l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. »

517 J.-Ph. Dom, « La fiducie-gestion et le contrat de société : Eléments de comparaison », *Revue des sociétés*, 2007, p. 481, n° 34.

par le contrat de fiducie. Il est à noter que selon l'article 2027 du Code civil, le constituant ne peut révoquer le contrat de fiducie, il ne peut que remplacer le fiduciaire en demandant en justice la désignation d'un « fiduciaire *ad hoc* » à la manière de ce qu'il est possible de faire lors de troubles survenus au sein d'une société.⁵¹⁸ Malgré quelques similitudes avec le contrat de société, la fiducie est une institution très singulière.

Elle est marquée par une rigidité excessive.

2/ La rigidité liée à lourdeur administrative de la fiducie

270. Cette rigidité se manifeste lors de la constitution de la fiducie (a) et de sa modification (b).

a) La rigidité lors de la constitution de la fiducie

271. Selon l'article 2019 du Code civil, tous les éléments doivent être publiés au plus tard un mois après la constitution de l'opération. Ce registre est établi selon des modalités fixées par un décret pris en Conseil d'État. La peur du législateur transparaît dans les termes de la loi puisque cette publication présente en elle-même une certaine originalité.

En droit positif, les registres mentionnant le statut d'un bien ou d'un patrimoine sont en général tenus à la disposition des personnes intéressées par le greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle l'une des parties à son siège où son domicile. Il en est ainsi, par exemple, du gage sans dépossession⁵¹⁹ ou du jugement d'ouverture d'une procédure collective⁵²⁰. Tous les deux étant inscrits au registre du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le domicile ou le siège du débiteur. Le gage de véhicule automobile fait l'objet, quant à lui, d'une publicité dont les formalités sont similaires à celles du gage sans dépossession⁵²¹, de même que les sûretés grevant les bâtiments flottants⁵²² et aéronefs sont publiées sur un registre spécial tenu par l'administration qui a pour mission de traiter de toutes les questions relatives à ce genre de biens. Cette répartition s'explique par la nature particulière des biens en question. La fiducie-gestion n'a cependant pas vocation à recueillir des actifs particuliers. Elle est conclue entre un constituant au moins et un fiduciaire. Les personnes intéressées seraient donc davantage les créanciers que l'administration fiscale qui

518 J.-Ph. Dom, *cité supra*, n° 33.

519 Art. premier du Décret n° 2006-1804. Compétence est donnée au greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le lieu d'immatriculation, à défaut, au lieu du domicile ou du siège.

520 Compétence est donnée au tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège du débiteur. R. 621-8 C. Com.

521 Articles 2351 et suivants du Code civil.

522 Décret n° 67-967 du 27 octobre 1967, Art. 15 : « L'hypothèque est rendue publique par l'inscription sur un registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques maritimes dans la circonscription duquel le navire est en construction ou dans laquelle le navire est inscrit, s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation. »

n'intervient pas à proprement parler dans l'opération. La situation de ce registre ne peut donc s'expliquer que par la volonté accrue de celle-ci de contrôler un mécanisme dont elle se défie.

L'assujettissement obligatoire du constituant et, jusqu'à récemment, du fiduciaire à l'impôt sur les sociétés corrobore cette affirmation. S'il faut que le loup entre dans la bergerie, autant garder un œil sur lui. La volonté de lutter contre toute nouvelle méthode qui permettrait d'échapper à l'impôt a même conduit à l'interdiction d'une technique de gestion fiduciaire de patrimoine, à savoir la fiducie-libéralité. Pourtant, cette dernière n'est pas dépourvue d'intérêt. Elle pourrait servir de cadre à la transmission d'un patrimoine à la manière de la société d'acquêts qui, en offrant une grande souplesse, s'adapte aux situations les plus diverses. Une personne pourrait de cette manière organiser par avance la transmission de tout un patrimoine sans recourir à une société. Ainsi le constituant placerait-il un ensemble de biens en fiducie, à l'abri des créanciers extérieurs à l'opération elle-même. Le fiduciaire valoriserait alors ce patrimoine en le gérant, avant de le transmettre à un tiers. Il s'agirait là d'une autre technique de gestion du patrimoine par le biais de la fiducie. De ce fait, même si cette dernière ne répond pas à la définition stricte de la fiducie-gestion selon laquelle le constituant est également le bénéficiaire, il paraissait intéressant d'évoquer brièvement cette gestion fiduciaire mue par une intention libérale. Le manque de souplesse de la fiducie ne se caractérise pas seulement par le caractère restreint de son champ d'application.

Il convient maintenant d'examiner la rigidité lors de la modification de la fiducie.

b) La difficulté liée à la modification du contrat

272. La modification du contrat n'est pas expressément prévue par le Code civil qui se contente d'y faire allusion de manière indirecte. L'article 2019 évoque la possibilité d'enregistrer les avenants au contrat de fiducie. L'article 2028 évoque quant à lui plus directement la modification en précisant que cette dernière ne peut intervenir sans l'accord du bénéficiaire. Ces dispositions quelque peu lacunaires amènent à penser que la modification du contrat est soumise aux mêmes règles que sa constitution. L'extrême formalisme de la fiducie se retrouve donc ici. Le législateur semble ne pas vouloir que la gestion puisse être facilement adaptée aux circonstances. La peur de l'évasion fiscale produit les mêmes effets sur le contrat de fiducie au moment de sa constitution qu'au moment de sa modification.⁵²³ Le terme « fiducie » renvoie pourtant à la confiance. Il faut croire que celle-ci ne règne qu'entre les parties et n'a pas sa place dans les relations avec l'administration fiscale. Cette rigidité propre au contrat de fiducie ne se retrouve pas dans d'autres formes de gestion, notamment

⁵²³ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie I) », *Répertoire du Notariat Défrénois*, 2007, n° 15, p. 1094, n° 13.

lorsqu'il s'agit de gérer une affaire par le biais d'une société. L'objet social est souvent présent sous trois aspects. Ce dernier est d'abord défini, puis il est précisé que les opérations connexes, directement ou indirectement liées à celui-ci, sont de la compétence de la société. Enfin, les statuts octroient souvent une grande marge de manœuvre en permettant d'entreprendre toute activité répondant à un objet social similaire dans le but de favoriser le développement de la société.⁵²⁴

273. Deux conceptions différentes du patrimoine semblent se dessiner à travers la comparaison de la fiducie et du contrat de société. Le premier de ces contrats adopte un point de vue figé de cette notion tandis que le second opte pour une approche résolument dynamique. La rigidité du patrimoine fiduciaire ne permet pas au fiduciaire de le modifier facilement. L'objet du contrat de fiducie n'est pas très accueillant étant donné qu'il n'a pour but que la gestion du patrimoine défini dans toutes ses composantes et que le formalisme obère chacune de ses évolutions. La société, au contraire, se doit de saisir toutes les opportunités et agir rapidement. Ce souci d'efficacité au détriment d'une certaine protection se retrouve lorsque celle-ci est engagée à l'égard des tiers alors que l'associé a outrepassé l'objet social. Cette solution n'est guère surprenante lorsque l'on sait que les relations d'affaires ont pour objet de faciliter les échanges et la circulation des biens en garantissant un haut degré de sécurité juridique aux contractants.

Le fait que le patrimoine soit figé au moment de la constitution de la fiducie semble en contradiction avec la volonté affichée de permettre une gestion sans représentation. La comparaison avec la société révèle cette antilogie. Les associés gèrent le patrimoine social dans le but de mener une activité sur la durée. Ces derniers donnent à la société les moyens de son développement. Si l'apport en société est inopportun au vu de l'objectif poursuivi, l'apporteur peut voir sa responsabilité engagée⁵²⁵. Les apports sont nécessaires en ce qu'ils permettent l'engagement des associés dans une entreprise commune définie par les statuts. Ils ne peuvent être dissociés de la volonté d'entreprendre. Quand bien même le risque pesant sur les associés serait faible, la personne morale n'existant par exemple que pour transmettre des biens, le capital social fait partie du paquetage nécessaire à l'aventure. Il permet de faire face à ce qui pourrait advenir et contribue ainsi à la survie de la société. La conception du patrimoine fiduciaire est tout autre. Certes, le fiduciaire peut gérer et est présumé disposer de pouvoirs étendus à l'égard des tiers. Toutefois, le patrimoine fiduciaire n'a pas pour fonction de permettre la gestion, il en est l'objet. À première vue, ceci semble justifié dans la mesure où celui qui doit gérer des biens devrait *a fortiori* les conserver. Pourtant, l'activité de conservation n'a d'intérêt en matière de gestion que si elle permet la valorisation du

524 J.-Ph. Dom, « La fiducie-gestion et le contrat de société : Eléments de comparaison », *Revue des sociétés*, 2007, p. 481, n° 26.

525 Rouen, 20 octobre 1883.

patrimoine. Or, la valeur de celui-ci ne se limite pas à la nature et à la qualité des biens qui le constituent, de sorte qu'il est possible de modifier la composition d'un patrimoine sans en modifier ou en diminuer la valeur. Le propriétaire exerce son droit exclusif sur l'ensemble de ses biens. Il le gère comme il l'entend. Peu lui importe que telle ou telle chose soit cédée par le gestionnaire pourvu que la valeur de son patrimoine en soit augmentée. La valorisation d'un patrimoine a une portée différente de la conservation des éléments qui le composent. Il est de ce fait regrettable que le patrimoine fiduciaire soit considéré comme un ensemble déterminé de biens et non comme une valeur susceptible d'évoluer en fonction du temps et des intérêts du propriétaire. Le fonds de commerce qui regroupe des biens tant matériels qu'immatériels est au contraire considéré comme un élément de l'activité commerciale, seule créatrice de valeur. Le formalisme de la fiducie risque d'entraver la gestion et de restreindre de fait la marge de manœuvre du fiduciaire. Cette rigidité serait grandement atténuée, si la loi permettait au fiduciaire avec l'accord du constituant, de restituer les biens en valeur.

En outre, lors de toute modification du contrat de fiducie, le constituant doit être consulté. Ceci peut encore une fois sembler logique du point de vue du droit commun des contrats. Cependant, l'absence de représentation dans le cadre de la fiducie devrait permettre au gestionnaire d'adapter sa gestion en fonction des circonstances. Agissant en son nom propre, il assumerait la responsabilité de ses actes vis-à-vis du bénéficiaire. L'article 2028 du Code civil ne le permet pas. Ceci implique que les parties doivent être très vigilantes au moment de la rédaction du contrat de fiducie, car si les circonstances changent, une modification du contrat peut être nécessaire. En cas de tension entre les parties, celle-ci risque d'être difficile à obtenir. Le patrimoine fiduciaire peut de ce fait être particulièrement exposé aux changements. En cas de crise, il faudra donc recourir à la nomination d'un « fiduciaire *ad hoc* ». Le constituant qui aura transféré la propriété en fiducie peut se trouver désemparé dans ce cas de figure.

La présence du constituant lors de la modification de la convention entrave la gestion dans la mesure où, même lorsque les parties s'entendent bien, le constituant doit donner son accord. Il doit de ce fait apprécier l'opportunité d'une modification dont il ne saisit peut-être pas la portée. En effet, le propriétaire ne gère pas lui-même son patrimoine et a fait appel à quelqu'un dans le but de le laisser décider pour lui, le bénéficiaire de la gestion, incompetent en la matière. L'intérêt de l'absence de représentation réside dans le fait que le constituant ne s'engage qu'*a posteriori*. Or, si le fiduciaire se trouve dans l'obligation d'accomplir un acte qui n'est pas prévu par le contrat de fiducie, il lui faudra tenter de convaincre le constituant de procéder à la modification du contrat en donnant son accord. Ceci contribue à restreindre une fois de plus la marge de manœuvre du fiduciaire. À ce sujet, il est intéressant de noter que si le bénéficiaire consent à la modification, le

fiduciaire peut être considéré comme un mandataire. Ainsi sa responsabilité ne pourra-t-elle pas être recherchée lorsqu'il aura agi dans le cadre du mandat. Cette fiducie d'un nouveau genre semble déroutante à plus d'un titre. Le transfert de propriété dont les inconvénients ont déjà été évoqués semblait se justifier par l'indépendance très grande du gestionnaire. Puisqu'elle a pour but de conférer plus de liberté au fiduciaire en lui permettant de gérer le patrimoine plus efficacement, il est possible de s'en accommoder. De surcroît, étant donné que le fiduciaire est indépendant, le bénéficiaire n'a en théorie aucun risque de voir sa responsabilité engagée du fait des actes de gestion. Au premier abord, le régime du mandat semble bel et bien écarté. Pourtant, comme nous venons de le voir, il n'en est rien. Ce dernier réapparaît là où l'on s'y attend le moins, rendant la fiducie plus étrange encore. Loin de permettre l'acclimatation des *trusts* anglo-saxons, la fiducie des articles 2011 et suivants du Code civil souligne la grande différence entre deux cultures juridiques, celle héritée du droit romain et celle des pays de *Common Law*.

274. Au cours de ce paragraphe, il a montré que la propriété des biens en fiducie permettait au fiduciaire d'exercer la direction de la gestion. Celle-ci n'est cependant pas déterminée par le contrat de fiducie de sorte que le fiduciaire ne peut pas aisément adapter sa gestion aux circonstances imprévues lors de la conclusion du contrat difficilement modifiable par la suite. La fiducie ne peut encadrer la gestion à titre habituel qui impose au gestionnaire de concevoir la gestion dans la durée afin de valoriser le patrimoine tenant compte des circonstances présentes et difficilement prévisibles.

275. La présente section consacrée à la fiducie montre qu'il est possible de gérer un patrimoine sans avoir recours ni à la représentation, ni à la distinction entre acte de disposition, d'administration et de conservation. La fiducie permet l'organisation et la direction de la gestion par le biais du transfert de propriété des biens gérés. Cette technique est rigide et repose sur une direction indéterminée de la gestion, ce qui n'aide pas à apprécier aisément l'opportunité d'une action du fiduciaire. La fiducie est donc inadaptée à la gestion de biens à titre habituel qui exige de faire face à des circonstances imprévues en analysant l'opportunité d'une manière qui soit déterminée à l'avance.

Conclusion du Chapitre I

276. À l'issue de ce chapitre consacré aux techniques fiduciaires, il apparaît que le droit des *trusts* anglais ne connaît pas de patrimoine et que le principal avantage de cette technique réside dans l'appréciation de l'opportunité d'une action au regard de la situation concrète des biens gérés. Cette recherche de l'intérêt du bénéficiaire tout au long de la gestion est totalement absente de la fiducie qui repose sur un transfert de propriété et qui s'avère extrêmement rigide. Les *trusts* quant à eux reposent sur analyse intuitive des faits qui ne correspond pas à notre culture juridique héritée du droit romain. Les autres éléments intéressants de cette technique que sont l'indépendance du gestionnaire, l'organisation et le financement de la gestion peuvent être atteints grâce à l'utilisation de techniques non spécifiques aux pays de *Common Law*. Les techniques fiduciaires doivent être écartées.

En droit français, les techniques de gestion entre vifs capables sont de près ou de loin liées soit à la fiducie, soit au mandat. Compte tenu de ce qui précède, il convient de s'intéresser aux techniques qui se définissent par rapport au mandat.

Chapitre II Les techniques se définissant par rapport au mandat

277. Il convient de distinguer les techniques qui s'appuient sur le mandat de droit commun (Section I) des faux mandats qui ne s'appuient pas sur celui-ci (Section II). Le législateur est attaché à la représentation au point qu'en matière de gestion à titre habituel, les techniques qui ne reposent pas sur un transfert de propriété se définissent par rapport au mandat. Lors de l'étude des techniques fiduciaires, il est apparu que même si la propriété ne répondait pas aux difficultés soulevées par la valorisation de patrimoine, elle rendait possible la direction malgré le caractère indéterminé de celle-ci. Il est intéressant d'examiner les institutions qui se définissent par rapport au mandat et révèlent cet attachement.

Il en est ainsi notamment du louage d'ouvrage dont la principale caractéristique est de différer du mandat de droit commun par l'absence de représentation.

Ce dernier offre quant à lui l'avantage de prévoir une reddition de compte qui permet de retracer l'évolution de la gestion et d'apprécier la conformité des actes accomplis au regard des circonstances et non en tenant compte des caractéristiques précises du service à fournir. La valorisation suppose d'accroître la valeur d'un patrimoine en tirant profit de la situation dans laquelle se trouvent les biens à un moment donné. Il est impossible de définir de manière suffisamment précise, lors de la conclusion du contrat de gestion, l'état qui devra être celui du patrimoine à la fin de la gestion, ne serait-ce que parce que le contrat qui lie le bénéficiaire au gestionnaire peut être conclu à durée indéterminée. Il est utile de poursuivre l'analyse sous l'angle de l'organisation et de la direction afin d'éviter les écueils que l'on apercevra par la suite.

Section I Les techniques s'appuyant sur le mandat de droit commun

278. Celles-ci comprennent des éléments permettant l'organisation, d'une part (I) et la direction, d'autre part (II). Le premier de ces deux pouvoirs concerne l'accomplissement d'une action tandis que le second est relatif à l'appréciation de son opportunité.

Paragraphe I Les éléments permettant l'organisation

279. L'organisation se caractérise en l'espèce par la possibilité d'accomplir des actes d'administration, d'une part (A) et la reddition des comptes, d'autre part (B).

A La possibilité d'accomplir des actes d'administration

280. Le droit positif est propice à une extension du domaine des actes d'administration (1). Sa cohérence apparaît plus clairement lorsque l'on met en évidence l'importance croissante de l'organisation (2).

1/ L'extension du domaine des actes d'administration

281. Le mandat de droit commun (a) sera étudié avant l'administrateur de biens (b).

a) En matière de mandat de droit commun

282. Le gestionnaire doit gérer le patrimoine afin que la valeur de celui-ci soit augmentée au fil du temps. La simple administration et *a fortiori* la conservation sont en général perçues comme des actes permettant le maintien plutôt que l'accroissement du patrimoine. Certains auteurs soutiennent que la nécessité de disposer empêcherait une gestion efficace par le biais du mandat des articles 1984 et suivants du Code civil. Selon M. Chastenet de Géry⁵²⁶, le mandat général interdit les actes de disposition et est, de ce fait, incompatible avec la gestion. Pourtant, il est possible d'adopter une vision plus économique de la disposition consistant à observer les effets des actes sur le patrimoine. Seuls les actes qui le modifient de manière profonde et irrévocable sont considérés comme des actes de disposition ; à défaut, il s'agit de simples opérations courantes qui peuvent être qualifiées d'actes d'administration. Ainsi la vente d'un immeuble, même important, pourrait-elle constituer un acte d'administration, ce qui réduit notablement le champ des actes de disposition.

L'auteur soutient également que la gestion d'une entreprise hôtelière ne pourrait être accomplie par le biais du mandat puisque le gestionnaire exerce une activité risquée incompatible avec le mandat général. Cependant, ce n'est pas le risque de l'activité en général qu'il faut prendre en considération, mais le risque engendré par les actes accomplis par le gestionnaire en fonction des circonstances, afin de voir si ces derniers sont particulièrement risqués au regard de l'activité qu'il exerce. La responsabilité est d'ailleurs souvent appréciée en fonction du risque encouru. En matière de

⁵²⁶ G. Chastenet de Géry, *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière : contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion*, A. Ghozi (dir.), th. Paris IX, 1998, p. 167-174.

responsabilité des produits défectueux, les juges retiendront d'autant plus facilement la responsabilité du fabricant que le produit présentait un caractère anodin. À l'inverse, si l'on manipule un produit dangereux qui exige des précautions d'usage particulières, les juges vérifieront si la victime ne s'est pas conduite de manière imprudente⁵²⁷.

Le fait que le gestionnaire soit dans l'obligation d'effectuer des actes de disposition de manière répétitive pour que le fonds ne perde pas de sa valeur serait de nature à rendre impossible le recours au mandat général. Pourtant, si ces actes sont nécessaires pour que le fonds conserve sa valeur, il s'agit d'actes d'administration que le gestionnaire peut non seulement prendre mais qu'il se doit d'accomplir sans quoi il engagerait sa responsabilité. Le domaine des actes de disposition est de ce fait restreint, de sorte qu'il serait possible pour le gestionnaire de procéder à la plupart des actes de gestion sous le régime d'un mandat général.

Il convient maintenant d'examiner brièvement l'administrateur de biens.

b) En matière d'administrateur de biens

283. Le pouvoir d'organisation de la gestion par l'administrateur de biens repose sur un régime spécial conçu pour l'exercice de cette activité. L'administration peut prendre plusieurs formes, dans la plupart des cas, elle est exercée soit pour le compte du propriétaire, soit pour le compte du syndic de copropriété.⁵²⁸ Il suffit qu'il y ait une entremise habituelle dans la gestion pour que la loi du 2 janvier 1970 soit applicable. En tout état de cause, le mandat doit être écrit⁵²⁹ et interprété de façon restrictive⁵³⁰. Il ne s'agit pas d'un mandat d'intérêt commun.⁵³¹ Par ailleurs, il est conclu *intuitu personae*.

L'organisation est très proche de la gestion encadrée par un mandat de droit commun. Tout d'abord, comme tout mandataire, l'administrateur de biens doit respecter les limites de son mandat et ne peut acquérir un bien qu'il doit vendre⁵³². Il doit également rendre des comptes selon les modalités prévues au contrat, en pratique, une fois par an. Il doit accomplir des actes d'administration et de conservation telle que la conclusion, le renouvellement ou la résiliation de contrat de fourniture

527 Article 1386-4, alinéas 1 et 2 du Code civil : « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. »

528 G. Duranton, V° Agent immobilier, *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, n° 45

529 Article 6 de la loi dite "Hoguet".

530 Cass., Civ. I 18 juillet 1979, n° 77-15.207.

531 Cass., Civ. I, 14 mars 1984, n° 14 mars 1984.

532 Article 1596 du Code civil.

d'eau, d'électricité ou d'autres services. Par ailleurs, il lui appartient de conclure les contrats nécessaires à l'entretien de l'immeuble.⁵³³

Après avoir vu que le droit positif était propice à une extension du domaine des actes d'administration, il convient de relever l'importance croissante de l'organisation.

2/ L'importance croissante de l'organisation

284. Afin d'apercevoir l'importance croissante de l'organisation en droit positif, il convient d'abord de distinguer la gravité de la finalité d'un acte (a). On verra ensuite que l'organisation prend également de l'importance par l'action du législateur (b).

a) La distinction entre la gravité et la finalité d'un acte

285. Le droit positif de la gestion peut être aisément cerné par l'organisation. Il vient d'être vu que des actes graves, comme la vente d'un immeuble pouvaient être considérés comme des actes d'administration du fait de la nécessité de les accomplir afin de ne pas modifier profondément la structure du patrimoine. L'acte n'est pas considéré comme grave car il a pour finalité la conservation de la structure du patrimoine. En réalité, ce n'est pas la gravité de l'acte qui est le critère pertinent mais sa finalité. Il est plus simple de considérer que la vente de l'immeuble est un acte qui relève du pouvoir d'organisation en ce qu'il permet d'assurer la continuité de la gestion ; la question de la finalité est abordée directement. L'affirmation selon laquelle un acte dont la finalité est le maintien de la structure d'un patrimoine est un acte qui n'est pas grave n'est pas satisfaisante d'un point de vue logique. Elle mêle deux questions qui ne sont pas liées, à savoir, la gravité, d'une part, la finalité d'autre part. L'importance croissante de l'organisation ne se fait pas au détriment de la distinction classique fondée sur la gravité de l'acte mais montre que celle-ci est parfois utilisée de manière non pertinente.

Le développement de l'organisation n'est pas seulement dû à l'attention accordée à la finalité mais aussi à l'action du législateur.

b) L'essor de l'organisation par l'action du législateur

286. Le législateur a récemment décidé d'examiner les actes à la lumière non plus seulement de

⁵³³ Trib. Marseille, 25 juin 1964 (L'agent qui ne remédie pas à une fuite d'eau engage sa responsabilité.)

leur gravité mais de leur finalité et considère désormais que certains d'entre eux peuvent être accomplis parce qu'ils permettent d'assurer la continuité de la gestion nonobstant leur opportunité. En effet, l'article 784 du Code civil permet à l'héritier d'accomplir certains actes pouvant être jugés comme lourds de conséquences, notamment « le renouvellement, en tant que bailleur ou preneur à bail, des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en œuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. » L'héritier qui prend de telles mesures n'est pas réputé avoir accepté la succession puisque ces actes sont « destinés à éviter l'aggravation du passif successoral .»⁵³⁴ Éviter cette dernière contribue à la continuité de la gestion et relève par conséquent de l'organisation. L'héritier n'a bien sûr pas reçu de mandat pour agir de la sorte mais la loi considère que le fait qu'il ait agi dans l'intérêt de l'ensemble des héritiers suffit à ce que ceux-ci soient dans l'obligation de lui verser une indemnité, comme si l'ensemble des héritiers avait mandaté l'un d'entre eux. Cette analogie est d'autant plus frappante que le droit positif considère qu'un contrat exécuté dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire l'a été avec l'accord de ce dernier.⁵³⁵ Bien qu'en l'occurrence l'héritier gérant la succession soit également bénéficiaire de la gestion qu'il entreprend, on peut observer que l'article 784 du Code civil a pour effet de rendre indifférent l'accord de l'ensemble des héritiers au sujet de la gestion. Il en va de même pour les articles 812-3 traitant du mandat à effet posthume et 815-3 dudit Code relatif à l'indivision.

L'organisation de la gestion implique aussi la reddition des comptes.

B La reddition des comptes

287. La reddition des comptes fondée sur le droit commun du mandat (1) sera étudiée avant celle, plus particulière, prévue dans le cadre du mandat notarié de protection future (2).

1/ La reddition des comptes fondée sur le droit commun du mandat

288. On s'intéressera d'abord au fondement de celle-ci (a) avant de voir qu'elle permet l'organisation de la gestion (b).

⁵³⁴ Article 784, 3° du Code civil.

⁵³⁵ Nonobstant l'opportunité ou le bien-fondé d'une telle orientation, la tendance à admettre le consentement d'une partie dès lors qu'elle est le bénéficiaire exclusif d'un contrat est aujourd'hui bien établi en jurisprudence. Confer notamment Cass., req. 29 mars 1938 à propos d'une offre de remise de loyer a été acceptée par le preneur ou Cass., Civ. I, 1^{er} décembre 1969, Bull. n° 375 au sujet de la convention d'assistance.

a) Son fondement

289. Le mandat de droit commun présente l'avantage de prévoir un système de reddition des comptes qui rend possible le contrôle de la gestion des biens par le mandataire. Cette obligation permet au mandant d'effectuer un contrôle très étendu de la gestion puisque « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. »⁵³⁶ Le mandat d'administrateur de biens s'appuie sur le mandat de droit commun.

Après avoir relevé le fondement de la reddition des comptes, il convient de voir qu'elle permet l'organisation de la gestion.

b) L'organisation de la gestion

290. Le mandataire doit exposer tout ce qu'il a reçu et dépensé. On voit ici que la reddition des comptes relève de l'organisation de la gestion en ce que le compte retrace l'ensemble des flux financiers destinés à assurer la continuité de la gestion, leur opportunité est ici indifférente. Les créances valablement nées doivent être payées à échéance et les sommes reçues restituées au mandant même si ces dernières proviennent de commissions occultes qui lui ont été dissimulées.⁵³⁷ L'obligation de restituer les sommes non dues au mandant indique que la reddition de compte porte sur l'ensemble des actes accomplis au cours de la gestion ; ces derniers en font la continuité.

Après avoir vu que le mandat de droit commun permettait l'organisation de la gestion au moyen de la reddition des comptes, il est pertinent d'examiner la procédure applicable en matière de mandat notarié de protection future.

2/ La reddition des comptes en matière de mandat notarié de protection future

291. Il faut s'intéresser à la particularité de la reddition des comptes en matière de mandat notarié protection future (1) avant de voir que ce contrôle particulier de la gestion est justifié par l'impératif de protection du bénéficiaire (2).

⁵³⁶ Article 1993 du Code civil.

⁵³⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 14 mai 2013, n° 11-20.981.

a) La particularité de la reddition des comptes en matière de mandat notarié de protection future

292. Le mandat notarié de protection future prévoit une procédure particulière. Le mandataire rend compte au notaire qui a établi l'acte, ce dernier informe le juge des tutelles de ce qui lui paraît suspect.⁵³⁸ Il va de soi que si le notaire de famille est mandataire, l'acte doit être établi par un confrère. Nous ne pensons pas qu'un officier ministériel puisse être contrôlé par un associé, il y aurait dans ce cas de figure un risque de conflit d'intérêts. Il est fort regrettable que la loi ne prévoit rien à ce sujet.

Il convient maintenant de voir que la particularité de ce contrôle est justifiée par l'impératif de protection du bénéficiaire.

b) Un contrôle particulier justifié par l'impératif de protection du bénéficiaire

293. Le mandat de protection prévoit une reddition des comptes analogue en son contenu à celle du mandat de droit commun. Les remarques faites au sujet de ce dernier sont également pertinentes lorsqu'il est question du mandat de protection future. On observera cependant que le gestionnaire doit rendre compte de sa gestion à un notaire. Ceci s'explique par le fait que le bénéficiaire de la gestion est incapable et ne peut de ce fait se prononcer sur le compte de gestion mais témoigne également du souci de protection de l'incapable. Le législateur considère que le notaire est apte à informer le mandant lors de la conclusion du contrat et à s'assurer de la conformité de celle-ci à l'intérêt du bénéficiaire. L'officier ministériel est de fait considéré comme le premier organe de protection de l'incapable susceptible d'avertir le juge des tutelles de tout élément suspect.

294. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que l'organisation de la gestion dans le cadre des techniques se définissant par rapport au mandat reposait sur l'accomplissement d'actes d'administration et sur la reddition des comptes. Le domaine de ces actes a été considérablement étendu si bien que des actes graves peuvent être considérés comme des actes d'administration dès lors qu'ils visent à assurer la continuité de la gestion. Cette extension ne s'avère pas pertinente dans la mesure où en réalité elle ne prend pas en compte la gravité de l'acte mais de sa finalité ; il est question non d'administration mais d'organisation. Il va maintenant être montré que le régime de ces

⁵³⁸ Article 491 du Code civil. Il semble que le juge de tutelles agisse en dernier ressort en matière de contrôle. Ceci afin de lutter contre l'encombrement des tribunaux. Voir sur ce point, J. Leprovaux, « Le mandat de protection future », *JCP N*, 2006, n° 36, p. 47, n° 3.

techniques permet également la direction de la gestion.

Paragraphe II Les éléments permettant la direction

295. Il existe le mandat de droit commun permettant au bénéficiaire d'agir sur la gestion (A) et des mandats spéciaux qui ne le permettent pas (B).

A Le mandat de droit commun permettant au bénéficiaire d'exercer la direction

296. La direction est exercée par le bénéficiaire soit au moyen de la révocation du mandataire (1), soit aménagée au moyen d'un mandat spécial (2).

1/ La révocation du mandataire en vue d'exercer la direction

297. Il est nécessaire d'étudier l'incidence de la représentation sur la direction de la gestion (a) afin de comprendre l'utilité de la révocation du mandataire (b).

a) L'incidence de la représentation sur la direction de la gestion

298. D'après l'article 1988 du Code civil, le mandat général ne comprend que les actes d'administration. Il est possible d'étendre le domaine de ceux-ci comme il a été vu précédemment afin de donner plus de marge de manœuvre au gestionnaire. Toutefois lorsqu'il exerce son pouvoir de direction, c'est afin d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action. S'il se livre à un tel jugement, c'est que celle-ci n'est pas nécessaire au sens strict, c'est-à-dire qu'il peut s'abstenir sans porter atteinte à la continuité de la gestion. La direction permet d'orienter la gestion et est davantage susceptible de correspondre à un acte de disposition. L'acte accompli à la suite de cette appréciation en opportunité appartiendrait à la catégorie des actes de disposition. Le conditionnel s'impose ici car comme il a été montré la question de la finalité à laquelle s'intéresse la distinction entre organisation et direction est différente de celle concernant la gravité. Des actes non graves peuvent ainsi être accomplis à la suite d'une appréciation en opportunité tels que la commande de fournitures de bureau après la comparaison de différentes offres concurrentes. Afin de se décider, le gestionnaire a dû apprécier l'opportunité de passer contrat avec l'entreprise de son choix selon des critères déterminés à l'avance. Le renouvellement de fournitures de bureau n'est cependant qu'un

acte d'administration. Les actes qui modifient durablement la structure du patrimoine sont quant à eux toujours l'objet d'une appréciation en opportunité et ne peuvent pas être accomplis en vertu d'un mandat général.

Il s'ensuit que lorsque l'acte litigieux est un acte d'administration, il peut être accompli sans que son opportunité soit examinée tandis que lorsqu'il s'agit d'un acte de disposition, il ne peut pas être accompli. Par conséquent, l'article 1988 du Code civil rend impossible l'exercice du pouvoir de direction par le mandataire de droit commun.

Compte tenu de ce qui précède, il convient d'examiner l'exercice de la direction par le bénéficiaire en étudiant l'utilité de la révocation du mandataire.

b) L'utilité de la révocation du mandataire

299. Le mandant confie la gestion de ses biens à un mandataire afin que celui-ci les valorise conformément à la volonté de celui-là. Puisqu'il ne peut exercer la direction de la gestion, il est en théorie envisageable de prévoir un mandat permettant au gestionnaire d'accomplir des actes d'administration. Ces derniers étant entendus de manière extensive, le bénéficiaire pourrait les exécuter lui-même puisqu'il peut révoquer le mandat pour accomplir un acte.

Cette solution n'est pas satisfaisante en pratique pour deux raisons. D'une part, si le bénéficiaire fait appel à un gestionnaire c'est précisément afin que celui-ci apprécie l'opportunité d'accomplir une action au regard de ses compétences. D'autre part, en cas de litige, les parties ne peuvent prédire si le juge retiendra une conception extensive ou restrictive du domaine des actes d'administration. Il se peut en effet que le juge considère que certains actes d'administration sont en réalité des actes de disposition. Les tiers peuvent invoquer la théorie de l'apparence mais dans les rapports entre les parties, l'acte de disposition accompli en vertu du mandat général n'est pas valable.

Compte tenu de ses difficultés, il convient d'écarter la révocation du mandataire afin d'étudier le mandat spécial comme moyen d'aménager la direction.

2/ La direction aménagée

300. L'utilité d'un mandat spécial (a) sera étudiée avant d'être nuancée au regard de la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer l'autorisation préalable de l'immixtion du bénéficiaire dans la gestion (b).

a) L'utilité d'un mandat spécial

301. Selon l'article 1988, alinéa 1^{er} du Code civil, « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. » Cette disposition renvoie à la distinction des actes en fonction de leur gravité. Ce travail préconise pourtant de préférer la distinction entre l'organisation et la direction fondée sur la finalité d'une action. Le pouvoir d'organisation est celui qui permet au gestionnaire d'accomplir une action sans en apprécier l'opportunité, une telle appréciation relève du pouvoir de direction. Le mandat demeure néanmoins une technique intéressante en matière de gestion à titre habituel.

Le gestionnaire peut, selon sa mission, ne pas avoir à accomplir beaucoup d'actes de disposition. Prenons par exemple le cas de la gestion d'un musée. Le gestionnaire doit organiser des expositions, emprunter des œuvres provenant d'autres collections, le cas échéant prêter à d'autres institutions celles qu'il détient. Aucun de ces actes n'est susceptible d'être qualifié d'acte de disposition, un mandat général suffit en l'espèce. Certains actes d'administration demandent en revanche une appréciation en opportunité. C'est notamment le cas d'un contrat de fourniture de services. Il n'y a pas d'acte habituellement considéré comme grave tel qu'un transfert de propriété mais le gestionnaire doit choisir entre les différents fournisseurs d'après différents critères. Ces contrats sont cependant périodiques, souvent annuels. Il est de ce fait possible d'envisager que le bénéficiaire autorise la souscription d'un de ces contrats par un mandat spécial à la suite d'une discussion avec le gestionnaire. Il peut également déterminer avec celui-ci un cahier des charges très précis qui laisse une marge d'appréciation très faible au gestionnaire. Dans le cas où le bénéficiaire n'a pris aucune disposition à cet égard, cela signifie en pratique qu'il n'y accorde pas beaucoup d'importance et il peut être très difficile d'établir un préjudice suffisamment important pour justifier une action en justice. La différence entre deux contrats de service peut en effet être très faible. De plus, en cas de contentieux, le juge doit être en mesure d'apprécier l'exercice du pouvoir de direction au vu des éléments concrets que les parties au contrat de gestion auront déterminés. S'il ne dispose pas de tels éléments, il n'est pas en mesure d'effectuer un tel contrôle. Le mandat spécial présente de ce fait un intérêt pratique dans la mesure où il permet d'autoriser le gestionnaire à accomplir certains actes en déterminant les conditions d'appréciation de leur opportunité.

Dans l'hypothèse où le gestionnaire a pour mission de vendre ou d'acheter certaines œuvres d'art, il est peu probable que le bénéficiaire souhaite se prononcer sur chacun des actes de vente ou d'acquisition, il lui est alors possible de s'accorder avec le gestionnaire sur la composition globale de sa collection. Les parties au contrat déterminent par exemple qu'il faut acheter tant d'œuvres

produites par les artistes de tel ou tel courant artistique et céder en contrepartie certaines autres pièces. Il suffit alors d'un seul mandat spécial pour autoriser cette action ou série d'actes de disposition. Si le panachage initialement déterminé ne paraît plus convenir au gestionnaire en cours de mission, il doit en avertir le bénéficiaire et décider avec lui de ce qu'il convient de faire en adoptant un autre mandat spécial. Celui-ci est donc un outil efficace de direction de la gestion qui permet au bénéficiaire d'être au courant du devenir de ses biens.

Cette méthode a l'avantage d'être conforme à l'article 1988 du Code civil et offre aux parties l'occasion de discuter de l'opportunité d'accomplir un acte avant que le bénéficiaire ne décide s'il donne son autorisation au gestionnaire. Celui-ci peut partager ses connaissances et son expérience afin d'aider le bénéficiaire dans sa prise de décision. Il n'en demeure pas moins que l'appréciation de l'opportunité incombe au bénéficiaire qui prend la décision de mandater ou non le gestionnaire.

Il peut cependant être difficile en pratique de distinguer entre l'autorisation préalable et l'immixtion du bénéficiaire dans la gestion.

b) La difficulté de distinguer entre autorisation préalable et immixtion

302. L'autorisation préalable permet au bénéficiaire de s'assurer que son intérêt est recherché par le gestionnaire. Elle oriente directement la gestion. C'est d'ailleurs ce qui explique que ces développements trouvent leur place dans un paragraphe consacré à la direction. Définir de manière abstraite les actes qui sont autorisés n'a pas la même portée qu'une autorisation au cas par cas ; si la première n'est que l'appréciation par le bénéficiaire de l'opportunité d'un acte, la seconde peut être interprétée par le juge comme une immixtion et entraîner la responsabilité du bénéficiaire du fait des actes qu'il aurait accomplis ou empêchés.⁵³⁹ Il est permis de penser que la fréquence d'un tel mandat est un élément de nature à fonder l'immixtion. Il en est de même en ce qui concerne le moment où le mandat est établi. En effet, si le mandat intervient de manière périodique en même temps que la reddition du compte de gestion, il est probable que le bénéficiaire autorise les actes qui devront être accomplis durant l'exercice suivant sans s'immiscer dans la gestion. Des difficultés analogues se posent en matière de *trusts*.⁵⁴⁰

⁵³⁹ Ceci n'est pas un cas d'école. Afin d'éviter que la question ne se pose en matière d'administrateur de biens, la responsabilité de l'administrateur est retenue pour les actes accomplis à la demande du mandant. Confer sur ce point *infra* n° 294.

⁵⁴⁰ Les praticiens y sont attentifs. Confer par exemple A. Molloy, « Trustee duties to beneficiaries in the exercise of dispositive discretion: the legal framework », 13 *Trusts & Trustees* 75 (2007). L'auteur estime qu'il faut consulter les bénéficiaires (p. 87), reconnaître les souhaits du constituant sans agir de manière servile (p. 93), tenir compte des souhaits des bénéficiaires ou *co-trustees* sans s'y plier systématiquement (p. 95). L'article examine le cas d'une

On pourrait cependant être tenté de conclure à l'impossibilité de diriger efficacement la valorisation précisément en raison du nombre de choix que devra faire le gestionnaire tout au long de la gestion, notamment, lorsqu'il faut apprécier l'opportunité de reconduire un contrat de fourniture de produit ou de service. La difficulté est réelle mais n'est pas insurmontable. Il est par exemple possible de déterminer *a priori* les critères qui devront être utilisés afin d'apprécier l'opportunité d'une action. Cette question nécessite de plus longs développements portant sur la création de valeur au fil du temps ainsi que sur la détermination de l'intérêt. La valorisation au moyen de la direction sera analysée en seconde partie.

Après avoir vu que le mandat fondé sur les articles 1984 et suivants du Code civil permettait d'aménager la direction de la gestion au moyen d'un mandat spécial, il convient de s'intéresser aux mandats ne relevant pas du droit commun qui ne permettent pas au bénéficiaire d'exercer la direction.

B Les mandats spéciaux ne permettant pas au bénéficiaire d'exercer la direction

303. Le mandat notarié de protection future (1) sera étudié avant l'administrateur de biens (2).

1/ Le mandat notarié de protection future

304. La direction de la gestion par le mandataire de protection future (a) amène à s'interroger sur la place accordée par le droit positif à la famille dans le cadre de la gestion du patrimoine d'un proche incapable (b).

a) La direction de la gestion

305. Afin de bien comprendre la particularité de cette nouvelle technique, il est utile de la rapprocher d'une autre apparemment éloignée, à savoir l'administration légale pure et simple du patrimoine du mineur. Les pouvoirs des administrateurs légaux ont été récemment modifiés mais la portée de cette modification est restreinte.

pluralité de bénéficiaires dans le cadre d'un *trust* dont le constituant n'est pas l'unique bénéficiaire. Néanmoins ces observations sont également valables dans le cas qui est notre hypothèse de travail. On relèvera d'ailleurs que la gestion d'un *trust* pose des difficultés analogues à celles de la gestion en droit français et que l'introduction des *trusts* en droit français ne permettrait en aucune façon de les éviter.

Selon M. Raymond, suite à la récente réforme du droit des incapacités⁵⁴¹, l'alinéa 3 de l'article 389-5 du Code civil a réduit les pouvoirs des parents dans l'administration légale pure et simple en exigeant l'autorisation du juge des tutelles pour l'accomplissement d'actes que le tuteur peut conclure avec l'autorisation du conseil de famille seulement.⁵⁴² Il convient toutefois de nuancer ce point de vue. Il semble que les compétences en matière de gestion des biens du mineur aient été redistribuées et non réellement restreintes. La comparaison des articles 456 ancien et 504 nouveau du Code civil permet de se rendre compte de ces ajustements.

La dernière version de cet article renuméroté ne classe plus la cession des meubles d'usage courant et des fruits parmi les actes d'administration.⁵⁴³ Toutefois, d'après le décret du 22 décembre 2008⁵⁴⁴, ces actes sont maintenant classés en annexe II, ce qui signifie que le juge appréciera en fonction des circonstances de l'espèce s'il s'agit d'actes d'administration ou de disposition. De plus, la Cour de cassation maintient toujours la même orientation en matière de bail et a considéré en 2009 que les parents administrateurs légaux pouvaient conjointement consentir un bail rural avec droit au renouvellement sans y être autorisés par le juge.⁵⁴⁵ Il s'agit pourtant d'actes graves qui sont soumis à autorisation du conseil de famille dans le cadre de la tutelle.⁵⁴⁶ Par ailleurs, l'article 505 issu de la réforme de 2007 apporte quelques changements en matière de cession de valeurs mobilières qui tendent plutôt à accroître les prérogatives des administrateurs légaux.⁵⁴⁷ Selon M. Lemouland, il n'y aurait donc pas de bouleversement en matière de gestion dans le cadre de l'administration légale du patrimoine du mineur.⁵⁴⁸

L'étendue des pouvoirs des administrateurs légaux tient non seulement à la volonté du législateur mais également à une certaine mansuétude de la jurisprudence à l'égard de ceux-ci. En théorie, les juges examinent les actes accomplis par les administrateurs légaux portant sur le patrimoine du mineur avec une relative sévérité. Alors que l'aliénation d'un meuble meublant était sous l'empire de la loi ancienne considérée comme un acte d'administration, les juges apprécient désormais la validité de celle-ci au regard des faits d'espèce et de l'intérêt de l'enfant. Les juridictions ont également considéré que constituait un acte de disposition le placement d'une partie importante

541 Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

542 G. Raymond, V° Administration légale et tutelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 81 M. Raymond nuance cette différence en rappelant que le juge des tutelles préside le conseil de famille.

543 J.-J. Lemouland, « Les actes du tuteur : typologie et classification », *Dr. fam.*, 2007, n° 5, p. 27, n° 9

544 Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil. Le second de ces textes définit les obligations du curateur ou tuteur en matière de gestion du patrimoine de l'incapable.

545 Cass., Civ. I, 4 juin 2009, note Massip, *Defénois*, 2009, p. 2184 (Rejet du renouvellement en l'espèce car le contrat ne contenait pas de clause en ce sens).

546 Article 505 du Code civil et Annexe I du Décret cité *supra*.

547 Comp. Art. 459 ancien, alinéas 2 et 3, C. civ et Art. 505 nouveau C. Civ. ; Confer J.-J. Lemouland, « Les actes du tuteur : typologie et classification », *Dr. fam.*, 2007, n° 5, p. 27, n° 13.

548 J.-J. Lemouland, « Les actes du tuteur : typologie et classification », *Dr. fam.*, 2007, n° 5, p. 27, n° 6.

d'une succession dévolue au mineur en parts de Société Civile de Placement Immobilier.⁵⁴⁹ À ce sujet, il est intéressant de noter que dans ce cas de figure, une telle opération est non seulement un acte de disposition au regard de la gravité de l'acte mais qu'il relève également de la direction de la gestion en ce que l'administrateur légal décide de l'orientation de la gestion en affectant une somme importante à un autre objectif que l'entretien ou l'éducation de l'enfant. Ces arrêts confortent l'analyse selon laquelle les administrateurs légaux dirigent conjointement la gestion.

Il est intéressant de noter que les père et mère agissent au nom de l'enfant en usant de pouvoirs dont la source est l'autorité parentale alors que le mandataire notarié de protection future tire son pouvoir du droit commun du mandat auquel renvoient les dispositions relatives à ce mandat spécial. Contrairement à ce que l'on pourrait croire au premier abord, cette référence au mandat général n'a pas pour conséquence de limiter de manière importante les pouvoirs de ce mandataire.

306. Le mandat de protection future par acte notarié accorde de très larges pouvoirs au mandataire qui peut accomplir seul les actes qu'un tuteur ne peut accomplir qu'avec autorisation. Ceci lui donne d'une très importante marge de manœuvre dans la gestion. M^e Reutin précise que le mandat doit être large afin de lui permettre d'agir de la manière qui lui semblera la plus opportune dans une situation qui n'aura pas été prévue par le mandant.⁵⁵⁰ Dans le cas contraire, le mandataire se trouverait dans l'impossibilité d'agir alors que le mandant n'aura par définition plus la possibilité d'apprécier lui-même la situation. Ainsi, la loi confère au mandataire la direction de la gestion. L'auteur précise qu'il est possible de prévoir dans le mandat l'obligation de procéder à une expertise préalable. Le notaire chargé de la vente devra vérifier que le mandataire n'a pas été révoqué, ce qui, comme l'indique l'auteur, n'est pas évident car ce mandat n'est soumis à aucune forme de publicité. Il devra également prendre soin de mentionner dans l'acte les raisons qui justifient cette vente et refuser d'instrumenter si l'opération à laquelle il apporte son concours ne lui paraît pas valable avant de saisir le juge des tutelles. Ceci confirme l'existence d'une direction car l'exercice du pouvoir d'appréciation du gestionnaire est examinée en elle-même et peut faire l'objet d'un contrôle du juge des tutelles auquel le notaire aura fait part de ses soupçons.

Cette nouvelle technique repose sur une intention sans doute louable mais elle n'est pas sans poser quelques problèmes au regard du droit positif en ce qui concerne la gestion du patrimoine d'un proche incapable. La difficulté qui a été soulevée en jurisprudence quant aux conflits entre un mandataire désigné par un mandat à effet posthume et un administrateur légal risque de se poser puisque les pouvoirs sont incontestablement concurrents. On notera que le mandataire agissant dans

549 CA Reims, Ch. civ. Section 1, 14 avril 2004, note Th. Fossier, JCP N, 6 janvier 2006, p. 27.

550 Ph. Reutin, « Le mandat de protection future : approche pratique », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 180, p. 94.

le cadre d'un mandat de protection future conclu par acte authentique a davantage de pouvoir encore que les parents, administrateurs légaux des biens de leur enfant. En effet, certains actes sont soumis à autorisation du juge des tutelles, même en cas d'administration légale pure et simple, notamment la vente d'un immeuble. Or, le mandataire peut non seulement vendre un immeuble sans solliciter l'autorisation du juge des tutelles, mais également aliéner la résidence principale de la personne protégée. Il existe un débat en doctrine sur la question. M^e Reutin estime que la vente de la résidence principale est soumise à l'autorisation du juge des tutelles et explique cette solution par la primauté de l'article 426 du Code civil qui règle le sort de la résidence principale de la personne frappée d'incapacité.⁵⁵¹ Nous ne partageons pas cette analyse. L'article en question se trouve dans la section I intitulée « **Dispositions générales** » fixant les mesures communes à tous les régimes d'incapacité. À la suite de celles-ci se trouvent les dispositions relatives à chacun des régimes de protection parmi lesquels se trouve le mandat de protection future qui contient lui-même des dispositions spéciales relatives au mandat notarié dont celle qui précise que le mandataire peut accomplir tous les actes de disposition à titre onéreux sans autorisation. Il s'agit d'une règle doublement spéciale qui prime la règle générale.

Ceci amène à évoquer une tendance de fond qui a déjà été observée, à savoir le recul de la famille en matière de droit du patrimoine.

b) La place accordée à la famille

307. Ce recul se manifeste de manière différente dans l'administration légale pure et simple et dans le mandat notarié de protection future. Dans le premier cas, la gestion du patrimoine par les père et mère, chefs de famille, ne semble susciter ni l'intérêt du juge, ni celui du législateur. Dans le second, la famille est parfois en retrait.

En matière d'administration légale pure et simple, les juridictions sont en pratique peu sévères à l'égard des administrateurs légaux pour des raisons qui tiennent au droit positif, d'une part ou qui relèvent d'une mansuétude prétorienne d'autre part. L'apparition des nouveaux mandats destinés à faire face à une incapacité ainsi que l'absence de réflexion quant à l'administration légale des biens du mineur nuisent à la cohérence du droit relatif à la gestion du patrimoine de l'incapable.

Comme le souligne Mme Tardy-Joubert, le droit positif donne de très larges pouvoirs aux administrateurs légaux dans le cadre de leur droit de jouissance légale.⁵⁵² À titre d'exemple, on

⁵⁵¹ Ph. Reutin, « Le mandat de protection future : approche pratique », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 180, p. 96

⁵⁵² I. Tardy-Joubert, « L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ? », *Dr. fam.*, 2007, p.

observera que l'emploi des fruits des biens du mineur n'est pas susceptible de contrôle par le juge en ce qu'il ne s'agit pas de revenus et qu'une modification de la substance d'un portefeuille de valeurs mobilières peut être effectuée par les administrateurs légaux comme par un usufruitier ordinaire puisque le portefeuille est considéré comme une universalité.⁵⁵³ De même, les fruits des biens d'un mineur ne sont pas des revenus, ils ne sont donc pas soumis au contrôle du juge des tutelles.⁵⁵⁴ Les parents peuvent par ailleurs employer les revenus de l'enfant afin de subvenir à son entretien et à son éducation si les leurs n'y suffisent pas.⁵⁵⁵ L'auteur estime que l'absence de dynamisme dans la gestion du patrimoine du mineur, à l'opposé des pouvoirs dévolus par la loi aux administrateurs légaux, s'explique par la volonté des « professionnels du placement, banques et assureurs notamment qui s'assurent ainsi des placements à long terme et d'une fidélisation de fait d'une clientèle captive. »⁵⁵⁶ De larges pouvoirs n'indiquent pas nécessairement la marque d'un intérêt pour la gestion. En matière de *trusts*, la loi et les juges reconnaissent la très grande liberté d'action du *fiduciary* mais l'encadrent et le surveillent très strictement. Rien de tel ne peut être dit de la gestion du patrimoine de l'incapable par sa famille en droit français. Cette attitude est la marque d'un désintérêt pour cette question.

308. La mansuétude prétorienne à l'égard des actes des administrateurs légaux conforte cette impression. Une jurisprudence constante permet à un seul d'entre eux d'effectuer un retrait important sur le compte en banque du mineur en l'assimilant à un acte d'administration.⁵⁵⁷ Il ne semble pas pour autant urgent de proposer une réforme législative et réglementaire en la matière, il suffirait que la jurisprudence soit plus cohérente et plus précise, en qualifiant par exemple un retrait important de fonds du compte bancaire du mineur de la même façon que le placement d'une partie importante de la succession en parts de Société Civile de Placement Immobilier. Le contenu de la

39, n° 3 et suivants.

553 Ceci résulte de la jurisprudence. Confer Cour de cassation Civ. I, 12 novembre 1998: « l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, lesquels ne sont pas consommables par le premier usage, est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés », n° 96-18041, Naudin Iwanesco, JCP N, 9 décembre 2011, n° 49 v. également Cour de cassation, Civ. I, 3 décembre 2002, n° 00-17870.

554 CA Paris, 2e ch., 11 mai 1993, n° RTD civ. 1993, p. 813, obs. J. Hauser.

555 Cass., Civ. I, 9 janvier 2008, n° 05-21000, note J.-M. Plazy, J.C.P N, 28 mars 2008, p. 1157. Ceci est possible même après les seize ans du mineur, âge auquel cesse la jouissance légale. L'usage des revenus doit être justifié. Ce droit s'éteint à la majorité de l'enfant.

556 I. Tardy-Joubert, « L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ? », *Dr. fam.*, 2007, p. 39, n° 35.

557 Cass. Civ. I, 20 mars 1989, Bull. civ. I, n° 126 ; D. 1989, p. 406 note Massip ; JCP N 1990, II, 33, note Fossier; CA Paris, 23 novembre 2006, note F. Dekeuwer-Defossez, L.P.A., 10 décembre 2007, n° 246, p. 15. D'après ce dernier arrêt, une mère administratrice légale en instance de divorce a pu retirer 412 000 francs sur le compte ouvert par le père au nom du mineur et alimenté par les revenus de l'activité professionnelle qu'il exerçait. La solution aurait été identique si l'autorisation des représentants légaux avait été requise dans la mesure où l'un des administrateurs est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir d'accomplir l'acte (Art. 389-4 C. Civ.). Dans le premier cas, le virement a été réalisé sur le compte de l'administratrice elle-même, dans le second sur celui-ci de sa mère. La banque aurait donc pu constater que ces virements étaient sans rapport avec l'éducation et l'entretien de l'enfant. Il s'agissait très clairement d'actes de direction et non d'organisation. Il a cependant été jugé que le banquier n'avait pas à se renseigner sur la destination des fonds.

définition de l'acte d'administration et de celui de disposition est d'origine essentiellement prétorienne.⁵⁵⁸ C'est au juge et non à la loi qu'il appartient de préciser la définition des termes qu'il emploie. Il ne se prive d'ailleurs pas de le faire lorsqu'il l'estime nécessaire.⁵⁵⁹ On notera que dans les cas d'espèce mentionnés ci-dessus, il s'agit d'actes de direction de la gestion accomplis par des gestionnaires qui ne peuvent accomplir que des actes d'organisation. Comme on le voit, la distinction entre l'organisation et la direction de la gestion permet également de mettre à jour les conséquences néfastes d'une analyse purement casuistique.⁵⁶⁰ Si celle-ci devait être progressivement gravée dans le marbre de la loi, le droit français perdrait en clarté et en cohérence ; ses fondements que sont la rationalité cartésienne et la précision conceptuelle s'en trouveraient fissurés.

309. En matière de mandat notarié de protection future, il a été vu que la famille cédait sa place à une notion relativement vague que l'on peut appeler « entourage » sans indiquer précisément à quoi elle correspond. Cette ouverture du droit des incapacités aux personnes qui sont affectivement proches de l'incapable permet sans doute à celui-ci de mieux se prémunir de l'incompétence ou de la cupidité de ses alliés et descendants alors même qu'il serait frappé d'incapacité. Toutefois, les pouvoirs du mandataire de protection future seront plus étendus que ceux du tuteur, dont la gestion n'est peut-être pas toujours très bien contrôlée du fait de l'engorgement des tribunaux. Ceci est vrai. Cette réforme introduit cependant une grande nouveauté : elle accorde davantage de pouvoirs à un tiers qu'aux deux parents, administrateurs légaux des biens d'un enfant mineur agissant d'un commun accord. Il s'agit là d'un véritable bouleversement de la conception de la famille. Ce terme n'est pas trop fort dans la mesure où, comme nous l'avons indiqué, les juges et le législateur ne s'y sont pas encore adaptés, ce qui explique les problèmes pratiques que nous venons de soulever. Le législateur a pensé à la personne frappée d'incapacité ; il a laissé la famille de côté. Or, qu'elle soit protectrice ou destructrice, elle existe. Il est fréquent de lire des auteurs qui rappellent à juste titre que la famille peut continuer à avoir un rôle prépondérant si elle le souhaite.⁵⁶¹ M. Hauser affirme par exemple : « Ce qui est en retrait, c'est la famille « de droit divin », celle qui, par son seul titre, était investie de fonctions et de droits. Le droit moderne tend à retenir plutôt une famille fonctionnelle qui, si elle fait ses preuves, peut encore prétendre à un rôle important

558 Il a été montré que le décret du 22 décembre 2008 était largement inspiré de la jurisprudence existante.

559 On citera à titre d'exemple le contrôle de la conformité de l'aliénation d'un bien meuble à l'intérêt de l'enfant (Cass. Civ. I, 24 février 1976, n° 74-14.258). De même, la notion de renonciation à un droit est interprétée par le juge de manière extensive, ce qui permet de requalifier un acte litigieux (Cass., Ch. mixte, 29 janvier 1971, Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. 1971, p. 30, concl. Lindon, note J. Hauser et Abitbol). La renonciation peut être partielle (Cass., Civ. I, 6 décembre 1988, n° 87-13.759).

560 Cette analyse casuistique n'a pas la qualité de l'approche des juges des pays de *Common Law*. Contrairement, à cette dernière, elle n'est ni enracinée dans l'expérience des juges précédents, ni tournée vers l'avenir comme l'est un oracle. Elle ne possède donc aucune des caractéristiques fondamentales du *Common Law* telles qu'identifiées par Oliver W. Holmes, juge à la Cour suprême des États-Unis d'Amérique.

561 Confer par exemple, N. Peterka, « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G*, 2010, n° 1, p. 45, n° 19 ; J. Leprovaux, « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF*, 2006, n° 9, p. 6, in *fine*.

dans la protection des personnes. »⁵⁶² Le constat nous semble juste mais la formule excessive. La famille a le rôle que le droit lui accorde. Il est incontestable au vu de ce qui a été dit que sa fonction a changé ces dernières années mais personne ne peut à l'heure actuelle dire ce qu'elle est aujourd'hui. Nous n'avons pas la prétention de répondre en quelques lignes à cette question fondamentale qui n'est pas l'objet de ce travail. Néanmoins, l'hésitation du législateur, du juge et peut-être de la société transparaît à travers l'étude de ces techniques. Par conséquent, il était nécessaire de l'aborder.

Après avoir étudié le mandat notarié de protection future, il convient de s'intéresser à la direction en matière d'administrateur de biens.

2/ L'administrateur de biens

310. Le régime est particulièrement exigeant à l'égard du gestionnaire (a) et le droit lui confère la direction de la gestion (b).

a) Un régime exigeant à l'égard de l'administrateur

311. La direction de la gestion en matière d'administration de biens est nécessaire à l'exécution des obligations spécifiques auxquelles est tenu l'administrateur. Celui-ci doit vérifier, de manière sérieuse, la solvabilité du locataire auquel il loue l'appartement qu'il gère.⁵⁶³ Le cas échéant, il ne doit pas tarder à engager des poursuites contre ce dernier.⁵⁶⁴ Il ne doit en revanche pas garantir les fautes commises par des tiers⁵⁶⁵, notamment par le locataire⁵⁶⁶. Il est cependant responsable à l'égard des tiers des fautes qu'il aurait commises⁵⁶⁷, quand bien même il les aurait faites sur ordre du

562 J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *AJ Fam.*, 2007, p. 198, *in fine*

563 Cass., Civ. I, 28 mars 1984, Bull. n° 118.

564 Confer note précédente ; CA Paris, 23 novembre 1994, n° JurisData 1994-024670.

565 CA Toulouse, 2 octobre 2006, n° 05/04134 (Dégâts causés par le géomètre-expert lors d'une opération de bornage réalisée à la demande de l'administrateur de biens.).

566 La responsabilité de l'agent est néanmoins engagée s'il a commis une faute qui a concouru au dommage : Cass., Civ. I, 18 octobre 2005, n° 02-14.788, B. Vial-Pédroletti, *Loyers et Copropriété*, février 2006, p. 9 et suivante (manque de base légale l'arrêt qui écarte la responsabilité de l'agent du fait des dégradations commises par les locataires insolvable sans rechercher si, la faute qu'il a commise en ne vérifiant pas de manière sérieuse leur solvabilité, n'a pas concouru à la réalisation du dommage subi par le propriétaire). L'agent qui ne vérifie pas que locataire est assuré pour les dégâts qu'il cause au logement qu'il loue commet une faute professionnelle : Cass., Civ. II, 4 octobre 1995, n° 93-11.287 et Cass., Civ. III, 19 avril 2000, 98-15.182, H. Groutel, *Responsabilité civile et assurances*, juillet 2000, p. 16 et suivante. (Dommage causé par l'explosion de gaz consécutive à la tentative de suicide d'un locataire).

567 Cass., Civ. III, 16 mai 2001 : D. 2001, p. 2706, note Ch. Atias (Engage sa responsabilité à l'égard des tiers, le syndic qui ne mentionne pas les difficultés financières du syndicat de copropriété lors de la conclusion d'un contrat d'entreprise.) Cass., Civ. I, 20 avril 1977, n° 75-14.232 (Engage sa responsabilité à l'égard du locataire, l'agent immobilier qui fait exécuter des travaux et prive ainsi le locataire de chauffage pendant l'hiver.)

mandant⁵⁶⁸. Il doit vérifier que le mandant a la qualité nécessaire pour pouvoir accomplir l'acte avant de l'accomplir en son nom et pour son compte.⁵⁶⁹ Par ailleurs, du fait de sa qualité de professionnel de l'immobilier, la jurisprudence fait peser une obligation de conseil et d'information sur le mandataire à l'égard du mandant.⁵⁷⁰

Ce régime exigeant impose au gestionnaire de diriger la gestion.

b) Un régime imposant à l'administrateur d'exercer son pouvoir de direction

312. À la fois par l'étendue des obligations propres à l'administrateur de biens gérant l'immeuble, la responsabilité personnelle qu'il encourt pour sa gestion, notamment dans le choix des locataires, et l'obligation de conseil et d'information qui pèse sur lui, l'administrateur de biens est proche de l'entrepreneur. Ce contrat offre une souplesse dans la gestion et un contrôle strict de l'exécution du contrat par le mandataire. Il conviendrait de ce fait à la gestion de patrimoine. En effet, outre le contrôle, ce contrat impose à l'agent d'exercer la direction de la gestion en l'obligeant à apprécier l'opportunité d'une action et à en être responsable. Néanmoins, il ne concerne que la gestion courante d'immeubles, en témoigne le régime particulier du mandat concernant l'obligation de bien choisir les locataires. Ce contrat ne peut être transposé à d'autres types de gestion.

313. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que l'article 1988 du Code civil considérait le pouvoir du gestionnaire non pas du point de vue de la finalité mais de la gravité d'un acte. Ceci ne permet pas d'encadrer l'appréciation de l'opportunité d'un acte par le gestionnaire. De ce fait, il a été recherché si le bénéficiaire était en mesure d'exercer la direction de la gestion. Il est apparu que dans le cadre d'un mandat de droit commun, le mandant ne pouvait en pratique exercer la direction de la gestion qu'au moyen d'un mandat spécial tandis que les mandats spéciaux ne lui permettaient d'exercer la direction et confier cette tâche au mandataire dans un souci de protection du bénéficiaire.

568 Cass. Civ. I, 13 octobre 1992, n° 91-10.619 (Engage sa responsabilité à l'égard des tiers, l'administrateur de biens qui, à la demande des mandants, conclut en leur nom et pour leur compte un bail commercial alors que ces derniers ne pouvaient conclure cet acte en raison de leur qualité d'usufruitiers. Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il est rendu sur le fondement du droit commun du mandat.)

569 Confer note précédente.

570 Cass., Civ. I, 30 octobre 1985, n° 84-12.326 (Obligation d'informer le mandant sur les prix pratiqués et d'indiquer que « le prix demandé est manifestement sous-évalué sans raison ») ; Cass., Civ. I, 7 février 1961, Bull. n° 84 (le mandataire qui ne vérifie pas, selon les termes du mandat, l'« honorabilité » du locataire engage sa responsabilité lorsque le locataire détourne le mobilier.) Il n'est pas certain que le critère d'« honorabilité » ne puisse être considéré comme étant discriminatoire dans la mesure où il renvoie aux convictions ou mœurs et peut difficilement être justifié. Rappr. article L. 225-1 du Code pénal applicable en matière de discrimination.

314. Les techniques qui ont été étudiées dans la présente section s'appuient toutes sur le mandat de droit commun afin de permettre l'organisation et la direction de la gestion. Cette parenté est cependant très éloignée puisque le mandat notarié de protection future est mis en œuvre pour gérer le patrimoine d'un incapable. La représentation de ce dernier n'a, comme il a été auparavant démontré, aucun intérêt du point de vue technique. Il s'agit, comme en matière de tutelle d'un pouvoir accordée par une loi spéciale, si ce n'est l'existence d'un contrat entre le mandant et mandataire. Le mandat d'administrateur de biens quant à lui prévoit un régime qui écarte en pratique tout effet de la représentation. Ces techniques permettent l'organisation de la gestion par le biais de la reddition des comptes et de l'accomplissement d'actes d'administration. L'exercice de la direction soulève davantage de difficulté soit en raison de la nécessité d'un mandat spécial dans le cadre du mandat de droit commun soit du fait de l'impossibilité du mandataire d'exercer la direction dans le cadre de certains mandats spéciaux. Ces techniques doivent être écartées.

Il existe par ailleurs des faux mandats qui n'adoptent pas le mandat de droit commun par le biais de dispositions spéciales mais qui l'écartent en conférant une indépendance totale au gestionnaire.

Section II Les contrats ne s'appuyant pas sur le mandat de droit commun

315. L'étude de ces faux mandats fondés sur l'indépendance du gestionnaire (I) permet d'envisager dans un second temps l'absence de nécessité du recours à la représentation (II).

Paragraphe I Les faux mandats fondés sur l'indépendance du gestionnaire

316. Il existe une diversité de contrats reposant sur l'indépendance du gestionnaire (A) ainsi que sur une unité de moyens permettant l'organisation et la direction. Ces contrats présentent des limites en matière de gestion à titre habituelle (B).

A Quels sont ces contrats ?

317. Ces différents contrats doivent être présentés (1) afin que soit montrée leur nature de contrat d'entreprise (2).

318. Un mécanisme de gestion imposé par la loi paraît plus rassurant en ce qu'il encadre *a priori* la nature des obligations et les relations entre les différents acteurs de la gestion. Il est possible de songer à titre d'exemple à la tutelle. L'incertitude de la gestion demeure cependant et la révocation du tuteur par le juge de tutelle prend du temps. De même, le fait de transférer sa propriété au fiduciaire et de ne pouvoir la révoquer peut être très problématique. Le fait qu'une technique soit encadrée par la loi au moyen de dispositions spéciales n'est donc pas nécessairement un facteur de sécurité et d'efficacité. De plus, le droit des contrats offre différents moyens de gérer l'incertitude lorsqu'une relation contractuelle est envisagée dans la durée. À titre d'exemple, il est possible de citer le recours à la condition résolutoire ou suspensive ou encore l'emploi par la pratique de différentes clauses contractuelles sur lesquels la jurisprudence est d'ores et déjà bien établie, par exemple les clauses de révision unilatérale. La gestion contractuelle a également l'avantage de correspondre précisément à la volonté du bénéficiaire de la gestion. Ce n'est pas forcément le cas de techniques bénéficiant d'un cadre législatif et réglementaire particulier parfois trop rigide ou tout simplement inadapté à la gestion de biens. Le contrat de gestion de portefeuille par une société par exemple a pour seul but la gestion de valeurs mobilières. Ce contrat obéit à un régime spécifique défini par le Code monétaire et financier.⁵⁷¹ Un certain nombre d'interdictions⁵⁷² frappent le gestionnaire qui, malgré la qualification de mandataire, bénéficie d'une très large autonomie, au point que le mandant ne peut influencer sur la gestion.⁵⁷³ Ceci est concevable en matière de gestion de valeurs mobilières où la seule chose qui compte est le prix, tel qu'il est défini sur un marché, de l'ensemble d'actifs que le mandataire cherche à accroître en agissant sur la composition du portefeuille. Si toutefois la gestion de biens doit prendre en compte la valeur recherchée par le propriétaire, il est impératif que celui-ci puisse suivre de très près la gestion et le cas échéant, influencer sur son cours. Il apparaît que seule une solution de nature contractuelle répondra au mieux aux attentes du bénéficiaire de la gestion. Il convient de poursuivre nos recherches dans ce sens.

Ce travail porte sur la gestion pour autrui. Les développements précédents ont montré qu'en la matière il était souvent fait référence à la représentation. C'est pourquoi il est utile d'étudier le contrat de gérance-mandat et celui d'agent commercial en ce qu'ils amènent à s'interroger sur

571 Articles L. 211-1 et L. 321-1, 4°, du Code monétaire et financier pris conjointement. Les dispositions spéciales applicables aux sociétés de gestion de portefeuille codifiées aux articles L. 532-9 et suivants dudit Code.

572 Confer M. Storck, V° Sociétés de gestion de portefeuille, *Juris Classeur Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 2210, n° 34 et suivants.

573 Si le client donne régulièrement des instructions au mandataire, le juge peut requalifier le contrat de gestion sous mandat en contrat de gestion assistée de portefeuille (rapprocher CA Paris, 6 janvier 1981, n° JurisData 1981-020003 et CA Paris, 25 novembre 1988, n° JurisData 1988-025983) De même, le mandataire n'engage pas sa responsabilité pour n'avoir pas suivi les instructions du client qui se sont par la suite révélées judicieuses (Cass., Com., 12 juillet 1971, n° 70-12039, D. 1972, jurispr. p. 153, note Ch. Gavalda ; RTD com. 1972, p. 144, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange).

l'incidence de cette dernière.

1/ Leurs régimes

319. Le contrat de gérance-mandat (a) qui a suscité de récents commentaires en raison de sa nouveauté sera examiné avant celui d'agent commercial (b) davantage destiné à la négociation commerciale qu'à la gestion.

a) Le contrat de gérance-mandat

320. Le contrat de gérance-mandat introduit en 2005 aux articles L. 146-1 et suivants du Code de commerce propose un nouveau cadre de gérance. Il s'agit selon ce dernier d'« un contrat par lequel une personne physique ou morale exploitant un fonds de commerce ou un fonds artisanal, en confie la gestion à un gérant-mandataire ». Dans ce contrat, le gérant gère dans l'intérêt du bénéficiaire, il dispose dans le cadre de sa mission d'une grande liberté et peut accomplir de nombreux actes matériels et juridiques comme l'embauche de personnel sous sa responsabilité. Les risques de gestion pèsent sur le propriétaire.

Par ailleurs, l'impossibilité pour le propriétaire d'accomplir un acte en révoquant le mandataire qui peut quant à lui en effectuer nonobstant leur gravité est un élément qui rapproche cette technique de la location-gérance ou du contrat d'entreprise et qui l'éloigne du contrat de mandat.

321. Il existe encore une autre convention hybride entre mandat et contrat d'entreprise. Celle-ci est davantage orientée vers la gestion, il s'agit du contrat d'agent commercial. Le premier texte ayant pour objet de régir la profession d'agent commercial en tant que telle est un arrêté du 5 novembre 1946. L'article 35 dudit texte qualifiait déjà l'agent commercial de mandataire. Cette qualification s'est maintenue à travers le temps jusqu'en droit positif.⁵⁷⁴

574 Il s'agit aujourd'hui d'un mandat d'intérêt commun, on ne peut déroger à cette qualification. (Articles L. 134-4 et L. 134-16 C. com. pris conjointement) Cet exemple illustre bien le caractère quelque peu artificiel de la qualification des ces contrats qui varie au gré de la bienveillance du législateur à l'égard des différents acteurs économiques. Le promoteur immobilier est un mandataire d'intérêt commun tandis que l'agent immobilier ne peut se prévaloir de ce statut. Ces variations sont d'autant plus surprenantes que cette qualification n'empêche en pratique pas la révocation *ad nutum* (Cass., Civ. I, 2 octobre 2001, n° 99-15.938, note Y. Diagorne-Labbé, *JCP G*, 19 juin 2002, 1137 et suivante ; Treppoz, *JCP E* 2002, p. 621 et ss. ; L. Leveneur, *Contrats Concurrence Consommation*, janvier 2002, p. 19 et s.). Il s'agit d'une théorie bien établie en jurisprudence (Cass., Com, 2 mars 1993, note J. Ghestin, *D.* 1994, p. 10). Elle ne fait que l'assortir du versement de dommages-intérêts en cas de révocation du mandataire sauf faute grave, notamment le manquement de l'agent commercial à l'obligation essentielle de loyauté (Cass., Com., 15 mai 2007, n° 06-12.282, commentaire S. Doireau, *Lamy Droit Civil*, juillet 2007, p. 12).

b) L'agent commercial

322. L'article L. 134-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce prévoit que «l'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale». Il s'agit donc d'un professionnel qui n'est pas subordonné au mandant, il n'est pas non plus entrepreneur et peut par le biais de ce mandat conclure plusieurs affaires. La marge de manœuvre de l'agent semble assez importante dans la mesure où il peut négocier une affaire, au sens commun du terme, et conclure plusieurs actes juridiques afin de la mener à bien. Ceci le rapproche du gestionnaire de biens qui doit également bénéficier d'une certaine marge de manœuvre pour pouvoir négocier et conclure différents contrats.

Ce sont deux contrats d'entreprise.

2/ Leur caractère : de vrais contrats d'entreprise

323. La distinction entre l'entremise et la conclusion d'actes juridiques (a) n'est pas de nature à fonder la qualification de mandat (b).

a) La distinction entre l'entremise et la conclusion d'actes juridiques

324. Comme dans tous les contrats d'agents qui ont été étudiés jusqu'à présent, l'agent commercial peut être chargé uniquement d'une mission d'entremise ou bien conclure des actes juridiques. On pourrait penser que la conclusion d'actes juridiques de nature à fonder la qualification de mandat. Néanmoins, la différence n'est pas aussi marquée puisqu'en pratique il agit souvent de manière indépendante afin de rechercher le client et de le mettre en relation avec le mandant.⁵⁷⁵ De plus, la conclusion de contrats est souvent la suite logique de la négociation par l'agent commercial.

La différenciation entre la négociation et la conclusion de contrats ne peut par conséquent pas servir de fondement à la qualification de mandat.

⁵⁷⁵ M. Mekki, V^o Mandat, *Juris Classeur Civil Code*, Fasc. 10, n^o 38.

b) Une distinction non pertinente du point de vue de la qualification juridique

325. La différenciation entre négociation et conclusion du contrat a peu d'intérêt du point de vue juridique puisque l'agent commercial est toujours considéré comme un mandataire protégé par un mandat d'intérêt commun.⁵⁷⁶ La reddition des comptes est celle du mandat de droit commun, elle ne doit en aucun cas être un élément de subordination de nature à entraîner la requalification en contrat de travail.⁵⁷⁷ Or, même si l'indépendance du gestionnaire est un facteur de souplesse dans la gestion en ce que l'agent dispose d'une marge de manœuvre lui permettant de gérer avec efficacité les biens, il devrait rendre des comptes quant à la manière dont il gère le patrimoine afin que le propriétaire puisse si besoin est, intervenir afin de préserver ses biens. Il s'agit donc de contrats d'entreprise et non de mandats. Par ailleurs, cette gestion, bien que reposant sur des actes divers, est uniquement orientée vers le commerce. Ce qui ne peut convenir à tous les types de gestion. Ce contrat ne peut donc pas non plus être retenu.

Il est néanmoins intéressant d'analyser tous ces contrats sous l'angle de la gestion afin de montrer qu'ils reposent tous sur l'organisation et la direction.

B Des contrats d'entreprise spéciaux permettant l'organisation et la direction de la gestion

326. Ces contrats permettent au gestionnaire indépendant d'exercer l'organisation et la direction (1) mais présentent des limites (2).

1/ L'organisation et la direction de la gestion par un gestionnaire indépendant

327. Malgré le recours irrésistible au mandat en cas de gestion complexe (a), le gestionnaire peut exercer l'organisation et la direction (b).

⁵⁷⁶ Confer *opus cité supra*, n° 40.

⁵⁷⁷ C'est pourquoi l'agent ne peut être «...tenu de rendre compte de son activité pour justifier du nombre de clients démarchés ou de mandats apportés...» Confer sur ce point Cass., Ch. soc., 19 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.653.

a) L'irrésistible recours au mandat en cas de gestion complexe

328. Au vu de ce qui précède, il apparaît que tous ces contrats reposent sur une indépendance totale du gestionnaire de sorte qu'il s'agit de faux contrats de mandat et de vrais contrats d'entreprise. Une fois de plus, on constate que lorsque la gestion est considérée comme complexe, comme c'est le cas en matière d'agent commercial ou de gestion de valeurs mobilières, le législateur est irrésistiblement attiré vers la qualification de mandat.

Ces contrats reposent sur une unité de moyens permettant l'organisation et la direction de la gestion.

b) L'unité de moyens permettant l'organisation et la direction

329. Ces techniques permettent l'organisation notamment par le biais du pouvoir de conclure des actes juridiques et matériels en vue par exemple de maintenir la consistance d'un portefeuille de valeurs mobilières ou de conclure une affaire commerciale. Ces mandats disposent également du pouvoir de direction dans la mesure où ils peuvent apprécier l'opportunité d'accomplir un acte et que le régime de ces contrats vise justement à garantir cette faculté. Cette liberté d'appréciation est d'ailleurs l'objet du contrat. On a recours à un gestionnaire de valeurs mobilières car on a confiance en son expérience en ce qui concerne l'opportunité d'investir dans telle ou telle valeur ou sur tel ou tel support. Le Code monétaire et financier définit des « Règles de bonne conduite » qui doivent être respectées par les prestataires de services d'investissement. L'article L. 533-16 dudit Code prévoit que pour l'application de certaines d'entre elles, il devra être tenu compte entre autres du « caractère professionnel ou non du client, notamment du client potentiel. »⁵⁷⁸ À la lecture de ce texte, il apparaît que la capacité à apprécier l'opportunité d'une action détermine cette qualification. Il est également intéressant de noter qu'un client peut demander à ne pas être considéré comme

578 « Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise les conditions d'application des articles L. 533-11 à L. 533-15, en tenant compte de la nature du service proposé ou fourni, de celle de l'instrument financier considéré, ainsi que du caractère professionnel ou non du client, notamment du client potentiel.

Un client professionnel est un client qui possède l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus.

Un décret précise les critères selon lesquels les clients sont considérés comme professionnels.

Les clients remplissant ces critères peuvent demander à être traités comme des clients non professionnels et les prestataires de services d'investissement peuvent accepter de leur accorder un niveau de protection plus élevé, selon des modalités précisées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. »

professionnel alors même qu'il en a toutes les caractéristiques ou inversement, solliciter la reconnaissance de cette qualité dès lors qu'il satisfait à certaines conditions sans pour autant être en conformité avec la définition légale du client professionnel. La notion de direction est au cœur de cette technique de gestion.⁵⁷⁹

Cette unité de moyens permettant l'organisation et la direction présente des limites qui vont être examinées maintenant.

2/ Les limites de cette unité de moyens d'organisation et de direction

330. Il en existe deux : une apparente tenant à l'indépendance du gestionnaire (a) et une réelle tenant à la détermination de la direction (b).

a) Une limite apparente tenant à l'indépendance du gestionnaire

331. Le contrat de gérance-mandat présente une originalité intéressante du point de vue du contrôle. En effet, une réforme intervenue en 2010 a réformé l'article L. 146-1 du Code de commerce dont l'alinéa 2 précise que « La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat. » On constate que ce contrat prévoit une possibilité pour le bénéficiaire d'instaurer un contrôle étendu de la gestion tout en accordant une grande indépendance au gestionnaire. Ainsi celle-ci n'est-elle pas incompatible avec la gestion habituelle et le contrôle qu'elle implique. Les risques de gestion pèsent sur le propriétaire et constituent une des deux raisons qui conduisent à écarter cette technique. L'étude de ces contrats nous montre que la reddition des comptes est fondamentale en matière de gestion contractuelle à titre habituel. Cette affirmation semble en contradiction avec la démonstration menée plus haut qui tendait à prouver que l'indépendance de l'entrepreneur était compatible avec la gestion. Ce n'est pas le cas. La réception de l'ouvrage de l'entrepreneur, par exemple, a un effet similaire à celui de la reddition des comptes, elle permet de s'assurer de la conformité de la gestion au contrat.

⁵⁷⁹ L'étude de l'incidence et des limites de la direction en matière de services d'investissement dépasse le cadre de ce travail. Il est toutefois possible d'affirmer que la notion de direction met en évidence le caractère de client professionnel.

Il existe néanmoins une limite qui conduit à écarter ces contrats à savoir l'absence de définition de la direction selon des critères déterminés.

b) Une limite réelle tenant à la détermination de la direction

332. Dans le cadre de ce contrat, le gérant gère dans l'intérêt du bénéficiaire, il dispose dans le cadre de sa mission d'une grande liberté et peut accomplir de nombreux actes matériels et juridiques comme par exemple l'embauche de personnel sous sa responsabilité. La direction de la gestion peut être définie dans le contrat de gérance-mandat. Il apparaît une fois de plus que la représentation n'est pas un critère permettant de retenir ou de rejeter une technique de gestion à titre habituel. L'étude de la gérance-mandat montre qu'une grande liberté de gestion peut être accordée au gestionnaire mandataire.

Cependant, cette technique correspond à l'hypothèse d'une gestion commerciale, le gérant devant toujours avoir la qualité de commerçant afin de pouvoir gérer un fonds de commerce ou un fonds artisanal. Ce n'est pas le seul problème de cette orientation commerciale. Il s'agit d'un contrat à durée déterminée, la gestion commerciale ne correspond pas à la gestion de biens non commerciaux en ce que l'organisation de cette gestion ne pourrait porter que sur l'évolution de la valeur commerciale qui n'est pas forcément celle qu'entend accroître le propriétaire. Il doit de ce fait être écarté.

333. Au cours de ce paragraphe, l'étude des faux mandats reposant sur l'organisation et la direction a montré l'importance de la reddition des comptes et de la détermination de la direction. L'incidence de la représentation sur l'indépendance du gestionnaire a été à nouveau discutée.

Ceci conduit à démontrer que il n'est pas nécessaire de recourir à la représentation.

Paragraphe II L'absence de nécessité du recours à la représentation

334. Le caractère superflu du recours à la représentation tient à l'absence de celle-ci dans de nombreux mandats spéciaux, d'une part (A) ainsi qu'à la possibilité de s'assurer de la conformité de la gestion en l'absence de représentation, d'autre part (B).

A L'incidence réduite de la représentation dans de nombreux mandats spéciaux

335. L'incidence réduite de la représentation dans de nombreux mandats teint à l'atténuation des effets de la représentation (1), d'une part et à l'incidence discutable de cette dernière sur le régime du contrat de gérance-mandat (2).

1/ L'atténuation des effets de la représentation

336. Cette attitude se traduit par le recours à dispositions spéciales (a) qui modifient l'étendue de la responsabilité du bénéficiaire (b).

a) Au moyen de dispositions spéciales

337. Les contrats qui s'appuient sur le mandat de droit commun contiennent des dispositions spéciales qui atténuent voire suppriment le recours à la représentation. Ainsi le mandat d'agent immobilier est-il de ce point de vue très proche du mandat du gestionnaire de portefeuille de valeurs mobilières. Ces deux mandataires apprécient l'opportunité d'accomplir un acte en toute indépendance et sont responsables des fautes qu'ils ont commises dans le cadre de la gestion, le bénéficiaire ne pouvant influencer sur celle-ci. Cette comparaison permet de souligner le fait que certaines techniques apparemment voisines du mandat de droit commun sont en réalité plus proches d'autres institutions qui ne s'appuient pas sur le régime de ce dernier.

Les dispositions spéciales modifient l'étendue de la responsabilité du bénéficiaire.

b) Par la modification de l'étendue de la responsabilité du bénéficiaire

338. Ces dispositions spéciales protègent le bénéficiaire et les tiers. Le premier risque de commettre des erreurs en raison du manque de temps ou d'un défaut de compétences en matière de gestion, les seconds savent qu'ils traitent avec le gestionnaire et non avec le bénéficiaire. Bienvenue, cette protection ne serait pas nécessaire si ces techniques ne reposaient pas sur le mandat de droit commun. Elle vise en effet à écarter les effets de l'imputation dérogatoire qu'il instaure.

339. Après avoir examiné l'atténuation des effets de la représentation, il convient de s'intéresser à

l'incidence technique nulle de la représentation sur le régime du contrat de gérance-mandat.

2/ L'incidence discutable de la représentation sur le régime du contrat de gérance-mandat

340. Le contrat de gérance-mandat est une technique de gestion qui semble inspirée du mandat de droit commun (a). L'incidence de la représentation est cependant discutable (b).

a) Une technique de gestion intéressante inspirée à première vue du mandat

341. Le contrat de gérance-mandat est intéressant du point de vue de la gestion. Les dispositions applicables aux gérants-mandataires ne font pas référence au mandat de droit commun. Le Code de commerce fait en sorte d'écarter la qualification de gérance salariée.⁵⁸⁰ Le premier alinéa de l'article L. 146-1 du Code de commerce laisse « toute latitude » au gérant-mandataire de gérer « dans le cadre tracé » et notamment d'embaucher du personnel sous sa responsabilité. Cette grande marge de manœuvre laissée au mandataire-gérant, la possibilité de donner des directives à celui-ci contribuent à première vue à rapprocher cette technique du mandat de droit commun.

Cette première impression est cependant erronée.

b) L'incidence discutable de la représentation

342. Il est difficile de conclure que ce mandat tient en grande partie de son ancêtre de droit commun. On peut estimer que la reddition des comptes s'apparente davantage à celui-ci qu'au contrat d'entreprise. Il a effectivement été vu que la reddition des comptes était une caractéristique utile d'une technique de gestion sur la durée car elle évitait aux parties la détermination précise d'un résultat imprévisible. Le contrat d'entreprise doit au contraire porter sur un objet aisément déterminable à l'avance.

Il faut noter que ce contrat est très proche de la location-gérance même s'il fait peser les risques liés à la gestion sur le propriétaire du fonds et des éléments qui en permettent l'exploitation.⁵⁸¹ La

⁵⁸⁰ Confer sur ce point, N. Dissaux, V° Fonds de commerce. – Généralités, *Juris Classeur Commercial*, Fasc. 201, n° 56 ; B. Saintourens, « Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal », *R.T.D.Com.*, 2005, p. 704.

⁵⁸¹ Confer en ce sens F. Auque, « L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 155, p. 64.

représentation correspond à la situation dans laquelle une personne agit au nom et pour le compte d'une personne qui consent à la représentation et est en mesure de recevoir les comptes qui doivent lui être rendus. Le gérant-mandataire agit en son nom propre. Tenir le contrat de gérance-mandat pour une technique reposant sur la représentation revient à adopter une analyse extensive de celle-ci qui amène à faire de tous ceux qui agissent pour autrui des mandataires. Cette nouvelle tendance n'est pas souhaitable d'un point de vue conceptuel.⁵⁸² Il est préférable de considérer que le gérant-mandataire est un entrepreneur pour autrui. Le locataire-gérant entreprend pour son propre compte et assume les risques de la gestion tandis que le gérant-mandataire gère pour autrui. L'activité de gestion demeure semblable puisque ce dernier, non-salarié, assume l'organisation et la direction de la gestion à laquelle il est intéressé par le biais d'une rémunération dont une partie peut dépendre du résultat. L'incidence de la représentation apparaît de ce fait discutable. En fait, une telle conclusion n'est pas surprenante si on songe au fait que le mode le plus d'exploitation de fonds par un tiers est la location-gérance.

Afin de montrer qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la représentation, il ne suffit pas de démontrer que l'incidence de celle-ci dans de nombreux mandats spéciaux est en réalité faible, il faut en plus établir la possibilité de s'assurer de la conformité de la gestion en son absence.

B La possibilité de s'assurer de la conformité de la gestion en l'absence de représentation

343. Il convient de revenir sur l'intérêt limité de celle-ci en matière de gestion (1) avant de réaffirmer la nécessité d'outils d'organisation et de direction (2).

1/ L'intérêt limité de la représentation en matière de gestion

344. L'intérêt de la représentation en matière de gestion pour autrui à titre habituel réside dans la division des techniques en deux catégories : celles qui se définissent par rapport à la représentation, d'une part et celles qui reposent sur la propriété, d'autre part (a). La représentation a cependant l'inconvénient de masquer en grande partie l'intérêt d'une bénéficiaire (b).

⁵⁸² Cette nouvelle mode marque cependant la plupart des créations législatives récentes en matière de gestion pour autrui. Il suffit de songer à la gérance-mandat, au mandat à effet posthume ou encore au mandat de protection future pour s'en rendre compte.

a) Le rôle de la représentation dans la partition des techniques de gestion

345. Le droit positif traduit l'absence de réflexion du législateur au sujet de la gestion par-delà les techniques répondant à des problèmes de plus en plus spécifiques. Les mandats spéciaux qui viennent d'être étudiés reposent sur la représentation dont les effets sont à tout le moins grandement atténués, le contrat de commission et le louage d'ouvrage se définissent par rapport à cette dernière, le tuteur est censé représenter un incapable qui ne peut se prononcer sur la gestion de son patrimoine... La représentation à travers le mandat de droit commun entre autres est aujourd'hui l'étalon de la plupart des techniques de gestion pour autrui. Lorsque la situation est plus complexe notamment en raison du nombre de parties prenantes à la gestion, le droit se tourne vers la propriété comme en témoigne l'existence de la société ou de la fiducie. Si le repère que constitue la distinction entre les techniques se définissant par rapport à la représentation et celles qui reposent sur la propriété structure un droit de la gestion constitué d'éléments disparates, il relègue à l'arrière-plan la question pourtant fondamentale de l'intérêt du bénéficiaire.

L'omniprésence de la représentation, qu'elle soit utilisée ou au contraire écartée, masque en grande partie la question de l'intérêt du bénéficiaire.

b) L'intérêt du bénéficiaire en grande partie masqué par la représentation

346. En recherchant l'intérêt du bénéficiaire de la gestion, il est par exemple possible de se demander si la représentation a un intérêt technique. Cette façon de procéder est somme toute relativement proche de celle qui consiste à se demander s'il faut adopter une nouvelle technique reposant sur un transfert de propriété ou sur la représentation en examinant les avantages et les inconvénients de chacune des solutions. Cette approche n'est pas satisfaisante tant d'un point de vue logique que pratique. Lorsque le bénéficiaire souhaite confier la gestion de ses biens à autrui, le juriste se trouve face à la distinction décrite précédemment entre représentation et propriété. La préservation de l'intérêt n'apparaît pas au premier plan de la gestion alors qu'elle est essentielle. Il est indéniable que l'intérêt est parfois pris en compte de manière évidente notamment lors de la recherche de celui de l'incapable. Il n'est cependant qu'une variable parmi d'autres au sein de la tutelle qui impose de se demander par exemple si un acte peut être accompli par le tuteur en fonction des circonstances de l'espèce. Il n'est ici pris en compte que de manière indirecte au travers de la gravité de l'acte. Le fait de devoir s'interroger sur la gravité avant d'examiner l'opportunité

n'est pas satisfaisant d'un point de vue logique car la gravité est une question distincte de celle de la finalité comme il a été montré précédemment.

347. D'un point de vue pratique, il est difficile pour un bénéficiaire non-juriste de comprendre que la recherche de son intérêt est encadrée par une technique alors qu'elle n'apparaît pas au premier abord. Il s'ensuit que l'apport de la représentation en matière de gestion à titre habituel est limité.

Afin d'établir la possibilité de s'assurer de la conformité de la gestion en l'absence de représentation, il ne suffit pas de relever l'intérêt limité de celle-ci en matière de gestion, il faut en outre montrer la nécessité d'outils d'organisation et de direction.

2/ La nécessité de disposer d'outils d'organisation et de direction afin de s'assurer de la conformité de la gestion

348. La gestion à titre habituel se déroule au fil du temps (a), conformément à l'intérêt du bénéficiaire (b).

a) Le temps et l'intérêt du bénéficiaire, lignes de force de la gestion

349. L'importance de l'intérêt du bénéficiaire et l'incidence faible de la représentation sur celui-ci ont déjà été examinées si bien qu'il est désormais établi qu'une technique de gestion à titre habituel doit rechercher l'intérêt du bénéficiaire. Il convient maintenant de mettre en évidence l'influence du temps pareillement masqué par la représentation. Lorsque le contrat d'entreprise a été étudié, il a été dit qu'il ne pouvait être retenu car il n'était pas possible de définir de manière suffisamment précise l'objet du contrat lors de sa conclusion. De même, il a été affirmé que le contrat de mandat de droit commun prévoyait la reddition du compte de gestion permettant de retracer les actes accomplis durant une période donnée. Qu'est-ce qui manque dans le premier contrat nommé, est présent dans le second, conduit à retenir celui-ci et à écarter celui-là ? Ce n'est pas la marge de manœuvre laissée au gestionnaire dont il a été montré qu'elle n'était pas forcément plus grande dans l'un des contrats que dans l'autre. Ce qui fait défaut, ce n'est rien d'autre que la prise en compte du temps au-delà de l'instant de la conclusion du contrat et de sa fin. Si la fin de la gestion était aisément prévisible, il n'y aurait pas besoin de reddition des comptes car seul importerait le résultat. L'évolution des circonstances étant imprévisible, il est nécessaire de suivre la valorisation au fil du temps, notamment par le biais de la reddition de compte.

Il convient de montrer que l'organisation et la direction sont nécessaires à la valorisation le long de ces lignes de force.

b) L'organisation et la direction nécessaires à la valorisation

350. L'organisation permet d'assurer la continuité de la gestion et d'accomplir tout acte nécessaire à la poursuite de celle-ci nonobstant sa gravité. C'est ainsi qu'il a été vu que la jurisprudence autorisait un mandataire apparent à accomplir un acte de disposition obligeant le mandant à l'égard du tiers lorsque le gestionnaire ne pouvait pas poursuivre sa mission sans accomplir l'acte en question. Comme on le voit, l'organisation concerne non seulement les relations entre le gestionnaire et le bénéficiaire mais également celles qui unissent les parties au contrat de gestion aux tiers.

La direction concerne l'opportunité d'une action, autrement dit, d'un acte ou d'une série d'actes juridiques ou matériels tendant vers un résultat déterminé. Cette dernière est recherchée par le gestionnaire au vu de l'intérêt du bénéficiaire, la direction est sans effet à l'égard des tiers.

Il apparaît qu'en matière de gestion à titre habituel, quelle que soit la technique utilisée, il est essentiel de disposer d'outils d'organisation et de direction. Il faut dès lors examiner le droit positif sous l'angle de la distinction entre l'organisation et la direction de la gestion. C'est ce qui a été fait jusqu'à présent. Il convient et il suffit de s'assurer que le gestionnaire dispose de pouvoirs d'organisation et de direction lui permettant de gérer le patrimoine. Le bénéficiaire doit quant à lui pouvoir contrôler l'usage de ces prérogatives afin de s'assurer de leur usage conformément à son intérêt et non à celui du gestionnaire qui reste un intrus nécessaire comme indiqué en introduction générale.

351. Au cours de ce paragraphe, l'étude de nombreux mandats spéciaux a montré qu'une gestion à titre habituel sans recours à la représentation était possible. Toutefois, celle-ci est parfois utile du fait de l'imputation d'actes du représentant sur le patrimoine du représenté. La différence de régime entre ces institutions et celles reposant sur le mandat de droit commun est parfois difficilement justifiable d'un point de vue technique tant elles sont semblables. Il apparaît en revanche de manière très nette que l'ensemble de ces techniques reposent sur l'organisation et la direction, deux éléments essentiels à la gestion à titre habituel.

352. Au cours de cette section, il a été vu que de nombreux mandats spéciaux excluaient le recours à la représentation et que celle-ci n'était pas nécessaire en matière de gestion à titre habituel.

Conclusion du Chapitre II

353. Au cours de ce chapitre, les contrats s'appuyant sur le mandat de droit commun comme ceux qui dérogeaient à ce dernier ont été examinés. Il apparaît que le mandat de droit commun permet l'organisation au moyen de la reddition des comptes et de l'accomplissement d'actes de d'administration. La direction ne peut qu'être exercée par le bénéficiaire assisté par le gestionnaire parce que la jurisprudence s'attache à établir la gravité d'un acte afin de déterminer s'il peut être accompli par le gestionnaire titulaire d'un mandat général. Puisque l'opportunité d'un acte au regard de l'intérêt du bénéficiaire n'est jamais contrôlée en tant que telle par les tribunaux, il n'est pas possible d'affirmer que le gestionnaire peut l'apprécier seul. Il lui faut cependant motiver sa volonté d'accomplir un acte du point de vue de son opportunité lorsqu'il sollicite l'établissement d'un mandat spécial à cette fin. Le bénéficiaire jugera lui-même si cet acte est opportun. La direction est par conséquent exercée par le bénéficiaire. L'étude du mandat notarié de protection future dérogeant au régime du mandat de droit commun conforte l'analyse qui vient d'être faite en ce que le juge des tutelles saisi d'une demande d'autorisation préalable doit bien se prononcer sur l'opportunité d'un acte au regard de l'intérêt de l'incapable. Ce n'est pas le gestionnaire qui exerce seul la direction de la gestion mais bien le bénéficiaire. Ce dernier étant incapable, le mandataire se livre à cette appréciation. Le cas échéant, la loi prévoit un contrôle de l'appréciation en opportunité par le juge des tutelles.

Conclusion du Titre II

354. Les techniques fiduciaires puis celles apparentées au mandat ont été examinées. Il est apparu que les *trusts* présentaient l'avantage de prendre en considération la recherche de l'intérêt du bénéficiaire de manière concrète et intuitive, sans détour par la représentation ou la propriété. L'importance de retracer très précisément l'évolution de la gestion au fil du temps a été mise en évidence. Le mandat permet au juriste français d'élaborer une technique dotée de ces deux caractéristiques qui est conforme à la culture juridique héritée de Rome.

Conclusion de la Partie I

355. Au cours de cette partie, il a été vu que l'encadrement de la gestion exigeait une approche téléologique. Le gestionnaire agit dans un but déterminé même s'il lui est impossible de prévoir le résultat de son action ou la fin de la gestion. Il doit veiller à la continuité de cette dernière. C'est pourquoi, il dispose du pouvoir d'organisation qui lui permet d'accomplir une action, c'est-à-dire un acte ou une série d'actes juridiques ou matériels. La reddition des comptes prévue dans le cadre du mandat de droit commun et absente du contrat d'entreprise relève de l'organisation et permet de retracer le déroulement de la valorisation au fil du temps. La représentation n'explique pas que l'on retienne le mandat et écarte le contrat d'entreprise lors de la recherche d'une technique de gestion à titre habituel. Il est apparu que la représentation était sans incidence sur la marge de manœuvre du gestionnaire. Le mandat permet, contrairement au louage d'ouvrage, d'envisager la valorisation dans la durée. L'avenir étant incertain, il est impossible de déterminer de manière suffisamment précise le résultat de la gestion lors de la conclusion du contrat d'entreprise. La pertinence du mandat en matière de gestion à titre habituel provient de la prise en compte du temps au-delà du début et de la fin du contrat de gestion, cette dernière peut d'ailleurs être indéterminée.

356. Puisque la fin de la gestion est souvent indéterminée et toujours imprévisible, il est indispensable de concevoir la valorisation dans la durée, indépendamment du début ou de la fin du contrat de gestion. Il ne faudrait pas considérer que ces deux bornes temporelles sont sans importance, notamment du point de vue du droit des créanciers des parties au contrat de gestion. Il s'agit simplement d'admettre que la valorisation est une activité continue qui ne peut se résumer à l'obtention d'un résultat. Examiner la gestion à titre habituel suppose de savoir quelles actions sont accomplies par le gestionnaire, d'une part et de s'assurer que ces actions sont conformes à l'intérêt du bénéficiaire, d'autre part. La question de l'intérêt d'une action ne se pose que lorsque celle-ci n'est pas nécessaire à la poursuite de la gestion, autrement dit, lorsqu'elle ne relève pas de l'organisation. Elle repose sur un choix effectué par le gestionnaire en vue de tirer profit d'une opportunité ou d'éviter de se trouver dans une situation plus délicate que celle dans laquelle il se trouve au moment où il s'interroge sur le choix qu'il doit faire. Ce pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action est appelé pouvoir de direction.

Il apparaît que le mandat permet de concevoir la gestion dans la durée et d'apprécier l'opportunité d'une action au regard de l'intérêt du bénéficiaire. Le mandat de droit romain étudié en introduction conforte cette thèse. La gestion sans représentation va maintenant être analysée au moyen de l'organisation et de la direction.

Partie II Encadrement contractuel de la gestion sans représentation

357. La distinction entre l'organisation et la direction est en adéquation avec le droit positif relatif à la gestion de patrimoine. Ceci amène à envisager l'élaboration d'un cadre contractuel adapté à la gestion à titre habituel reposant sur ces deux pouvoirs qui portent respectivement sur l'accomplissement d'une action, d'une part et l'appréciation de l'opportunité de celle-ci, d'autre part.

Comme ce travail est avant tout destiné au juriste préoccupé par la rédaction et les effets d'un contrat de valorisation, la formation du contrat (Titre I) sera étudiée avant son exécution (Titre II).

Titre I La formation du contrat

358. Il faut savoir ce qui a été réalisé et ce qui doit être accompli avant de s'interroger sur ce que l'on peut faire. Compte tenu de ce fait, il convient d'étudier le pouvoir d'organisation (Chapitre I), avant de s'intéresser à celui de direction. (Chapitre II).

Chapitre I L'organisation

359. La continuité de la gestion assurée au moyen du pouvoir d'organisation s'inscrit dans le temps. Les parties doivent tenir compte de ce dernier lors de la formation du contrat qui porte sur l'avenir par nature incertain. Il va être montré que la valorisation se conçoit dans la durée. Il est nécessaire d'examiner la notion de temps et la prise en compte du temps (Section I) avant d'étudier l'inscription du temps dans la durée (Section II). Ceci permettra de comprendre pourquoi et comment le temps doit être pris en compte en matière de gestion à titre habituel.

Section I La nécessité d'inscrire la gestion dans la durée

360. Le gestionnaire a pour mission de valoriser les biens au fil du temps. La notion de temps est cependant difficile à cerner au point que l'on pourrait penser qu'il s'agit d'une question plus physique ou philosophique que juridique. Pourtant le juriste doit prendre en compte ce temps qui passe. Le contrat porte sur l'avenir par définition incertain, le patrimoine évolue au fil du temps, s'il ne tient pas compte de l'écoulement de celui-ci, il n'est ni en mesure de connaître l'état du

patrimoine, ni d'agir sur ce dernier.

En pratique, le gestionnaire valorise les biens sur la durée et doit faire face aux événements qui se produisent dans l'instant. Il est de ce fait intéressant d'examiner les rapports de l'instant et de la durée qui sont les deux éléments constitutifs du temps en droit (I). Ceci conduit à souligner l'importance d'anticiper la reddition des comptes (II) qui contribue à inscrire l'instant dans la durée.

Paragraphe I Les rapports de la durée et de l'instant

361. Le temps n'est pas une notion philosophique mais bien un concept juridique. Fréquemment utilisé en droit, il est marqué par l'instant qui est l'un de ses éléments constitutifs. Celui-ci ne permet pas à lui seul de cerner la valorisation qui se conçoit dans la durée (A). La gestion doit être encadrée au moyen de l'instant et de la durée (B). À ce sujet, il sera notamment vu que le juriste qui s'intéresse à la gestion de patrimoine doit tenir compte des rapports juridiques nées antérieurement à l'affaire dans le cadre de laquelle il assiste son client et prévoir l'échéance de certains délais.

A L'insuffisance de l'instant au regard de la valorisation

362. L'instant a une fonction bien déterminée en droit mais ne permet pas de suivre convenablement la valorisation (1) du fait de l'influence du temps sur la valorisation (2).

1/ La fonction de l'instant distincte de la valorisation

363. L'instant a pour fonction de marquer le point de départ et la fin d'une situation afin d'en déduire un régime juridique. Le recours à l'instant présente cependant certaines limites (a) qui tiennent à la construction de la valeur dans le temps (b).

a) Les limites de l'instant en matière de rapports contractuels

364. Le juriste cherche à déterminer le point de départ ou la fin possible d'une situation juridique. Ceci est essentiel puisque l'instant lui permet d'appliquer aux faits un régime juridique qui produira des effets de droit.⁵⁸³

Les délais supposent l'écoulement du temps de sorte que l'on pourrait être tenté d'y voir une

⁵⁸³ Confer en ce sens, J. Mestre, « Rapport introductif du colloque « Durées et contrats » », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 5 s.

manifestation de la durée et non de l'instant. Ils peuvent cependant être réduits à deux instants principaux que sont le point de départ et l'extinction auxquels viennent parfois s'ajouter des instants intermédiaires tels que la suspension ou l'interruption. On pense évidemment à la prescription ou à l'exigibilité mais également à la condition suspensive ou résolutoire par exemple. Comme l'indique M^e Nuytten, « Ces délais n'ont pas tous la même nature ni la même portée. Du respect de certains dépend la vitalité même de la convention ; il en est ainsi du délai de réalisation d'une condition suspensive. D'autres suspendent simplement l'exécution des obligations dont l'existence n'est pas en cause. La distinction entre les deux modalités temporelles que sont le terme et la condition structurent largement les différences de régime juridique. »⁵⁸⁴ Ce qui compte ici, c'est l'instant où la condition se réalise ou défaille ou encore l'échéance du terme. La prise d'effet du contrat nous ramène sans cesse à l'instant. Alors que le contrat porte sur l'avenir, celle-ci peut être rétroactive bien qu'inopposable aux tiers, comme le souligne M. Revet.⁵⁸⁵ Or, la gestion à titre habituel porte justement sur cet intervalle dont le début peut-être déterminé par la prise en compte de la persistance d'une situation. Il peut arriver que l'on s'interroge sur le point de départ d'une situation juridique préexistante afin de lui faire produire des effets. Ce cas de figure se rencontre en matière de société créée de fait, la persistance d'une situation de fait analogue à la gestion d'une société amène à se poser la question de l'instant de sa survenance dans le but de lui faire produire les effets juridiques désirés. Tout a un début et une fin, personne ne l'ignore. Nul ne peut toutefois se préoccuper sans cesse des bornes de début et de fin. Il faut remplir l'intervalle qui les sépare et si possible lui donner un sens en s'engageant résolument dans l'avenir. Ainsi, la société créée de fait est bien souvent le fruit des circonstances qui ont conduit à ce que durant une certaine période des personnes ont géré un patrimoine de manière commune. Afin de tenir compte de cette situation qui s'inscrit dans la durée, le juge a recours à la qualification de société créée de fait qui permet de faire produire des effets juridiques précis à une situation de gestion commune informelle. Afin d'appliquer ce régime, le juge doit déterminer le point de départ et parfois également la fin de la gestion mais ces deux éléments n'ont pas été considérés par les associés de la société créée de fait. La prédominance de l'instant en droit apparaît ici de manière très nette. La gestion dans la durée est en partie encadrée par le droit au moyen de l'instant.

365. L'instant ne devrait *a priori* pas causer des difficultés en matière de gestion de patrimoine dans la mesure où il a précédemment été vu que la gestion pouvait être encadrée par l'instant alors qu'elle s'inscrivait dans la durée. Cette prépondérance de l'instant dans le droit semble tout à fait naturelle dans la mesure où elle était déjà présente en droit romain. La projection de la relation

⁵⁸⁴ B. Nuytten, « L'abus de délais est dangereux pour le contrat ! », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 211 et ss.

⁵⁸⁵ Th. Revet, « La prise d'effets du contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 29 et ss. Confère sur ce point Cass. Com., 23 mars 1999, Bull. civ. IV, n° 69 cité par l'auteur.

contractuelle dans l'avenir se faisait alors au moyen du terme ou de la condition.⁵⁸⁶ Si, comme l'indique M. Jouary, les prévisions contractuelles se heurtent nécessairement à l'avenir, le droit ne considère pas l'imprévisible comme un obstacle infranchissable comme le montre l'exemple des contrats-cadres de distribution.⁵⁸⁷ La sécurité juridique impose que le contrat puisse évoluer. Il peut de ce fait être considéré comme un acte de prévision. Certaines conventions visent plus particulièrement à adapter la relation contractuelle à l'évolution des circonstances, telles qu'un contrat portant sur des devises étrangères.⁵⁸⁸

Malgré tout, l'évolution du contrat du fait de sa révision par les parties ne semble pas satisfaisante car il faut, en plus d'un consensus sur le contenu de cette révision, un accord sur l'instant où celle-ci doit avoir lieu. Cette précision est importante. En effet, la révision intervient en général à un moment-clé de la relation contractuelle, soit à la fin d'une période déterminée, soit à la survenance d'un fait précisément déterminé dans le temps comme l'épuisement d'un stock de marchandises. Des situations de ce type sont d'ailleurs l'occasion pour le juge de rappeler l'existence d'un devoir de coopération lors de la renégociation qui précède la révision du contrat.⁵⁸⁹

Il devient cependant beaucoup plus difficile d'envisager une révision lorsqu'on ne sait pas quel événement doit amener les parties à s'interroger sur l'opportunité de celle-ci. En effet, les exemples donnés précédemment concernent une gestion rythmée par des événements ponctuels récurrents comme l'épuisement d'un stock et l'approvisionnement en marchandises. Cependant, une affaire peut très bien se dérouler sans qu'il soit possible de déterminer un événement marquant. C'est pour cette raison que le tribunal de commerce peut fixer la date de cessation des paiements antérieurement au jugement d'ouverture et reculer si besoin celle-ci jusqu'à dix-huit mois avant ledit jugement.⁵⁹⁰ La loi donne une grande liberté au juge dans la fixation de la date de cessation des paiements qui ne se confond pas avec l'insolvabilité qui est un état de fait. C'est au juge qu'il appartient de déterminer l'instant à partir duquel le débiteur se trouve « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible »⁵⁹¹. Les parties au contrat de gestion n'ont pas quant à elles la possibilité de remonter le temps afin de se demander quels événements ont été déterminants ; elles accomplissent leurs actes en fonction des circonstances présentes et de leur évolution probable. Il est de fait très difficile d'utiliser l'instant afin de déterminer un régime juridique qui puisse prendre en compte l'évolution des circonstances de fait. La gestion à titre

586 Confer en ce sens, E. Chevreau, *Le temps et le droit : la réponse de Rome : l'approche du droit privé*, M. Humbert (dir.), Romanité et modernité du droit, De Boccard, 2006, p. 167

587 Ph. Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, J. Ghestin (dir.), th. Paris I, 2002, n° 646 et suivants.

588 Opus cité ci-dessus, n° 651 et suivants.

589 Confer sur ce point opus cité ci-dessus, n° 656 et suivants au sujet du devoir de coopération de l'employeur. Confer également n° 664 au sujet de la renégociation en matière de contrats de distribution.

590 Article L. 631-8 du Code de commerce.

591 Article L. 631-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.

habituel se conçoit dans la durée et non dans l'instant. Ceci semble indiquer que malgré l'existence de techniques qui permettent de tenir compte de l'évolution d'une situation à travers le temps, l'instant ne suffit pas à comprendre la gestion à titre habituel.

Il apparaît nécessaire de vérifier cette impression en examinant le rapport entre le temps et la valeur dans le cadre de la gestion.

b) La justification de la construction de la valeur

366. La valeur se construit dans la durée sous l'action de l'individu comme l'expliqueront les développements suivants. La valorisation ne peut être comprise seulement au moyen de l'instant. Afin de s'en convaincre, il est nécessaire d'étudier la manière dont est construite la valeur.

Louis Lavelle remarque que la valeur et le temps sont étroitement liés. Ils se confondent même lorsque l'on recherche le sens de quelque chose. Le sens est à la fois la direction du temps et ce que l'on peut comprendre.⁵⁹² La question du sens revient à chaque fois que l'on se projette dans l'avenir, notamment lors de la gestion de biens à titre habituel. L'auteur indique que « nous cherchons toujours dans ce qui doit être la raison de ce qui est. » L'expression « ce qui doit être » est elle-même singulièrement instructive en raison de cette ambiguïté qui fait qu'elle désigne en même temps l'avenir et la valeur ». ⁵⁹³ Lorsqu'une personne confie la gestion de son patrimoine à autrui à titre habituel, elle ne sait pas précisément ce qu'elle veut ni ce qu'il adviendra de ses biens. L'individu observe le monde qui l'entoure en essayant d'y apporter ce qui lui manque. La valeur économique s'inscrit dans le temps car celui-ci sépare le désir de sa satisfaction.⁵⁹⁴ Le bénéficiaire ne connaît pas l'avenir et ne saurait dire quels événements viendront ponctuer la gestion exigeant du gestionnaire une réaction prompte et conforme à ses attentes. L'avenir donnera au gestionnaire la possibilité de saisir certaines opportunités qui se présenteront à lui. C'est au fur et à mesure de ses actions que la valeur croîtra sans qu'il puisse dire laquelle permettra de l'accroître significativement Ceci est également vrai pour la valeur économique qui ne peut être déterminée qu'une fois l'objet du contrat précisément conçu⁵⁹⁵, il est cependant impossible de concevoir précisément l'avenir et de dire à quel instant il faudra agir. On pourrait penser que le temps importe peu dans la mesure où ce qui est utile a de la valeur mais « l'utilité est inséparable du temps,

⁵⁹² L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, pp. 381 et suivante.

⁵⁹³ L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II : Le système des différentes valeurs, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 382.

⁵⁹⁴ L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II : Le système des différentes valeurs, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 106.

⁵⁹⁵ Il va de soi qu'une chose peut avoir été conçue sans avoir été réalisée ou fabriquée.

c'est une valeur différée. »⁵⁹⁶ On accomplit une action dont on recherche l'utilité à un moment donné. L'activité créatrice de valeur en général et le travail en particulier s'expriment dans le temps.⁵⁹⁷ Il s'agit d'une recherche continue de la valeur qui ne saurait être réduite à l'instant. De plus, la valorisation des biens ne peut être ramenée à un ensemble de qualités substantielles que le gestionnaire devra atteindre puisqu'il faudra nécessairement que celui-ci fasse évoluer le patrimoine au fil du temps. Si l'on souhaite définir des qualités substantielles, il faut le faire de manière précise afin de garantir une certaine sécurité juridique aux stipulations contractuelles. Procéder de la sorte risque de figer la gestion en privant le gestionnaire de la possibilité de prendre des décisions en tenant compte du monde qui l'entoure.

Il a été vu que la valeur était construite au fil du temps. Il reste à étudier l'influence de l'individu dans la construction de la valeur.

367. L'essence de la valeur, comme le fait remarquer M. Robillard, n'apparaît que lorsque l'individu manifeste sa volonté dans une situation donnée, elle suppose son action.⁵⁹⁸ La valorisation est une activité continue, le gestionnaire agit afin de tirer profit du monde qui l'entoure qu'il ne peut décrire comme une succession d'instant, à moins de faire le bilan de ses actions passées, ce qui est utile ainsi qu'il sera vu ultérieurement.

Ceci signifie que d'un point de vue logique, de la même façon que le droit s'intéresse à l'affirmation de la volonté et à ses effets plus qu'à la volonté elle-même, il convient de s'intéresser aux conditions d'affirmation de la valeur et à ses effets plus qu'à la valeur elle-même.

D'un point de vue pratique, la précarité de la valeur permet d'appréhender la gestion à titre habituel de manière concrète. En effet, un fonds de commerce n'a de valeur que par l'exploitation qui en est faite. Il en est de même des droits de propriété intellectuelle qu'il faut exercer afin de produire de la valeur. En droit des brevets par exemple, le monopole d'exploitation conféré à un inventeur par l'intermédiaire d'un brevet est assorti de l'obligation d'exploiter.⁵⁹⁹ Ceci s'explique par le fait que sans exploitation du monopole, il est impossible de créer de la valeur dans le champ d'application du brevet. De même, un fonds de commerce qui n'est pas exploité périlite et perd toute valeur. C'est pourquoi le mandat général peut être le fondement d'actes généralement considérés comme

596 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II : Le système des différentes valeurs, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 199, n° 12.

597 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II : Le système des différentes valeurs, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, pp. 106 et suivante.

598 S. Robillard, « La valeur et l'acte : un débat du spiritualisme » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, p. 73 L'auteur cite au cours de son analyse un passage qui se situe au premier tome de l'œuvre précitée de Louis Lavelle, p. 99.

599 Dans le cas contraire, toute personne publique ou privée peut demander à obtenir une licence obligatoire afin d'exploiter le brevet dans les conditions prévues à l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle.

des actes de disposition. Analyser de tels actes à la lumière de l'organisation de la gestion permet de rendre compte d'un point de vue théorique de la nécessité concrète de maintenir la valeur au fil du temps. Louis Lavelle indique qu'elle doit être maintenue à travers le temps notamment parce que la volonté d'un individu est tournée vers un objectif.⁶⁰⁰ Selon lui, le sens du temps est influencé par le sujet dans la mesure où il agit sur le cours des événements dans un but précis.⁶⁰¹ Ceci conforte l'analyse selon laquelle la gestion a un caractère téléologique et renvoie l'individu à sa liberté. Celui-ci trouve en le temps un moyen d'user de celle-ci afin de se projeter dans l'avenir. La liberté permet à l'individu d'essayer de satisfaire son désir. Celui-ci ne fait qu'exprimer un manque qu'il cherche à combler.⁶⁰² Dans le cas de la gestion de biens, le bénéficiaire cherche à combler ce manque en conférant une valeur à ce qui l'entoure et en examinant les possibilités qui s'offrent à lui. En l'occurrence, ce désir porte non pas sur le présent mais sur l'avenir et permet de révéler la valeur « en nous montrant précisément l'intervalle qui sépare ce que nous avons de ce qui nous manque, et que nous nous croyons faits pour posséder. »⁶⁰³ Le désir est infini. Par conséquent si la valeur repose ne serait-ce qu'en partie sur ce désir et son caractère infini, il est vain de chercher à la borner dans le temps ou de tenter de la réduire à un ensemble de qualités substantielles définissant un ouvrage par exemple. C'est entre autres pour cette raison que, comme il a été vu précédemment, la fiducie centrée sur les qualités substantielles des biens composant le patrimoine fiduciaire est inadaptée alors qu'un contrat de société organise la poursuite d'un objet social défini de manière très souple.

Les développements qui précèdent permettent de se rendre compte du fait que la gestion à titre habituel repose sur l'action continue de l'individu qui cherche à combler un manque en conférant une valeur au monde qui l'entoure. De ce fait, il est impossible de réduire la continuité de la gestion à l'instant et de définir la valorisation comme la poursuite d'un ensemble de qualités substantielles d'un bien ou d'un ensemble de biens. Lors de la formation du contrat, il est nécessaire de confier au gestionnaire le pouvoir d'accomplir une action sans définir le résultat de celle-ci.

Ceci nous amène à déterminer l'incidence du temps sur la valorisation.

600 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 396 et suivante.

601 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, pp. 383 et suivante.

602 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 203.

603 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 198.

2/ L'incidence du temps sur la valorisation

368. L'effet du temps sur la valeur s'explique par l'existence d'un conflit entre l'instant et la permanence (a). Le juriste ne peut pas se contenter d'examiner la situation des biens gérés à un instant donné, il doit tenir compte de ce qui a été fait et de ce qui devra être fait. Ceci impose de considérer la valorisation dans la durée comme le font les praticiens du droit qui ont recours à certaines clauses dont l'effet s'étend au-delà de la fin du contrat qu'il les comporte. Il doit également tenir compte des liens de dépendance qui se nouent en vue de créer de la valeur (b).

a) Le conflit entre l'instant et la permanence et ses implications juridiques

369. Louis Lavelle nous rappelle que le temps éloigne le sujet du présent. L'individu se trouve alors entre le passé et l'avenir et doit puiser dans le premier pour construire le second. Il est de ce fait capable de définir la direction de son existence⁶⁰⁴ ou plus simplement de la gestion. « L'instant nous impose des conditions déterminées, une occasion à saisir, des obligations à remplir et une action qui doit être la meilleure en cet instant même, selon le triple rapport qu'elle soutient avec notre liberté, avec notre nature et avec les circonstances mêmes où la vie ne cesse de nous placer. »⁶⁰⁵

L'instant n'est pas le seul élément constitutif du temps. Le concept de temps en droit repose également sur la durée. Ceci pose d'ailleurs problème tant au gestionnaire qu'au juriste chargé de conférer un cadre juridique aux relations qui naissent à l'occasion de la gestion. Comment être tout le temps présent, répondre dans l'instant, sans oublier que l'on prépare l'avenir ? Ce dilemme a des implications juridiques très concrètes.

M^e Tort fait très justement observer qu'il y a des obligations qui peuvent naître avant la conclusion d'un contrat ne serait-ce que parce que les parties ont échangé divers éléments avant la conclusion de celui-ci. Il peut donc être utile lors de la rédaction de celui-ci de prévoir le sort des obligations nées antérieurement.⁶⁰⁶

En matière de gestion de patrimoine ceci peut effectivement s'avérer particulièrement intéressant puisque les parties à la gestion doivent tenir compte de la situation des biens à gérer en prévoyant

604 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 480.

605 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 483.

606 F. Tort, « La gestion des durées par le juriste », *R.D.C.*, 2004, p. 207 et suivantes.

par exemple une cession de contrat ou de créances afin de permettre au gestionnaire de prendre en main la gestion au moment où le bénéficiaire lui confie ses biens. On voit très clairement à travers l'exemple de cette situation concrète que la valorisation suppose une continuité d'action ; le patrimoine à gérer n'a pas surgi du néant, le gestionnaire ne fait que poursuivre avec sa compétence et son expérience ce que le bénéficiaire a entrepris. Il y a certes un instant où la gestion est confiée au premier par le second mais la gestion ne peut être ramenée à celui-ci. L'auteur indique également qu'il peut être utile de prévoir une clause d'exclusion de certains documents au moment de la négociation du contrat de gestion ainsi qu'une clause stipulant l'intégration de certains écrits.⁶⁰⁷ On songe notamment à ceux mentionnant les réserves du bénéficiaire à l'égard de la gestion et les points qui préoccupent particulièrement le gestionnaire. Procéder de la sorte permet de guider les parties et le juge en leur permettant de se rendre compte de la réalité de la situation du patrimoine géré et de son évolution sans surcharger l'historique de cette relation d'un nombre de documents inutiles. C'est également pourquoi, comme le remarque Mme Lamoureux, le contrat doit être cohérent et son rédacteur doit utiliser les mêmes termes dans un contexte similaire. L'auteur insiste sur les avenants qui peuvent sembler contredire les documents qu'ils viennent seulement compléter.⁶⁰⁸ Le manque de cohérence entre différents documents ou entre la lettre du contrat et le comportement des parties accroît significativement le risque de requalification judiciaire.⁶⁰⁹

Par ailleurs, M^e Tort relève « que la contrepartie d'une obligation naissante pendant le contrat pourra largement déborder de la durée du contrat », « le bénéfice d'un contrat pourra principalement résider dans des dispositions prenant effet à l'issue de la durée du contrat. »⁶¹⁰ Ceci montre bien que le temps a un effet sur la valeur et que la gestion à titre habituel ne peut s'entendre que dans la continuité, l'instant ne suffit pas à cerner la gestion. On rétorquera que le terme permet de mettre fin à une obligation. Néanmoins, il est toujours possible de prévoir d'en créer nouvelles obligations à de celui-ci.

Envisager la gestion par-delà un début ou une fin est nécessaire car on se rend compte de l'instauration de liens de dépendance en vue de créer de la valeur.

607 F. Tort, « La gestion des durées par le juriste », *R.D.C.*, 2004, p. 207.

608 M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants.*, J. Mestre (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 124 et suivants.

609 M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants.*, J. Mestre (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 87 et suivants.

610 F. Tort, « La gestion des durées par le juriste », *R.D.C.*, 2004, p. 207.

b) La prise en considération des liens de dépendance permettant de créer de la valeur au fil du temps

370. La gestion à titre habituel est propice à l'instauration de liens de dépendance entre les parties au contrat en vue de créer de la valeur. M. Stöffel-Munck estime que le matériel fourni à un cocontractant l'est en raison de la prépondérance d'une partie sur l'autre. Il s'agit notamment de l'enseigne fournie par le fournisseur au distributeur.⁶¹¹ Une partie peut parfois vouloir se séparer de certains éléments qui n'ont d'intérêt que dans le cadre de la gestion qui prend fin, l'auteur prend l'exemple des stocks de marchandises restés sur les bras du distributeur, ils peuvent être l'objet d'une reprise par le fournisseur mais ce n'est pas systématique.⁶¹² Cet exemple illustre parfaitement l'insuffisance de l'instant qui ne permet pas à lui seul de rendre compte de la continuité de la gestion. En effet, dans le cas présent, il y a eu un contrat qui n'est plus au moment où la relation commerciale s'achève. Les obligations liées à la distribution prennent en principe fin puisque le distributeur quitte le réseau du fournisseur. Toutes les obligations nées à l'occasion de ce contrat appartiennent au passé et pourtant le distributeur se retrouve avec des marchandises qu'il ne peut plus vendre à l'instant où le contrat prend fin et qui n'ont pas changé par rapport au moment où le distributeur les a acquises pour un montant déterminé en vue de les revendre. L'instant de la rupture contractuelle modifie la situation des parties et a un effet tangible sur le présent ; les marchandises précédemment acquises par le distributeur ne disparaîtront pas d'elles-mêmes. Il y a une continuité entre le passé, le présent et l'avenir. La valeur s'est créée dans la durée lorsqu'il y avait une relation de dépendance entre les parties, l'indépendance retrouvée, la valeur n'est plus alors que les marchandises achetées n'ont probablement pas été altérées par le temps. Cette continuité de la relation contractuelle qui s'entend dans la durée se retrouve également au niveau des obligations qui constituent le contrat. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, « l'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif. »⁶¹³ C'est ainsi qu'une personne qui a eu accès à un fichier de clients peut capter une partie de la clientèle dont il gèrait les biens une fois qu'il a démissionné s'il n'a pas signé de clause de non-concurrence. M. Stöffel-Munck montre que la clause de confidentialité peut s'étendre au-delà de la fin du contrat tant que l'information confidentielle a de la valeur, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas été divulguée.⁶¹⁴ Il considère également que « Les obligations de non-concurrence et de confidentialité que nous envisageons sont des obligations tout de même bien étranges. Issues du contrat, elles ne participent pas de la réalisation de l'objet du contrat car celle-ci

611 Ph. Stöffel-Munck, « L'après-contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 159, n° 6.

612 Confer sur ce point Ph. Stöffel-Munck, « L'après-contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 159, n° 9.

613 Cass., Com. 3 octobre 1978 cité par Ph. Stöffel-Munck, *opus cité*, n° 13 et suivant.

614 Ph. Stöffel-Munck, « L'après-contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 159 n° 20 et suivant.

a déjà eu lieu. »⁶¹⁵ Il estime que les clauses de non-concurrence et de confidentialité suscitent autant d'intérêt parce qu'elles s'étendent au-delà du contrat.⁶¹⁶ Nous relevons la qualité de cette analyse qui tente d'expliquer une situation complexe d'un point de vue juridique. Accorder de l'importance à la continuité de la gestion permet de voir que certaines situations créées par le contrat continuent à produire des effets malgré la rupture des relations contractuelles. La clause de confidentialité considère l'exclusivité du point de vue de la durée et non au regard de limites temporelles préétablies. Elle devient inutile lorsque celui qui détient l'information ne peut plus faire usage de celle-ci de manière exclusive ; le sort des autres obligations contractuelles est indifférent.

371. L'embarras provoqué par la clause de confidentialité qui ne sera que brièvement évoquée ici vient du fait que l'on s'aperçoit que celle-ci prend effet alors que l'obligation caractéristique du contrat est éteinte. Pourtant cette impression n'est pas justifiée du point de vue juridique pour deux raisons.

D'une part, l'obligation de confidentialité n'est pas l'accessoire de l'obligation caractéristique du contrat. En effet, ce n'est pas parce qu'un employé ne travaille plus pour son employeur qu'il n'est plus tenu au secret au sujet de certaines informations confidentielles relatives à son ancien emploi.

D'autre part, l'objet du contrat comportant une clause de confidentialité porte forcément sur l'exploitation d'informations confidentielles. Par exemple un employé qui dans le cadre de son travail exploite des informations confidentielles est lié par un contrat dont l'objet est précisément défini et mentionne l'exploitation d'informations confidentielles. Par conséquent, ce n'est pas parce que l'employé a cessé d'exploiter des informations pour le compte de son employeur que celles-ci ont perdu leur caractère confidentiel. L'employé qui s'est engagé lors de la signature du contrat de travail à ne pas divulguer de telles informations reste tenu au secret alors même qu'il ne les exploite plus pour le compte de son ancien employeur.

Il ne s'agit pas d'une obligation à durée indéterminée, comme le souligne M. Stöffel-Munck, « le terme implicite de l'obligation sera le jour où la divulgation sera devenue anodine. »⁶¹⁷

Comme on le voit, l'embarras à l'égard de la clause de confidentialité n'est pas justifié du point de vue juridique, il ne peut s'expliquer que par l'attrait du juriste pour l'instant au détriment de la durée. Il cherche avant tout à déterminer un instant tel le terme par exemple. De ce fait, il est embarrassé lorsqu'une relation juridique repose sur des liens de dépendance tels que ceux qui unissent un employeur à un salarié exploitant des informations confidentielles car elle ne peut être

615 Ph. Stöffel-Munck, « L'après-contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 159, n° 22.

616 Confer sur ce point, Ph. Stöffel-Munck, « L'après-contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 159, note 39.

617 Ph. Stöffel-Munck, « L'après-contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 159, n° 20.

aisément encadrée par l'instant. La clause de confidentialité permet de restreindre la diffusion de la valeur créée au moyen de l'instauration de liens de dépendance. Lorsque la valeur d'une information diminue, elle finit par être divulguée et l'obligation de confidentialité relative à celle-ci arrive à son terme.

372. Au vu de ce qui précède, le juriste ne doit pas se borner à considérer l'instant en droit. Il existe trois manières d'envisager le temps dans le contrat :

— l'instant, à travers le problème du début et de la fin que l'on retrouve également en matière de délais. Un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux en date du 19 février 2003 cité par M. Mestre⁶¹⁸ précise qu'un contrat de vente à durée indéterminée peut être résilié à tout moment « à la condition pour l'auteur de la rupture de respecter un préavis suffisant nécessaire pour permettre à son cocontractant de trouver des vins de substitution ». Les parties peuvent également prévoir un tel préavis afin d'organiser la rupture.⁶¹⁹ L'instant est le point de passage entre l'avant et l'après.⁶²⁰

— L'instant teinté de durée qui repose sur une suite d'actes connaissant chacun un début et une fin précisément déterminés à laquelle viennent s'ajouter des obligations qui s'inscrivent dans la durée telles que celle contenue par une clause de confidentialité ;

— la durée qui repose sur la continuité d'une situation juridique sans référence à un début ou à une fin. L'existence d'une société créée de fait est relevée *a posteriori* par le juge en raison de la réunion de certaines circonstances de fait. De plus, une société peut toujours être prorogée, ce qui montre que la gestion de la société n'est pas considérée du point de vue du début ou de la fin.

La gestion à titre habituel ne peut être comprise que sur la durée, sans référence à un début ou une fin. Ceci ne signifie pas que ces deux bornes temporelles sont sans importance pour le juriste mais qu'il doit les considérer comme des bornes milliaires qui ponctuent la relation contractuelle. Ceci permet de mieux cerner la réalité concrète de celle-ci. Le droit est en ce sens puisque le juriste et les parties peuvent décider d'avoir recours à un avant-contrat qui est un engagement juridique en soi mais qui ne se comprend réellement que parce qu'il est un acte préparatif qui vient ponctuer la relation contractuelle qui peut s'achever ultérieurement comme se poursuivre au-delà de la fin du contrat que l'avant-contrat était venu préparer.

Après avoir vu les implications concrètes du développement de la valeur dans la continuité

618 J. Mestre, « Rapport introductif du colloque « Durées et contrats » », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 5 et ss. Confer également Com. 8 avr. 1986 : Bull. civ. IV, n° 58 au sujet d'un contrat de concession.

619 Ph. Stöffel-Munck, « L'après-contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 159, n° 28.

620 Confer sur ce point S. Robilliard, « La valeur et l'acte : un débat du spiritualisme » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, pp. 64 et suivante.

de la gestion, il convient de prendre celui-ci en compte du point de vue juridique.

373. Paul Roubier propose une théorie novatrice⁶²¹ qui porte sur la distinction entre les «règles juridiques» et les «situations juridiques».⁶²² Du fait de leur caractère juridique toutes deux sont impératives. La distinction réside dans le fait que les règles juridiques sont abstraites tandis que les situations juridiques sont concrètes. Parmi les règles juridiques envisagées par l'auteur, il est possible de citer les règles de droit constitutionnel déterminant les pouvoirs du Président de la République. Il s'agit de règles juridiques car elles ne s'intéressent pas à la situation concrète dans laquelle se trouve le premier personnage de l'État.⁶²³ Inversement, l'auteur prend pour exemple de situation juridique l'incapacité qui vise à protéger les personnes incapables en déterminant les conséquences juridiques de la situation concrète dans laquelle elles se trouvent. L'incapacité n'est pourtant pas un droit on ne peut y renoncer.⁶²⁴ L'auteur cite également le contrat de société comme exemple de situation juridique.⁶²⁵ On remarquera qu'il s'agit de deux techniques de gestion à titre habituel. Dans le cas des situations juridiques, le droit ne fait que tirer les conséquences d'un fait. Le mariage peut être rompu n'importe quand, on ne peut de ce fait envisager ce contrat sous l'angle du moment de la conclusion ou de la rupture, même si la détermination de ces instants est importante, notamment du point de vue des droits des créanciers. Ceci rapproche la communauté matrimoniale de la société, autre situation juridique. Ces contrats sont conçus afin d'organiser la possibilité d'évolution dans la durée. Puisque la gestion à titre habituel s'entend comme une continuité dans le temps et qu'il est impossible de prédire l'influence d'événements futurs sur le patrimoine géré, la gestion à titre habituel ne peut être définie sous forme de règles juridiques produisant invariablement les mêmes effets. Définir la gestion en termes de règles juridiques — on emprunte ici la terminologie adoptée par Paul Roubier — conduirait à ne pas tenir compte de la réalité concrète à laquelle le gestionnaire est confronté.

Il apparaît maintenant que la gestion à titre habituel entre vifs porte sur la valeur qui ne peut se concevoir que dans la durée⁶²⁶ et le contrat qui l'encadre crée une situation juridique qui permet de déterminer les conséquences juridiques de l'action du gestionnaire.

621 Sur l'aspect novateur de la théorie de Roubier, confer F. Ost, « Essai sur la fonction qu'exerce la non d'intérêt en droit privé » in *Droit et intérêt*, t. II, Entre droit et non-droit: l'intérêt, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 30.

622 P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 2.

623 P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 4.

624 P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 10 Voir également p. 14 au sujet de la filiation.

625 P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 3.

626 Afin de lire une réflexion intéressante sur le sujet, confer L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II : Le système des différentes valeurs, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991, p. 108.

374. Il faut toutefois noter que l'établissement d'une situation juridique est parfois inopportun. Le mandat à effet posthume est critiquable non parce qu'il permet au mandant de prévoir qu'à son décès le mandataire pourra gérer la part d'un tiers mais parce que ce contrat crée une situation juridique qui donne l'illusion que mandant et mandataire, à l'image du mandat de droit commun, pourront agir afin de faire produire des effets juridiques à une situation concrète alors que le mandant ne sera plus au moment où le contrat prendra effet. Le fidéicommissaire en revanche ne donne pas au disposant l'illusion que la gestion évoluera comme il l'entend après sa mort. Les substitutions fidéicommissaires, comme le mandat à effet posthume, permettent d'organiser la transmission d'un patrimoine d'une génération à l'autre et se conçoivent de ce fait dans la durée. Cependant, la théorie de Paul Roubier, permet de comprendre que le fidéicommissaire repose sur des « règles juridiques » en ce que ces règles sont abstraites et ne tiennent pas compte des situations concrètes. Le premier gratifié s'oblige seulement à transmettre le patrimoine. Il n'est pas question d'examiner à la possibilité d'encadrer la gestion à titre habituel à cause de mort dans le cadre de ce travail qui s'intéresse plus particulièrement à la gestion à titre habituel entre vifs. Ce qui précède met en évidence le fait que deux techniques de gestion à titre habituel qui s'intéressent à un même problème, à savoir la transmission d'un patrimoine, peuvent différer d'un point de vue pratique et que ces différences peuvent être expliquées d'un point de vue théorique grâce à la théorie de Paul Roubier. La distinction entre règles juridiques et situations juridiques en apparence purement théorique permet d'expliquer une différence pratique entre deux techniques de gestion à titre habituel.

La durée est difficile à appréhender pour le juriste en ce qu'elle renvoie à l'avenir par définition incertain. Si l'incertitude de l'avenir n'est pas un obstacle à la conclusion d'un contrat qui est un acte de prévision, la nature même de la valeur qu'il faut conserver et accroître en nouant des liens de dépendance implique que soit prise en compte l'influence de l'individu qui décidera comment agir au vu des possibilités que lui offre un monde en perpétuelle évolution. Il ne peut prendre sa décision et créer de la valeur qu'après avoir examiné les circonstances concrètes et imprévisibles auxquelles il est confronté. C'est pourquoi dans le cadre de la gestion à titre habituel entre vifs le contrat de gestion doit créer une « situation juridique », d'après l'expression de Paul Roubier, afin de déterminer les effets juridiques d'une situation concrète à laquelle les parties au contrat de gestion seront confrontées, qui s'inscrira dans la durée et dont le gestionnaire assurera la continuité en exerçant l'organisation de la gestion.

Il existe une complémentarité intéressante entre l'instant et la durée qui permet d'encadrer la gestion.

B La possibilité d'encadrer la gestion au moyen de la durée et de l'instant

375. Il est intéressant de voir que ces deux notions sont indépendantes (1) et qu'elles ne sont pas incompatibles (2). Si elles sont indépendantes, il est possible de tenir compte des événements qui surviennent à un instant donné au cours de la gestion tout en concevant celle-ci dans la durée. Si elles ne sont pas incompatibles, les parties peuvent prévoir un mécanisme retraçant la continuité de la gestion dans la durée par-delà les événements survenus à un instant déterminé.

1/ L'indépendance des notions de durée et d'instant

376. L'étude des contrats à exécution instantanée permet de cerner de manière concrète l'indépendance de ces notions. Cette indépendance se traduit par les possibilités offertes par ces contrats, d'une part (a) et par la possibilité de préparer l'avenir au moyen de ceux-ci (b).

a) Les possibilités d'évolution offertes par un contrat à exécution instantanée

377. Madame Rochfeld souligne le rapport entre durée et évolution.⁶²⁷ Nous ne partageons pas son analyse selon laquelle « la seule durée conditionne l'application de mesures propres à régir de possibles changements, économiques, monétaires ou légaux, et renvoie, seule, aux questions de l'imprévision, de l'indexation ou de la survie de la loi ancienne. »⁶²⁸ Les contrats à exécution instantanée qui comme leur nom l'indique reposent uniquement sur l'instant ne permettraient pas de prendre en compte l'évolution des circonstances.

Il existe néanmoins des contrats à exécution instantanée sur lesquels la durée n'a aucune influence et qui sont pourtant susceptibles d'évoluer. L'exemple le plus classique est sans doute le contrat de vente de terrain. Un contrat de vente est conclu, les acquéreurs souhaitent y construire un immeuble. Peu de temps après celle-ci, le terrain devient inconstructible. Ils invoquent alors l'erreur sur la nature du terrain. La Cour de cassation rejette cette analyse au motif qu'au moment de l'achat du terrain, celui-ci était bien constructible. Les parties n'ont pas prévu de condition suspensive stipulant que la vente ne serait valable qu'en cas de délivrance d'un permis définitif de construire. Le pourvoi

⁶²⁷ J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 47, n° 14.

⁶²⁸ J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 47, n° 15.

est rejeté.⁶²⁹

La vente de terrain est bien un contrat à exécution instantanée, pourtant la situation sur laquelle porte ce contrat est susceptible d'évoluer. La Haute juridiction a rappelé qu'à partir de l'accord des volontés sur un contrat donné, ce contrat de vente devait s'appliquer et produire ses effets. Ce qui justifie d'ailleurs que l'on puisse prendre la précaution d'insérer une condition suspensive portant sur l'obtention du permis définitif. Dans ce cas de figure, l'instant de la rencontre des volontés est annihilé par le fait qu'ultérieurement aucun permis n'est accordé. Afin de tenir compte de l'évolution de la situation dans laquelle se trouvent les parties qui se déterminent dans la durée, ces dernières subordonnent l'existence d'une obligation à la survenance d'un événement. Le contrat à exécution instantanée permet de prendre en compte l'évolution des circonstances. Il est certes possible de penser comme l'auteur que « la durée marque le maintien d'un lien contractuel sur une période donnée. »⁶³⁰ Il faut toutefois ne pas exclure les contrats à durée indéterminée qui peuvent encadrer la durée. Il est impossible de conclure que « la seule durée renvoie à l'éventualité d'une suspension ou d'une cession. » En effet, une lettre de change peut être un instrument de cession de créances nées d'un contrat à exécution instantanée pour lequel la durée est indifférente.

Afin de bien comprendre l'indépendance des notions de durée et d'instant, il est intéressant de montrer que celui-ci permet d'adapter le contrat à l'évolution de la situation concrète à laquelle se trouvent confrontées les parties au contrat de gestion, c'est ce qui vient d'être fait, il faut également montrer qu'un contrat à exécution instantanée peut préparer l'avenir.

b) La possibilité de préparer l'avenir au moyen d'un contrat à exécution instantanée

378. Le contrat à exécution instantanée parce qu'il repose sur l'instant ne permettrait pas de préparer l'avenir. Il est vrai que celui-ci est incertain et de ce fait difficile à encadrer. Cette difficulté s'explique par le fait que l'on ne connaît ni le moment, ni la nature de l'événement susceptible d'altérer les relations contractuelles. Pourtant si on devait renoncer à préparer l'avenir en raison de l'incertitude de celui-ci, peu de contrats seraient formés. Contracter ne serait plus un acte de prévision mais un acte de folie. Il se trouve que les conventions les plus fréquentes et les plus simples sont les contrats à exécution instantanée.

Un contrat à exécution instantanée peut également être utilisé afin de préparer l'avenir sans

629 Civ. III, 23 mai 2007, Bul. n° 97

630 Confer note précédente.

s'appuyer sur une quelconque durée. Si l'avenir est incertain, la volonté des parties est certaine. La certitude de l'engagement fait produire au contrat à exécution instantanée des effets déterminés indépendamment de l'évolution des circonstances. Les parties sont sûres que le contrat produira ses effets à l'avenir. Le contrat à exécution instantanée est un outil qui permet d'introduire des éléments certains dans un avenir imprévisible. C'est pourquoi il faut faire particulièrement attention lors de sa rédaction et se demander s'il ne faut pas prévoir une modalité affectant certaines obligations. Les parties peuvent cependant décider que malgré l'évolution des circonstances, la relation contractuelle sera immuable, il leur est ainsi possible d'envisager l'avenir avec davantage de sérénité.

Ils peuvent notamment différer les effets d'un contrat à exécution instantanée tel qu'une vente. Ainsi prévoit-on qu'à un instant déterminé à l'avance le contrat prendra effet en dissociant l'instant de la conclusion de celui de la prise d'effet.

De plus, si la date précise d'un événement est inconnue, les parties savent parfois combien de temps elles peuvent prendre pour réaliser un acte. C'est pourquoi elles stipuleront un délai. Une lettre de change payable à une date déterminée peut être un instrument de crédit permettant de préparer l'avenir. Ce délai de paiement ne repose cependant pas sur la durée car l'effet de ce contrat est instantané. Ceci n'a rien de surprenant dans la mesure où il a été montré qu'un délai repose en réalité sur deux instants au moins, à savoir le point de départ et l'échéance.

Comme on le voit, la durée et l'instant sont deux notions indépendantes, il faut maintenant montrer qu'elles ne sont pas incompatibles.

2/ L'absence d'incompatibilité entre la durée et l'instant

379. Afin d'établir l'absence d'incompatibilité entre la durée et l'instant, il convient d'analyser l'impossibilité apparente d'appréhender la durée au moyen d'un contrat à exécution instantanée (a) avant de la rejeter (b).

a) L'impossibilité apparente d'appréhender la durée au moyen d'un contrat à exécution instantanée

380. Ce point de vue est très clairement exposé par Mme Rochfeld : « aux principes classiques de complétude et de transparence des clauses contractuelles, il faudrait substituer ceux de possible incomplétude et de flexibilité. La flexibilité toucherait la formation, tout d'abord, au sens où l'incomplétude de l'accord serait admise et où sa rédaction pourrait se faire en termes flous. L'abandon de l'application de l'article 1129 du Code civil aux contrats-cadres

pourrait, d'ailleurs, se réclamer de cette tendance : elle marque la fin de l'exigence d'une définition stricte des mécanismes de fixation du prix *ab initio*. La flexibilité originaire serait relayée, ensuite, par une flexibilité dans l'exécution. En contrepartie des incertitudes initiales, et pour réagir aux difficultés, un effort serait effectué dans le sens de la prévision de mécanismes régulateurs d'« adaptation », en cours d'exécution. »⁶³¹

L'auteur estime que les contrats-cadres de distribution sont incomplets parce qu'ils ne contiennent pas le prix à déterminer ultérieurement. Il s'agirait de contrats de vente. Plusieurs auteurs estiment néanmoins que le contrat-cadre repose sur une « volonté de standardisation »⁶³² qui doit être clairement établie.⁶³³ Bien sûr, aucune des parties ne peut obtenir la conclusion forcée des ventes ultérieures. Néanmoins, lorsque celles-ci choisissent de se placer dans la situation prévue par le contrat-cadre, ce qui se produit en pratique lors de l'intégration du distributeur au réseau⁶³⁴, elles sont bien obligées par ledit contrat.⁶³⁵ Ce dernier est par conséquent un contrat distinct des contrats de vente qui en découlent. Le régime du contrat de vente ne peut être transposé au contrat-cadre.

Si l'on considère toutefois que le contrat-cadre est un contrat de vente, l'indétermination du prix serait de nature à établir « l'incomplétude » de cette convention. Cet argument prête le flanc à la critique.

b) Le rejet de cette impossibilité apparente

381. Un contrat privé d'un de ces éléments caractéristiques n'est pas un contrat incomplet mais un acte nul dépourvu de tout effet juridique.

Un des arrêts d'Assemblée plénière du premier décembre 1995⁶³⁶ a effectivement estimé que l'article

631 J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 47, n° 31

632 J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, M. Béhar-Touchais (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, n° 328 « **L'*affectio modulus* (volonté de standardisation) se définit comme une volonté de conclure par la suite des contrats d'application soumis au moins en partie au régime unique prédéterminé. »** Style typographique de l'auteur.

633 J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, M. Béhar-Touchais (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, n° 340

634 J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution*, D. Ferrier (dir.), th. Montpellier, 2000, n° 257.

635 J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution*, D. Ferrier (dir.), th. Montpellier, 2000 n° 254 Contra P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D.Civ.*, 1999, p. 771, n° 23. Quoi que l'on pense de l'origine de la force obligatoire du contrat-cadre, il est intéressant de noter que celle-ci est réelle et que le fournisseur peut inclure dans le contrat des clauses de rendement permettant de résilier le contrats en cas de manquement aux objectifs chiffrés. M. Ronanza précise qu'en pratique la résiliation est rarement mise en œuvre par le fournisseur. La clause est cependant stipulée. « Elle tient lieu d'aiguillon », selon les termes de l'auteur, et incite le cocontractant à adopter l'attitude souhaitée. Confer sur ce point A. Ronanza, « Clauses de rendement et contrats-cadres de distribution », *J.C.P. E*, 1996, p. 535, n° 12. Ceci illustre le fait que la difficulté qu'éprouve le juriste face au contrat-cadre s'explique par l'impossibilité de faire abstraction des actes accomplis en l'espèce par les parties ; le contrat-cadre leur fait produire des effets de droit en créant une situation juridique.

636 Bull. civ, n° 9 Confer également les conclusions du Premier avocat général Jéol qui présentent un historique de la jurisprudence, D. 1996, p. 13.

1129 du Code civil n'était pas applicable à la détermination du prix. Ceci ne permet cependant pas de conclure à l'utilité de la substitution évoquée par l'auteur. L'arrêt peut même servir de fondement au rejet de cette analyse. En effet, si l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix, c'est que le prix n'a à être ni déterminé, ni déterminable. Sans discuter de la pertinence du motif, il est possible d'affirmer à la lecture de cet arrêt que le contrat litigieux est valable et donc complet.

Il existe bien des avant-contrats relatifs à la vente tels que la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence mais ce ne sont pas des contrats de vente incomplets. Il s'agit de contrats distincts de la vente obéissant à un régime spécifique et produisant des effets qui leur sont propres, notamment en matière d'exécution forcée. Il faut distinguer deux hypothèses, celle où les parties s'entendent sur la chose et conviennent de s'accorder sur le prix ultérieurement, d'une part et celle où aucun prix n'est fixé, d'autre part.

382. Selon la première hypothèse, les parties s'entendent sur la chose et conviennent de s'accorder sur un prix à une date ultérieure. Il s'agit alors d'un avant-contrat qui ne peut s'analyser comme une promesse de vente en raison du défaut de prix.⁶³⁷ La qualification de pacte de préférence est justifiée en ce que le vendeur s'engage à proposer au bénéficiaire du pacte de vendre le bien.⁶³⁸ La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que le délai d'exercice du droit de préférence n'était pas une condition de validité de celui-ci.⁶³⁹ Le délai d'option est au contraire une condition de validité de la promesse.⁶⁴⁰ Rien n'empêche toutefois de prévoir dans le pacte de préférence un délai dans lequel l'acquéreur devra accepter l'offre de vente.⁶⁴¹ Il s'agit alors d'un contrat qui n'est pas marqué par « l'incomplétude » et dont les effets diffèrent de celui du contrat de vente prétendument incomplet. Il est par exemple bien plus aisé d'obtenir l'exécution forcée d'une vente que l'annulation d'une vente à un tiers en violation d'un pacte et la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers acquéreur dans la mesure où la Haute juridiction exige de rapporter la preuve de la connaissance par le tiers de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.⁶⁴² Un arrêt de la troisième Chambre civile du 25 mars 2009 précise que « la connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de sa réitération par acte authentique ».⁶⁴³ Ceci est

637 Civ. 26 oct. 1948, cité par F. Collart-Dutilleul, « La durée des promesses de contrat », *R.D.C.*, 2004, no 1, p. 15 ss.

638 Confer sur ce point O. Barret, V° Promesse de vente, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 33 et suivant.

639 Confer notamment Civ. III, 20 décembre 2000, n° 98-23340.

640 Confer sur ce point F. Collart-Dutilleul, « La durée des promesses de contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 15 et ss.

641 Confer par exemple Civ. III, 20 février 1979, n° 77-13166 L'arrêt est cependant cassé pour des motifs liés à l'espèce et qui sont sans incidence sur la démonstration.

642 Civ. III, 7 décembre 2005, n° 04-16237. L'arrêt d'appel est cassé pour avoir prononcé la nullité de la cession au tiers acquéreur en relevant le fait que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte sans rechercher s'il était également établi que le tiers avait connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte.

643 En l'espèce, le notaire a découvert l'existence d'un pacte de préférence au moment de la réitération du compromis de vente, en consultant l'acte de donation-partage portant sur ledit bien. Il a averti, avec l'accord des parties au

également vrai en matière de promesse unilatérale de vente : le promettant peut se rétracter avant la levée d'option, il ne devra verser que des dommages-intérêts.⁶⁴⁴ L'indemnisation ne pourra pas compenser le préjudice dû à la non-réitération mais uniquement celui dû à la rétractation. M. Collart-Dutilleul parle à ce sujet d'« indemnité d'occupation à l'envers »⁶⁴⁵ et estime que ceci se rapproche davantage du manquement au principe de l'irrévocabilité du consentement que de la responsabilité contractuelle pour faute.

Si, selon la seconde hypothèse, les parties n'ont porté aucune indication quant à l'existence d'un prix, il ne s'agit pas d'une vente. À défaut de recevoir une autre qualification, l'acte n'a aucune valeur juridique. Il est nul et non marqué par « l'incomplétude ».

Par ailleurs, l'existence du prix demeure contrôlée par le juge lorsqu'elle ne se confond pas avec la libre détermination de celui-ci, c'est-à-dire dans les cas de prix vil ou inexistant et de lésion. Le contrôle de la détermination du prix échappe au juge depuis les arrêts de 1995 et les parties ne peuvent invoquer celle-ci afin d'obtenir l'annulation du contrat.

Par conséquent, s'il est indéniable que ces arrêts ont accompagné l'essor des contrats-cadres qui reposent sur la durée, nous ne partageons pas l'analyse de Mme Rochfeld selon laquelle ces arrêts illustrent la nécessité de parvenir à admettre « l'incomplétude ». La portée de ces décisions ne se limite pas au contrat s'inscrivant dans la durée comme le montre l'analyse de la détermination du prix dans la vente. Nous ne partageons pas non plus le point de vue selon lequel les distinctions classiques doivent être abandonnées au profit d'autres plus récentes lorsqu'il s'agit d'étudier les relations contractuelles qui s'inscrivent dans la durée. Elles peuvent être utiles afin de mieux la cerner.

383. Nous ne souhaitons pas davantage la substitution de la distinction entre organisation et direction à celle qui distingue entre actes de disposition, d'administration et de conservation que l'abandon des concepts qui peuvent d'après nous s'avérer utiles même s'ils ne permettent pas à eux seuls de saisir l'influence de la durée en droit des contrats.

384. Au cours de ce paragraphe il a été vu que la gestion de biens poursuivait la valorisation de ceux-ci qui ne peut se concevoir que dans la durée, notamment en raison de l'instauration de lien de

compromis, le bénéficiaire du pacte. Celui-ci a fait savoir au notaire qu'il ne souhaitait pas renoncer au droit de priorité que lui accordait le pacte. Confer également Civ. III, 29 juin 2010, n° 09-68110. La Cour rappelle que le tiers n'a pas à vérifier l'intention de se prévaloir du pacte alors qu'il avait connaissance de l'existence de celui-ci.

644 Cass. Civ. III, 31 janvier 2001, n° 99-17740.

645 F. Collart-Dutilleul, « La durée des promesses de contrat », *R.D.C.*, 2004, n° 1, p. 15 et ss.

dépendance. Le gestionnaire doit réagir aux événements qui se produisent dans l'instant C'est pourquoi il nous a semblé intéressant d'étudier les rapports entre l'instant et la durée. La reddition des comptes permet en pratique au juriste d'inscrire le temps dans la durée. Il doit l'envisager dès la formation du contrat au même titre que la rémunération du gestionnaire.

Paragraphe II L'importance d'anticiper la reddition des comptes

385. Il est intéressant de considérer celle-ci sous l'angle économique et d'en examiner les implications (A), d'une part avant d'en examiner les effets, d'autre part (B).

A L'analyse économique et les implications de la reddition des comptes

386. L'analyse économique de la reddition sera étudiée (1) avant ses implications juridiques (2).

1/ L'analyse économique de la reddition des comptes

387. L'analyse économique de la reddition suppose une définition (a) et une méthode (b).

a) La définition

388. En économie comme en droit, l'expression rendre des comptes est ambivalente et signifie au sens large deux choses différentes. Elle peut désigner la reddition des comptes sous forme chiffrée représentant l'ensemble des mouvements financiers sous la forme de dépenses et de recettes. Elle peut également faire référence au compte rendu de gestion qui retrace les actions entreprises et montre leur opportunité. Cette ambivalence n'est pas très heureuse du point de vue juridique car elle mêle l'accomplissement d'actes nécessaires à la continuité de la gestion et l'appréciation de leur opportunité. En d'autres termes, elle ne permet pas de distinguer entre l'organisation et la direction de la gestion.

La première partie de cet ouvrage dans lequel se trouve la présente section est consacrée à l'organisation de la gestion. On se limitera donc à l'étude de la relation chiffrée des actes accomplis au cours de la gestion dans les développements qui suivent.

389. M. Dumez indique tout d'abord que la reddition des comptes suppose un support matériel et

un contenu chiffré.⁶⁴⁶ L'auteur précise ensuite que la reddition des comptes a lieu dans le cadre d'une relation hiérarchique entre celui à qui les comptes sont rendus et celui qui doit rendre des comptes.⁶⁴⁷ Elle comprend enfin une dimension temporelle et s'inscrit dans la durée.⁶⁴⁸

L'analyse économique de la gestion permet ici de mettre clairement en évidence les deux éléments préalablement établis que sont l'instauration de liens de dépendance entre les parties à la gestion et la nécessité de concevoir celle-ci dans la durée. La valeur se conçoit et se développe dans la durée mais, conformément à ce qui a été indiqué, l'instant n'est pas incompatible avec celle-ci. En effet, le compte présente une succession d'événements ponctuels datés qui permettent de retracer l'évolution de la gestion dans l'intervalle qui s'étend de la date d'arrêté du compte précédent jusqu'au jour de l'arrêté du compte qui est rendu. Ceci explique que cette suite d'instantanés permet de reconstituer la gestion dans sa durée. À travers le compte c'est la gestion qui est examinée. Le droit conforte cette analyse puisque, comme le souligne M. Pétel, la ratification du compte vaut ratification de la gestion.⁶⁴⁹ Il s'agit de l'illustration concrète de la possibilité de prendre en considération la durée à travers l'instant.

Une fois la reddition des comptes définie, il faut examiner la méthode de celle-ci.

b) La méthode

390. Il existe d'après les sciences économiques trois façons de procéder à la reddition des comptes en prenant en considération les éléments mentionnés ci-dessus. M. Dumez relève trois approches possibles.⁶⁵⁰

Premièrement, celle qui se décompose en trois étapes chronologiques que sont la définition d'objectifs, l'action de celui qui s'est vu confier une mission et enfin, l'examen du résultat de cette action par le donneur d'ordre.

Deuxièmement, il est possible de prévoir que celui qui a une mission à accomplir, par exemple gérer des biens, agira en totale autonomie et pourra être contrôlé dans le cadre de l'exercice de cette

646 H. Dumez, « De l'obligation de rendre des comptes ou accountability » in *Rendre des comptes: nouvelle exigence sociétale*, H. Dumez (dir.) Dalloz, 2008, pp. 3 et suivante.

647 H. Dumez, « De l'obligation de rendre des comptes ou accountability » in *Rendre des comptes: nouvelle exigence sociétale*, H. Dumez (dir.), Dalloz, 2008, pp. 4 et suivante.

648 H. Dumez, « De l'obligation de rendre des comptes ou accountability » in *Rendre des comptes: nouvelle exigence sociétale*, H. Dumez (dir.), Dalloz, 2008, pp. 5 et suivante.

649 Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988, n° 624 Confer également 25 oct. 1972 cité par l'auteur.

650 H. Dumez, « De l'obligation de rendre des comptes ou accountability » in *Rendre des comptes: nouvelle exigence sociétale*, H. Dumez (dir.), Dalloz, 2008, pp. 5 et suivante

mission à tout moment par le bénéficiaire. C'est, d'après l'auteur, un contrôle de ce type qu'exerce la Cour des comptes en France. Même si le gestionnaire doit bénéficier d'une certaine indépendance pour accomplir sa mission de manière efficace en donnant la pleine mesure de ses capacités, cette technique n'est pas adaptée à la gestion de biens à titre habituel car elle crée une grande insécurité juridique pour le gestionnaire qui ignore si la gestion qu'il mène au fil du temps est conforme aux attentes du bénéficiaire.

Troisièmement, il existe des cas de figure dans lesquels le bénéficiaire et le gestionnaire échangent en permanence sur la gestion en réévaluant les objectifs, néanmoins l'auteur se demande à juste titre si on peut encore parler de reddition des comptes. En effet, il a été vu que dans l'hypothèse de la gestion pour autrui à titre habituel, le gestionnaire devait gérer les biens dans la durée, ceci implique que le bénéficiaire ne puisse interférer sans cesse sur la gestion. Dans le cas contraire, il serait extrêmement difficile de déterminer laquelle des parties à la gestion accomplit les actes. Le gestionnaire pourrait être considéré comme le mandataire du bénéficiaire qui serait alors responsable de tous les actes du gestionnaire.⁶⁵¹ Il s'agit d'un effet de la représentation que le bénéficiaire de la gestion souhaite écarter. C'est d'ailleurs pour cette raison que ce travail s'intéresse particulièrement à la gestion sans représentation et que dans le cadre de la gestion immobilière, la représentation du bénéficiaire est écartée par la loi qui prévoit que le gestionnaire est responsable de tous les actes, même ceux accomplis à la demande du bénéficiaire.

391. Il est possible de constater à nouveau à l'aide de ces précisions que l'avantage de la reddition des comptes prévue dans le mandat de droit commun n'est pas tant d'imposer au mandataire de rendre compte de sa gestion — l'expression est ici employée au sens large — car l'entrepreneur rend également compte de sa mission lors de la réception de l'ouvrage alors qu'il n'est soumis à aucune obligation de reddition de comptes *stricto sensu*. La réception et la livraison qui permettent respectivement de transférer les risques et la propriété de l'ouvrage au maître de l'ouvrage ne peuvent intervenir qu'une fois celui-ci réalisé, c'est-à-dire en fin de mission. Or la gestion à titre habituel ne peut se concevoir que dans la durée et non en considération d'un début ou d'une fin. On ne peut en effet définir précisément *a priori* les qualités substantielles des éléments d'un patrimoine. C'est pour cette raison que la reddition des comptes dans le cadre du mandat de droit commun qui intervient de manière périodique et pas seulement à la fin de la gestion est adaptée à la gestion à titre habituel, contrairement au régime du louage d'ouvrage.

Après avoir, à l'aide des sciences de gestion, défini la reddition des comptes et les manières d'y procéder, il convient d'étudier ses implications juridiques.

⁶⁵¹ La situation serait très probablement qualifiée par le juge de mandat tacite ou de mandat apparent selon les circonstances de l'espèce.

2/ Les implications juridiques de la reddition des comptes

392. Il convient de cerner la nature et la forme du compte de gestion (a) avant d'en étudier la reddition (b).

a) La nature et la forme du compte de gestion

393. Il existe différents types de comptes. Certains comptes sont dits arithmétiques. Les créances et les dettes des parties sont individualisées sans que l'entrée en compte entraîne un quelconque effet juridique sur la créance ou la dette.⁶⁵² Le compte de gestion n'appartient pas à cette catégorie car les créances qui y entrent sont éteintes lors de l'approbation du compte.

Le compte de gestion présente l'ensemble des mouvements financiers qui ponctuent la gestion. Le compte est divisé en deux catégories, l'actif et le passif. Chaque entrée est datée, ce qui permet de connaître avec précision la situation du patrimoine à un instant donné et de retracer son évolution. Par ailleurs, certains actes n'ont pas d'effet immédiat sur le patrimoine géré, même s'ils peuvent avoir un impact sur celui-ci à l'avenir. C'est notamment le cas d'une constitution de sûreté, une caution ne sera pas forcément appelée par le créancier mais en cas de non-paiement par le débiteur principal, la sûreté consentie s'imputera sur le passif de la gestion. C'est pourquoi, les sûretés sont répertoriées parmi les engagements hors bilan.⁶⁵³

Maintenant que la nature et la structure du compte ont été étudiées, il faut analyser la reddition de compte.

b) La reddition de compte

Il existe des conditions de procédure et de contenu.

394. Le compte doit être approuvé au moyen d'un arrêté de compte. Comme pour toute forme d'exploitation, cette opération devrait être au moins annuelle. Si le gestionnaire s'y refuse, le bénéficiaire peut en demander l'exécution forcée. Selon l'article 1269 du Code de procédure civile, le compte définitif, approuvé par les deux parties, ne peut être révisé. Cette approbation doit être expresse. Elle peut engager la responsabilité du gestionnaire et précède la restitution des biens.

652 Th. Bonneau, V° Compte, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 8

653 I. Depardieu, *Gestion de patrimoine : développer et gérer un patrimoine*, Collection Patrimoine, SEFI éd., 2001, p. 56

Celui-ci doit, lors du dénouement de l'opération, remettre le bien qui lui a été confié et transférer au bénéficiaire la propriété des biens qu'il aurait acquis en son nom propre afin d'entretenir et de valoriser le patrimoine. Ce transfert de propriété, suite à l'approbation des comptes, se retrouve également dans le mandat de droit romain.⁶⁵⁴ Les créances sont alors éteintes conformément à ce qui a été dit précédemment au sujet de la nature du compte.

395. Le contenu de l'obligation de reddition tient sa singularité du fait de la nature du compte. L'effet d'extinction de l'arrêté de compte influence le contenu de l'obligation en ce que l'actif et le passif qui figurent sur l'arrêté de compte sont approuvés à titre définitif. La reddition de compte permet de ce fait de garantir la sécurité dans les relations entre les parties au fil du temps. Ceci est très intéressant d'un point de vue pratique car bien que la gestion se conçoive dans la durée, les parties sont en mesure de s'accorder de manière définitive sur le sort de certaines créances et ainsi d'envisager l'avenir en sachant ce qui appartient au passé. L'instant devient au moyen de l'arrêté de compte un élément certain qui est inscrit dans la durée. L'importance de la reddition de compte dans le mandat en fait une technique intéressante en matière de gestion à titre habituel. Il faut noter à ce sujet que cette inscription définitive du passé dans la durée a pour conséquence l'impossibilité d'effectuer un paiement partiel du solde du compte. En effet, si la reddition est exigible dès la fin du mandat, le paiement du solde ne l'est qu'une fois le compte arrêté, comme le rappelle M. Pétel.⁶⁵⁵

L'impossibilité de paiement partiel du solde ne doit pas dissuader les parties de recourir à la reddition des comptes au motif qu'elles souhaiteraient être fixées sur l'étendue de leurs obligations avant la date d'arrêté de compte initialement prévue. Il est possible, comme l'indique M. Pétel, de présenter un compte partiel de gestion. Ceci est pratique dans les cas où la reddition périodique n'est pas suffisante. Ceci peut notamment être le cas lorsque le gestionnaire a dû accomplir un acte ou une série d'actes coûteux. Par exemple, s'il est prévu que le gestionnaire devra procéder à des travaux importants relatifs à un immeuble, il aura peut-être intérêt à présenter un compte partiel relatif à ces derniers afin qu'il soit approuvé par le bénéficiaire et que le premier ne risque plus de voir sa responsabilité engagée par le second en raison de l'ouvrage.

Il apparaît après l'étude de la reddition du compte de gestion que celui-ci relate une succession d'instantanés et permet d'inscrire la gestion dans la durée. Il convient maintenant de voir quels sont les effets de la reddition des comptes.

654 I. Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano* (*Excerptum theos ad Doctoratum in Iure Civili*), Pontificia Università Lateranense, 2003, pp. 68 et suivante .

655 Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988, pp. 628 et suivante.

B Les effets de la reddition du compte de gestion

396. La reddition du compte de gestion oblige le gestionnaire, d'une part (A) et le bénéficiaire, d'autre part (B).

1/ Les obligations du gestionnaire

397. Il faut distinguer les droits personnels (a) des droits réels (b).

a) Les droits personnels

398. En ce qui concerne les droits personnels, l'absence de représentation implique que les droits personnels s'imputent sur le patrimoine du bénéficiaire qui agit en son nom. Ces derniers doivent être transférés au bénéficiaire lors de la reddition des comptes.

Il est tout de même intéressant de noter que le bénéficiaire de la gestion dispose de l'action oblique à l'encontre des débiteurs du gestionnaire et peut les poursuivre directement si celui-ci se montre négligent à l'égard des créances impayées.⁶⁵⁶

De même, il dispose de l'action paulienne⁶⁵⁷ dans le cas où le débiteur lui cause un préjudice. Il peut notamment agir à l'encontre des créanciers du débiteur dans les cas où ceux-ci ont contribué à l'aggravation de l'insolvabilité de ce dernier. L'intention de nuire est indifférente.⁶⁵⁸

Après la question des droits personnels vient celle des droits réels.

b) Les droits réels

399. L'étude des droits réels exige des développements plus importants. En ce qui concerne les droits réels mobiliers, notamment le droit de propriété, ceux-ci font l'objet d'un transfert lors de la reddition des comptes. Un tel cas de figure est celui du mandat de droit romain.⁶⁵⁹ Ceci est intéressant en matière de gestion à titre habituel.

⁶⁵⁶ Article 1166 du Code civil.

⁶⁵⁷ Article 1167 du Code civil.

⁶⁵⁸ Civ. I, 29 mai 1985, n° 83-17.329.

⁶⁵⁹ Confer sur ce point I. Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano* (*Excerptum thesios ad Doctoratum in Iure Civili*), Pontificia Università Lateranense, 2003, p. 68 et suivante.

En droit français, l'aliénation de la chose d'autrui est nulle.⁶⁶⁰ Dans le cadre de la première partie, il a été vu qu'en droit anglais des *trusts*, lors du transfert d'un droit en *Equity* à un tiers, notamment lorsque le *trustee* transférait à un tiers une chose du *trust* en raison de sa qualité de *trustee*, le bénéficiaire de la gestion disposait d'une action en *Equity* contre le tiers acquéreur. Il pouvait la saisir s'il le souhaitait. Une telle possibilité s'explique par la nature des droits acquis par le *trustee* et le bénéficiaire en *Equity*. Ces droits ne se substituent pas à ceux conférés par le *Common Law*, notamment ceux dont est titulaire le propriétaire de la chose, ils ne font qu'en moduler les effets.

Faut-il regretter qu'une situation analogue ne se rencontre pas en droit français ? Nous ne le pensons pas car il existe des palliatifs à cette difficulté.

400. Cette situation créée par le droit anglais a été très critiquée en raison de l'incertitude qu'elle créait quant à la réalité des droits d'une personne sur un bien déterminé. Il se trouve que les Anglo-Saxons s'y sont habitués et y trouvent aujourd'hui plus d'avantages que d'inconvénients. Compte tenu de notre culture juridique et de la perception qui est la nôtre du droit de propriété, l'introduction de telles pratiques serait un véritable bouleversement difficilement réalisable qui entraînerait une grande insécurité juridique. De plus, il n'est pas nécessaire de mettre notre droit sens dessus dessous pour si peu car en droit français, la circulation des meubles est privilégiée et le tiers de bonne foi est protégé par l'article 2276 du Code civil.

401. Les droits immobiliers en revanche sont l'objet d'une protection beaucoup plus grande. Il s'agit d'un choix délibéré du législateur français comme le montre l'étude du droit romain. M. Murillo Villar rappelle que, si chaque indivisaire doit respecter le droit des autres titulaires de quote-part indivise, la vente de la chose d'autrui est possible.⁶⁶¹ L'acheteur dispose d'une garantie d'éviction contre le vendeur qui est alors débiteur à l'égard de l'acquéreur d'une part et des coindivisaires restants d'autre part.⁶⁶² L'acte peut être confirmé par ceux-ci. Si l'acheteur de bonne

660 Article 1599 du Code civil. Confer notamment à ce sujet P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil, contrats spéciaux*, 5^e éd, Litec, 2007, n° 116 et suivants. Il s'agit d'une nullité relative. Confer l'arrêt Braban, Civ. III, 8 décembre 1999, Bull. n° 241, *Droit et patrimoine*, juin 2000, p. 103, obs. F. Macoring-Venier; note Ch. Albiges, D. 2001, p. 269. Le propriétaire dont la chose a été vendue dispose seulement de l'action en revendication puisqu'il est un tiers à la vente. Confer en ce sens Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Cours de droit civil*, 13^e éd., Cujas, 1999, n° 186, ; J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1996, n° 11140. En matière de cession de créance, le cédant est tenu par la garantie légale de l'article 1593 du Code civil. Confer sur ce point J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux *Les obligations. 3. le rapport d'obligation La preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction*, 3^e édition, A. Colin, 2004, n° 349.

661 A. Murillo Villar, « De communium rerum alienatione : A propósito de la enajenación de las cosas comunes efectuada por uno solo de los condóminos » in *φιλία : scritti per Gennaro Franciosi*, t. III, Satura, 2007, p. 1797, p. 1801. Confer D. 18.1.28 (ad Sab. 41) cité par l'auteur.

662 Confer sur ce point A. Murillo Villar, « De communium rerum alienatione : A propósito de la enajenación de las cosas comunes efectuada por uno solo de los condóminos » in *φιλία : scritti per Gennaro Franciosi*, t. III, Satura, 2007, p. 1797, p. 1803 L'auteur parle à sujet à sujet de « double » disposition. Le terme « double » figure entre

foi bénéficie de l'usucapion, le coïndivisaire ne dispose alors que d'un recours personnel contre le vendeur. Dans le cas contraire, il dispose d'une action réelle contre l'acheteur.⁶⁶³ Ceci permet de confirmer qu'il aurait été parfaitement envisageable de procéder de la sorte en droit français dans la mesure où celui-ci est issu en grande partie du droit romain mais que le législateur a fait le choix de privilégier la sécurité juridique en matière de droits réels immobiliers. Conserver un droit semblable au droit romain aurait posé d'importantes difficultés extrêmement difficiles à résoudre en pratique. C'est pourquoi, afin de protéger les droits réels immobiliers, il est préférable de subordonner l'opposabilité de ceux-ci à une procédure de publicité foncière. On pourrait objecter à ce qui vient d'être dit que les immeubles ont perdu de leur importance au profit de biens incorporels que l'on classe habituellement dans la catégorie des meubles afin de respecter la distinction entre les meubles et les immeubles. Ceci est vrai mais il ne faut pas exagérer les contraintes que pose la protection des immeubles qui vise avant tout à garantir la sécurité juridique des actes relatifs à ceci. Il est en effet possible de palier la rigidité qu'entraîne la publicité foncière au moyen de diverses techniques qui sont toutes relatives au transfert de droits réels immobiliers utilisés en droit de la construction. D'origine romaine⁶⁶⁴, la plus ancienne de ces institutions est sans doute le bail emphytéotique qui est une vente à un prix faible qui permet à l'acquéreur d'effectuer divers travaux de mise en valeur avant que la propriété soit transférée au vendeur à la fin du contrat de bail. Il s'agit donc d'une vente destinée à faciliter la mise en valeur d'un bien. Le bail à construction est également un contrat qui repose sur une propriété temporaire dans la mesure où l'entrepreneur devient propriétaire du terrain sur lequel il construit avant de transférer la propriété de celui-ci et de l'immeuble à l'acquéreur.⁶⁶⁵ La vente en l'état futur d'achèvement permet quant à elle à l'individu d'être propriétaire non seulement du terrain qu'il a acquis en début de contrat mais également des constructions au fur et à mesure de l'avancement des travaux.⁶⁶⁶ Outre ces aménagements spécifiques relatifs à la propriété, il est possible d'organiser la gestion de l'immeuble par un tiers non propriétaire au moyen d'une société civile immobilière à laquelle est apporté l'immeuble à gérer, les statuts de la société prévoient que le gestionnaire gèrera l'immeuble de la société. Procéder de la sorte devrait en outre permettre d'écarter l'application de la loi dite Hoguet qui impose la qualité d'administrateur de biens aux gestionnaires d'immeubles.

Après avoir étudié les obligations du gestionnaire, il convient d'examiner les obligations du

guillemets dans le texte original.

663 A. Murillo Villar, « De communium rerum alienatione : A propósito de la enajenación de las cosas comunes efectuada por uno solo de los condóminos » in *φιλία : scritti per Gennaro Franciosi*, t. III, Satura, 2007, p. 1797, p. 1805

664 Confer notamment A. Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*, t. II, G. Giappichelli, 2012, § 50.1

665 Confer sur ce point les articles L. 251-1 et suivant du Code de la construction et l'habitation. Cette technique a été instaurée par la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964.

666 Confer sur ce point l'article 1601-3 du Code civil issu de la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967.

bénéficiaire au titre de l'organisation de la gestion.

2/ Les obligations du bénéficiaire

402. Celles-ci sont au nombre de deux, l'obligation de rembourser les dépenses effectuées par le gestionnaire dans le cadre de la gestion, d'une part (a) et l'obligation de rémunérer celui-ci, d'autre part (b).

a) L'obligation de rembourser les dépenses effectuées par le gestionnaire

403. Afin de cerner le régime de celle-ci, il convient d'examiner le principe posé par l'alinéa 1^{er} de l'article 1999 du Code civil avant d'analyser l'étendue de celui-ci, elle-même précisée par le second alinéa dudit article.

« Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. »

Ainsi l'article 1999 du Code civil en son premier alinéa distingue-t-il entre le remboursement des dépenses et la rémunération du gestionnaire dans le cadre d'un contrat à titre onéreux. Les dépenses que le bénéficiaire a l'obligation de rembourser sont celles que le gestionnaire a effectuées conformément au mandat. Il convient de préciser que cette disposition ne signifie en aucun cas que le mandant n'est pas responsable des actes du mandataire qui n'a pas agi conformément à un mandat de droit commun. Il est responsable de ceux-ci à l'égard des tiers et peut agir contre le mandataire afin d'obtenir réparation du préjudice qu'il lui a causé. Par ailleurs, Il a été vu que la théorie de l'apparence appliquée au mandat permettait précisément à un tiers d'engager la responsabilité d'un mandant apparent.

404. L'alinéa 2 de l'article 1999 du Code civil vient préciser l'étendue du principe de remboursement des dépenses du mandataire :

« S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres. »

Cette disposition appelle deux remarques.

D'une part, elle précise qu'en cas de faute du mandataire celui-ci ne pourra obtenir le remboursement des dépenses qu'il a engagées. En pratique, le mandant refusera sur le fondement de cet article de rembourser ces sommes mais engagera également une action en responsabilité à l'encontre du mandataire afin d'être indemnisé du préjudice subi en raison de sa faute.

D'autre part, cet article examine la question du résultat de l'acte accompli par le mandataire et conclut à son indifférence. L'article ne se borne pas à écarter la pertinence du résultat de la gestion mais considère aussi l'opportunité d'une action. En effet, si la réussite de l'affaire renvoie au résultat, la possibilité d'obtenir un résultat en dépensant moins renvoie à l'opportunité ; le mandataire a apprécié les possibilités qui s'offraient à lui et a opté pour l'une d'entre elles sans que l'opportunité de la dépense puisse être le fondement d'une action en responsabilité à son encontre. D'autres techniques de gestion reposant sur des régimes particuliers tels que celui de la gestion d'immeubles par un administrateur de biens optent pour la solution contraire. L'alinéa 2 de l'article 1999 du Code civil permet d'envisager deux situations différentes : celle où le mandataire ne dispose que du pouvoir d'organisation, d'une part et celle où il dispose des pouvoirs d'organisation et de direction de la gestion, d'autre part.

L'intérêt de la distinction entre organisation et direction apparaît lorsque le mandataire dispose uniquement du pouvoir d'organisation mais aussi dans le cas où celui-ci dispose de l'organisation et de la direction.

405. Le premier cas de figure s'explique aisément. En effet, lorsque le mandataire dispose uniquement de l'organisation de la gestion, les actes accomplis par le mandataire ont pour seule finalité la continuité de la gestion. Par conséquent, leur opportunité est indifférente. On distingue habituellement les actes en fonction de leur gravité, ceux-ci sont classés en trois catégories : les actes de conservation, les actes d'administration et les actes de disposition. Bien que le régime du mandat de droit commun repose sur cette distinction comme le montre l'exigence d'un mandat spécial pour l'accomplissement d'actes de disposition, il n'y a aucune référence à celle-ci en matière de reddition des comptes. La disposition en question indique que l'opportunité d'un acte est indifférente au stade de la reddition de compte. La distinction entre organisation et direction attache de l'importance à la continuité de la gestion et permet d'expliquer que la reddition de compte relève de l'organisation.

La distinction entre organisation et direction est également intéressante lorsque le

mandataire exerce l'organisation et la direction.

406. Le second cas de figure est celui où le mandataire dispose de l'organisation et de la direction de la gestion. Il a été vu que le mandat pouvait accorder au mandataire ces deux pouvoirs. Or, il vient d'être dit que dans le cadre du mandat de droit commun, la pertinence du résultat d'un acte était indifférente. Ceci pourrait sembler en contradiction avec la nécessité d'un pouvoir de direction dans le cadre de la gestion à titre habituel. Il n'en est rien. Il a été vu que la reddition des comptes supposait la relation des éléments chiffrés, le remboursement des dépenses effectuées par le mandataire dans le cadre du mandat et se fait sur la base du compte de gestion. Celui-ci ne permet que de retracer la continuité de la gestion à travers le temps en indiquant les actes qui ont été accomplis et les flux financiers qui y sont liés. Il ne permet pas d'apprécier de l'opportunité d'une action. L'obligation de rembourser les dépenses effectuées par le mandataire suppose la reddition des comptes et ne porte pas sur l'opportunité d'une action accomplie par ce dernier. Il s'agit de l'organisation de la gestion et non de sa direction. C'est pourquoi l'opportunité d'accomplir une action en vue de valoriser un bien ou un ensemble de biens est sans incidence sur l'obligation de rembourser des dépenses effectuées par le mandataire. Cette étude de l'article 1999 du Code civil illustre la nécessité de distinguer entre l'organisation et la direction en matière de gestion à titre habituel.

Le mandant est également tenu d'indemniser les pertes subies par le mandataire durant l'exercice de sa mission conformément au mandat, comme le précise l'article 2000 du Code civil.

Il apparaît que la distinction entre organisation et direction permet d'expliquer l'indifférence de l'opportunité d'une dépense au stade de l'organisation. Ceci n'a rien d'étonnant dans la mesure où la reddition des comptes permet d'inscrire la gestion dans la durée, de préserver sa continuité et relève de ce fait de l'organisation. L'intérêt de la distinction entre organisation et direction n'est donc pas seulement d'expliquer une jurisprudence qui reconnaît la validité d'actes de disposition accomplis par un gestionnaire qui n'a pas de mandat spécial comme il a été vu précédemment. Elle contribue à expliquer que le mandat dont le régime repose essentiellement sur la classification des actes en fonction de leur gravité fait parfois abstraction de celle-ci afin de s'intéresser à leur finalité. La finalité est distincte de la gravité, il n'est pas nécessaire de substituer la première à la seconde.

Après avoir étudié l'obligation du bénéficiaire de rembourser les dépenses du gestionnaire, il convient de s'intéresser à la rémunération de celui-ci.

b) Le fondement de l'obligation de rémunérer le gestionnaire

La rémunération peut être fondée sur une décision de justice ou sur un accord contractuel.

407. L'étude du droit des *trusts* menée précédemment a montré que la rémunération du gestionnaire pouvait dans certains cas être accordée par le juge alors qu'il n'y avait aucun accord contractuel entre le gestionnaire et le bénéficiaire en ce sens. La rémunération peut toujours être contrôlée par le juge. Ceci s'explique par le fait qu'elle peut être une source de conflit d'intérêts entre le gestionnaire et le bénéficiaire. Lorsqu'il est établi que le gestionnaire n'a pas agi contrairement à l'intérêt du bénéficiaire de la gestion, le juge admet l'existence d'une rémunération en autorisant le gestionnaire à recevoir une partie des bénéfices réalisés lors de l'opération. L'affaire *Boardman v. Phipps* montre que dans des circonstances exceptionnelles le gestionnaire n'a pas droit à une rémunération en raison de sa qualité de gestionnaire mais parce qu'il convient de récompenser une gestion exceptionnelle caractérisée par une très grande implication du gestionnaire faisant preuve de diligence et de compétences. On voit ici que le juge anglais considère ce dernier comme une personne capable de faire preuve d'audace dès lors que celle-ci sert les intérêts du bénéficiaire. On pourrait légitimement se demander si le terme d'audace n'est pas excessif car on pourrait considérer que dans l'affaire en question l'investissement réalisé par le comptable en son nom était la seule solution permettant à celui-ci d'atteindre l'objectif poursuivi par le bénéficiaire. Il ne faudrait pas en conclure que le juge ne fait qu'observer le bon déroulement de l'opération avant d'autoriser le gestionnaire à prélever une partie des bénéfices de la gestion couronnée de succès. Cette analyse ne serait pas convaincante pour deux raisons. D'une part, parce que le juge prend bien soin de relever qu'une rémunération de ce type n'est pas due au gestionnaire mais qu'il s'agit d'une libéralité. Retenir l'obligation de rémunérer plutôt que la libéralité reviendrait à autoriser le gestionnaire à se placer en situation de conflit d'intérêts.

D'autre part, parce qu'investir en son nom afin de conduire une opération à laquelle le bénéficiaire de la gestion est intéressé revient nécessairement à se placer en situation de conflit d'intérêts potentiel dans la mesure où le gestionnaire opère une distinction entre son intérêt et celui du bénéficiaire. Si on reprend l'affaire *Holder v. Holder*, l'héritier chargé par les autres de gérer les biens successoraux ne pouvait agir sans tenir compte de son propre intérêt dans la mesure où il agissait pour le compte des intérêts de tous les héritiers, le sien était donc nécessairement en conflit potentiel avec ceux des autres. Dans l'affaire *Boardman v. Phipps*, les faits sont différents. En effet, le comptable n'était pas obligé d'investir en son nom dans le cadre de sa mission. Il n'était pas en

situation de conflit d'intérêts en raison de sa mission mais a décidé de se placer dans une telle situation par la suite. Il a pris un risque en investissant après s'être placé en situation de conflit d'intérêts. Le juge tient d'ailleurs compte de ce risque couru par le gestionnaire lorsqu'il autorise celui-ci à prélever une partie des bénéfices. Il s'agit en l'espèce d'un gestionnaire qui se place délibérément en situation de conflit d'intérêts afin de pouvoir réaliser une opération complexe et risquée destinée à la prise de contrôle d'une société. Il est indéniable qu'en autorisant la rémunération à titre de libéralité, le juge vient récompenser l'audace servie par la compétence et la diligence du gestionnaire. L'affaire *Guinness v. Saunders* présente un cas de rémunération d'un professionnel se concluant par un refus du juge.⁶⁶⁷ Il est en outre admis qu'un gestionnaire non professionnel puisse être rémunéré lorsque, dans l'exercice de sa mission, ce dernier a dû agir afin de faire face à des circonstances difficiles et qu'il n'a pas démerité, comme le montre l'affaire *Foster v. Spencer*.⁶⁶⁸ Dans celle-ci, des *trustees* d'un club de cricket décident de vendre le terrain qui n'est plus entretenu, ils rencontrent de grandes difficultés imprévues et parviennent malgré tout à le vendre. Compte tenu de ces éléments, le juge autorise la rémunération des *trustees* mais refuse de leur accorder une rémunération pour l'exercice futur de leur mission.

408. Concernant les données permettant de déterminer le montant de la rémunération, le juge indique que l'ampleur des fonds du *trust* est un facteur qu'il faut évidemment prendre en compte, de même que le coût d'un service analogue rendu par un professionnel et le temps consacré à l'exécution de ce travail.⁶⁶⁹ L'étude qui vient d'être menée montre que le juge dispose d'une grande liberté en matière de rémunération du gestionnaire alors qu'il s'agit d'un point particulièrement délicat.⁶⁷⁰ Ceci s'explique par le fait que le droit anglais considère les règles de conflit d'intérêts comme des lignes directrices mais que l'analyse des faits demeure primordiale. Le nombre de décisions en matière de rémunération du gestionnaire fourni au juge la matière nécessaire à l'exercice de son intuition sans qu'il soit question d'un processus intellectuel arbitraire.

667 *Guinness v. Saunders* [1990] 1 All E.R. 652 pp. 666 à 668. Affaire dans laquelle Lord Goff distingue la situation litigieuse de celle de *Boardman v. Phipps* en indiquant que bien que la négociation menée par un dirigeant de l'entreprise soit fructueuse, le gestionnaire ne pouvait obtenir la rémunération qu'il a tenté d'obtenir par contrat et qui lui a été refusée. En exigeant une rémunération, il se place dans une situation de conflit d'intérêts. Par ailleurs, dans l'affaire *Boardman v. Phipps*, il ne s'agit pas d'une rémunération due au gestionnaire mais d'une libéralité.

668 [1996] 2 All E.R. 672 Judge Paul Baker Q. C. .

669 Affaire citée en note précédente, p. 681 : « The authorities provide little or no guidance of the issue of quantum. As might be expected, it is left to the discretion of the court. The size of the trust fund is one obvious factor. The cost of engaging outside professional help, the amount of time spent are all relevant. In the end, however, the judge must try to assess what is reasonable in all the circumstances... »

670 Si on souhaite observer comment un juge parvient à autoriser l'augmentation d'une rémunération prévue par le *trust*, confer *Re Duke of Northfolk's Settlement* [1982] Ch. 61, notamment à partir de la page 78 jusqu'à la fin du jugement en p. 80, Fox L.J. se trouve à un stade de son raisonnement où il achève de rejeter la pertinence d'analogies invalidant la conclusion à laquelle il souhaite aboutir avant d'affirmer qu'aucune décision antérieure n'invalide de manière nette la conclusion souhaitée (§ D, p. 79) et d'en appeler en dernier ressort à la logique dans le lexique de laquelle il puise abondamment.

409. Le Trustee Act de 2000, section 29, (1), (2) et (3) prévoit qu'un *trustee* professionnel peut demander une rémunération non prévue de ces services alors qu'ils auraient pu être accomplis par un non professionnel à condition qu'elle soit raisonnable. Ceci vient préciser une règle que l'on retrouve notamment dans *Re Chapple*⁶⁷¹ au sujet de la possibilité d'exiger une rémunération pour des actes qui de par leur nature ne sont pas nécessairement accomplis par un professionnel. Étant entendu qu'il existe par ailleurs de nombreuses règles particulières à certaines activités ou professions qui sont apparues depuis cette décision. L'importance de l'appréciation des faits par le juge n'a pas été amoindrie par le Trustee Act. Afin de s'en convaincre, il est possible de se référer à l'affaire *Diedrichs-Shurland v. Kohlrantz*.⁶⁷² L'absence de fondement abstrait de la rémunération et l'importance du juge en pays de *Common Law* sont de nature à justifier la fixation judiciaire et le cas échéant l'augmentation de la rémunération.

410. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le juge français peut également décider l'octroi d'une rémunération qui n'a pas fait l'objet d'un accord contractuel. Afin de rémunérer une personne participant à la gestion d'une entreprise commune⁶⁷³, la jurisprudence fait produire des effets juridiques à une société nulle.⁶⁷⁴ Lorsqu'un individu qui la plupart du temps n'a participé à la gestion que par le biais de son industrie se voit reconnaître la qualité d'associé, il peut obtenir la part de bénéfices revenant à l'associé qui a le moins apporté.⁶⁷⁵ Il s'agit par exemple de la moitié dans le cas d'un concubin qui assiste le propriétaire d'un fonds de commerce dans l'exploitation de celui-ci.

411. La rémunération d'origine contractuelle soulève moins de difficultés, malgré des développements récents relatifs à la révision judiciaire, elle ne sera donc que rapidement évoquée. Elle est fondée sur la volonté des parties contractantes. M. Roque estime que l'obligation de

⁶⁷¹ [1884] 27 Ch. D. 584

⁶⁷² [2006] UKPC 58 Official Transcript Les faits sont complexes mais l'affaire peut être résumée simplement. Un homme de nationalité allemande veut dissimuler une partie de sa fortune à sa femme anglo-saxonne qui souhaite divorcer. Il fait part de ses déboires conjugaux à une compatriote qui décide de l'aider par amitié envers un compatriote en difficulté et organise un montage financier très complexe au moyen d'un *trust* dont elle est *trustee*. Il n'est question d'aucune rémunération que ce soit de manière expresse ou implicite. La demanderesse refuse ultérieurement toute gratification pour ses services et exige une rémunération au *quantum meruit* compte tenu des résultats de sa gestion (confer n° 13). Un litige s'en suit qui aboutit devant les Lords réunis en Privy Council à l'initiative de celle-ci.

La décision de Cour d'Appel est critiquée par la demanderesse non pas quant au fond mais sur le fondement du caractère inéquitable du procès. Il est reproché aux juges d'avoir refusé d'examiner des éléments de preuve permettant d'apprécier la rémunération au *quantum meruit*. Ce à quoi les Lords dont Lord Hoffmann qui rend la décision ont répondu qu'un *trust* était présumé gratuit et qu'en l'espèce la demanderesse a accepté la mission de *trustee* en considération des difficultés de son compatriote. Par conséquent, il était inutile d'examiner les preuves relatives à la rémunération dans le cadre du procès en appel (confer n° 27).

⁶⁷³ La protection du conjoint du chef d'entreprise a été formalisée par l'article L. 121-4 du Code de commerce qui n'est entré en vigueur que le 21 septembre 2000.

⁶⁷⁴ L'appellation actuelle correspondant à cette situation serait « société créée de fait ». V. B. Dondero, V° Société de fait, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, n° 10 s.

⁶⁷⁵ La loi a repris cette solution. Confer l'alinéa 1^{er} de l'article 1844-1 et article 1873 du Code civil pris conjointement.

rémunérer trouve sa cause dans l'obligation d'exécuter.⁶⁷⁶ Cet argument n'est pas convaincant.

D'une part, parce que le mandat de droit commun est présumé gratuit et qu'il doit être exécuté. Si dans le cadre d'un mandat conclu à titre onéreux, l'obligation d'exécuter trouve sa cause dans la contrepartie de l'obligation de rémunérer, il est difficile de déterminer la cause de cette même obligation dans le cadre d'un mandat à titre gratuit. On peut éventuellement voir dans l'engagement du mandataire une intention libérale. Cependant, si dans le cadre d'un don, la libéralité est manifeste en ce que le donateur s'appauvrit en faveur d'un gratifié, si dans le cas d'un contrat de caution, la caution court le risque de s'acquitter de la dette du débiteur principal, il est difficile de déceler l'enrichissement qui peut résulter d'un mandat à titre gratuit. En effet, un tel contrat permet d'engager la responsabilité du mandant du fait des actes accomplis par le mandataire dans l'exercice de sa mission conformément aux termes du mandat. Il est difficile de ce fait de voir dans tout mandat à titre gratuit une intention libérale. Même si une telle intention peut effectivement exister, elle ne peut *a priori* être la cause du mandat à titre gratuit.

Par conséquent, la théorie de la cause en tant que contrepartie de l'obligation d'exécuter ne peut pas fonder de manière satisfaisante l'obligation de rémunérer.

D'autre part, il a été vu précédemment que le juge pouvait parfois déterminer la rémunération du gestionnaire, la théorie de la cause n'est évidemment d'aucune utilité dans ce cas de figure. La rémunération du gestionnaire peut en revanche être fondée de manière satisfaisante soit sur la volonté des parties, soit sur celle du juge. Il est ainsi possible de rendre compte de la réalité de la rémunération d'une manière à la fois théorique et pratique par-delà la question du fondement.

Il a été vu que la rémunération pouvait être déterminée soit par le juge, soit par les parties. Il convient d'examiner l'hypothèse dans laquelle la décision de celui-là s'impose à la volonté de celles-ci. Dans le cadre de la gestion, il peut être utile de consulter un avocat ou de constituer une société contenant une partie des biens gérés. Puisqu'il est fort peu probable que le gérant ou le professionnel du droit travaillent gratuitement, il est nécessaire de s'intéresser à la révision de leur rémunération.

412. En 1998, la Cour de cassation a jugé que l'article 1134 du Code civil imposant la volonté des parties au juge n'excluait pas la révision judiciaire d'une convention portant sur des honoraires qui «**apparaissent exagérés au regard du service rendu**».⁶⁷⁷ En 2000, il a été jugé que l'avocat

⁶⁷⁶ J. Roque, *Les obligations du mandant*, J.-L. Respaud (dir.), th. Avignon, 2007, n° 63.

⁶⁷⁷ Comme l'arrêt porte sur des honoraires d'avocat, la décision est également fondée sur un texte spécifique à cette profession qui ne sera pas examiné ici. Civ. I. 3 mars 1998, Bull. n° 519, commentaire par J. Sainte-rose, avocat général à la Cour de cassation, J.C.P. G 1998 II 10115.

devait informer son client au sujet des honoraires.⁶⁷⁸ En 2011, la Cour de cassation a retiré le pouvoir de révision, même à titre incident.⁶⁷⁹

En matière de société, le principe est celui du respect des statuts, sauf rémunération abusive ou irrégulière.⁶⁸⁰ En 2006, la Chambre commerciale a censuré un arrêt sur le fondement du même article en relevant que le juge ne pouvait accorder une rémunération sur laquelle les organes sociaux ne se sont pas prononcés conformément aux statuts.⁶⁸¹ En 2009, la même formation indique, cette fois-ci sur le fondement d'un texte spécial, qu'une décision refusant une rémunération peut être contestée par le gérant — en l'espèce, sur le fondement de l'abus d'égalité — mais que le juge ne peut s'y substituer afin de la fixer.⁶⁸² Annotant l'arrêt Mme Gallois-Cochet relève que les juridictions du second degré ne suivent pas toujours la jurisprudence de la Haute juridiction.⁶⁸³

413. Au cours de ce paragraphe, l'organisation est apparue comme le pouvoir destiné à assurer la continuité de la gestion. Le gestionnaire accomplit des actions qui ponctuent la gestion et figurent sur le compte de gestion. La reddition de compte règle le sort des droits personnels et réels nés des rapports auxquels il a pris part. Cette activité est rémunérée. C'est pourquoi il a fallu s'interroger sur le fondement de la rémunération qu'il percevait.

414. La présente section montre que valeur que le gestionnaire doit conserver et accroître ne se conçoit que dans la durée, c'est-à-dire sans référence à un instant de début ou de fin. Le gestionnaire doit faire face aux circonstances tout en préparant l'avenir par définition incertain. C'est pourquoi il est apparu que la gestion à titre habituel supposait la création d'une situation juridique, selon la théorie de Paul Roubier, seul fondement théorique permettant de faire produire des effets juridiques à des actions accomplies au regard des circonstances qu'on ne peut prévoir. Ces actions sont destinées à assurer la continuité de la gestion. Le juriste voit dans chacune de ces actions un ou plusieurs actes juridiques ou matériels accomplis dans le cadre de l'organisation de la gestion.

Il apparaît que la valorisation ne peut se concevoir que dans la durée et que la gestion à titre habituel peut être utilement comprise comme une situation juridique permettant au gestionnaire d'agir en fonction des circonstances qui se présentent à lui. Le juriste inscrit l'instant dans la durée

678 Cass., Civ. I, 18 juillet 2000, n° 97-14713, Bull. civ. I, n° 214, D. 2002. 854, obs. B. Blanchard ; RTD civ. 2000. 828, obs. J. Mestre et B. Fages ; J.C.P. G 2000. II. 10417, note R. Martin.

679 Cass., Civ. II, n° 10-278 Au sujet de cette évolution confer l'intéressante note d'O.-L. Bouvier, « Le champ de compétence du juge fixant les honoraires de l'avocat : une extension limitée par la Cour de cassation. Commentaire de Civ. II, 26 mai 2011 », *D.*, 2011, p. 2057

680 Cass. com., 11 janv. 1972, n° 69-11.205 et n° 69-11.682, *Wibil c/ Crémieux et Mercier c/ Crémieux* : Bull. civ. 1972, IV, n° 19 ; D. 1972, jurisp. 559, note C. Orengo.

681 Cass. com., 14 nov. 2006, n° 03-20.836, *Droit des sociétés* n° 3, mars 2007, comm. 52 par J. Monnet.

682 Cass., Com., 31 mars 2009, n° 08-11860.

683 D. Gallois-Cochet, « Absence d'abus dans le refus d'augmenter la rémunération du gérant et rejet de la fixation judiciaire. Commentaire de Cass. Com., 31 mars 2009 », *Droit des sociétés*, 2009, n° 6, comm. 116

au moyen de la reddition des comptes et anticipe la rémunération du gestionnaire. Celle-ci est traditionnellement perçue comme la contrepartie des obligations du gestionnaire. La section qui suit montrera la pertinence d'une approche complémentaire.

Section II Les modalités de la rémunération

415. Il est possible de concevoir la rémunération comme une somme d'argent versée périodiquement par le bénéficiaire en contrepartie des services rendus par le gestionnaire. L'analyse pourrait être succincte et se borner à rappeler que le droit positif accorde une grande importance à la liberté contractuelle dans ce domaine même si celle-ci est parfois plus strictement encadrée dans le but de protéger la partie réputée faible. Une telle analyse ne permet pas cependant de rendre compte fidèlement de la rémunération qui peut prendre des formes très diverses. Il a été vu dans le cadre de l'introduction générale que, selon les théories de la gestion, qu'elles soient économiques ou juridiques, chaque partie prenante à la gestion tend à favoriser son intérêt en s'acquittant de son obligation d'une manière qui lui est profitable. La théorie de la délégation postule que la gestion pour autrui engendre des coûts en raison de l'inclination du gestionnaire à agir en ne cherchant pas uniquement à obtenir le résultat attendu par le bénéficiaire. On sait désormais que celui-ci est également enclin à agir en ne recherchant pas exclusivement l'efficacité de la gestion. La question de la rémunération du gestionnaire est intéressante en ce qu'elle marque la convergence d'intérêts des parties ; le gestionnaire gère les biens afin d'être rémunéré tandis que le bénéficiaire verse une rémunération afin que les biens soient gérés. Si la rémunération marque la convergence d'intérêts, elle est aussi révélatrice de leur divergence qu'elle tente de juguler. Le juriste lorsqu'il s'attache à en déterminer le fondement et les modalités doit impérativement considérer les intérêts en présence.

La rémunération du gestionnaire est fixée selon deux modalités à savoir l'assiette (I), d'une part et le temps (II), d'autre part.

Paragraphe I L'assiette

416. L'assiette désigne les éléments sur la base desquels la rémunération est déterminée. Elle peut être fixe, telle qu'une somme d'argent, soit variable. La rémunération fixe dépend le plus souvent de la volonté contractuelle et est déterminée en quantité et en qualité par le contrat, elle n'appelle pas de remarques particulières, hormis celles qui viennent d'être faites au sujet de la révision judiciaire.⁶⁸⁴ La rémunération variable doit quant à elle faire l'objet de développements plus

⁶⁸⁴ Confer sur ce point *supra* n° 388.

importants. Il convient d'en étudier l'intérêt (A) avant d'en analyser l'influence sur la gestion (B).

A L'intérêt de la rémunération variable

417. La rémunération variable permet d'accorder de l'importance à la valeur (1) en tenant compte du choix du bénéficiaire (2).

1/ Accorder de l'importance à la valeur

418. Accorder de l'importance à la valeur suppose de la mettre en évidence, notamment lorsqu'elle est difficile à évaluer (a) et de passer de la propriété à la valeur (b).

a) La mise en évidence de la valeur

419. L'analyse de M. Barzel permet de bien comprendre l'intérêt d'une rémunération sous forme de droit lié au capital social.⁶⁸⁵ L'auteur prend l'exemple d'une entreprise de production qui repose sur le travail de deux personnes.⁶⁸⁶ L'une produit, l'autre s'occupe de l'approvisionnement des matières premières et de la logistique. L'activité de production est facilement évaluable en argent, elle peut faire l'objet d'une rémunération fixe prévue par exemple dans le cas d'un contrat de travail du salarié en charge de la production. L'activité d'organisation de l'entreprise est plus difficilement évaluable. Le fait que le gestionnaire soit rémunéré sur le capital et le cas échéant les gains produits fait de celui-ci un « residual claimant »⁶⁸⁷ ou « créancier résiduel »⁶⁸⁸ qui ne peut se payer que sur ce qui reste après que tous les autres paiements ont été effectués. Il doit gérer efficacement sans quoi il touchera une rémunération plus faible. Il doit donc se surveiller et se restreindre. La rémunération au moyen de droit lié au capital permet de maximiser l'efficacité de certaines missions difficiles à définir ou dont l'exécution est difficile à surveiller. M. Driver montre d'ailleurs que pour minimiser des coûts de surveillance et de délégation importants lorsqu'une partie dépend d'une autre dont la mission est difficile à évaluer, il est intéressant de lui confier des droits de propriété. Elle devient alors partie prenante à la gestion et actionnaire.⁶⁸⁹

685 L'expression est accueillante et ne se limite pas au capital social mais comprend également tous les droits qui y sont liés tels que des dividendes et qui sont versés aux actionnaires une fois les dettes payées. Les économistes anglo-saxons emploient souvent le terme *Equity* qui rappelle l'origine du droit du bénéficiaire d'un trust qui ne concerne pas forcément le capital du *trust*. Cependant, il existe différentes expressions qui en matière de sociétés renvoient toutes à la qualité d'associé et de manière plus ou moins directe au capital social.

686 Y. Barzel, « The Entrepreneur's Reward for Self-policing », *Economic Inquiry*, 1987, n° 1, p. 104 et suivante.

687 Confer note précédente.

688 On trouve cette expression dans les revues françaises. Confer à titre d'exemple G. Denglos, « Création de valeur et gouvernance de l'entreprise — Les exigences de l'actionnaire s'opposent-elles à l'intérêt « social » ? », *R.S.G.*, 2007, n° 224-225, p. 104.

689 C. Driver, « Varieties of Governance », *Recherches économiques de Louvain*, 2008, p. 428. L'auteur parle de cas

L'analyse économique incite le juriste à dépasser la question de la propriété pour aborder celle de la valeur.

b) Le passage de la propriété à la valeur

420. La possibilité de conférer un droit de propriété à une partie prenante contribue à nuancer la distinction habituellement faite en matière de théorie des sociétés entre les actionnaires et les parties prenantes qui participent à l'entreprise sans avoir de droit sur le capital. Ceci est intéressant pour les actionnaires qui peuvent avoir intérêt à recourir à un tiers pour la gestion en raison non seulement de ses compétences mais afin de minimiser les coûts de transaction. M. Demsetz indique qu'il peut être utile de confier la gestion à autrui lorsque le nombre de propriétaires gérant un bien commun est important, notamment dans le cas de sociétés cotées. Le fait de confier la gestion d'un bien commun à un nombre restreint de personnes permet de limiter les coûts de transaction.⁶⁹⁰

421. L'analyse économique confirme que la propriété n'est pas nécessairement source de difficultés et qu'elle présente dans certains cas un intérêt. L'examen du droit anglais des *trusts* et du droit romain a été utile car elle a incité à aborder la gestion sous un angle nouveau et concret bien qu'inhabituel.⁶⁹¹ L'étude de l'histoire des *trusts* a montré que la propriété n'était pas leur principal attrait. Il apparaît clairement qu'il est inutile de rechercher une solution à un problème de gestion à titre habituel en partant de la propriété. La gestion à titre habituel a pour objectif la valorisation de biens. La rémunération variable présente l'intérêt d'accorder de l'importance au développement effectif de la valeur.

La valeur est conférée par le bénéficiaire. La rémunération variable incite à l'accroître conformément au choix effectué par ce dernier en la matière. Il convient de voir comment tenir compte de choix lors de la rémunération du gestionnaire.

2/ Tenir compte du choix du bénéficiaire

422. Le bénéficiaire doit choisir la valeur qu'il entend développer, ce choix est important (a) et

hybride ou « hybrid case » dans le texte.

690 H. Demsetz, « Toward a Theory of Property Rights », 57 *The American Economic Review* 347 (1967), p. 358.

691 Confer sur ce point A. Murillo Villar, « Nuevas perspectivas para la enseñanza del Derecho Romano en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) », *RIDROM*, 2008, n° 1, p. 284 L'auteur fait très justement remarquer que le droit romain permet de se libérer du carcan imposé par la pratique quotidienne du droit positif afin de penser différemment et de se rapprocher de la vie dans ce qu'elle a de plus concret.

difficile (b).

a) L'importance du choix

423. Les développements précédents nous ont amené à considérer la valeur actionnariale telle que développée par Berle et Means et évoquée en première partie. Les économistes et juristes restent cependant très divisés sur le pouvoir des actionnaires et leur responsabilité en matière de gestion de société.⁶⁹² L'étude du problème de la rémunération des dirigeants sociaux permet de comprendre la difficulté de déterminer une rémunération variable conforme à l'intérêt du bénéficiaire quelle que soit la technique de gestion utilisée. La théorie de la valeur actionnariale repose sur un postulat extrêmement simple : le propriétaire du capital confie la gestion de son entreprise à un tiers et souhaite que sa société soit rentable afin d'en tirer la plus grande valeur économique possible. Il choisira le gestionnaire en fonction de sa capacité à accroître cette valeur. La recherche de la maximisation de la valeur actionnariale est, comme le souligne M. Koslowski, tournée vers les résultats futurs de la société.⁶⁹³

Ce choix est difficile.

b) La difficulté du choix

424. Tout le problème réside alors dans la définition des résultats à atteindre en fonction desquels est déterminée la rémunération du gestionnaire. Il a été vu que cet exercice de définition pouvait s'avérer relativement complexe. Les fonds d'investissement et de retraite sont désormais les actionnaires les plus actifs et les plus influents. Ceci représente, d'après Messieurs Anabtawi et Stout, un changement de situation notable qui contribue à rendre inadaptée la théorie de Messieurs Berle et Means.⁶⁹⁴ Ces fonds sont conseillés par des sociétés spécialisées en matière d'information financière. Celles-ci ont une grande influence sur les décisions de leurs clients et tendent à lisser les différences de comportement de ces derniers.⁶⁹⁵ Elles diversifient les valeurs mobilières au sein de portefeuilles qu'elles gèrent pour les épargnants et sont davantage préoccupées par la structure des portefeuilles plutôt que par le sort d'une société sur lequel ils exercent pourtant un certain contrôle au travers des droits sociaux qu'ils détiennent au sein de celle-ci. Ils exerceront leurs droits en vue

692 Confer sur ce point J.G. Hill, « Then and Now: Professor Berle and the Unpredictable Shareholder », 33 *Seattle U. L. Rev.* 1005 (2009) pp. 1010-1014.

693 P. Koslowski, « The limits of shareholder value », 27 *Journal of Business Ethics* 137 (2000), p. 137

694 I. Anabtawi, L. Stout, « Fiduciary Duties for Activist Shareholders », 60 *Stan. L. Rev.* 1255 (2007), p. 1275 et suivante.

695 I. Anabtawi, L. Stout, « Fiduciary Duties for Activist Shareholders », 60 *Stan. L. Rev.* 1255 (2007), p. 1277 et suivante.

de préserver et améliorer la structure des portefeuilles de valeurs mobilières dont ils ont la gestion et non d'assurer la productivité et la pérennité de la société. Les droits sociaux et les revenus qui y sont liés sont aujourd'hui davantage considérés par les investisseurs institutionnels tels que les fonds de retraite comme des composantes des produits financiers qu'ils proposent à leurs clients.⁶⁹⁶ M. Stewart relève que cette financiarisation a pour effet de créer de nouveaux risques en matière d'investissement qui incitent notamment les acteurs à accorder une plus grande importance à l'information financière qui modifie la perception qu'ils ont des sociétés dont ils détiennent certains droits sociaux.⁶⁹⁷

Il apparaît que définir une rémunération variable est un acte particulièrement délicat dans la mesure où il est possible de définir de bons ou de mauvais résultats de manière très différente alors que la situation concrète à laquelle doit faire face le gestionnaire est semblable.

Après avoir vu l'intérêt d'une rémunération variable provenant d'un droit lié au capital social, il est intéressant d'étudier son influence sur la gestion.

B L'influence de la rémunération variable

425. L'influence de la rémunération variable apparaît nettement suite à une évolution récente (a) qui rend nécessaire une analyse *in concreto* (b).

1/ Une évolution récente

426. Cette évolution est relative au lien entre propriété et gestion (a) qui s'est distendu (b).

a) Le lien entre propriété et gestion

427. D'après le postulat de la théorie de Messieurs Berle et Means évoquée au cours de l'introduction générale, les propriétaires du capital influent nettement sur la gestion. Ils y parviennent en déterminant l'assiette de la rémunération variable des dirigeants sociaux. Cependant, la gestion ne sera pas la même si on considère que l'entreprise est une entité de production que si on la perçoit comme une composante d'un portefeuille de valeurs mobilières. Il est même possible de

⁶⁹⁶ Confer K.A. Alces, « The Equity Trustee », 42 *Ariz. St. L.J.* 717 (2010) , p. 725-727.

⁶⁹⁷ F.J. Stewart, « Berle's Conception of Shareholder Primacy: A Forgotten Perspective for Reconsideration during the Rise of Finance », 34 *Seattle U. L. Rev.* 1457 (2010) , p. 1492 et suivante M. Bruner estime par ailleurs que les gestionnaires sont mieux informés que les actionnaires. De ce fait, la valeur boursière n'est pas conforme à la réalité.

considérer comme le fait M. Koslowski que les dirigeants sociaux qui détiennent des droits préférentiels sur les actions de sociétés cotées souhaitent souvent maintenir leur rémunération en soutenant par leurs décisions en tant que dirigeants sociaux le cours de l'action en bourse.⁶⁹⁸ Ceci ne remet nullement en question ce qui a été dit précédemment au sujet de l'intérêt de conférer un droit préférentiel sur le capital d'une société à un gestionnaire afin de l'inciter à bien gérer puisqu'en l'espèce le dirigeant gèrera l'entreprise afin de maintenir le cours de l'action, fraction du capital dont est propriétaire un actionnaire.

Ce lien est plus lâche.

b) Le relâchement de ce lien

428. Devant la financiarisation de l'économie critiquée ouvertement lors de la crise de 2008, certains auteurs s'interrogent sur la pertinence de l'analyse de Messieurs Berle et Means. M. Stewart estime qu'elle est toujours valable même si l'actionnariat ne permet plus à chaque actionnaire de disposer d'un pouvoir identique aux autres dans la mesure où les fonds d'investissement détiennent aujourd'hui le pouvoir effectif.⁶⁹⁹ M. Rodrigues est quant à lui bien plus critique dans la mesure où il estime qu'il n'y a plus seulement séparation de la propriété et du contrôle de la société, comme dans la théorie exposée par Messieurs Berle et Means, mais également une séparation de la propriété et du capital⁷⁰⁰ car les investisseurs qui investissent sur le long terme détiennent souvent le capital par le biais d'investisseurs institutionnels.⁷⁰¹ Or on sait aujourd'hui que la plupart d'entre eux investissent à court terme. La convergence des intérêts du gestionnaire et du bénéficiaire n'est plus aisément assurée par la distinction entre la propriété de la gestion.

Le relâchement du lien entre propriété et gestion fait clairement apparaître la nécessité d'une analyse *in concreto* du rapport d'intérêts du bénéficiaire et du gestionnaire.

2/ La nécessité d'une analyse *in concreto*

429. La rémunération est le reflet d'un rapport d'intérêts (a) qu'il convient d'analyser *in concreto*

698 P. Koslowski, « The limits of shareholder value », 27 *Journal of Business Ethics* 137 (2000), p. 144. Confer également sur ce point W. Lazonick, « The explosion of executive pay and the erosion of american prosperity », *Entreprises et histoire*, 2009, p. 141.

699 F.J. Stewart, « Berle's Conception of Shareholder Primacy: A Forgotten Perspective for Reconsideration during the Rise of Finance », 34 *Seattle U. L. Rev.* 1457 (2010), p. 1495.

700 L'auteur emploie l'expression « separation of ownership from ownership ».

701 U. Rodrigues, « Corporate Governance in an Age of Separation of Ownership from Ownership », 95 *Minn. L. Rev.* 1822 (2010), pp. 1826-1829.

(b).

a) Le rapport d'intérêts du gestionnaire et du bénéficiaire

430. On pourrait douter de la pertinence de l'analyse de la rémunération du gestionnaire sous l'angle de la valeur qu'il convient d'accroître. Les développements qui précèdent pourraient amener à conclure que la valeur est trop complexe pour être abordée de manière concrète et utile par le juriste lors de la rédaction ou de l'exécution d'un contrat de gestion. Il n'en est rien.

Les théories économiques étudiées ont confirmé que l'incidence de la propriété des biens gérés sur la gestion pouvait être surestimée et que les conflits d'intérêts entre différents propriétaires étaient parfois complexes. M. Koslowski relève que si l'apparition de fonds d'investissement a conduit à une divergence d'intérêts entre les actionnaires et les dirigeants préoccupés par la politique industrielle de l'entreprise, les fonds d'investissement repose sur une certaine convergence des intérêts des épargnants et de celui du fonds d'investissement, tous deux souhaitent que le prix des droits sociaux du fonds augmente. La convergence des intérêts n'est toutefois pas totale en ce que le fonds est davantage préoccupé par la valorisation de l'ensemble du capital investi que par la maximisation de la valeur de chaque portefeuille.⁷⁰² Il est d'ailleurs surprenant de constater que les épargnants qui placent à long terme en vue de financer leur retraite alimentent des fonds qui investissent à court terme et peuvent parfois choisir de réaliser des investissements très risqués. Cet exemple concret et simple incite le juriste à s'assurer non seulement de la possibilité pour le bénéficiaire de choisir la valeur qu'il convient de développer mais aussi de veiller à ce qu'il ait les moyens de suivre la direction de la gestion. Il n'est pas certain que les épargnants disposent par exemple des connaissances nécessaires au suivi effectif de la direction de la gestion du fonds d'investissement ni qu'ils soient effectivement en mesure de faire valoir leurs intérêts le cas échéant. La détermination de la valeur à développer et la conception des moyens de suivre la valorisation sont primordiales. La rémunération du gestionnaire relève du pouvoir d'organisation en ce qu'elle est la contrepartie de l'exécution de sa mission au fil du temps, elle est aussi le reflet du rapport de l'intérêt du bénéficiaire et de celui du gestionnaire.

Le rapport d'intérêts du gestionnaire et du bénéficiaire doit être analysé *in concreto*.

702 P. Koslowski, « The limits of shareholder value », 27 *Journal of Business Ethics* 137 (2000), p.140.

b) L'analyse *in concreto*

431. À la suite de l'étude des théories économiques et juridiques relatives à la gestion des sociétés, la question de l'assiette de la rémunération apparaît essentielle et particulièrement délicate lorsqu'il s'agit de déterminer une rémunération variable. Tout dépend de la situation concrète dans laquelle se trouvent les parties. En matière de gestion hôtelière par exemple, M. de Géry explique que la rémunération du gestionnaire est souvent déterminée sur la base du chiffre d'affaires. Seul le volume des ventes ou des prestations de services est pris en compte de sorte que même lorsque l'hôtel est déficitaire la rémunération est due. Il est de même possible de prévoir une rémunération calculée sur la base du chiffre d'affaires dont sont déduites des charges d'exploitation.⁷⁰³ Dans ce cas de figure, la détermination de la rémunération est plus aisée car le service à fournir est connu à l'avance, repose sur des tâches récurrentes et donne lieu à un résultat aisément quantifiable. En outre, au lieu de déterminer la rémunération en fonction du cours de l'action, il est possible de prendre en compte la production.⁷⁰⁴ Le chiffre d'affaires prend en compte l'ensemble des biens et des services fournis sur une année comptable mais le bien ou le service fourni peut n'a pas forcément une valeur exclusivement économique. Une fondation à but caritatif peut fournir des services qui n'ont pas vocation à être traduits de manière économique. Il en est par exemple ainsi nombre de personnes secourues ou de repas servis à des sans-abri. Par ailleurs, la production d'un bien ou d'un service ne se résume pas à la seule quantité produite, les caractéristiques d'une prestation hôtelière telles que l'importance du personnel ou la confection des repas influent sur la valeur économique créée. Ces critères ne transparaissent pas nécessairement dans le chiffre d'affaires alors qu'ils sont essentiels à la valorisation.⁷⁰⁵ On comprend ici que l'assiette de la rémunération est importante de point de vue du rapport d'intérêts mais qu'elle ne suffit pas à établir la direction de la gestion qui tient compte d'autres éléments. Le rapport d'intérêts de ce fait doit être examiné *in concreto*.

432. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que l'assiette était une des variables d'après lesquelles la rémunération était déterminée. Le bénéficiaire se sert de celle-ci afin d'influer sur la gestion, en particulier dans le cas d'une rémunération variable. La détermination de l'assiette est parfois délicate et traduit le rapport d'intérêts du gestionnaire et du bénéficiaire. Après avoir étudié l'assiette de la rémunération, il faut étudier la seconde modalité de celle-ci, à savoir le temps.

703 G. Chastenot de Géry, *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière : contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion*, A. Ghazi (dir.), th. Paris IX, 1998, pp. 101 et suivantes

704 P. Koslowski, « The limits of shareholder value », 27 *Journal of Business Ethics* 137 (2000), p 138 et suivante.

705 Ces critères sont en outre examinés lors de la la détermination du marché pertinent en droit de la concurrence. Confer à titre d'exemple, Conseil de la concurrence, Décision n° 05-D-64 du 25 novembre 2005 relative à des pratiques sur le marché des palaces parisiens.

Paragraphe II Le temps

433. La rémunération peut faire l'objet d'un versement périodique d'une somme d'argent ou bien d'un versement en fin de gestion. Ceci renvoie au temps de la rémunération. Il est intéressant d'examiner l'importance qui lui est accordée (A) avant de voir l'intérêt pour le juriste d'une nouvelle approche de la rémunération (B).

A L'importance accordée à cette modalité

434. Cette modalité se retrouve constamment dans toute rémunération (1) mais est l'objet d'une préoccupation récente (2).

1/ Une modalité constante

435. Cette modalité se retrouve dans toute rémunération qu'elle soit judiciaire (a) ou conventionnelle (b).

a) La rémunération judiciaire

436. Lorsqu'elle est fondée sur la volonté du juge, le temps a une grande importance car la rémunération est accordée en fin de gestion. En effet, dans les affaires de *trust* qui ont été mentionnées comme dans le cas d'une société créée de fait ou encore dans celui d'un enrichissement sans cause, le juge décide de prélever une partie des gains réalisés au cours de la gestion afin de les accorder au gestionnaire dans le but soit de remédier à un appauvrissement d'une des parties, soit de récompenser le gestionnaire de sa bonne gestion. Dans le cas d'un gestionnaire auquel est reconnue la qualité de *fiduciary*, notamment lorsque celui-ci est un *trustee*, il peut à certaines conditions percevoir les gains réalisés au cours de la gestion. De même, lorsqu'une société créée de fait a été caractérisée, le juge prélèvera une partie des bénéfices ou du capital social afin de rémunérer l'associé de la société créée de fait. La rémunération est donc variable en ce qu'elle dépend du résultat de la gestion. Si l'on veut faire un parallèle avec les théories économiques qui viennent d'être développées, il est possible de dire que la rémunération est fondée sur la valeur actionnariale puisqu'elle permet au juge de rémunérer le plus souvent l'associé qui a effectué un apport en industrie dont la part est équivalente à celle de l'associé qui a le moins apporté. Par le truchement de ladite société, le juge confère en fin de gestion un droit sur le capital social à l'une des parties prenantes à la gestion.

Le temps se retrouve également en matière de rémunération conventionnelle.

b) La rémunération conventionnelle

437. Lors de l'étude de l'assiette, l'hypothèse d'une rémunération périodique a été envisagée, la partie variable de la rémunération dépend d'un facteur donné, par exemple le nombre de visiteurs, sur une période donnée. Lorsque la rémunération est périodique, l'assiette est le critère le plus important car celui-ci détermine la rémunération au fil du temps. Il s'agit de l'hypothèse de gestion classique d'une société dans laquelle les dirigeants sociaux qui gèrent la société essaient d'améliorer la production au fil du temps. Les actionnaires qui détiennent une partie du capital exercent leur droit de vote afin de sanctionner les dirigeants en tenant compte de la production de l'entreprise, ils reconduisent les dirigeants ou en désignent d'autres. Si la production progresse en qualité ou en quantité, la valeur économique de la société s'accroît et le prix de marché de la part de capital social augmente. Dans ce cas de figure, il y a convergence des intérêts des dirigeants sociaux et actionnaire, la fin de la gestion importe peu, les dirigeants souhaitent rester en place le plus longtemps possible et l'actionnaire souhaite conserver l'action d'une société dont il apprécie les résultats financiers en percevant des dividendes ou en réalisant un gain lors de la revente de l'action. Le temps est toujours présent car les dirigeants perçoivent une rémunération au cours de leur mandat mais celle-ci est en général fonction la production qui constitue l'assiette de la rémunération. L'assiette a de ce fait davantage d'importance que le temps.

Certains propriétaires de droits sociaux, notamment des fonds d'investissement, peuvent toutefois déterminer leur investissement en fonction des résultats financiers de l'entreprise dans laquelle ils investissent à l'issue d'une période déterminée. Ils revendent leurs droits sociaux à la fin de cette période et accordent de ce fait également beaucoup d'importance au temps de la rémunération.

Ceci est la source d'une préoccupation récente.

2/ Source d'une préoccupation récente

438. Il convient d'en voir la cause retenue (a) avant d'aborder les points débattus (b).

a) La cause retenue

439. Une majorité d'auteurs estime qu'une divergence au sujet du temps de la rémunération explique en partie la crise financière de 2008. Dans le cas d'une rémunération en fin de gestion, le temps est très important car le gestionnaire peut gérer en fonction d'un objectif à court ou à long terme. Il a été vu que lorsque le gestionnaire gère en vue de soutenir la valeur de l'action, il privilégie un objectif à court terme. La perception du temps change la manière dont est gérée une société. À court terme, le gestionnaire cherche à tirer profit davantage de la spéculation financière que de la production industrielle. Il est intéressant de noter que l'une des réponses du législateur des États-Unis d'Amérique à la crise financière a été d'accorder davantage de pouvoir aux actionnaires afin qu'ils puissent contrôler plus étroitement encore les dirigeants sociaux. Cette initiative a été critiquée pour des raisons culturelles mais également en raison de la méconnaissance de l'importance du temps. Ainsi M. Bruner relève-t-il que s'il y a une certaine logique à renforcer les droits des actionnaires afin de contrôler les dirigeants sociaux qui se sont conduits dans certains cas de manière irresponsable du point de vue de l'intérêt général, le législateur n'a pas pris en considération le fait que ceux-ci sont influencés par ceux-là. Or d'importants fonds d'investissement privilégient le profit à court terme et ne sont pas un contre-pouvoir efficace aux dirigeants sociaux, contrairement à une conception classique des sociétés qui oppose les actionnaires aux dirigeants sociaux.⁷⁰⁶

Des éléments sont cependant encore débattus.

b) Les éléments débattus

440. Ce débat apparaît de manière concrète lorsque l'on envisage de combiner rémunération en fin de gestion et rémunération périodique. Il s'agit notamment du cas du dirigeant social, actionnaire de la société gérée qui perçoit une part de bénéfices liée à l'action qu'il détient. L'intérêt de procéder de la sorte est discuté. Il est en effet tout à fait possible de lier le sort de l'actionnaire à celui de l'entreprise en ne distribuant pas de dividendes. M. Koslowski estime que si un investisseur n'a aucune visibilité sur le profit que peut lui rapporter son investissement, d'une part parce que la situation économique est par nature imprévisible, d'autre part parce qu'il ne peut prendre pour argent comptant les propos des dirigeants sociaux au sujet de la société, il n'investira pas.⁷⁰⁷ Par conséquent, il est utile de s'engager à verser une rémunération périodique aux actionnaires. Il est

⁷⁰⁶ C.M. Bruner, « Corporate Governance Reform in a Time of Crisis », 36 *J. Corp. L.* 309 (2010), p. 320 et suivante.

⁷⁰⁷ P. Koslowski, « The limits of shareholder value », 27 *Journal of Business Ethics* 137 (2000), p. 144.

possible de nuancer ces propos en rappelant que le prix de l'action de la société Apple est élevé de longue date alors qu'elle ne versait jusqu'à récemment aucun dividende à ses actionnaires.⁷⁰⁸ À ce sujet, M. Denglos indique que la majeure partie de la rémunération d'un actionnaire ne provient pas des dividendes qui sont une partie des bénéfices réalisés par la société mais de la revente de l'action.⁷⁰⁹ Le lien entre dividende et intérêt des actionnaires n'est donc pas aussi évident qu'il le paraît.

L'étude du temps de la rémunération a permis de voir que celui-ci est une caractéristique qui influe également de manière importante sur la gestion.

B L'intérêt d'une nouvelle approche de la rémunération

441. Il convient de revenir sur sa nature et d'insister sur son utilité (1) avant d'examiner la complémentarité de l'approche traditionnelle (2).

1/ Sa nature et son utilité

442. La nature (a) sera abordée avant l'utilité (b).

a) La nature

443. Il a été vu au cours des développements précédents que les théories économiques pouvaient être remises en cause totalement ou partiellement en raison du comportement des acteurs économiques à l'égard d'une de ces modalités. Le fait que les actionnaires privilégient la valeur actionnariale à la valeur entrepreneuriale lors de la détermination de l'assiette de la rémunération modifie non seulement la situation économique de l'entreprise mais également la compréhension que l'on peut en avoir. Il en va de même du temps, autre modalité de la rémunération, lorsqu'on décide d'investir sur le court ou le long terme. D'un point de vue pratique, analyser celle-ci selon les critères qui viennent d'être proposés permet d'envisager toutes les techniques de gestion et de voir l'effet possible d'une rémunération sur une situation difficile à cerner et pourtant très présente en matière de gestion pour autrui, à savoir le conflit ou la convergence d'intérêts des parties à la gestion. Conscient de ces éléments, il est possible de décider sans se limiter aux obligations des parties, il peut plus aisément cerner les intérêts de celles-ci.

⁷⁰⁸ La société a décidé de verser des dividendes en octobre 2012. Confer sur ce point Apple Inc., *Frequently Asked Questions*, <http://investor.apple.com/faq.cfm>.

⁷⁰⁹ G. Denglos, « Faut-il rejeter le principe de maximisation de la valeur actionnariale? », *Revue française de gestion*, 2008, n° 184, p. 79.

Il serait vain de rechercher une solution unique qui convienne à toutes les situations concrètes, c'est d'ailleurs ce qui est apparu lorsque les théories économiques ont été examinées. Ceci fait l'utilité de la nouvelle approche.

b) L'utilité

444. La confrontation du droit et de l'économie a cependant permis de se rendre compte du fait que les divergences entre les auteurs provenaient souvent d'une situation concrète différente de celle qui avait été envisagée par les théoriciens. Elles portent soit sur le fondement, soit sur les modalités de la rémunération, à savoir l'assiette et le temps. Il est de ce fait fort utile de conserver ces critères à l'esprit lorsque l'on aborde la question de la rémunération dans un cas concret. On pourrait être tenté de rejeter ces développements au motif qu'ils seraient trop théoriques et que le contrôle concret de la rémunération importe avant tout. Encore faut-il définir la procédure et la portée de ce contrôle. À l'occasion de la crise financière, beaucoup de voix se sont élevées afin que les rémunérations de certains dirigeants sociaux soient plus raisonnables.

C'est à cette fin que certains pays ont modifié leur législation en vue de soumettre la question de la rémunération des dirigeants sociaux à un vote des actionnaires. Bien qu'il suscite un intérêt nouveau, ce procédé repose sur une analyse traditionnelle de la rémunération perçue comme la contrepartie des obligations du gestionnaire.

Les approches traditionnelle et nouvelle sont complémentaires.

2/ Sa complémentarité avec l'approche traditionnelle

445. L'étude de l'insuffisance de l'approche traditionnelle (a) précédera celle de sa pertinence (b).

a) L'insuffisance de l'approche traditionnelle

446. M. Lund relève qu'il est possible d'adopter une procédure permettant d'approuver la rémunération du dirigeant lors de l'exercice passé — cette procédure est dite *ex post*⁷¹⁰ —, une procédure qui instaure la discussion de la rémunération future — cette procédure est dite *ex ante* —

710 A.C.W. Lund, « Say on Pay's Bundling Problems », 99 *Ky. L.J.* 120 (2010), p. 125 Il est intéressant de noter qu'il s'agit de l'option choisie par le législateur des États-Unis d'Amérique lors de la crise de 2008. Confer sur ce point Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub. L. 111-203) sect. 951.

ou un cumul de ces deux mesures. Ce procédé repose sur une conception traditionnelle de la rémunération car les actionnaires indiquent s'ils estiment que la rémunération est la juste contrepartie de la mission du dirigeant social. Contrairement à l'analyse proposée précédemment, le rapport d'intérêts n'est pas au cœur du processus d'approbation. D'un point de vue pratique, il apparaît que si ces mesures permettent d'harmoniser certains comportements et de dissuader de procéder au vote d'une hausse brutale de la rémunération, elles ne favorisent pas pour autant les décisions raisonnables. Les comportements des votants ne sont pas souvent rationnels d'un point de vue économique puisque, lorsque les résultats de l'entreprise sont satisfaisants, la rémunération est souvent acceptée sans discussion⁷¹¹. À l'inverse, lorsque certaines parties prenantes sont mécontentes, le vote au sujet de la rémunération aura davantage tendance à être négatif, les votants se servent de leur droit de vote afin d'exprimer leur mécontentement. Il faut noter qu'aux yeux de ceux qui voient l'avenir s'assombrir, les rémunérations des dirigeants sont toujours trop élevées.

447. La rémunération repose en partie sur un élément psychologique qui apparaît nettement lors de l'approbation de celle-ci. Il est relativement aisé de déterminer si quelque chose a été fait, si un résultat a été atteint ou manqué mais il est nettement plus difficile de déterminer si quelque chose a été bien fait sans fonder son jugement sur des critères prédéfinis, fussent-ils subjectifs. De plus, il peut être extrêmement difficile d'établir le lien de causalité entre une action de gestionnaire parmi une multitude d'autres et le résultat de la gestion sur une période déterminée. En pratique, un gestionnaire peut ne pas démériter en traversant une conjoncture économique très difficile sans que ses efforts soient appréciés à leur juste valeur ou, à l'inverse, se contenter de se laisser porter par une conjoncture plus favorable en sachant qu'elle lui permettra d'obtenir une rémunération conséquente. À ce sujet, il a été vu auparavant que la difficulté d'établir le coût exact de la gestion pouvait justifier une rémunération sous forme de droits sur le capital social. La place de l'élément psychologique dans l'approbation de la rémunération s'explique au moins en partie par les difficultés qui viennent d'être soulevées et qui montrent l'insuffisance de la conception de la rémunération comme la contrepartie de l'obligation du gestionnaire.

L'approche traditionnelle conserve néanmoins sa pertinence.

b) La pertinence de l'approche traditionnelle

448. Au cours de ce travail, notamment dans le cadre de l'introduction générale, il a été vu que nombre de décisions relatives au recours à telle ou telle technique de gestion n'étaient pas

711 A.C.W. Lund, « Say on Pay's Bundling Problems », 99 *Ky. L.J.* 120 (2010), p. 128.

nécessairement motivées par la seule rationalité économique. Messieurs Khaneman et Tversky ont d'ailleurs montré que l'on ne pouvait pas sous-estimer l'influence de facteurs non rationnels dans la prise de décision, même si celle-ci ne reposait en principe que sur des critères économiques.⁷¹² De ce point de vue, l'analyse de la rémunération du gestionnaire comme contrepartie de l'exécution de ses obligations permet de prendre en compte la dimension psychologique de la décision en ne cherchant pas à la rendre rationnelle à tout prix.

La conception traditionnelle de la gestion présente en outre l'avantage non négligeable de la simplicité et correspond de ce fait à la réalité de la gestion. Pourquoi verser une rémunération au gestionnaire si ce n'est en contrepartie de l'exécution de ses obligations ? L'approche proposée apporte des repères simples, utiles dans l'analyse de situations parfois complexes, elle est complémentaire de la première.

449. Au cours de ce paragraphe, l'importance du temps de la rémunération a été examinée. Il apparaît que celui-ci a une incidence non seulement sur le versement de cette dernière mais aussi sur la perception de la gestion au point qu'il est nécessaire d'adopter une nouvelle approche de la rémunération.

450. La présente section consacrée à l'étude des modalités de la rémunération du gestionnaire a mis en évidence la difficulté de saisir l'influence de cette dernière sur la gestion. La présentation habituelle de celle-ci comme une contrepartie de l'obligation d'exécuter qui obère le gestionnaire n'est que partiellement satisfaisante. Il apparaît que les modalités d'une rémunération que sont l'assiette et le temps permettent de cerner une situation concrète. L'analyse classique demeure valable et contribue à établir que la rémunération relève du pouvoir d'organisation, Il est toutefois intéressant de considérer celle-ci comme la manifestation du rapport d'intérêts du gestionnaire et du bénéficiaire.

Conclusion du Chapitre I

451. Afin de conserver et accroître la valeur des biens qui lui sont confiés, le gestionnaire doit envisager sa mission dans la durée. Le pouvoir d'organisation lui permet non seulement de préserver

⁷¹² Confer à titre d'exemple de la prise en compte des réticences liées à l'incertitude dans les relations économiques, D. Kahneman, A. Tversky, « Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk », 47 *Econometrica* 263 (1979) . Cette théorie appelée en français théorie des perspectives a par la suite été revue par les auteurs. Nous employons les termes «incertaines» et «incertitude» car les économistes ont recours à une terminologie particulière pour évoquer cette incertitude et emploient les termes «risque», «perte» et «utilité» dans un sens précis qui ne rend pas parfaitement compte des préoccupations des juristes. Inversement, les termes «aléa» et «aléatoire» ont un sens particulier en droit. C'est pourquoi nous avons choisi une formulation neutre.

les biens en tenant compte des circonstances présentes mais aussi de développer de la valeur au fil du temps. Au stade de la formation du contrat, le gestionnaire se doit d'anticiper la reddition des comptes par le biais de laquelle il inscrit en pratique la gestion dans la durée. Il faut également songer à la rémunération du gestionnaire qui intervient en contrepartie de l'exécution de sa mission quelle que soit l'opportunité des actions qu'il a accomplies. Elle relève du pouvoir d'organisation mais doit aussi être considérée par le bénéficiaire comme un moyen d'inciter à la poursuite de son intérêt. Ceci amène à s'interroger sur la direction autrement dit au pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action conformément à celui-ci.

Chapitre II La direction

452. Alors que l'organisation porte sur l'accomplissement d'une action, la direction est le pouvoir du gestionnaire d'apprécier son opportunité. Il est conféré par le bénéficiaire lors de la conclusion du contrat de gestion. Il relève des relations entre le bénéficiaire et le gestionnaire, le contrat n'a pas d'effet obligatoire à l'égard des tiers.⁷¹³ Ce pouvoir est essentiel car il permet non seulement au gestionnaire d'adapter sa gestion aux circonstances mais également au bénéficiaire d'influer sur l'orientation de la gestion et ainsi de rester maître de ses biens malgré les liens de dépendance qui l'unissent à son cocontractant. Afin de comprendre la direction, il convient de s'intéresser à celle-ci lors de la formation du contrat.

Lors du Chapitre I consacré à l'organisation, il a été vu que la reddition de compte permettait d'inscrire l'instant dans la durée en retraçant l'évolution de la gestion sous la forme d'un document mentionnant les recettes perçues et les dépenses effectuées par le gestionnaire au cours de sa mission. L'écoulement du temps a un effet sur le patrimoine, les spécialistes des sciences de gestion prennent en compte différentes caractéristiques de celui-ci afin d'apprécier ce qu'il est opportun de faire en tenant compte des aspirations du bénéficiaire.

Les biens n'ont pas de valeur intrinsèque, c'est le bénéficiaire qui leur en confère une. Apprécier l'opportunité d'une action en vue d'accroître la valeur suppose de tenir compte de celle-ci. Or, elle naît de manière intuitive lorsque le bénéficiaire contemple ses biens et constate qu'il peut en tirer quelque chose. Le rôle du gestionnaire consiste à réaliser⁷¹⁴ cette valeur, autrement dit la transformer en réalité concrète, en décidant de ce qu'il convient d'entreprendre pour y parvenir.

Les éléments qui viennent d'être évoqués peuvent sembler peu usuels de sorte qu'il convient, par souci de clarté, d'exposer les facteurs à prendre en compte en matière de direction (Section I) avant d'analyser les caractères de cette dernière (Section II).

Section I Les facteurs à prendre en compte

453. Il s'agit de l'écoulement du temps (I), d'une part et de la création de la valeur (II), d'autre part. Le temps a un effet sur le patrimoine qui doit être considéré dès la conclusion du contrat afin

713 Un contrat tel que celui qui encadre la gestion pour autrui organise les rapports entre les parties et les tiers qui interviennent dans le cadre de celle-ci. De ce fait, il produit des effets à leur égard.

714 Le terme « réalisation » de la valeur est employé dans ce sens par Louis Lavelle comme l'expliqueront les développements ultérieurs.

d'orienter la gestion. Le bénéficiaire doit être amené à se prononcer sur l'opportunité des actions du gestionnaire car ses biens lui appartiennent et il demeure libre de leur conférer leur valeur. Il n'est en aucun cas passif et doit déterminer la manière dont il faut valoriser son patrimoine.

Paragraphe I L'écoulement du temps

454. Afin de le saisir, il est utile d'examiner les méthodes de gestion au regard du temps (A) avant de s'intéresser à l'affirmation de la personne du bénéficiaire (B).

A Méthodes de gestion au regard du temps

455. Les méthodes élaborées par les gestionnaires qui s'intéressent à la gestion sous l'angle économique accordent beaucoup d'importance au temps. Le rôle de celui-ci apparaît clairement lors de l'examen des possibilités d'évolution du patrimoine (1), d'une part et lorsque l'on aborde la nécessité de tenir compte des souhaits du bénéficiaire de la gestion (2), d'autre part.

1/ L'examen des possibilités d'évolution du patrimoine

L'examen des possibilités d'évolution du patrimoine exige l'analyse de sa structure (a) et la prise en compte du temps (b).

a) La structure du patrimoine

456. M. Guillon indique que la gestion de patrimoine est une « Discipline professionnelle originale ayant pour objet d'optimiser sur la durée la plus longue possible, le rapport « emplois/ressources » d'un individu ou d'un ménage, en considération de ses moyens, de ses besoins, de ses volontés et des patrimoines associés⁷¹⁵, ce dans un système économique et juridique déterminé. »⁷¹⁶ L'auteur estime en outre que la définition du patrimoine selon Planiol⁷¹⁷ a l'avantage d'être une notion dynamique prenant en compte l'évolution d'un

715 P.-M. Guillon, *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*, Immobilier finances, Économica, 1996, L'auteur fait ici référence aux patrimoines des conjoints. Confer sur ce point p.112.

716 P.-M. Guillon, *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*, Immobilier finances, Économica, 1996, p. 110.

717 « Le patrimoine comprend un actif et un passif; il contient non seulement des droits et des biens, mais aussi des obligations ou dettes et des charges de natures variées. Mais, ni en fait de droits ni en fait de charges, le patrimoine ne comprend tout ce que la personne possède ou supporte. Ont seuls le caractère patrimonial les droits ou charges appréciables en argent ; tout ce qui n'a pas une valeur pécuniaire reste en dehors du patrimoine. » M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, F. Pichon, 1904.

patrimoine et non statique.⁷¹⁸

Ceci est intéressant pour le juriste car il peut ainsi s'apercevoir de l'importance de la durée et de la personne du bénéficiaire. De plus comme le souligne l'auteur, alors que le bilan d'entreprise marque la fin de la gestion le bilan patrimonial matérialise au contraire le début de celle-ci.⁷¹⁹ On voit ici que la fin et l'instant sont moins importants en matière de gestion à titre habituel que la durée.

Afin de gérer un patrimoine dans le temps, il convient d'examiner sa structure, notamment en tenant compte de la distinction entre les actifs d'usage qui n'ont pas vocation à générer des revenus, d'une part et les actifs de rapport, d'autre part dont la fonction est au contraire de rapporter de l'argent.⁷²⁰ À titre d'exemple, les économistes relèvent qu'en général les gens consomment davantage qu'ils ne gagnent jusqu'à 45 ans. Entre 45 et 60 ans, en revanche, la rentabilité d'un ménage est maximale car les revenus sont plus élevés et les emprunts contractés au préalable pour soutenir la consommation de la période précédente et financer les études ont été remboursés.⁷²¹

Comme on le voit, le patrimoine évolue avec le temps. C'est pourquoi il convient de prendre celui-ci en compte.

b) La prise en compte du temps

457. Les développements qui suivent font écho à ceux consacrés au début du titre précédent à la prise en compte du temps par le droit. Il n'est pas question ici de mener une analyse économique du droit relatif à la gestion mais seulement de s'intéresser à la manière dont les économistes intègrent le temps et en particulier la durée dans leur raisonnement. Les critères d'appréciation d'une situation patrimoniale et l'importance accordée à ceux-ci varient selon les gestionnaires. Il est néanmoins possible de présenter brièvement l'approche économique de la gestion en analysant les critères liés à la résistance de la structure du patrimoine au temps, d'une part et ceux relatifs à l'évolution des contraintes exercées sur le patrimoine, d'autre part.

Les critères liés à la résistance de la structure du patrimoine au temps que sont la rentabilité et la liquidité font l'objet d'un large consensus. Il est inopportun d'aborder la question du mode de calcul

718 P.-M. Guillon, *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*, Immobilier finances, Économica, 1996, p. 30.

719 P.-M. Guillon, *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*, Immobilier finances, Économica, 1996, p. 38.

720 Institut de formation du crédit agricole mutuel, *Gestion globale du patrimoine privé*, IFCAM-CA, 1993, p. 59 ; F. Teyssonier, K. Kheirat, C. Smette, *Conseil et gestion de fortune*, Collection Gestion. Série Politique générale, finance et marketing, Économica, 2005, p. 71 Confer également en ce sens I. Depardieu, *Gestion de patrimoine : développer et gérer un patrimoine*, Collection Patrimoine, SEFI éd., 2001, pp. 58 et 250.

721 Confer sur ce point la référence citant l'ouvrage de l'IFCAM ci-dessus.

de ces différents éléments car elle n'éclaire pas le juriste ou le gestionnaire sur la prise en compte du temps dont il est ici question.

458. La rentabilité d'un investissement est fonction du prix d'achat du bien et comprend les flux financiers positifs et négatifs qui s'y rapportent. L'exemple couramment donné est celui de l'investissement locatif, les loyers sont une source de revenus mais il faut également tenir compte des coûts liés à l'entretien du bien.⁷²² La rentabilité correspond à l'ensemble de ces flux financiers rapporté au prix de marché du bien loué à un instant donné.

La liquidité correspond à la possibilité d'échanger un bien de manière rapide et sans incidence sur son prix. Ainsi les valeurs mobilières cotées sur un marché sont-elles considérées comme très liquides car elles peuvent être achetées ou vendues rapidement à un prix déterminé par le marché. À l'inverse, les équipements industriels ou les diamants sont difficilement échangeables et leur commerce nécessite une expertise technique particulière.⁷²³

Selon Mme Depardieu, la liquidité est un critère fondamental que les conseillers en gestion et les investisseurs négligent alors que l'opportunité d'un investissement dépend souvent de la date de disponibilité des fonds.⁷²⁴ S'il est toujours possible de céder des valeurs mobilières, leur cession antérieure à une date déterminée peut définitivement compromettre le gain initialement espéré de sorte qu'il est inopportun de les céder en dehors d'une période de temps définie à l'avance.

La rentabilité et la liquidité sont deux caractéristiques des biens composant un patrimoine qui permettent d'observer comment celui-ci résistera au temps. Il faut également prendre en compte l'évolution des contraintes exercées par le temps sur le patrimoine.

L'étude de l'évolution des contraintes exercées sur le patrimoine est davantage discutée par les gestionnaires. Deux critères sont ici concernés, à savoir, la divisibilité et l'exposition à l'inflation.

459. La divisibilité est selon l'Institut de Formation du Crédit Agricole, la « « mise de départ » » qui dépasse la valeur d'un seul actif et permet de minimiser les risques liés à l'investissement en les diversifiant. La recherche d'une divisibilité importante explique le succès des formes d'épargne et de placement collectifs permettant à la fois de diversifier l'investissement et de répartir les risques

⁷²² Institut de formation du crédit agricole mutuel, *Gestion globale du patrimoine privé*, IFCAM-CA, 1993, pp. 82-

⁸³ La rentabilité se distingue du rendement en ce que ce dernier ne comprend que les revenus et exclut les autres flux financiers.

⁷²³ Institut de formation du crédit agricole mutuel, *Gestion globale du patrimoine privé*, IFCAM-CA, 1993, pp. 99-100.

⁷²⁴ I. Depardieu, *Gestion de patrimoine : développer et gérer un patrimoine*, Collection Patrimoine, SEFI éd., 2001, p. 249.

entre de nombreux épargnants et investisseurs.⁷²⁵

Diverses méthodes permettent, selon certains auteurs, d'évaluer les risques encourus et de déterminer la proportion de valeurs mobilières présentant un risque plus ou moins élevé. On se livre à une étude globale du rapport entre la rentabilité et le risque de l'investissement dans le but de préserver l'ensemble du portefeuille, notamment en diversifiant les placements.⁷²⁶ Ces explications permettent de mieux cerner ce que des juristes et des économistes ont relevé en indiquant que la propriété du capital social d'une entreprise n'était souvent plus perçue par les investisseurs comme moyen de s'assurer du développement de celle-ci mais comme une façon d'acquérir un actif entrant dans la composition d'un produit financier intéressant. Ces techniques très particulières contribuent à une analyse financière des données économiques différente de l'approche traditionnelle de l'entreprise qui conçoit celle-ci comme une entité ayant pour finalité de créer de la richesse. On s'aperçoit ici de manière très concrète de l'élément subjectif de la valeur ; alors que les données économiques sont objectivement identiques, elles n'ont pas la même valeur aux yeux des investisseurs, nonobstant la pertinence de leur interprétation. L'importance du temps cependant demeure quelle que soit la valeur recherchée. En effet, que l'investisseur soit intéressé par la propriété du capital en vue d'influer sur les décisions prises au sein de l'entreprise ou qu'il préfère acquérir un actif en ayant à l'esprit la divisibilité de son investissement, il devra prendre en compte l'évolution de la situation économique de l'entreprise ou du prix de marché du droit social lié à la propriété du capital.

L'inflation est l'autre contrainte exercée sur le patrimoine au fil du temps. Il s'agit sans doute de la contrainte la plus difficile à déterminer lorsque l'on songe à la gestion dans la durée. Si beaucoup d'auteurs mentionnent celle-ci⁷²⁷, M. Guillon estime pour sa part que prendre en compte l'inflation future n'est pas nécessaire car on ne peut la prédire avec suffisamment de précision. Il faut alors s'abstenir de la considérer tant au passif qu'à l'actif. L'opportunité même de la prise en compte de l'inflation est discutable dans la mesure où la valeur à l'usage qui est celle qui intéresse le bénéficiaire est la même quelle que soit la valeur d'échange ou, si l'on préfère, le prix de marché d'un bien. Ceci ne signifie pas que le prix de marché est sans incidence sur la décision d'acheter ou de vendre mais qu'il ne peut être déterminé avec suffisamment de précision lors de la conclusion du contrat de gestion. Ceci ne cause aucune difficulté insurmontable car le bilan patrimonial n'a aucune

725 Institut de formation du crédit agricole mutuel, *Gestion globale du patrimoine privé*, IFCAM-CA, 1993, pp. 99-100.

726 F. Teyssonier, K. Kheirat, C. Smette, *Conseil et gestion de fortune*, Collection Gestion. Série Politique générale, finance et marketing, *Économica*, 2005, p. 507 Il est possible d'avoir une analyse microéconomique reposant sur l'examen des comptes d'une entreprise ou correspondant aux fluctuations du prix de l'action sur le marché. L'analyse de l'amplitude de variation du prix d'une action par rapport au marché et notamment prix en compte. Confer sur ce point K. Kheirat, F. Teyssonier, *Conseil et gestion de patrimoine : méthode et stratégies du patrimoine privé et professionnel*, Techniques bancaires, *Économica*, 2002, p. 270.

727 Confer notamment l'ouvrage précité de l'IFCAM, p. 99.

fonction prédictive.⁷²⁸ L'auteur estime que l'on ne peut par exemple pas se fonder sur des prédictions de croissance et que si l'on cherche à réaliser des simulations sur un scénario probable, il faut considérer de la même façon les hypothèses improbables. C'est pourquoi, il est intéressant de réaliser des simulations suivant une orientation générale de la gestion sans entrer dans les détails.⁷²⁹ On relèvera cependant qu'il peut être tentant de modéliser l'avenir afin de le prédire de manière presque mathématique en vue d'écarter le trouble lié à l'incertitude de celui-ci. L'étude des techniques économiques permettant de modéliser la croissance ou l'inflation n'est pas l'objet de ce travail. Si un point de vue particulièrement prudent au sujet de la prédiction de l'inflation a été mis en exergue ce n'est pas afin de le voir s'imposer au détriment de tous les autres mais simplement parce qu'il permet au juriste de prendre du recul par rapport au droit relatif à la gestion de patrimoine. En effet, les propos de M. Guillon peuvent être rapprochés de ceux d'auteurs sceptiques à l'égard de la fonction prédictive de certains outils économiques.⁷³⁰ La prise en compte du temps par les sciences de gestion est relativement délicate comme viennent de le montrer ces développements.

460. Le juriste doit se garder de céder à la tentation consistant à déterminer *a priori* le régime juridique applicable à la gestion en partant du résultat à atteindre. Il doit au contraire inscrire la gestion dans la durée comme le font les spécialistes des sciences de gestion en prenant en compte le temps qui ne manquera pas d'éprouver la résistance de la structure du patrimoine et d'exercer diverses contraintes sur ce dernier. Malgré sa propension à prédire l'avenir qui lui échappe, l'individu doit, autant qu'il est possible, se contenter d'user des outils à sa disposition pour examiner les possibilités d'évolution d'un patrimoine.

Cet effort d'humilité est important car il permet de prendre en considération la personne du bénéficiaire.

2/ La personne du bénéficiaire

461. La prise en compte de la personne du bénéficiaire a lieu lors du bilan patrimonial (a) et est inscrite dans la durée au moyen de la recherche de l'opportunité d'une action (b).

⁷²⁸ P.-M. Guillon, *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*, Immobilier finances, Economica, 1996, p. 51 et 77.

⁷²⁹ Confer opus cité en note précédente, p. 78-81

⁷³⁰ Confer notamment A. Rubinstein, « Dilemmas of an Economic Theorist », 74 *Econometrica* 865 (2006) ; M. Deschamps, F. Marty, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *Revue de la recherche juridique*, p. 2541 et ss.

a) L'instant du bilan patrimonial

462. Le bilan patrimonial marque le début de la gestion. À l'instant où celui-ci est réalisé, le bénéficiaire guidé par le gestionnaire discerne avec davantage de précision la valeur potentielle de ses biens. La structure du patrimoine et son évolution possible dans le temps sont déterminées au jour du bilan. Ces conclusions influenceront sur la suite de la gestion car le gestionnaire accomplit sa mission au vu des critères déterminés par les parties au contrat de gestion. L'instant du bilan patrimonial est un élément certain destiné à orienter l'analyse de l'avenir par définition incertain. On retrouve ici les deux éléments constitutifs du temps en droit, à savoir l'instant et la durée. On remarque également la prépondérance de celle-ci en matière de valorisation.

L'instant du bilan patrimonial est inscrit dans la durée au moyen de la recherche de l'opportunité d'une action.

b) La recherche de l'opportunité d'une action

463. Lorsque le bilan est établi, il faut tenir compte des souhaits du bénéficiaire car il faudra lors de l'exécution du contrat de gestion déterminer si les actes accomplis par le gestionnaire ont pour finalité la réalisation desdits souhaits. Il faut non seulement savoir si le bénéficiaire souhaite percevoir des revenus ou valoriser certains biens⁷³¹ mais également comprendre le rapport qu'il entretient avec l'objet de son droit de propriété. L'ouvrage dirigé par M. Thauvron précise que le gestionnaire doit savoir si le bénéficiaire le perçoit comme un conseil éclairé et actif ou s'il s'efface davantage afin de lui confier la maîtrise de ses biens.⁷³² Il a été vu précédemment que le bénéficiaire ne devait pas s'immiscer dans la gestion, c'est un fait, il reste cependant propriétaire et peut à ce titre considérer le gestionnaire comme un intrus nécessaire à la valorisation. Il peut par exemple restreindre la mission du celui-ci à une partie du patrimoine seulement, ce dernier devra alors tenir compte de l'action du bénéficiaire afin de gérer les biens qui lui sont confiés de manière cohérente. Comme le soulignent les auteurs qui étudient la gestion de patrimoine sous l'angle économique, l'aspect psychologique de la gestion est important.⁷³³ Il est évident qu'un acte qui heurte le bénéficiaire lui paraîtra inopportun. M. Pays indique que le conseil en gestion de patrimoine exige de passer d'une approche consistant à vendre des produits financiers à celle du conseil prenant en

731 En ce sens conférer l'ouvrage de l'IFCAM précité, pp. 7-8 ; A. Thauvron (dir.), *Gestion de patrimoine : stratégies juridiques, fiscales et financières*, Dunod, 2009, pp. 20 ss. ; F. Teyssonier, K. Kheirat, C. Smette, *Conseil et gestion de fortune*, Collection Gestion. Série Politique générale, finance et marketing, Economica, 2005, pp. 83-84.

732 A. Thauvron (dir.), *Gestion de patrimoine : stratégies juridiques, fiscales et financières*, Dunod, 2009, pp. 38-39.

733 Conférer notamment l'ouvrage de précité Mme Depardieu, p. 62.

compte le patrimoine à gérer ainsi que la personne du bénéficiaire.⁷³⁴

Il est possible de conclure ces développements relatifs à la prise en compte du temps par les sciences de gestion en rappelant comme le fait M. Pays que la gestion de patrimoine requiert une approche technique, globale et individualisée du patrimoine à gérer.⁷³⁵

Il a été vu que les méthodes de gestion permettaient la prise en compte du temps et en particulier de la durée. Il a par ailleurs été montré que la personne du bénéficiaire était importante. De ce fait, il convient maintenant de s'intéresser à l'affirmation de la personne du bénéficiaire au fil du temps.

B L'affirmation de la personne du bénéficiaire au fil du temps

464. Celle-ci s'explique par le fait que la valeur est conférée par le bénéficiaire (1) dont la volonté est constante (2). Cette volonté vaut pour le présent comme pour l'avenir et n'est pas changeante, seules les circonstances de la gestion varient et obligent le bénéficiaire à se déterminer au sujet de la manière dont il entend conférer la valeur à ses biens en tenant compte de la réalité de la gestion.

1/ La valeur conférée par le bénéficiaire

465. Le fait que la valeur soit conférée par le bénéficiaire s'explique par l'absence de valeur du monde réel (a) et par la nécessité pour le bénéficiaire d'agir afin de valoriser ses biens (b).

a) L'absence de valeur du monde réel

466. Afin d'illustrer les développements qui vont suivre, il est possible de prendre l'exemple de la valeur d'une publication scientifique. Celle-ci comporte des symboles qui peuvent être identifiés visuellement et sont destinés à véhiculer du sens. Il peut s'agir de caractères d'écriture, d'équations ou de schémas. Le lecteur saisit l'information que l'article contient et qui peut être analysée objectivement. Cependant, la valeur d'une publication ne se limite pas à son caractère informatif. Se borner à la paraphraser ne revient pas à donner la valeur. Il est de même impossible d'apprécier la valeur d'un article ou d'une monographie en se contentant de son impression subjective. Celui qui analyse la valeur le fait compte tenu de ses connaissances, de son expérience de sa sensibilité en observant les éléments objectifs que contient la publication. Il a acquis ses connaissances lors de ses études, celles-ci peuvent être considérées comme objectives, son expérience et le résultat de la

⁷³⁴ B. Pays, *La gestion de patrimoine*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 1992, pp. 81-82.

⁷³⁵ B. Pays, *La gestion de patrimoine*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 1992, pp.84-86.

confrontation de ses connaissances à la réalité qu'il se doit d'analyser. Elle se construit sur la durée et relève de l'intuition en ce qu'elle incite le lecteur à accorder de l'importance à tel ou tel élément contenu dans la publication. Ce processus n'est ni rationnel, ni objectif mais au contraire intuitif et subjectif. En effet, il ne peut être démontré et est propre à chaque individu. Chaque lecteur aborde une publication scientifique avec sa propre expérience. La sensibilité est également importante en ce qu'elle conditionne l'impression que la publication fera sur le lecteur, elle est purement subjective.

Ainsi chaque lecteur confèrera-t-il une valeur différente à la publication qu'il examine en raison des éléments subjectifs qui viennent d'être mentionnés. Toutefois, s'ils procèdent avec rigueur, deux lecteurs dont la formation est analogue confèreront une valeur semblable à la même publication.

467. « Dès lors, on s'aperçoit clairement pourquoi le réel, tel qu'on peut le décrire, est lui-même sans valeur : on sent très bien que sa valeur consiste dans un certain rapport qu'il soutient avec une activité qui le produit comme le moyen ou l'expression qui le manifeste. »⁷³⁶

L'analyse de la valeur menée par Louis Lavelle permet de s'apercevoir que si cette dernière comporte un élément subjectif, elle n'est jamais sans lien avec la réalité. L'individu agit afin de valoriser ce qui l'entoure. Le juriste doit partir du réel pour déterminer les conditions de manifestation de la valeur dans le cadre de la mission du gestionnaire.

Afin de montrer que la valeur est conférée par le bénéficiaire, il ne suffit pas de relever l'absence de valeur du monde réel, il faut en plus voir que la valorisation suppose l'action du bénéficiaire.

b) L'action nécessaire du bénéficiaire

468. L'action du bénéficiaire afin de valoriser ses biens s'inscrit dans le temps. Il tient compte de ce qui a été et de ce qui est pour déterminer ce qui doit être, son effort pour faire advenir ce qui n'est pas encore fonde la valorisation. Selon Louis Lavelle, « Le passé est le champ d'exercice de la liberté. C'est un univers que je porte en moi et dont je dispose. La mémoire est une puissance que j'exerce sans que j'aie besoin d'un ébranlement extérieur. »⁷³⁷ On pourrait

⁷³⁶ L. Lavelle, t. I, p. 534.

⁷³⁷ L. Lavelle, *Notes sur le temps*, Site de l'Association Louis Lavelle, <http://association-lavelle.chez-alice.fr/inedit1.htm>.

s'étonner de l'attention portée sur l'action du bénéficiaire alors que, d'après le contrat de gestion, c'est au gestionnaire qu'il appartient de gérer. Pourtant, au stade de la conclusion du contrat, le bénéficiaire n'est pas inactif, il agit afin de déterminer le rôle de celui qui gèrera ses biens pour lui, il s'assure ainsi de valoriser au mieux son patrimoine. Cette conception active du bénéficiaire s'accorde en outre mieux avec la conception de la propriété héritée du droit romain. Le bénéficiaire est libre de décider de quelle façon ses biens doivent être valorisés. Il observe ce qui a été fait et décide de recourir à un tiers afin de poursuivre la valorisation. M. Bouton estime que la liberté de l'individu consiste justement à décider sur quel point il convient de rompre avec le passé.⁷³⁸

Après avoir vu que le bénéficiaire s'affirmait en conférant une valeur à ses biens, il convient de voir que sa volonté est constante.

2/ La volonté constante du bénéficiaire

469. L'étude de celle-ci suppose de prendre conscience de la manifestation de la personne du bénéficiaire (a), d'une part et de l'exigence de constance qui caractérise la valorisation (b), d'autre part.

a) La manifestation de la personne du bénéficiaire

470. On pourrait croire que la personne du bénéficiaire est indifférente en ce que par l'échange des consentements le contenu du contrat devient objectif. Louis Lavelle souligne cependant que l'esprit a tendance à tout objectiver mais qu'il ne s'agit que d'une illusion nécessaire à la poursuite infinie de la valeur.⁷³⁹ Ceci contribue à montrer qu'alors que la gestion de biens à titre habituel a une portée téléologique, son horizon est infini et se conçoit de ce fait dans la durée. La gestion de biens

⁷³⁸ Ch. Bouton, « Le devenir temporel de la liberté dans les philosophies de Bergson et de Lavelle » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, p. 61.

Au sujet de la liberté dans le temps selon Bergson qui voit le choix comme une illusion de l'esprit qui reconsidère le passé comme une alternative, confer p. 42. Louis Lavelle accorde beaucoup d'importance à la possibilisation du réel. La liberté réside au contraire de la théorie de Bergson dans l'actualisation du réel en la transformation de celui-ci en possibles que l'individu s'attachera à réaliser (confer p.58). Chez Bergson, la mémoire insère le passé dans le présent tandis que chez Lavelle, elle transforme le présent en passé (confer p. 61, pp. 95 et suivantes). Chez Bergson, le passé ne peut qu'être enrichi. L'auteur souligne que Louis Lavelle reproche à Bergson d'avoir omis l'aspect destructeur du temps. Sur ce point, confer pp. 62-63. Confer également Ch. Bouton, « Temps et esprit chez Hegel et Louis Lavelle (essai de chronodicée) », *Rev. sc. ph. th.*, 2001, n° 1, p. 96 L'aspect destructeur est porteur de liberté pour l'individu qui peut créer, notamment de la valeur. L'explication de cet apparent paradoxe oblige le philosophe à se livrer à ce que l'auteur appelle une « **chronodicée** ». Ce terme n'est pas sans rappeler la théodicée par laquelle le philosophe et le théologien tentent d'expliquer l'existence du mal sur Terre malgré l'existence de Dieu tout-puissant et bienveillant.

Pour une analyse du rôle du temps en droit se rapprochant davantage de Bergson, Confer L. Aynès, « Rapport de synthèse du colloque « Durées et contrats » », *RDC*, 2004, n° 1, p. 201 et ss.

⁷³⁹ L. Lavelle, tome I, pp. 411-412.

suppose non seulement l'obligation de maintenir une valeur existante mais aussi d'affirmer l'existence du sujet, en l'occurrence du bénéficiaire. Il appartient au juriste non pas de définir la valeur mais les conditions d'affirmation du sujet au travers de la valorisation des biens gérés. Il doit déterminer les conditions et les effets de cette affirmation de la valeur. À ce sujet, le philosophe distingue entre la valeur et le jugement qui est l'affirmation de celle-ci.⁷⁴⁰ En d'autres termes, le jugement pose la définition de la valeur. Il permet d'après l'auteur qui reprend ici Kant « la subsomption du particulier au général. C'est l'art de discerner dans les circonstances concrètes de la vie ce qu'il convient de faire ou de penser. »⁷⁴¹ Il apparaît maintenant que le juriste n'a pas pour fonction de sanctionner le jugement de valeur mais de déterminer les conditions et les effets de celui-ci.

Après avoir montré que la valorisation suppose la manifestation de la personne du bénéficiaire par l'expression de sa volonté, il convient de voir que cette dernière est constante.

b) L'exigence de constance

471. La volonté du bénéficiaire est manifestée à l'instant de la conclusion du contrat mais elle vaut pour toute la durée de la relation contractuelle. Le contrat est un acte de prévision qui vaut pour le présent comme pour l'avenir. L'individu qui recherche la valeur doit donner une ligne directrice de la gestion qui ne peut pas se concevoir comme une série d'actes à accomplir mais comme une continuation de la volonté du bénéficiaire qui, contrairement au réel, est constante. Cette constance de la volonté est indispensable car comme le souligne Louis Lavelle la valeur que l'on doit développer au fil du temps est stable.⁷⁴²

Cette affirmation peut surprendre. Elle traduit pourtant la réalité d'une entreprise. Celle-ci est organisée afin d'accroître une valeur. L'environnement change et l'entrepreneur doit pouvoir s'adapter en développant par exemple de nouveaux produits, en délaissant certains marchés ou en investissant d'autres. Malgré ces changements, la valeur que souhaite développer l'entrepreneur est stable à travers le temps. La société Apple conçoit des micro-ordinateurs. Steve Jobs, son fondateur était convaincu que l'ordinateur individuel occuperait moins de place à l'avenir, il a donc développé des appareils destinés à être utilisés en déplacement ou à des usages différents.⁷⁴³ On voit ici que

⁷⁴⁰ Confer opus cité en note précédente, p. 514.

⁷⁴¹ Confer opus cité en note précédente, p. 516.

⁷⁴² L. Lavelle, tome I, p. 394 et suivantes.

⁷⁴³ Confer sur ce point J. Topolsky, *Steve Jobs live from D8 (Retranscription d'un entretien accordé par Steve Jobs à Kara Swisher et Walt Mossberg)*, Engadget, 2010, <http://www.engadget.com/2010/06/01/steve-jobs-live-from-d8/>, spéc. :

« 7:08PM Steve: The PC has taken us a long way. They were amazing. But it's changes, vested interests are going to change. And I think we've embarked on that change. Is it the iPad? Who knows? Will it be

l'entrepreneur cherche à développer une valeur. Ne pas y parvenir peut avoir de graves conséquences notamment pour une société qui a bâti sa notoriété sur la chimie des pellicules photographiques et qui ne s'est pas adaptée à l'arrivée des appareils photographiques numériques. À l'inverse, de la fabrication de baleines de corsets⁷⁴⁴ à celles des automobiles, l'entreprise Peugeot a su développer une valeur stable en tenant compte de changements qui ont été considérés comme des opportunités qu'il fallait saisir.

Le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action, autrement dit la direction, permet justement au gestionnaire d'inscrire la volonté du bénéficiaire dans la durée, de sorte que deux actes successifs qui peuvent paraître contradictoires se trouvent justifiés par leur opportunité.

Les biens sont gérés par le gestionnaire mais la valeur est conférée par le bénéficiaire dont la volonté est constante et manifeste lors de la signature du contrat.

472. Au cours de ce paragraphe consacré à l'écoulement du temps, l'étude des méthodes de gestion a permis de se rendre compte que la direction de la gestion se concevait dans la durée. La valorisation suppose l'affirmation du bénéficiaire. En droit, celle-ci se caractérise par la manifestation de la volonté du bénéficiaire à l'instant de la conclusion du contrat. Le consentement instantané du bénéficiaire est constant, il vaut pour toute la durée de la relation contractuelle. La direction permet de s'assurer de la conformité de la gestion à l'orientation déterminée par les parties. Le gestionnaire gère les biens en exécution du contrat et le bénéficiaire confère à son patrimoine la valeur qu'il entend lui donner.

L'écoulement du temps n'est pas le seul facteur à prendre en compte dans le cadre de l'étude du pouvoir de direction. Il faut s'intéresser également à la création de la valeur qui est la finalité du contrat de gestion de patrimoine.

Paragraphe II La création de la valeur

473. Afin de bien comprendre celle-ci, il est nécessaire d'apporter quelques précisions

next year or five years...

Walt: Well you don't think it will be next year?

Steve: Well... who knows?

7:07PM Steve: You know... (long pause). I'm trying to think of a good analogy. When we were an agrarian nation, all cars were trucks. But as people moved more towards urban centers, people started to get into cars. I think PCs are going to be like trucks. Less people will need them. And this is going to make some people uneasy. »

⁷⁴⁴ Confer sur ce point D. Pagneux, *Peugeot: l'aventure automobile*, ETAI, 2002, p. 7.

préliminaires au sujet de la valorisation (A) avant de s'intéresser à l'implication du bénéficiaire dans cette dernière (B). Celui-ci use de sa liberté afin de choisir ce qu'il convient de faire, il doit affirmer une volonté et non se contenter de faire part de ses aspirations. En pratique, le bénéficiaire ne peut pas se prononcer sur la valeur avant d'avoir pris connaissance de la réalité de sa situation. C'est seulement après avoir contemplé ses biens qu'il peut décider de leur valeur et de quelle manière l'accroître. Il est de ce fait impossible de réduire la valeur une appréciation subjective du bénéficiaire indéterminée. Le contrat porte sur une situation patrimoniale objective, le bénéficiaire en suit l'évolution et décide de la manière dont elle doit se poursuivre. Le gestionnaire n'a pas à porter de jugement sur cette décision, il doit à l'aide de ses connaissances, de ses compétences et de son expérience déterminer les moyens de réaliser concrètement la valeur.

Il est nécessaire de décomposer le raisonnement présenté en apportant tout d'abord des précisions au sujet de la valorisation.

A Précisions préliminaires au sujet de la valorisation

474. Il convient d'attirer l'attention sur des éléments d'ordre conceptuel (1) avant d'aborder le processus de création de la valeur (2).

1/ Remarques d'ordre conceptuel

475. Celles-ci concernent l'importance de la liberté (a), d'une part et la distinction entre la préférence et le choix (b), d'autre part.

a) De l'importance de la liberté en matière de valorisation

476. Louis Lavelle estime que la liberté permet à l'individu de distinguer le réel du possible et de choisir parmi les possibles qui s'offrent à lui afin de conférer une valeur à ce réel et ainsi de s'en approcher. Cette action qui permet le rapprochement du réel du sujet repose sur l'aptitude de celui-ci à effectuer des choix.⁷⁴⁵ Le bénéficiaire de la gestion se trouve face au réel, en l'occurrence, le patrimoine et son environnement, analyse les possibilités qui s'offrent à lui, avant de choisir l'option qui lui permettra de rapprocher le patrimoine de sa personne. Comme il a déjà été indiqué, la gestion de biens est la manifestation réelle, au sens juridique du terme, d'une personne et de ses

⁷⁴⁵ L. Lavelle, tome I, pp. 419-420 Confer également pp. 424-425.

aspirations.

Afin de bien comprendre le processus d'affirmation de la valeur, il faut, après avoir vu le rôle de la liberté en matière de valorisation, distinguer entre la préférence et le choix.

b) La distinction entre préférence et choix

477. Louis Lavelle précise que la préférence n'est pas le choix, elle n'écarte pas ce que nous désirons au profit de ce que nous désirons davantage. Elle instaure une hiérarchie entre les désirs et est de ce fait liée à la liberté de l'individu confronté à une situation donnée.⁷⁴⁶

La pertinence de cette distinction trouve son illustration dans le pacte de préférence, contrat par lequel le bénéficiaire fait produire des effets juridiques à une préférence. Il estime qu'un bien occupe un rang suffisamment élevé dans la hiérarchie de ses désirs pour qu'une priorité lui soit accordée lors de la vente du bien. Ce n'est que dans un second temps que le choix s'opère, lorsque le bénéficiaire décide s'il convient de se prévaloir du pacte.

Après avoir attiré l'attention sur quelques éléments d'ordre conceptuel, il convient d'aborder la question du processus de création de la valeur et son incidence sur la gestion.

2/ Le processus de création de la valeur et son incidence sur la gestion

478. L'analyse du processus de création de la valeur (a) précédera celle de son incidence sur la gestion (b).

a) Le processus de création de la valeur

479. Louis Lavelle indique que la valeur apparaît lorsque le désir est conforme au jugement qui considère qu'une chose est digne d'être désirée ; « elle ne réside ni dans le désir quand le jugement fait défaut, ni dans le jugement quand le désir est absent. »⁷⁴⁷

La raison nous permet selon les mots de l'auteur de « dépouiller la sensation de son caractère de subjectivité afin de découvrir, grâce à elle, les caractéristiques qui appartiennent à l'objet comme tel. »⁷⁴⁸ En revanche, la valeur renvoie non pas à une perception objective du réel mais à la volonté du sujet qui s'interroge sur la valeur de ce qu'il examine. L'auteur envisage « La

⁷⁴⁶ Confer opus cité en note précédente, même tome, pp. 438-439.

⁷⁴⁷ Confer L. Lavelle, même tome, p. 200.

⁷⁴⁸ Confer L. Lavelle, même tome, p. 191-192.

volonté comme point de jonction du désir et du jugement ». « C'est dire que toute valeur, quelle qu'elle soit, est indivisiblement l'objet d'un désir et l'objet d'un jugement ; *le désir est le moteur de la volonté, mais le jugement en est l'arbitre.* »⁷⁴⁹

Le processus de création de la valeur a une incidence sur la gestion.

b) Son incidence sur la gestion

480. Il ressort de ce qui précède que le gestionnaire ne peut s'interposer entre le désir et le jugement du bénéficiaire qui lui confie la gestion de ses biens. En effet, ces deux éléments essentiels émanent du sujet, il est inconcevable de transformer un désir subjectif en un jugement objectif qui servirait à déterminer les caractéristiques objectives de la valeur. Le juriste et le gestionnaire qui ont à connaître de la gestion doivent s'y soumettre.

Comme on le voit, la valeur naît de la rencontre du désir et du jugement. Cette rencontre conduit à l'expression d'une volonté qui produira des effets juridiques dans le cadre du contrat.

Ces précisions préliminaires étant faites, il faut maintenant examiner l'implication du bénéficiaire dans la valorisation.

B L'implication du bénéficiaire dans la valorisation

481. La difficulté de déterminer la valeur s'explique par le fait que bien que le lien entre le sujet et la valeur soit indissoluble (1), la valeur est extérieure au sujet (2).

1/ Le lien indissoluble entre le sujet et la valeur

482. Avant de bien cerner celui-ci, il convient d'établir une distinction entre la valeur et le prix (a) avant d'étudier la détermination de la valeur au moyen de la liberté contractuelle (b).

a) La distinction entre la valeur et le prix

483. De nombreux écrits ont déjà été consacrés à la nature subjective ou objective de la valeur.⁷⁵⁰ Ce travail s'intéresse à la valorisation plus qu'à la valeur, il n'est pas question ici d'étudier ces discussions doctrinales mais de se pencher sur l'utilisation concrète de la valeur en droit en matière

⁷⁴⁹ Confer L. Lavelle, même tome, p. 196 Italiques de l'auteur.

⁷⁵⁰ Confer notamment sur ce point Ch. Grzegorzcyk, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? » in *Les biens et les choses en droit*, Sirey, 1979, p. 259 et suivantes.

de gestion, en distinguant si besoin est la valeur d'autres concepts juridiques, notamment le prix.

Selon Louis Lavelle, « La liaison de l'objectivité et de la subjectivité résulte ici de la nécessité pour toute valeur économique d'une part de se référer à des biens de la terre que nous ne pouvons pas tirer de nous-même et qu'une expérience externe est seule capable d'appréhender et d'autre part d'évoquer un besoin, un désir sans lesquels on aurait affaire à des choses parmi les autres auxquelles le caractère de la valeur ne pourrait pas être attribué. »⁷⁵¹

M. Jouary estime que la valeur est seulement objective. Il tire argument des propos de Portalis indiquant que le prix de vente doit dans certains cas être fixé par un tiers impartial.⁷⁵² Selon l'auteur, ceci confirme le caractère objectif de la commutativité dans l'esprit de Portalis.

Au-delà même du procédé reposant sur l'extrapolation de la vente à tout type d'équivalence, la conclusion selon laquelle la fixation d'un prix par un tiers impartial éliminerait toute subjectivité semble infondée. En effet, si le tiers est amené à tenir compte de critères subjectifs qui seraient prévus dans le contrat le nommant, par exemple en attachant plus d'importance à un facteur qu'à un autre, la subjectivité demeure. L'impartialité n'est pas synonyme d'objectivité. Ce n'est pas parce que l'impartialité tend à la favoriser qu'elle se réduit à cette dernière. Les jurés d'une Cour d'Assises se doivent d'être impartiaux, leur jugement n'en est pas moins subjectif. L'impression qu'ils ont d'une affaire peut les conduire à ne pas tenir compte de l'ensemble des éléments qui leur sont présentés. Cette attitude oblige parfois à correctionnaliser les affaires criminelles.

Par ailleurs, selon l'auteur, « la liberté d'appréciation de la valeur [...] doit être comprise comme le pouvoir reconnu aux contractants de déterminer par eux-mêmes le prix des biens et des services faisant l'objet de leurs conventions. »⁷⁵³ Cette définition ne fait cependant aucune différence entre la valeur et le prix, il est tout à fait possible de substituer le terme de prix à celui de valeur sans en changer le sens. L'auteur admet tout de même une vision subjective de la fixation du prix à travers l'accord de volonté.⁷⁵⁴ Il est possible d'expliquer ce paradoxe du prix objectif déterminé de manière subjective en l'éclairant des propos de Louis Lavelle : « Sans doute la valeur d'usage est indépendante du prix pour celui qui la possède. Mais elle est ce qui, dans le prix, le légitime ; il y a un prix qui convient et qui est le juste prix. *La valeur est donc un terme éthique : il n'y a que le prix qui soit un terme exclusivement économique ;*

⁷⁵¹ Confer L. Lavelle, t. II, p. 78.

⁷⁵² Ph. Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, J. Ghestin (dir.), th. Paris I, 2002, n°

130 Le passage cité par l'auteur est le suivant : « Pour fixer le principe, il faut partir de vérités convenues.

Or, il est avoué que le contrat de vente est un contrat commutatif, c'est-à-dire où chacune des parties ne donne que pour recevoir l'équivalent, ou, si l'on veut, un prix proportionné à la valeur de la chose dont il se dessaisit... » Confer P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1827, p. 46 et p. 175.

⁷⁵³ Ph. Jouary, thèse précitée, n° 191.

⁷⁵⁴ Ph. Jouary, thèse précitée, n° 203.

ainsi le prix est un fait, mais la valeur est un jugement. »⁷⁵⁵ À ce titre la distinction entre valeur d'usage et valeur d'échange est intéressante en ce qu'elle permet de relever les deux éléments de la valeur précédemment identifiés. La valeur d'usage qui est subjective correspond, comme son nom l'indique, à l'usage que le sujet souhaite en faire et renvoie au désir.

Après avoir distingué la valeur du prix, il est intéressant d'examiner la détermination de la valeur au moyen de la liberté contractuelle afin de se rendre compte de manière concrète de l'existence du lien indissoluble entre le sujet et la valeur.

b) La détermination de la valeur au moyen de la liberté contractuelle

484. M. Jouary indique que la libre appréciation de la valeur relève de la liberté contractuelle encadrée par la loi.⁷⁵⁶ Ces propos rejoignent ceux de Louis Lavelle qui estime que la valeur économique n'existe que du fait de personnes qui confèrent leur valeur aux choses. Celle-ci est reconnue et protégée par le droit.⁷⁵⁷ M. Jouary estime cependant que la liberté de fixation du prix n'altère en rien le caractère objectif de la valeur. Il prend pour exemple l'analyse de la fixation du prix en droit de la concurrence afin de montrer que celui-ci n'a qu'une conception objective de la valeur.⁷⁵⁸ Louis Lavelle n'ignore pas cette question et précise que la valeur objectivement caractérisée par le prix appartient au registre du possible. Le prix est le plus souvent défini de manière collective par différents acteurs sur un marché et permet de ramener toutes les possibilités qu'offre une chose à différents individus à un élément de mesure commun à tous.⁷⁵⁹ L'auteur fait un rapprochement intéressant entre la valeur d'échange et le concept. Il est nécessaire d'élaborer un concept comme de fixer un prix mais celui-ci garde toujours son caractère artificiel, on ne peut réduire la valeur d'une chose à son prix. De la même façon, on ne peut réduire la valeur à une définition abstraite de celle-ci.⁷⁶⁰

La démonstration de l'existence d'un lien indissoluble entre le sujet et la valeur ne suffit pas à établir l'implication du bénéficiaire dans la valorisation. On pourrait être tenté de penser que la valeur se résume au sujet. Tel n'est pas le cas. Il faut maintenant voir que la valeur est extérieure à celui-ci.

⁷⁵⁵ Confer L. Lavelle, Tome I, p. 15 Italiques de l'auteur.

⁷⁵⁶ Ph. Jouary, thèse précitée, n° 167.

⁷⁵⁷ Confer L. Lavelle, Tome II, p. 105.

⁷⁵⁸ Ph Jouary, thèse précitée, n° 168 et suivants.

⁷⁵⁹ Confer L. Lavelle, Tome II, pp. 96 et suivante.

⁷⁶⁰ Confer L. Lavelle, Tome II, p. 98.

2/ La valeur extérieure au sujet

485. L'étude de la substituabilité des produits au sein d'un même marché en droit de la concurrence permet de s'apercevoir que la valeur est extérieure au sujet (a) et qu'elle doit être relevée de manière concrète (b).

a) L'élément subjectif de la valeur vu sous l'angle de la substituabilité

486. On pourrait penser que le droit de la concurrence ne tient compte que de l'élément objectif de la valeur. Ceci est inexact. Comme le souligne très justement Louis Lavelle, « La concurrence est un rapport entre des personnes : il y a des facteurs psychologiques qui agissent sur la décision d'acheter ou de vendre, sur cette attente qui fait qu'on la recule en espérant que le prix pour abaisser ou s'élever. Et on ne réduira ses calculs à une mécanique pure que si l'on pense que la conscience psychologique ne laisse place à la liberté dans aucune de ses opérations : car si elle agit sur un point, elle agit aussi sur tous. »⁷⁶¹

En droit de la concurrence, la caractérisation d'un abus de position dominante exige au préalable de déterminer un marché pertinent ce qui suppose de s'intéresser à la substituabilité de produits donnés. Or, comme l'écrit Mme Choné, « Le critère de la substituabilité est un critère subjectif. Selon la Commission, « l'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur »⁷⁶². En effet, ce qui importe est la perception qu'a le demandeur de la substituabilité d'un produit ou d'un service à un autre. [...] Il faut donc se demander si les consommateurs peuvent se tourner indifféremment vers l'un ou l'autre des produits. Si la réponse est affirmative, alors les deux produits sont substituables. Ils appartiennent alors au même marché. »⁷⁶³

Il apparaît que l'élément subjectif de la valeur est pris en compte par le droit de la concurrence. Elle ne se limite pas au sujet car ce sont les produits qui sont examinés afin de déterminer leur substituabilité.

L'élément subjectif de la valeur n'est pas un concept abstrait sans lien avec le monde réel. Il

⁷⁶¹ Confer L. Lavelle, Tome II, p. 79.

⁷⁶² Comm. C.E., communication, 9 décembre 1997, point 15, citée par l'auteur.

⁷⁶³ A.-S. Choné, V° Abus de position dominante — Notion de position dominante, *Juris Classeur Concurrence - Consommation*, Fasc. 560, n° 23.

doit être relevé de manière concrète.

b) La nécessité de relever la valeur de manière concrète

487. Le rapport annuel de la Cour de cassation datant de 2005⁷⁶⁴ rappelle qu'il faut examiner la substituabilité des produits au regard de leur nature.

La Cour indique la continuité entre deux arrêts consacrés à deux fromages différents. Dans le premier⁷⁶⁵, elle a approuvé la décision des juges du fond concluant à l'existence d'un marché du Cantal en arguant du fait que son goût se différenciait, selon les termes de la Cour d'Appel repris par la Haute juridiction, « nettement de celui des autres fromages à pâte pressée non cuite ». Dans le second⁷⁶⁶, la Chambre commerciale approuve également la Cour d'appel dont « l'arrêt constate, par motifs adoptés, que les éléments recueillis au cours de l'enquête confirment les spécificités du Roquefort, seul fromage de brebis à pâte persillée, dont le goût le différencie des autres fromages et, notamment, de ceux au lait de vache ». Mme Marchand observe que ce rapport appelle les juges du fond à fonder l'argumentation quant à la substituabilité des produits sur des critères concrets.⁷⁶⁷

On remarquera également que le caractère notable de la différence de goût entre deux fromages est une appréciation fortement subjective de la nature des produits et par là même de leur substituabilité. Ce qui précède montre que la valeur bien que partiellement subjective repose sur des éléments concrets et réels.

488. Au vu de ce qui précède, l'argument selon lequel la valeur est uniquement objective doit être rejeté. La différence entre la gestion de biens et le droit de la concurrence tient à leur finalité. Le droit de la concurrence se focalise sur la ressemblance des produits pour déterminer l'existence d'un même marché par le biais de la substituabilité. Il ne peut y avoir de produit isolé puisque, selon les termes du rapport précité de la Cour de cassation, « Le marché se définit comme le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens ou services offerts. »

Une fois le marché déterminé, l'élément subjectif de la valeur économique est indifférent car il ne permet pas d'établir l'abus de position dominante, par exemple. La valorisation de biens exige en

⁷⁶⁴ Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2005 Le passage pertinent est directement accessible à l'adresse suivante : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2005_582/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_590/activites_economiques_commerciales_financieres_603/droit_concurrence_7870.html

⁷⁶⁵ Com., 29 novembre 1994, Bull n° 358.

⁷⁶⁶ Com., 6 décembre 2005, Bull. n° 240.

⁷⁶⁷ A. Marchand, « Concurrence : le Rapport de la Cour de cassation pour 2005 », *Lamy Concurrence*, 2006, n° 8, p. 148.

revanche de prendre en compte les éléments subjectif et objectif de la valeur tout au long de la gestion. Ceux-ci constituent, selon M. Barreau, une « dualité ontologique irréductible »⁷⁶⁸. Comme l'écrit Louis Lavelle, « [La valeur] ne réside ni dans une propriété des choses, ni dans un acte arbitraire qui, tout à coup, la ferait surgir. »⁷⁶⁹

489. Au cours de ce paragraphe, il a été montré que la création de valeur avait pour origine l'individu qui exerçait sa liberté afin de conférer une valeur au monde qui l'entourait. La gestion de biens, comme il a été indiqué, est la manifestation réelle, au sens juridique du terme, de la personne du bénéficiaire. De ce fait, le gestionnaire doit tenir compte des éléments subjectif et objectif de la valeur. Le droit positif, notamment le droit de la concurrence, tient compte de cette dualité. Lors de son application, les juges doivent relever l'existence de l'élément subjectif en s'appuyant sur des éléments concrets.

490. Au cours de la présente section, il a été montré que le pouvoir de direction destiné à s'assurer de l'opportunité de la gestion menée par le gestionnaire s'inscrivait dans le temps et en particulier dans la durée. La dualité de la valeur qui exige de considérer les éléments objectif et subjectif de celle-ci exclut une valorisation qui ne prendrait pas en compte les aspirations du bénéficiaire. On pourrait objecter à ce qui vient d'être écrit que tout acte de l'homme contient une part de subjectivité. Cependant, la question qui se pose au juriste n'est pas de savoir si tel ou tel acte est subjectif mais de savoir s'il faut en tenir compte lors de l'analyse juridique au point que le juge soit en mesure de statuer sur cet aspect lors d'un litige. Il faut donc se demander si lorsque l'on souhaite encadrer la valorisation d'un patrimoine, il est nécessaire de s'intéresser à l'élément subjectif de la valeur. Cette interrogation a reçu une réponse affirmative.

Maintenant que l'on sait que le temps et la dualité de la valeur sont les deux facteurs qu'il est nécessaire de prendre en compte lors de la conclusion du contrat afin d'orienter la gestion à titre habituel, il convient de se demander quels sont les caractères du pouvoir de direction.

Section II Les caractères du pouvoir de direction

491. Afin de déterminer les caractères du pouvoir de direction, il convient de s'interroger sur celle-ci (Paragraphe I). Ceci permettra dans un second temps d'étudier l'objectif poursuivi par le gestionnaire, à savoir l'intérêt du bénéficiaire. (Paragraphe II).

768 H. Barreau, « L'éthique des valeurs chez Louis Lavelle » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, p. 95.

769 Confer L. Lavelle, Tome I, p. 248.

Paragraphe I Une réflexion nécessaire

492. On sait maintenant que la direction est le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action. Ceci est nécessaire car le gestionnaire doit tenir compte des circonstances présentes qui sont inconnues lors de la conclusion du contrat de gestion. Le pouvoir de direction lui permet d'accroître la valeur des biens quelle que soit la situation dans laquelle il se trouve.

Il a été montré que la valeur était conférée par le bénéficiaire qui devait examiner ses biens avant de se prononcer au fur et à mesure de la gestion sur la valorisation en portant sur eux une appréciation subjective. La valeur repose sur un élément objectif, à savoir les biens gérés, et un élément subjectif qui se manifeste par la détermination du bénéficiaire à faire advenir ce à quoi il aspire.

Il faut maintenant se demander quelle est la fonction que doit remplir le pouvoir de direction lors de la valorisation des biens.

On envisagera les fonctions du pouvoir de direction (A) avant de soulever un problème théorique (B) et de proposer une solution (C).

A Les fonctions envisagées

493. Les fonctions envisagées sont la recherche de qualités substantielles (1), d'une part et celle de l'utilité ou de la finalité d'un bien (2), d'autre part.

1/ La recherche de qualités substantielles d'un bien

494. Afin de comprendre que cette fonction n'est pas celle du pouvoir de direction, il convient d'étudier la limite des qualités substantielles (a) puis l'exigence de réalisation qui caractérise la valorisation (b).

a) Leurs limites

495. Mme Semitko estime que le fer a une valeur qui se traduit notamment par des qualités physico-chimiques. Selon l'auteur, la valeur d'une chose est indépendante de l'individu qui la considère. Le fer aurait donc une valeur alors qu'aucun homme n'aurait découvert l'existence de ce

minerais.⁷⁷⁰ Aucune distinction n'est ici faite entre les qualités substantielles du fer communes à tous les objets faits du même métal, indépendamment de leurs caractéristiques ou de leurs usages et la valeur du minerai. Il est ici possible de substituer le terme de qualité à celui de valeur sans rien changer au sens de l'assertion de l'auteur. La qualité se retrouve en droit en matière de contrat où l'on constate que le consentement des parties porte sur les qualités substantielles d'une chose, c'est-à-dire celles en considération desquelles les parties contractent. Les qualités substantielles peuvent effectivement être appréciées de manière objective. Elles renvoient donc à une chose finie à un instant donné alors que la valeur se conçoit dans la durée et se poursuit avec l'individu qui confère sa valeur à la chose.⁷⁷¹ Ceci explique la différence entre la valeur accordée à un même droit social par un dirigeant intéressé par le développement de son entreprise et celle accordée par un investisseur soucieux de diversifier ses placements. Louis Lavelle estime que si la valeur réside dans l'objet ce n'est que parce que le sujet la lui confère.⁷⁷²

Supposons un instant que l'on réduise la valorisation à la recherche d'une qualité substantielle mentionnée dans un contrat. Une fois celle-ci obtenue l'objet devrait rester inerte alors que le monde réel évolue de manière imprévisible. On peut bien entendu supposer que la qualité substantielle soit stipulée de manière très vague. Ceci ne permet toutefois pas la valorisation car ce contrat serait difficilement applicable en pratique.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que l'approche de la valeur par les qualités substantielles présente des limites. Par ailleurs, la valorisation suppose que la valeur recherchée soit réalisée de manière concrète.

b) L'exigence de réalisation caractérisant la valorisation

496. « Puisque la valeur est une exigence de la conscience à laquelle le réel ne répond jamais pleinement, il faut que celle-ci la recherche dans les choses sans l'y trouver toujours et qu'elle entreprenne de la réaliser sans qu'elle puisse espérer y réussir tout à fait. »⁷⁷³

Ces mots de Louis Lavelle éclairent le juriste qui s'intéresse à la gestion ; il ne lui est pas nécessaire de se lancer dans une quête métaphysique de la valeur, on n'attend pas de lui une analyse ontologique de celle-ci, peu importe sa pertinence. Il faut et il suffit qu'il détermine les conditions

⁷⁷⁰ C. Krief-Semitko, *La valeur en droit civil français: Essais sur les biens, la propriété et la possession*, Editions L'Harmattan, 2009, n° 11.

⁷⁷¹ Rapprocher de Louis Lavelle, opus cité supra, tome I, pp. 8-10.

⁷⁷² Louis Lavelle, opus cité supra, tome I, pp. 206 et suivante.

⁷⁷³ Louis Lavelle, tome I, p. 227.

de réalisation concrète de la valeur. Or, qui mieux que le juriste peut transformer l'échange des consentements du gestionnaire et du bénéficiaire en un acte de prévision dont il peut analyser les effets ? On peut se demander si entreprendre quelque chose que l'on n'achèvera jamais est sensé. Louis Lavelle nous enseigne à ce sujet que l'acte qui dépasse le réel n'est pas vain car il permet de faire se rejoindre la valeur, activité de l'esprit tournée vers l'avenir, et le réel.⁷⁷⁴ « [La valeur] n'existerait pas sans l'intention où notre conscience elle-même s'engage, mais qui est stérile et impuissante sans le résultat qui l'éprouve et qui l'accomplit »⁷⁷⁵. « Cette exigence de réalisation qui est inséparable de la valeur me permet seulement d'en faire l'épreuve et en la faisant passer de la virtualité à l'actualité de lui donner l'être à elle-même, mais *elle me crée moi-même en tant que personne, c'est-à-dire en tant qu'être qui, par son acte propre, se rend lui-même participant de la valeur.* »⁷⁷⁶ L'auteur fait une remarque extrêmement importante à ce sujet. Selon lui, l'exigence de réalisation n'est pas une contrainte extérieure qui s'exerce sur la conscience du sujet. La valeur est liée à la volonté de l'individu et est la manifestation de l'activité de son esprit. L'esprit du sujet est la source de toute valeur.⁷⁷⁷

Ces propos permettent au juriste de comprendre que la valorisation est en droit un acte de volonté lié à la liberté des parties contractantes. Le contrat de gestion doit être étudié comme tel. Le juriste retrouve ici les fondements du droit des contrats, ceci devrait l'encourager à mener une analyse purement juridique de la valorisation reposant sur la technique juridique et la culture. On constate cependant que bon nombre d'auteurs tentent d'incorporer des éléments venus d'ailleurs, parfois même d'autres disciplines afin de résoudre des problèmes liés à un droit donné. Pourtant, ce qui vient d'être écrit devrait dissuader d'adopter une telle approche. On comprend que l'économie, l'histoire, la philosophie ou même la littérature éclairent de manière intéressante les questions que se pose le juriste. Le droit est un phénomène culturel et le juriste, espérons-le, un homme de son temps. Les interrogations qui sont les siennes sont souvent complexes et ses réponses doivent toujours être simples. Il est possible qu'il ne saisisse pas toutes les données d'un problème et souhaite consulter les écrits d'auteurs qui examinent le sujet de ses réflexions sous un autre angle afin de modifier sa perception du problème à résoudre. Une analyse économique ou philosophique d'un problème juridique ne peut cependant pas fonder la solution juridique qui doit y être apportée.

Cette analyse juridique du contrat de valorisation permet d'apercevoir très nettement le lien entre

774 Louis Lavelle, tome I, pp. 310-314.

775 Louis Lavelle., tome I, p. 327 Au sujet de la participation de l'être à un infini qui le dépasse par le biais de l'acte, confer « « Radio-dialogue » entre Frédéric Lefèvre et Louis Lavelle, Enregistrement Radio Paris, 15 février 1938 » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Éditions L'Harmattan, 2006, pp. 150-152. L'auteur aborde cette question au sujet de son ouvrage *De l'acte* mais précise bien que la participation marque son œuvre. Force est de constater que ceci marque l'ensemble de celle-ci, y compris le *Traité des valeurs* qui a paru postérieurement à cet enregistrement.

776 Louis Lavelle, tome I, p. 227.

777 Louis Lavelle, tome I, pp. 262-265.

l'être et la valeur. Ce lien est fragile car l'être n'est pas fini et évolue sans cesse.⁷⁷⁸ C'est pourquoi la gestion à titre habituel doit être conçue dans la durée comme il a déjà été indiqué et exclut la recherche des qualités substantielles d'un bien en ce que celui-ci est fini et n'évoluera plus.

Après avoir rejeté la recherche de qualités substantielles comme fonction du pouvoir de direction, il convient d'envisager la recherche de l'utilité ou de la finalité d'un bien.

2/ La recherche de l'utilité ou de la finalité d'un bien

497. L'utilité (a) sera examinée avant la finalité (b).

a) L'utilité

498. Selon M. Jouary, « Un bien est une chose utile et rare »⁷⁷⁹. Louis Lavelle souligne que la rareté n'est que le signe de la valeur dont on prend conscience lorsqu'elle risque de manquer.⁷⁸⁰ La relation entre l'utilité et le travail traduit l'activité nécessaire à la production de la valeur. L'utilité correspond en matière économique à la satisfaction d'un besoin au moyen d'une valeur produite par le travail.⁷⁸¹

De surcroît la valeur se suffit à elle-même tandis que l'utilité se définit toujours par rapport à une personne ou à une fin. Afin de la déterminer, il faut se demander à qui ou à quoi une chose est utile.⁷⁸²

Par ailleurs, il convient de distinguer le monde des objets qui existent de par la connaissance que nous avons d'eux et de leurs propriétés du monde des valeurs. Celui-ci ne repose pas sur la connaissance mais sur « l'intimité pure »⁷⁸³, l'intérêt que le sujet porte à ce qui l'entoure. L'auteur prend comme exemple un tableau que l'on pourrait décrire comme objet sans pour autant s'intéresser à sa valeur.⁷⁸⁴ Il indique que « l'esprit [lorsqu'il appréhende la valeur] n'a pas pour rôle de nous représenter un monde de choses, mais seulement de donner à toutes les démarches originales du sujet une conscience lucide d'elles-mêmes et des fins vers lesquelles elles tendent. »⁷⁸⁵

⁷⁷⁸ Louis Lavelle, tome I, p. 314 et suivante.

⁷⁷⁹ Ph. Jouary, Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats, J. Ghestin (dir.), th. Paris I, 2002, n° 341.

⁷⁸⁰ Louis Lavelle, tome II, p. 95.

⁷⁸¹ Louis Lavelle, tome II, pp. 94-95.

⁷⁸² Louis Lavelle, tome I, p. 626 et suivante Confer également pp. 649 et suivante.

⁷⁸³ Expression de Louis Lavelle.

⁷⁸⁴ Louis Lavelle, tome I, p. 189 Au sujet de l'intimité de l'être, confer également p. 252.

⁷⁸⁵ Louis Lavelle, tome I, p. 194.

La gestion de biens suppose non seulement l'implication de la personne du bénéficiaire dans la valorisation, comme il a été montré mais également la poursuite de son intérêt, comme il sera vu ultérieurement.

499. Restreindre la valeur à l'utilité empêche de tenir compte de l'implication du bénéficiaire de la gestion dans la valorisation et exclut toutes les valeurs non économiques.

L'étude de la gestion telle qu'envisagée par les sciences de gestion a mis en évidence que le gestionnaire devait tenir compte de considérations non économiques. On citera ici à titre d'illustration la valeur esthétique qui selon Louis Lavelle nous rattache au monde sensible et nous permet de dissocier le réel de l'abstrait vers lequel tend la raison.⁷⁸⁶ L'esthétique rend possible la perception de la réalité.⁷⁸⁷ L'art par exemple porte sur l'unique et le concret. L'œuvre d'art nous permet de communiquer quelque chose d'unique à d'autres.⁷⁸⁸ Le langage courant témoigne de cette forme de communication. En effet, une personne qui perçoit la valeur esthétique d'une œuvre affirme souvent « cette œuvre me parle » et *vice versa*. Louis Lavelle indique que l'on peut très bien se sentir étranger à la valeur esthétique d'une œuvre.⁷⁸⁹ On ne peut qu'abonder dans le sens de l'auteur à la vue de certaines créations d'art contemporain qui existent en tant que choses mais dont on ne parvient pas à saisir la valeur esthétique. La valeur économique d'une œuvre d'art sur le marché est très étroitement liée à la valeur esthétique que les acteurs du marché lui accordent, nonobstant la spéculation. D'un point de vue pratique, le gestionnaire ne peut pas non plus se borner à considérer l'utilité d'un bien dans la mesure où celui-ci peut avoir une valeur affective qui permet au bénéficiaire de prendre conscience de sa relation à ses biens ou à autrui.⁷⁹⁰

Au vu de ce qui précède, il apparaît que la valeur ne se limite pas à l'utilité d'un objet et qu'il existe d'autres valeurs que la valeur économique à laquelle l'utilité renvoie. La fonction du pouvoir de direction n'est donc pas la recherche de l'utilité. Il faut maintenant envisager la recherche de la finalité.

b) La finalité

500. La notion de finalité se distingue plus difficilement de la valeur que l'utilité. Le droit pénal

⁷⁸⁶ Louis Lavelle, tome II, pp. 305 et suivante.

⁷⁸⁷ Confer en ce sens Louis Lavelle, tome II, p. 374, n° 18 Rappr. p. 328.

⁷⁸⁸ Louis Lavelle, tome II, pp. 326 et suivante.

⁷⁸⁹ Louis Lavelle, tome II, p. 374, n° 19.

⁷⁹⁰ Confer en ce sens Louis Lavelle, tome II, p. 140.

connaît le concept juridique d'arme par destination.⁷⁹¹ Un livre par exemple a des caractéristiques physiques facilement identifiables telles que son poids ou sa taille. Son lecteur considère cet objet comme un support contenant une œuvre qu'il consulte. Si un individu l'emploie afin de commettre des violences sur autrui, le droit pénal considérera le volume comme une arme par destination. Les qualités physiques du livre sont identiques quelle que soit la finalité envisagée. L'élément objectif à savoir « la dangerosité potentielle de l'objet »⁷⁹² demeure, seul l'élément subjectif à savoir l'intention du sujet varie. On retrouve ici les deux éléments constitutifs de ce que M. Barreau appelle la « dualité ontologique irréductible » de la valeur. L'élément subjectif, en général appelé élément intentionnel peut être plus important que l'élément matériel de l'infraction⁷⁹³, même s'ils doivent tous deux être établis.⁷⁹⁴

501. Ne pourrait-on alors pas dire que la valeur se résume à la destination de la chose ? Il est apparu lors des développements précédents que la valeur dépassait l'individu et ne se limitait pas aux qualités physiques de la chose. Est-il cependant possible d'affirmer que la valeur apparaît par l'action du sujet qui agit sur la chose dans le but de lui donner une fin ? La fin serait la valeur conférée par un sujet de droit à une chose, objet de droit. Cette interrogation rejoint celle de Louis Lavelle qui se demande si la valeur n'est pas la finalité que le sujet donne à un objet. L'auteur distingue la chose de l'objet en ce que celui-ci est toujours envisagé sous l'angle de l'action d'un individu.⁷⁹⁵

Parmi les arguments avancés, seuls deux seront cités en ce qu'ils sont particulièrement éclairants pour le juriste. En premier lieu, la fin est le résultat d'une « objectivation spontanée »⁷⁹⁶ de la valeur. En second lieu, la valeur d'un objet ne se limite pas à sa fin. La valeur d'une œuvre d'art par exemple peut être estimée indépendamment de la finalité de celle-ci.

L'approche de la valeur par le biais de la fin à la manière du droit pénal ne convient pas à la gestion

791 Article 132-75, alinéa 2 du Code pénal : « Tout autre objet susceptible de présenter un danger pour les personnes est assimilé à une arme dès lors qu'il est utilisé pour tuer, blesser ou menacer ou qu'il est destiné, par celui qui en est porteur, à tuer, blesser ou menacer. »

792 H. Angevin, V° Circonstances aggravantes définies par le Code pénal, *Juris Classeur Pénal Code*, Fasc. 20, n° 182.

793 Confer notamment CA Montpellier, 8 décembre 2009, 3e ch. correctionnelle, n° 09/00633. Constitue le délit de violences avec arme par destination, la conduite d'un véhicule de manière à suivre de très près celui des victimes en zigzaguant et en faisant mine de vouloir les dépasser. Le contact physique avec les victimes ou leur véhicule est indifférent, de même que la reconnaissance d'une I.T.T.. Le choc émotif suffit. Confer également n° 185 L'auteur du fascicule prend l'exemple d'un individu qui fait reculer brutalement son véhicule afin d'enfoncer les portes vitrées de l'entrée de service d'un hôpital provoquant chez les victimes une sérieuse émotion (Cass. crim., 16 févr. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-027871).

794 Au sujet de la nécessité d'établir tant l'élément objectif que subjectif, confer JCI Pénal précité n° 181 et F. Colcombet, Rapp. n° 2697, Assemblée Nationale, 1992, p. 75, cité par l'auteur du fascicule.

795 Louis Lavelle, opus cité supra, tome I, p. 20.

796 Expression de Louis Lavelle.

à titre habituel. Si elle est utile à celui-ci c'est en raison de l'objet d'étude de ce droit qui ne s'intéresse qu'à des comportements ponctuels. La gestion habituelle se conçoit exclusivement sur la durée et n'a pas nécessairement de fin. Il suffit de songer aux sociétés pour s'en convaincre ; elles n'ont pas de fin mais seulement un objet social. Le droit positif permet aux entrepreneurs de préparer la transmission de leur entreprise s'ils le désirent. L'entreprise peut même être prorogée bien au-delà du terme initialement fixé. Compte tenu de ceci, nous persistons à penser que la gestion habituelle n'est pas caractérisée par la poursuite d'une fin, même si de manière spontanée, comme le fait remarquer le philosophe, l'individu assimile la valeur à cette dernière.

Ce travail a permis de prendre conscience du fait que la valorisation se concevait dans la durée. Le pouvoir de direction doit permettre de veiller à la conformité de la gestion à la volonté du bénéficiaire au fil du temps. Il vient d'être montré que le pouvoir de direction ne permettait pas une valorisation efficace lorsqu'il avait pour fonction la recherche de qualités substantielles, de l'utilité ou de la finalité d'un bien. Les développements qui précèdent confirment la nécessité de prendre en considération les éléments subjectif et objectif de la valeur. Le droit prend dans une certaine mesure ceux-ci en considération.

Toutefois une difficulté théorique subsiste et il convient de l'examiner maintenant avant de la résoudre. Cerner et résoudre le problème d'un point de vue théorique permettra ultérieurement de faire face à ses conséquences pratiques.

B Le problème théorique rencontré

502. Le problème est celui de l'impossibilité de définir la valeur de manière abstraite (1). Il faut faire face à celui-ci en proposant une solution (2).

1/ L'impossibilité de définir la valeur de manière abstraite

503. Il faut définir la raison de celle-ci (a) avant de montrer que la valeur se saisit par l'intuition lors de l'étude de cas concrets (b).

a) La raison de l'impossibilité d'une définition abstraite

504. Définir la valeur de manière abstraite conduirait à ne pas prendre en considération la personne du bénéficiaire qui la confère à ses biens en tentant d'accorder ses aspirations et la réalité de son environnement. Elle est de ce fait non seulement infondée d'un point de vue théorique mais

inapplicable en pratique. On pourrait rétorquer que le juge dispose d'une grande marge d'appréciation lorsqu'il doit interpréter un terme qui n'a pas été précisément défini par le législateur, tel que la faute de l'article 1382 du Code civil⁷⁹⁷ et qu'il peut de la même façon tenir compte de la situation concrète des parties au moment du litige afin d'interpréter la définition de la valeur contenue dans le contrat. Il n'est cependant pas souhaitable en matière de valorisation de laisser une telle marge de manœuvre au magistrat ; c'est au bénéficiaire qu'il appartient de déterminer la valeur à accroître. Par conséquent, la définir de manière abstraite et objective, c'est-à-dire sans tenir compte de la personne du bénéficiaire revient à introduire une grande insécurité juridique dans le contrat de gestion.

Cette conclusion n'est pas sans rappeler la défiance des juristes anglo-saxons à l'égard des définitions abstraites. Les *trusts* dont l'efficacité en matière de gestion pour autrui n'est plus à démontrer ne reposent pas sur de telles définitions mais sur l'analyse intuitive de cas d'espèce. Cette observation amène à s'interroger sur la nécessité d'une approche intuitive de la valeur.

b) La nécessité d'une approche intuitive de la valeur

505. Louis Lavelle indique que l'esprit fait surgir la valeur par un acte de contemplation.⁷⁹⁸ Cette affirmation est intéressante car elle met en évidence un aspect des *trusts* souvent négligé par la doctrine et qui explique pourtant leur efficacité. Oliver W. Holmes estime que le *Common Law* repose sur l'observation des décisions de justice et voit en le juriste un prophète contemplant les faits. En usant de son intuition, le juge saisit directement la valeur recherchée par le constituant et tranche le litige.⁷⁹⁹ Il apparaît que les efforts accomplis récemment afin de modifier le droit de la propriété dans le but de transposer les *trusts* en droit français menacent la cohérence du droit et sont inutiles car l'efficacité de cette technique n'est pas due à la manière dont le droit anglais envisage la propriété mais à la simplicité avec laquelle il détermine la valeur recherchée afin de la préserver. Ceci peut sembler embarrassant pour le juriste français habitué à la logique cartésienne.

À ce stade de la réflexion sur la valeur qu'il convient d'accroître ou de conserver, il semble que l'empirisme anglo-saxon permette de mieux la cerner. On pourrait être donc tenté de penser que

⁷⁹⁷ L'exemple est tiré de L. Boré, « L'obscurité de la loi » in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 27, n° 21. L'auteur considère que l'adoption de ce texte général est une avancée.

⁷⁹⁸ Louis Lavelle, tome I, p. 319.

⁷⁹⁹ Ceci est particulièrement important en pratique notamment afin de faire la part entre les souhaits du bénéficiaire du *trust* et l'intention du constituant qui peut être décédé. En outre, lorsque le bénéficiaire est constituant dans le cas d'une gestion entre vifs, il peut ne plus s'entendre avec le *trustee* ou désirer que celui-ci accomplisse une action inopportune aux yeux de celui auquel il a confié la gestion de ses biens en raison de sa compétence ou de son expérience. Le juge doit impérativement tenir compte du point de vue des différents protagonistes.

l'expérience l'emporte sur la logique en matière de gestion. Ceci n'est cependant qu'un effet d'optique :

« La réalité elle-même n'a aucun caractère logique. La logique appartient uniquement à l'ordre de la connaissance. L'opposition du vrai et du faux ne vaut pas pour les choses, mais seulement pour notre pensée des choses. »⁸⁰⁰

On ne peut donc pas réduire la réalité à laquelle le gestionnaire doit faire face à une suite logique d'événements qu'il conviendrait d'anticiper. On ne peut pas non plus considérer que la réalité se résume à l'expérience que l'on en a. Il est toutefois possible d'appréhender la valeur par celle-ci. Comme l'affirme M. Vieillard-Baron, « L'expérience de la valeur est expérience du sens d'un absolu que nous voulons faire advenir. »⁸⁰¹

Le juriste doit ici déterminer le sens concret et présent de cet absolu qui n'est pas encore et qu'il ne parvient pas à définir.⁸⁰² On comprend alors l'aisance du juriste anglais et le malaise de son homologue français ; le premier confronte son observation des faits d'espèce à la connaissance qu'il tient de décisions de justice antérieures tandis que le second se heurte à l'impossibilité de définir l'absolu et ne sait que faire des faits dont il a connaissance.

Si l'intuition n'est qu'un guide qui repose sur l'expérience et tire du passé sa force prophétique, les prophéties ne se révèlent toutefois pas toujours exactes. Il est de ce fait impossible de reconnaître une supériorité technique à la pensée anglo-saxonne, empirique et intuitive sur la pensée cartésienne, rationnelle et abstraite.

Compte tenu de l'impossibilité de définir la valeur de manière abstraite, il convient de rechercher une solution permettant de prendre en compte la valeur au moyen du pouvoir de direction.

800 Louis Lavelle, opus cité supra, tome II, p. 347, n° 3.

801 J.-L. Vieillard-Baron, « Présentation » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, p. 9.

802 La difficulté que l'on rencontre à définir la valeur de manière abstraite est expliquée rationnellement par Louis Lavelle. La démonstration tient de l'analyse de la pensée et non de la valorisation mais elle est brillante et mérite d'être brièvement rapportée. Le philosophe part du constat suivant : il est possible de déterminer la valeur d'une chose mais impossible de justifier cette valeur. Confer sur ce point, Louis Lavelle, tome I, pp. 320-321.

Cet obstacle vient du fait que dans la valeur « le vouloir et l'intellect coïncident » et peuvent être leur propre fondement, exactement comme « l'esprit s'engendre lui-même en engendrant sa propre justification. » On rappellera à ce propos que l'esprit crée la valeur.

L'auteur définit l'intellect et le vouloir p. 354 « Aussi voit-on que l'activité de l'esprit se scinde nécessairement en deux fonctions dont l'une est l'intellect, la faculté de former l'idée ou le possible, et l'autre le vouloir, qui réalise ou actualise le possible : telle est la condition imposée à l'esprit par la poursuite de la valeur et qui explique la distinction de ces deux facultés. Or il serait vain de penser que l'on peut réduire l'esprit à l'une ou l'autre d'entre elles, car elles n'ont de sens que par leur conjugaison même. » Notons qu'il est important de ne pas confondre le vouloir et la volonté qui est le « point de jonction du désir et du jugement » comme l'indique l'auteur p. 196.

C La solution proposée

506. Il est possible d'appréhender la valeur en droit français (1), à condition de résister à la tentation du raisonnement juridique fondé sur une définition abstraite de la valeur (2).

1/ La possibilité d'appréhender la valeur en droit français

507. Les *trusts* ne sont qu'une manière d'aborder la réalité sous l'angle juridique. Elle est donc aussi imparfaite qu'une autre en ce que toute technique d'analyse trahit la réalité. Il vaut mieux tenter de proposer une solution conforme à la perception française du droit plutôt que d'importer les imperfections des institutions étrangères. Il est par exemple possible d'aborder la notion de la valeur par le biais de l'intérêt, comme il sera vu ultérieurement.

508. En outre, l'importance accordée à la logique en droit français n'est pas de nature à interdire le recours à l'intuition. Afin de s'en convaincre, il est intéressant d'analyser les règles d'interprétation qui gouvernent l'interprétation du contrat de gestion faisant référence à la valeur qu'il convient de préserver et d'accroître. M. Stöffel-Munck estime que la méthode suivie par le juge pour relever l'abus d'une prérogative contractuelle est rationnelle car elle implique que celui-ci ne retienne que quelques interprétations opposées possibles d'égale qualité avant de trancher. Il poursuit en affirmant : « Il s'agit le plus souvent de reconstituer seulement ce que le bon sens indique d'emblée, raison pour laquelle les directives d'interprétation du Code, fruit d'une expérience pluriséculaire, ont pu être considérées comme un « guide-âne ». Cette simplicité a d'ailleurs un inconvénient : elle pousse le juge à faire l'économie d'une énonciation des motifs objectifs qui justifient sa solution et laisse croire qu'il procède exclusivement par intuition. »⁸⁰³ L'auteur admet l'intuition et fait même référence au bon sens comme le ferait Holmes. Il peut de ce fait sembler paradoxal d'accorder une telle importance à l'intuition tout en affirmant que le procédé qui l'utilise est rationnel. Il prend certes la peine d'affirmer que le raisonnement suivi par le juge n'est pas exclusivement rationnel, il n'en demeure pas moins que l'on ignore la place qui est réservée à la raison dans l'argumentation du juge étant donné que ce dernier ne prend pas la peine de fonder la décision d'un point de vue rationnel. C'est d'ailleurs ce qui irrite M. Stöffel-Munck.⁸⁰⁴ Recourir au bon sens et à l'expérience avant de réclamer,

⁸⁰³ Ph. Stöffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, R. Bout (préf.), L.G.D.J., 2000, n° 744.

⁸⁰⁴ On note une inflexion du jugement de l'auteur à l'égard de la possibilité offerte au juge de tenir compte d'éléments non mentionnés dans la décision de justice. Au sujet de la liberté d'appréciation de la validité des clauses aménageant la réparation du préjudice découlant de l'inexécution d'une obligation essentielle, il écrit : « si la méthode à suivre pour juger de la validité est assez nettement paramétrée pour offrir aux parties une bonne prévisibilité de la décision judiciaire, il ne faut quand même pas se leurrer sur sa parfaite rigueur. Sa souplesse offre une marge d'appréciation suffisante aux juges du fond pour que s'y intègrent plus ou moins clandestinement diverses considérations d'équité tirées, par exemple, de la manière dont le débiteur s'est comporté dans l'exécution ou de la situation du créancier. Ces éléments ne pourront sans

d'une part, un énoncé affirmant la rationalité de la démarche et d'autre part, la censure de toute décision contraire à cette doléance est une démarche pleine de sens. Elle donne l'occasion de se rappeler qu'en droit comme ailleurs la forme de l'énoncé compte autant que le fond et rend en l'occurrence acceptable ce qui semble être une entorse au principe de primauté de la raison en droit français.

L'importance de la forme du raisonnement juridique apparaît nettement lorsque l'on s'intéresse à la formulation des décisions de justice. Celles-ci sont toujours un acte d'autorité.⁸⁰⁵ On pourrait de ce fait penser que la régularité d'une décision suffit à ce que l'on admette son caractère contraignant et que de ce fait la formulation d'un jugement n'a que peu d'importance. Pourtant, l'exemple tiré de la thèse de M. Stöffel-Munck nous incite à penser le contraire. La formulation d'une décision a autant d'influence sur la qualité que les juristes et plus largement les justiciables lui reconnaîtront que d'autres critères tels que sa régularité ou la légalité de l'institution qui la rend. M. Lamanda, Premier Président de la Cour de cassation, rappelle que la Haute juridiction a récemment rendu un arrêt visant un texte de l'Ancien régime et relève la continuité entre la cassation prononcée par le Roi en son Conseil et celle de l'actuelle Cour de cassation, y compris dans la formulation des décisions.⁸⁰⁶ De plus, M. Godin indique que beaucoup de membres des parlements se plaignaient déjà du fait que le Conseil du roi rendait des décisions de mauvaise qualité au regard de leur motivation ou de la cohérence de la jurisprudence.⁸⁰⁷

509. Certains auteurs se montrent très critiques à l'égard du raisonnement abstrait. Mornet estime que « L'esprit habitué au maniement des abstractions logiques, arrive à ne plus songer aux réalités qu'elles recouvrent. Absorbé dans la contemplation de la loi, il y sacrifie sans hésitation les nécessités pratiques les plus pressantes. »⁸⁰⁸ L'auteur va plus loin en estimant que dans les cas où la loi n'indique pas clairement la solution à un problème, « l'audace » du juge

doute pas apparaître dans la motivation des décisions, mais leur mise en exergue dans les débats donneront au litige une « couleur » à laquelle le juge pourra être marginalement sensible. » Confer sur ce point, Ph. Stöffel-Munck, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques. Note sous Cass., Com., 29 juin 2010 », *J.C.P. E*, 2010, n° 37, p. 1790 n° 13.

805 La question de l'autorité d'une source de droit ne se limite cependant pas seulement aux institutions étatiques comme le montre l'étude de *l'auctoritas juris* et du *jus respondendi* à Rome. Certains jurisconsultes pouvaient rendre des avis faisant autorité. La portée de cette autorité est discutée. Confer à ce sujet, notamment, A. Magdelain, « « Jus respondendi » » in *Jus imperium auctoritas*, t. CXXXIII, École Française de Rome, 1990, p. 103 et ss.; K. Tuori, « The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence », *RIDA*, 2004, p. 295 et suivantes. On ne peut cependant pas affirmer que la jurisprudence ne tient aucun compte de celles-ci. Confer sur ce point R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 10^e éd, Dalloz, 2013, n° 40.

806 V. Lamanda, « Introduction — Discours prononcé le 23 octobre 2008 pour l'ouverture du colloque « Évocation et cassation » », *Histoire, économie & société*, 2010, n° 3, p. 5

807 X. Godin, « La procédure de cassation au XVIII^e siècle », *Histoire, économie & société*, 2010, n° 3, p. 19 spéc. pp. 22-24.

808 M. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile: 1804-1904*, th. Paris, M. Planiol (dir.), Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1904, n° 51 et suivants, spéc. n° 53, p. 148.

ou du juriste en général doit lui permettre de ne pas appliquer la loi mais de fonder son raisonnement « sur de seules considérations d'utilité pratique ». ⁸⁰⁹ Portalis cependant ne montre aucun dédain à l'égard de l'expérience comme en témoignent ses propos : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps. Mais, à proprement parler, on ne les fait pas ». ⁸¹⁰ L'expérience est utilisée en droit français et en droit anglais, seule la place qu'on lui accorde est différente.

Après avoir vu que la valeur ne pouvait être définie de manière abstraite et que celle-ci était appréhendée en droit français, il faut renoncer à tenter de l'établir à partir d'une définition abstraite.

2/ La tentation du raisonnement juridique fondé sur une définition abstraite de la valeur

510. Madame Semitko estime que « si la valeur n'était qu'une notion subjective, on ne pourrait en aucun cas l'envisager comme l'objet d'une dette, d'une affectation, d'un droit ou encore d'un gage. Une valeur subjective, comme le prix ou la valeur vénale, sont comme le vent sans consistance. » ⁸¹¹

Selon nous, le droit s'honore parfois en refusant de succomber à la tentation de la définition. Le traitement de la liberté par le droit en est sans doute le meilleur exemple. La valeur est très liée à cette dernière comme il a été montré. Il a été vu que conférer une valeur suppose l'autodétermination préalable du sujet, ce qui rapproche la valeur et la liberté.

Il est vrai que le philosophe parle ici de la liberté alors que le juriste s'intéresse davantage aux libertés et à leurs conditions d'exercice. Néanmoins, le pouvoir d'autodétermination est sans doute l'élément qui rapproche le plus les approches philosophique et juridique de la question. ⁸¹²

Le juriste doit s'abstenir de définir de manière abstraite la liberté faute de quoi il la réduirait à néant en empêchant l'autodétermination du sujet. Une telle conclusion ne surprendra pas étant donné la place accordée à la liberté de l'individu et le rôle prépondérant de l'autodétermination de celui-ci dans la création de la valeur.

Cette thèse étant consacrée aux problèmes juridiques posés par la gestion sans représentation, il

⁸⁰⁹ M. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile: 1804-1904*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, th. Paris, M. Planiol (dir.), 1904, n° 48.

⁸¹⁰ A. Tunc, « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », *R.I.D.Comp.*, 1975, n° 4, p. 821. Confer également p. 826 ; J.L. Lafon, « France » in *The Global expansion of judicial power*, C.N. Tate (ed), T. Vallinder (ed), New York University Press, 1995, p. 289, p. 291.

⁸¹¹ C. Krief-Semitko, *La valeur en droit civil français: Essais sur les biens, la propriété et la possession*, Editions L'Harmattan, 2009, n° 2.

⁸¹² J. Rivero, H. Moutouh, *Libertés publiques*, t. I, 9, PUF, 2003, n° 6 et 7.

apparaît nécessaire, de déterminer les conditions de manifestation de la valeur et ses effets juridiques lors de la gestion plutôt que de la définir *a priori*.

Après avoir vu que le pouvoir de direction de la gestion ne pouvait avoir pour fonction ni la recherche de qualités substantielles, de la finalité de l'utilité d'un bien, ni tout autre objet correspondant à une définition abstraite de la valeur, il a été montré que le droit français pouvait appréhender cette dernière. Ce problème théorique résolu, il convient maintenant de se demander comment valoriser les biens de manière concrète en montrant que le pouvoir de direction a pour objectif la poursuite de l'intérêt du bénéficiaire.

Paragraphe II Un objectif : l'intérêt du bénéficiaire

511. Il s'agit du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action. Ceci soulève des difficultés pratiques auxquelles des solutions concrètes sont proposées par les sciences de gestion (A). Une fois mises en évidence, les difficultés pratiques rencontrées feront l'objet d'une analyse juridique (B).

A Les difficultés pratiques et les solutions proposées par les sciences de gestion

512. Les difficultés (1) vont être étudiées avant les solutions proposées (2).

1/ Les difficultés

513. Elles s'expliquent par l'indicibilité de la valeur (a), d'une part et par le fait que celle-ci est méconnue du client (b), d'autre part.

a) L'indicibilité de la valeur

514. M. Gervais indique que dans une organisation, la valeur est « multidimensionnelle et complexe »⁸¹³. Les gestionnaires rappellent qu'il existe différents moyens d'apprécier celle-ci, notamment dans le cas des sociétés. En effet, comme il a été vu lors de l'étude de la rémunération du gestionnaire, certains attachent davantage d'importance à la valeur de l'action que l'on appelle valeur actionnariale ou aux relations entre parties prenantes à la gestion telles que les salariés, on

⁸¹³ M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, p. 297

parle dans ce cas de valeur partenariale. Le plus souvent, il s'agit d'arbitrer entre ces différentes valeurs, ce qui peut s'avérer fort délicat, notamment si le gestionnaire décide de prendre en compte les questions environnementales pour lesquelles, d'après l'auteur, un récent regain d'intérêt est notable. D'après lui, chaque individu a ses propres critères en matière de valeur.⁸¹⁴ Ces propos mettent en évidence l'élément subjectif de cette dernière et vont même au-delà des définitions et concepts dégagés à la lecture des écrits de Louis Lavelle en relativisant l'élément objectif. On s'aperçoit ici que les considérations concrètes peuvent être plus difficiles à cerner pour le juriste que des définitions et concepts abstraits que d'aucuns auraient pu à première vue juger trop éloignés des réalités concrètes auxquelles il est confronté. Ils lui permettent au contraire de saisir plus précisément les difficultés que pose la valorisation, nonobstant les aspirations du bénéficiaire ou du client. Ceci est primordial pour le juriste car il doit tenir compte de celles-ci afin de déterminer, comme dans tout contrat, la volonté commune des parties et ce faisant, expliciter ce qui pourrait passer inaperçu ou demeurer ambigu. Il ne peut accomplir cette tâche s'il se borne à paraphraser les aspirations du bénéficiaire, il doit énoncer les conditions de réalisation de la valeur en tenant compte de ses éléments objectif et subjectif.

515. M. Gervais rappelle que les caractéristiques d'une prestation de service sont l'immatérialité de celle-ci, l'association du client à la production, en l'occurrence le bénéficiaire doit être associé à la valorisation de ses biens, et la définition d'objectifs conformes aux souhaits du client. Il faut tenir compte du « non-dit », selon les mots de l'auteur, relatif à la prestation dans la mesure où on ne connaît ni les motivations profondes du client, ni la durée de l'opération.⁸¹⁵ Ceci ajoute à l'incertitude liée à la détermination de la valeur et corrobore l'analyse selon laquelle il est nécessaire de concevoir la valorisation dans la durée. Par ailleurs, le bénéficiaire a recours à un gestionnaire car il ne maîtrise pas suffisamment la gestion pour valoriser au mieux ses biens. Il ne sait pas comment exprimer ses attentes. C'est au juriste qu'il appartient de déterminer la qualification juridique adaptée à la situation que le bénéficiaire lui expose.

Outre la difficulté liée à l'indicibilité de la valeur, l'étude des sciences de gestion incite également à tenir compte du fait que le bénéficiaire ne se rend pas toujours compte de la valorisation.

814 M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, p. 296.

815 M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, pp. 724 et suivante.

b) La méconnaissance de la valeur par le bénéficiaire

516. Le bénéficiaire fait appel à un tiers car il ne pense pas avoir les compétences nécessaires pour valoriser au mieux ses biens. En raison de ce manque de compétences, il est possible qu'il ne comprenne pas immédiatement en quoi l'action du gestionnaire permettra de valoriser son patrimoine. M. Gervais indique que la valeur perçue par le bénéficiaire se compose de trois éléments : les attributs tangibles ou non du service, ses conséquences positives et négatives et enfin, ses objectifs.⁸¹⁶ Il est en tout état de cause prématuré de demander au bénéficiaire de juger la valorisation au moment de la conclusion du contrat. C'est ici que l'on voit que la valeur ne peut se concevoir que dans la durée.

Afin de résoudre les difficultés que posent l'indicibilité de la valeur et la méconnaissance de celle-ci par le bénéficiaire, il est possible de recourir aux solutions proposées par les auteurs étudiant les sciences de gestion.

2/ Les solutions proposées

517. Chaque cas de gestion est différent. L'impératif de synthèse et la quête de clarté conduisent à distinguer deux manières d'aborder une situation concrète. Les solutions qui sont indépendantes de la relation contractuelle (a) seront étudiées avant celles qui dépendent de cette dernière (b).

a) Les solutions indépendantes de la relation contractuelle

518. L'expression « solutions indépendantes de la relation contractuelle » fait référence aux techniques susceptibles d'être appliquées à toutes les relations contractuelles similaires, indépendamment des particularités de chacune.

M. Gervais indique que l'on a recours à de telles solutions lorsque l'on souhaite stabiliser le contenu d'une prestation difficile à définir⁸¹⁷, notamment la valorisation d'un patrimoine.

519. L'une des solutions intéressantes en matière de gestion sans représentation proposées par l'auteur est l'établissement d'un code de déontologie. S'appuyant sur les travaux de M. Isaac, M. Gervais rappelle que ces codes sont utilisés par les professions qui fournissent des prestations immatérielles reposant sur une interaction forte avec le client. La valorisation est une prestation

⁸¹⁶ M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, pp. 300 et suivante.

⁸¹⁷ M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, pp. 728 et suivante.

immatérielle qui suppose de s'assurer que la personne du bénéficiaire et ses aspirations sont prises en compte tout au long de la gestion. Par conséquent, l'établissement d'un code de déontologie est utile dans la mesure où il s'applique indifféremment à tous les praticiens qui obéissent à ces règles et donne confiance au bénéficiaire qui sait d'emblée quelles relations il entretiendra avec le gestionnaire. Il est possible de palier de la sorte l'incertitude liée au contenu concret de la prestation de valorisation et à son résultat.

520. Une autre technique consiste à définir des comportements-types qui devront être adoptés par les parties. Ceci peut être très intéressant en matière de gestion dans la mesure où il a été vu que la relation de valorisation s'inscrivait dans la durée et pouvait donner lieu à la production de nombreux documents dont il fallait surveiller la cohérence. Adopter le même langage pour signaler un événement important, comme la survenue d'un incident, la remise des comptes, l'approbation du « compte rendu »⁸¹⁸ de gestion ou l'expression de réserves liée à cette dernière est utile en ce qu'elle évite d'utiliser des termes différents et potentiellement contradictoires, d'une part et favorise la compréhension de l'ensemble de la relation de gestion, d'autre part. Procéder de cette façon permet également de s'assurer que les informations essentielles au sujet de la valorisation sont connues des deux parties et le cas échéant de le vérifier.

521. Il est également possible de cerner le contenu d'une prestation en la comparant à ce que propose la concurrence. On parle alors de *benchmarking*.⁸¹⁹ Il en existe de deux sortes, l'un que l'on appelle fonctionnel, l'autre appelé concurrentiel. Le premier s'intéresse à la comparaison des services rendus par des entreprises de secteurs d'activité différents tandis que le second compare deux entreprises directement concurrentes. Comme le souligne l'auteur, l'échange d'informations entre des entreprises directement concurrentes n'est pas fréquent. Même si la gestion étudiée ici repose sur un fort *intuitus personae*, le *benchmarking* peut être utile afin de comparer des éléments objectifs et substituables tels que le prix de deux biens identiques.

Les techniques qui viennent d'être étudiées ne s'attachent pas à déterminer les particularités d'une relation contractuelle mais visent au contraire à fixer les aspects susceptibles d'être identifiés dans toutes les relations ayant pour objet la valorisation de biens. Il existe d'autres solutions qui s'intéressent à une relation contractuelle sans la comparer à d'autres cas de figure. Il s'agit des techniques dépendantes de la relation contractuelle.

818 L'expression est utilisée par plusieurs auteurs, notamment Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988, n° 371 ; G. Chastenet de Géry, *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière : contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion*, A. Ghazi (dir.), th. Paris IX, 1998, p. 82.

819 M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, pp. 309-311.

b) Les solutions dépendantes de la relation contractuelle

522. Il est possible de déterminer la valeur comme le coût d'un service par rapport à la satisfaction des attentes du client. Le gestionnaire ou l'entrepreneur détermine les aspects techniques ou fonctions que devra remplir le produit afin de répondre à ces dernières.⁸²⁰ Cette approche ne convient pas à la valorisation car la valeur ne peut être définie comme une fin qu'une fonction permettrait d'atteindre. M. Gervais indique qu'il existe une autre façon d'appréhender la valeur. Le procédé comporte différentes étapes. Le bénéficiaire souhaite tout d'abord réaliser quelque chose, le gestionnaire va déterminer la manière dont il convient de concrétiser ce projet. Il contrôlera ensuite l'exécution des travaux et tentera de se conformer aux exigences de son cocontractant quelles que soient les circonstances. Enfin, les parties s'assureront de la conformité de la gestion aux attentes du bénéficiaire.⁸²¹ Une telle approche permet de suivre la valorisation dans la durée en tenant compte des circonstances auxquelles doit faire face le gestionnaire. Présenter ainsi la relation contractuelle permet également de se rendre compte des différents documents qui pourront être produits dans le cadre de celle-ci.

523. Il vient d'être montré que les sciences de gestion permettaient au juriste d'appréhender la valorisation de manière à la fois technique et concrète. Il est possible d'adopter une approche dépendante de la relation contractuelle reposant sur la prise en compte des différentes façons de déterminer la valeur. Il en existe d'autres qui permettent de fixer celle-ci indépendamment d'une relation contractuelle donnée. Elles ont l'avantage de figer le comportement, de le rendre plus facilement compréhensible et identifiable par le juge alors même que la valeur peut être difficile à cerner. Par ailleurs, il a été vu que déterminer la valeur au fil de la relation exigeait d'apprécier celle-ci en fonction des attentes du client ou des réalisations accomplies par le gestionnaire. Le juriste préoccupé par la rédaction du contrat peut être embarrassé devant ces difficultés car il doit exprimer une volonté commune qui guidera à la fois les parties ou le juge et non définir la valeur de manière variable en adoptant tantôt le point de vue du bénéficiaire, tantôt celui du gestionnaire.

D'un point de vue conceptuel, ceci soulève une autre difficulté. La valeur recherchée par le bénéficiaire est stable, il se contente d'observer les possibilités qui s'offrent à lui avant de réaliser

820 M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, pp. 311 et suivante. L'auteur distingue les fonctions techniques des fonctions de services. Les premières désignent la technique utilisée pour répondre au besoin, les secondes, le résultat que le produit doit fournir afin de répondre au besoin. Cette distinction est incidence sur ce travail.

821 M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, pp. 281 et suivante.

l'option qui lui semble adéquate. S'efforcer de tenir compte de tous les points de vue concernant la valeur ne permet pas de distinguer nettement celle-ci. La volonté commune des parties qui concluent le contrat de gestion ne porte pas sur la définition de la valeur mais sur les conditions de la valorisation qui peuvent être définies de manière abstraite et objective.

Le problème théorique de l'impossibilité de définir la valeur de manière abstraite a des répercussions pratiques sur la gestion comme le montre l'étude des sciences de gestion. Il est ainsi possible de cerner la réalité concrète de la gestion en définissant la valorisation de manière abstraite. L'analyse juridique de l'encadrement de cette dernière montrera comment le juriste doit concevoir la gestion à titre habituel sans représentation.

B L'encadrement juridique de la direction

524. L'étude de la manière dont le droit doit encadrer le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action suppose d'établir la nature de l'engagement des parties (1), avant de déterminer les obligations de ces dernières (2).

1/ La nature de l'engagement des parties

525. Afin de cerner la nature juridique de l'engagement des parties, il convient de distinguer le contrat de gestion des contrats ultérieurs (a) avant de s'interroger sur le fondement théorique des effets du contrat initial (b).

a) La distinction du contrat de gestion des contrats ultérieurs

526. Le contrat de gestion prévoit la procédure selon laquelle seront adoptées les conventions qui détermineront ce qui devra être fait afin de valoriser le patrimoine. On objectera que la valeur étant stable, il suffit de la définir au début de la relation contractuelle et de laisser le gestionnaire l'entretenir et l'accroître. Néanmoins, le bénéficiaire doit tenir compte des circonstances afin de déterminer les possibilités qui s'offrent à lui d'accroître la valeur de ses biens. L'avenir étant imprévisible, il ne sert à rien de déterminer précisément cette dernière lors de la rédaction du contrat de gestion. Le faire reviendrait à la figer en en faisant un résultat à atteindre. Or, comme il a été montré, la valeur ne se réduit pas à une fin. De plus, la fin de la relation contractuelle est

imprévisible. Par conséquent, une définition de la valeur au stade du contrat de gestion apparaît infondée d'un point de vue théorique et inapplicable d'un point de vue pratique. Il est impossible de formuler ce que l'on ne conçoit pas bien, le contrat n'est toutefois fait que de mots. Devant ce constat, ceux de Boileau résonnent de manière particulière à l'oreille du juriste :

« Selon que notre idée est plus ou moins obscure,
L'expression la suit, ou moins nette, ou plus pure,
Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,
Et les mots pour le dire arrivent aisément. »⁸²²

Le juriste doit formuler la volonté commune des parties au moment de la conclusion du contrat de gestion. Celle-ci organise la valorisation du patrimoine avant d'agir en vue de réaliser la valeur. Le choix d'un contrat de gestion définissant la procédure de valorisation s'impose non seulement du fait des raisons théoriques et pratiques qui viennent d'être évoquées mais également parce qu'il préserve d'une mauvaise gestion et contribue à sauvegarder la cohérence de la relation contractuelle au fil du temps. M. Gervais estime en effet que la « non-qualité »⁸²³ peut provenir d'une procédure mal définie, parfois seulement oralement, qui laisse place à une certaine incertitude quant aux responsabilités de chacun, à l'organisation du travail et à son exécution. Une mauvaise compréhension des attentes du bénéficiaire ou une mauvaise présentation du service, en l'occurrence de la valorisation, peut par ailleurs être la cause de telles difficultés.⁸²⁴

Le contrat de valorisation déterminera les conditions de la coopération entre le gestionnaire et le bénéficiaire. Comme on le voit, le bénéficiaire, propriétaire de ses biens, détermine la valeur qu'il souhaite leur conférer et n'est jamais passif. Le gestionnaire, quant à lui, sait mieux que son cocontractant, du fait de ses compétences, comment il convient de conférer aux biens leur valeur. Le contrat de gestion à titre habituel est un contrat de valorisation et il est essentiel de connaître les modalités de coopération des parties en vue de celle-ci. Elles n'ont pas d'intérêts en commun, ce qui explique d'ailleurs le rejet de la qualification de société. Un équilibre délicat doit cependant être trouvé car le gestionnaire est un intrus nécessaire à la bonne valorisation, le bénéficiaire doit accepter de lui confier ses biens et de ne pas s'immiscer dans la gestion. De son côté, le gestionnaire doit tenir compte des aspirations du bénéficiaire lorsqu'il participe à la valorisation et toujours agir dans l'intérêt de celui-ci. Compte tenu de ces différents éléments, restreindre le contrat de valorisation à la seule détermination d'un cadre procédural permettant la création de valeur apparaît

⁸²² N. Boileau Despréaux, « L'art poétique (Chant premier) » in *Œuvres*, Th. Desoer, 1823, vers 151 à 154.

⁸²³ Expression courante en sciences de gestion utilisée par l'auteur.

⁸²⁴ M. Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009, p. 279.

pleinement justifié. De surcroît, du point de vue de l'interprétation de l'ensemble des documents contractuels concernant la gestion, il est fort peu probable qu'un document au contenu procédural entre en contradiction avec des documents ultérieurs ayant pour objet la caractérisation de la valeur en considération de la réalité à laquelle le gestionnaire doit faire face.

Le contrat de gestion prévoit l'étendue des pouvoirs attribués au gestionnaire par le bénéficiaire et les modalités du contrôle de leur exercice. Les contrats ultérieurs viendront préciser les aspirations du bénéficiaire et les propositions techniques effectuées par le gestionnaire en vue de répondre aux attentes de son cocontractant. La surveillance de l'exécution de ces contrats ultérieurs sera réalisée selon la procédure établie et décrite dans le contrat de gestion. Ce point sera étudié dans le chapitre suivant consacré à la direction lors de l'exécution du contrat.

Après avoir distingué le contrat de gestion des contrats ultérieurs, il convient de fonder les effets de la première de ces conventions d'un point de vue théorique.

b) Le fondement théorique des effets du contrat de gestion

527. La question qui se pose ici est celle du fondement juridique des effets du contrat de gestion organisant le cadre procédural de la valorisation. Le contrat de gestion contient-il des obligations à la charge des parties ? La doctrine insiste sur l'intéressante distinction introduite par M. Ancel qui ne sera qu'évoquée selon laquelle certains contrats contiennent des obligations qui sont susceptibles d'exécution forcée alors que d'autres engagements ont une force obligatoire qui s'explique par la volonté des parties.⁸²⁵ L'auteur aborde le contrat-cadre comme une convention relevant de la seconde catégorie. Il est en effet difficile de concevoir que l'on puisse obtenir l'exécution forcée d'un tel contrat. À ce stade, il semble utile de reprendre la théorie de Paul Roubier afin de s'apercevoir que cette convention crée une « **situation juridique** » dont découlent des obligations. On ne peut en effet dissocier les obligations de la situation juridique qui les a créées. Afin de s'en convaincre, il suffit de songer à l'hypothèse d'un dirigeant de société qui engage celle-ci à l'égard des tiers à certaines conditions. Ces derniers peuvent obtenir l'exécution forcée des obligations de la société. Personne n'a jamais demandé à un huissier de forcer la personne morale à atteindre son objet social alors même qu'un associé peut agir en responsabilité à l'encontre de la société afin d'obtenir réparation du préjudice qu'elle lui a causé. Il va de soi que sans l'existence du contrat de société, aucune des obligations liant la personne morale et susceptibles d'exécution forcée n'aurait pu être

825 P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D.Civ.*, 1999, p. 771 et suivantes.

créée. En ce sens, ce contrat est un « contrat-organisation »⁸²⁶ selon le terme de Paul Didier.

528. L'impossibilité de définir *a priori* la valeur qui devra être recherchée par le gestionnaire lors de l'exécution du contrat de gestion peut être embarrassante pour le juriste contemporain. Se souvenir du droit romain du mandat aide à dissiper cet embarras. M. Murillo Villar fait d'ailleurs très justement remarquer que le droit romain permet de se libérer du carcan imposé par la pratique quotidienne du droit positif afin de penser différemment et de se rapprocher de la vie dans ce qu'elle a de plus concret.⁸²⁷

L'auteur indique dans une autre de ses publications que l'objet du *mandatum incertum* peut être déterminé postérieurement à la conclusion de celui-ci de trois manières différentes : ce point sera soit laissé à l'appréciation du mandataire, soit déterminé par un tiers, soit apprécié au regard des instructions plus ou moins précises du mandant.⁸²⁸ En reprenant la distinction entre l'organisation et la direction, on s'aperçoit que si le mandataire décide de recourir à un tiers pour la détermination d'un élément tel que le prix de vente d'un bien, il exerce son pouvoir de direction et sera par la suite tenu par la décision du tiers à laquelle il se conformera et exécutera les obligations liées à la vente dans le cadre de son pouvoir d'organisation. Ce cas de figure ne soulève pas de difficulté particulière. Lorsque le gestionnaire dispose d'une grande liberté d'appréciation voire d'une liberté absolue⁸²⁹, il doit prendre sa décision *boni viri arbitrato*. Guido Donatuti estime que l'*arbitrium boni viri* est délimité par l'intérêt du mandant.⁸³⁰ D'après M. Murillo Villar, une aussi grande liberté du mandataire n'est concevable que dans le cas d'un mandat conféré à une personne dont le mandant connaît très bien la façon d'agir et de penser.⁸³¹ L'auteur incite, afin de bien comprendre le *mandatum incertum*, à distinguer entre la définition de l'objet du mandat et la détermination des conditions d'exécution de celui-ci.⁸³²

L'exemple du droit romain du mandat devrait rassurer le juriste au sujet de la possibilité d'encadrer de manière efficace la gestion sans représentation au moyen d'un contrat ne définissant pas la valeur à atteindre.

Après avoir examiné la nature de l'engagement des parties, il convient de déterminer leurs obligations.

826 P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *Mélanges François Terré*, Dalloz, 1999, p. 635

827 A. Murillo Villar, « Nuevas perspectivas para la enseñanza del Derecho Romano en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) », *RIDROM*, 2008, n° 1, p. 284.

828 A. Murillo Villar, « La responsabilidad del mandatario en el *mandatum incertum* », *RJN*, 2007, n° 62, p. 203.

829 Le terme absolu ne signifie pas que la liberté est illimitée mais qu'elle est déterminée par le mandataire.

830 G. Donatuti, « Mandato Incerto », *B.I.D.R.*, 1923, n° 33, p. 185 et suivante.

831 A. Murillo Villar, « La responsabilidad del mandatario en el *mandatum incertum* », *RJN*, 2007, n° 62, p. 205.

832 A. Murillo Villar, « La responsabilidad del mandatario en el *mandatum incertum* », *RJN*, 2007, n° 62, p. 206.

2/ Les obligations des parties

529. Par la signature du contrat de gestion, les parties déterminent la procédure à suivre pour l'adoption des contrats ultérieurs qui définiront les obligations du gestionnaire et du bénéficiaire. Le contrat de gestion crée la situation juridique propice à la valorisation. Le cadre de celle-ci peut être défini de manière abstraite. Néanmoins, on comprend maintenant que la difficulté principale n'est pas la formation de ce contrat mais son exécution. Celle-ci est l'objet du chapitre relatif à la direction lors de l'exécution du contrat. Par conséquent, on se contentera de décrire brièvement le contenu du contrat de gestion.

Il faut distinguer les obligations du gestionnaire (a) de celles du bénéficiaire (b).

a) Les obligations du gestionnaire

530. Le gestionnaire doit examiner le patrimoine et ses possibilités d'évolution en tenant compte des souhaits du bénéficiaire, comme indiqué précédemment.

Il doit lui exposer la manière dont il compte, à l'aide de ses compétences, valoriser les biens. Ces éléments constituent, avec l'accord du bénéficiaire, la ligne directrice de la gestion.

Il a par ailleurs l'obligation de rechercher l'opportunité d'une action et bien entendu s'abstenir d'en accomplir une qu'il juge contraire à l'intérêt du bénéficiaire. Il rend compte de l'opportunité des actions qu'il a accomplies selon les modalités prévues par le contrat de gestion qui reprend les solutions indiquées précédemment. L'exécution du compte rendu sera étudiée dans le cadre du titre suivant.

Il convient maintenant de présenter succinctement les obligations du bénéficiaire.

b) Les obligations du bénéficiaire

531. Le bénéficiaire doit fournir les éléments qui permettent d'établir la ligne directrice de la gestion et recevoir le compte rendu relatif à l'opportunité des actions du gestionnaire.

Par ailleurs, il peut être utile de faire figurer dans le contrat de gestion l'obligation de ne pas s'immiscer dans celle-ci. Ceci relève de l'organisation et il a été vu que le droit positif n'était pas favorable à l'immixtion du bénéficiaire en ce qu'il imputait la responsabilité des actes accomplis à celui-ci, exception faite de certains régimes juridiques spécifiques. De ce fait, il n'est pas utile de

prévoir des sanctions à l'égard du bénéficiaire qui engage sa responsabilité. Ce rappel est effectué ici car c'est au stade de la rédaction du contrat de gestion qu'il faut songer à prévoir la prohibition contractuelle de l'immixtion. Cette interdiction relève des conditions de la valorisation qui doivent être déterminées par le contrat de gestion.

532. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que la direction avait pour objectif la poursuite de l'intérêt du bénéficiaire. Celui-ci a intérêt à ce que la gestion accroisse la valeur qu'il souhaite donner à ses biens. Elle comporte un aspect subjectif qui ne disparaît pas. Le bénéficiaire précise celui-ci lorsqu'il reçoit le compte rendu qui porte sur la direction contrairement à la reddition de compte qui porte sur l'organisation.

533. Cette section a montré que la direction ne se confondait ni avec les qualités substantielles, ni avec la finalité d'un bien. La valeur ne peut pas être définie de manière abstraite mais doit être saisie de manière intuitive. Il est possible de surmonter cette difficulté en droit français en relevant que le contrat de gestion crée une situation juridique.

Conclusion du Chapitre II

534. L'étude de la direction à la lumière des méthodes économiques confirme la nécessité d'envisager la valorisation dans la durée. Il faut en outre tenir compte de l'aspect subjectif de la valeur et ainsi d'encadrer la valorisation au moyen d'une situation juridique.

La direction n'a pas pour fonction d'assurer la continuité de la gestion, ceci relève du pouvoir d'organisation. Elle vise la poursuite de l'intérêt du bénéficiaire qui a l'avantage d'être défini objectivement et est aisément saisissable par le juriste de tradition romano-germanique habitué aux définitions abstraites et objectives. L'élément subjectif de la valeur ne disparaît pas puisqu'il est examiné lors du compte rendu de gestion.

Après la formation du contrat, il convient de s'intéresser à son exécution.

Conclusion du Titre I

La valorisation doit prendre en considération le temps et la personne du bénéficiaire. La gestion à titre habituel débute rarement *ex nihilo*, il faut tenir compte des rapports d'obligations noués antérieurement à la formation du contrat de gestion, de l'état du patrimoine et de son environnement. Le gestionnaire agit dans l'instant alors que la valeur se développe dans la durée. Ceci implique d'inscrire ses actions dans la durée, on y parvient grâce à la reddition de compte qui retrace l'ensemble de ces dernières. Il est ainsi possible d'établir la manière dont le gestionnaire a assuré la continuité de la gestion. Ceci relève du pouvoir d'organisation.

Outre le temps, la personne du bénéficiaire influe grandement sur la valorisation. La valeur est conférée par celui-ci, le gestionnaire contribue à sa réalisation — le terme est de Louis Lavelle — en mettant à profit sa compétence et son expérience. Il donne corps aux aspirations du bénéficiaire.

On s'aperçoit que la valeur comporte un élément objectif qui correspond à la matérialité des biens. Elle est aussi constituée d'un élément subjectif qui est d'autant plus difficile à encadrer qu'il se manifeste lorsque le bénéficiaire voit qu'il peut accroître la valeur en tenant compte d'une situation donnée. La nécessité de prendre appui sur le présent impose de ne pas spéculer sur l'avenir et de ne pas arrêter de résultat au stade de la formation du contrat de gestion. L'avenir est imprévisible et le gestionnaire obnubilé par le résultat à atteindre risque de ne pas appréhender convenablement les difficultés et les opportunités qui se présentent au cours de la gestion. Il convient d'examiner l'opportunité d'une action au moment où celle-ci est entreprise et non son résultat toujours plus difficile à prévoir.

L'appréciation de l'opportunité d'une action relève du pouvoir de direction. La valeur qu'il convient d'accroître se saisit de manière intuitive. Ceci explique l'efficacité des *trusts* et la gêne du juriste de tradition romano-germanique habitué aux définitions abstraites et objectives. Ce dernier doit s'abstenir de définir la valeur et encadrer le pouvoir de direction qui permet la poursuite de l'intérêt du bénéficiaire défini objectivement. L'élément subjectif de la valeur ne disparaît pas, il est examiné lors du compte rendu de gestion au cours de l'exécution du contrat.

Après avoir examiné les éléments qu'il faut avoir à l'esprit lors de la formation du contrat de gestion, il convient de s'intéresser à son exécution.

Titre II L'exécution du contrat

535. Il est nécessaire de veiller à la continuité de la gestion avant de s'interroger sur son orientation. C'est pourquoi, il convient d'étudier le pouvoir d'organisation (Chapitre I), avant de s'intéresser à celui de direction (Chapitre II). Le premier est relatif à l'accomplissement d'une action, le second à l'appréciation de l'opportunité de cette dernière.

Chapitre I L'organisation

536. L'organisation dans les rapports entre les parties peut être encadrée lors de la formation du contrat. Au cours de la gestion en revanche des liens parfois imprévus et de nature très diverse peuvent se nouer. Le gestionnaire joue un rôle central dans l'organisation de ces différents rapports en vue de valoriser les biens. Les rapports entre les parties et les tiers sont ceux qui unissent le gestionnaire aux tiers (Section I), d'une part et ceux qui lient le bénéficiaire aux tiers (Section II), d'autre part. Lors de l'étude de ces derniers, il est important d'examiner la responsabilité du rédacteur du contrat de gestion.

Section I Les rapports entre le gestionnaire et les tiers

537. L'ouverture d'une procédure collective au profit du gestionnaire influe sur ces rapports. Il est de ce fait important de les analyser en prenant en compte l'hypothèse du gestionnaire in bonis (A) puis celle où une procédure collective est ouverte à son égard (B).

Paragraphe I Les rapports entre le gestionnaire et les tiers en l'absence de procédure collective

538. L'ouverture d'une procédure collective fait apparaître plus clairement l'interdépendance des différents protagonistes. Il est désormais établi que la création de valeur repose sur l'instauration de liens de dépendance réciproque. Ceux-ci existent quel que soit l'état du débiteur. On songe aisément aux obligations nées d'un lien de subordination (A). Il faut examiner pareillement celles qui sont nées en l'absence de subordination (B).

A Les obligations nées d'un lien de subordination

539. Les obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers vont être étudiées (1) avant celles des tiers

à l'égard du gestionnaire (2).

1/ Les obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers

540. Ces obligations révèlent la dépendance du gestionnaire à l'égard des tiers (a). Les limites de celle-ci sont cependant incertaines (b).

a) La dépendance du gestionnaire à l'égard des tiers

541. Lors des développements précédents, il a été vu que la création de la valeur supposait l'instauration de liens de dépendance. La dépendance du distributeur à l'égard du fournisseur notamment a clairement été mise en évidence. Les développements qui suivent permettront de montrer que cette dépendance est réciproque.

La question de la dépendance du gestionnaire vis-à-vis du tiers est relativement délicate car le droit positif tend à différencier le faible du fort de manière abstraite. Ainsi le salarié est-il par exemple considéré comme une partie faible contrairement à l'employeur. Ceci tend à accroître la perception selon laquelle la dépendance est l'état de la partie faible dans sa relation à la partie forte.

De plus, la dépendance ne provient pas toujours d'un lien de subordination établie de manière formelle, elle est de ce fait difficile à déceler et l'influence de l'un des protagonistes est en général plus facilement caractérisée. On songe par exemple à celle qu'exerce le mandant dont les instructions déterminent la conduite du mandataire. Pourtant, il est indéniable que le second agit et que le premier est responsable à l'égard des tiers des actes accomplis par celui qu'il a mandaté. Le mandant dépend du mandataire dans le cadre de ses rapports avec les tiers. Ceci s'explique, comme indiqué précédemment, par l'imputation des actes de celui-ci sur le patrimoine de celui-là. Cette dépendance est effective et motive la recherche d'une technique de gestion à titre habituel qui ne repose pas exclusivement sur le mandat de droit commun. Dans le cas de celui-ci, le contrat rend la dépendance perceptible. Cependant, l'autorité par laquelle une personne donne des ordres à une autre repose souvent sur un fondement incertain. Cette situation peut relever d'un lien de préposition qui en matière de responsabilité civile délictuelle relève de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil. À ce sujet, M. Mazeaud rappelle qu'un arbitre indépendant engage la responsabilité de sa fédération du fait de ses actes sur le fondement dudit article.⁸³³ L'étude de la théorie du collaborateur occasionnel du service public permet également de constater que, comme le souligne Mme Gaté, un

⁸³³ D. Mazeaud, « Autorité du commettant et responsabilité : approche de droit civil », *Lamy Droit Civil*, 2008, n° 51 (supplément), p. 33n° 14, p. 36 Confer également J. Mouly, note sous Cass. 2e civ., 5 oct. 2006, n° 05-18.494, D. 2007, p. 2004. La note et l'arrêt sont cités par M. Mazeaud.

individu peut être le collaborateur occasionnel d'un autre service que celui qui lui a demandé d'intervenir. Ainsi la veuve d'un agent de l'État décédé alors qu'il portait assistance à une skieuse dans le cadre d'un service communal de secours en montagne n'est-elle pas fondée à demander la réparation de son préjudice à l'État.⁸³⁴

La subordination est aussi une caractéristique du contrat de travail. À ce sujet, la Cour de cassation rappelle que le gestionnaire qui dirige les salariés est employeur de fait.⁸³⁵ C'est entre lui et le salarié que se crée le lien de subordination qui est le critère de qualification du contrat de travail. Le salarié doit donc réclamer son indemnité de rupture à son employeur, c'est-à-dire au gestionnaire.⁸³⁶

Par ailleurs, le célèbre arrêt Costedoat⁸³⁷ arrêt relatif à l'épandage d'un produit herbicide par voie aérienne par un préposé permet de mettre en évidence la dépendance du gestionnaire vis-à-vis des tiers préposés à certaines fonctions. Le propriétaire du champ voisin subit un préjudice du fait de l'épandage du produit herbicide par le préposé en raison d'un fort vent qui transporte une partie du produit sur celui-ci. La Cour de cassation écarte la responsabilité du préposé en relevant que celui-ci n'a pas agi en dehors de ses fonctions. Cet arrêt d'Assemblée plénière s'inscrit dans une évolution jurisprudentielle sur laquelle beaucoup de choses ont été écrites et qui a notamment été ponctuée par un autre arrêt de cette formation solennelle rendu le 19 mai 1988⁸³⁸. La Cour de cassation avait alors précisé que le commettant n'était pas responsable des actes commis par le préposé dès lors que celui-ci avait « agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions ». Examiner l'évolution de la jurisprudence permet de s'apercevoir de la dépendance du commettant à l'égard des préposés. Le gestionnaire, dès lors qu'il est commettant, aura toutes les chances de voir sa responsabilité reconnue sur le fondement de l'article précité du Code civil. Il en est de même pour un établissement de soins, commettant du médecin auquel on attribue pourtant une certaine indépendance dans l'exercice de son art. La jurisprudence fait aujourd'hui peu de cas de l'indépendance du médecin alors qu'elle y était davantage attachée par le passé.⁸³⁹

On objectera que l'action en garantie de l'assureur du commettant contre le préposé est quant à elle

834 J. Gaté, « Le lien de préposition révélé : collaborateur occasionnel du service public et responsabilité », *Lamy Droit Civil*, 2008, n° 51 (supplément), p. 58 Confer également C.E., 3e et 5e sous-sections réunies, 19 mars 1982, Mme Ranchoup cité par l'auteur.

835 Cour de cassation, Chambre sociale, 13 novembre 1996, n° 94-13.187 ; Ch soc. 16 janvier 2008, n° 07-40.055, Note S. Béal, C. Terrenoire, *J.C.P. E*, n° 30, 24 juillet 2008, p. 30 et suivantes.

836 Cour de cassation, Chambre sociale, 16 novembre 1995, n° 92-42.086.

837 Cass. Ass. plén. 25 février 2000, n° 97-17.387 et 97-20.152, D. 2000, jurispr. p. 673, note Brun ; RTD civ. 2000, p. 582, obs. Jourdain ; JCP G 2000, I, 10295, concl. Kessous, note Billiau ; JCP G 2000, I, 241, n° 16 et s., obs. Viney ; Gaz. Pal. 2000, 2, p. 1462, note Grimaldi.

838 n° 87-82654.

839 Confer sur ce point C. Riot, « L'exercice « subordonné » de l'art médical », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 111

toujours possible.⁸⁴⁰ Toutefois, la possibilité d'un recours en garantie du commettant contre le préposé confirme l'existence d'une dépendance du premier à l'égard du second. Sans celle-ci, la question de ce recours ne se poserait pas puisque le commettant ne courrait pas le risque de voir sa responsabilité engagée. Le contrat d'assurance en cas de responsabilité civile du commettant permet justement de prendre en compte le risque qu'engendre cette situation de dépendance.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'une discothèque était responsable en tant que commettant des violences commises par les « videurs » alors qu'il s'agit d'une infraction intentionnelle pour laquelle ceux-ci ont été condamnés.⁸⁴¹ On note un cas dans lequel la responsabilité du commettant a été écartée du fait d'une agression sexuelle commise par un préposé sur un collègue de travail. La Haute juridiction confirme l'arrêt de la Cour d'appel qui relève que, « si l'infraction a été commise dans les locaux de ces sociétés, sur le lieu de travail de son auteur et de la victime, le premier a agi en dehors de ses fonctions de dessinateur, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ».⁸⁴² On retrouve ici la formule de l'arrêt d'Assemblée plénière de 1988. Toutefois, dans la grande majorité des cas, la responsabilité du commettant est retenue. Un arrêt rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation précise que l'employeur d'un professeur de musique qui agresse sexuellement ses élèves pendant ces heures de cours est civilement responsable. L'autorité dévolue au professeur de musique sur ses élèves peut sans doute expliquer que l'on considère que ces agissements engagent la responsabilité du commettant.⁸⁴³ Dans l'affaire précédente, le préposé n'avait certes aucune autorité sur son collègue. Il est cependant incontestable que la définition posée en 1988 a été grandement assouplie.

542. En outre, la question de la dépendance et en particulier de l'une de ses manifestations, à savoir la subordination, transcende les catégories juridiques.⁸⁴⁴

Ainsi a-t-il été jugé que le fait qu'un employé de banque ait commis une faute dans l'exécution d'un mandat conclu avec des clients de celle-ci n'était pas de nature à exclure la responsabilité de la banque du fait du lien de préposition. La seule condamnation de l'employé pour abus de confiance ne permet pas de conclure que celui-ci a agi hors du cadre de ses fonctions.⁸⁴⁵ Ici, la subordination

840 Confer par exemple Cass., Civ. I, 12 juillet 2007, n° 06-12.624 et 06-13.790, note P. Jourdain, RTD Civ. 2008 p. 109 ; P. Jourdain, Ph. Brun, chronique D. 2008, p. 2984 et suivantes ; note X Leducq, *Gaz. Pal.*, 4 mai 2008, n° 125, p. 19 et suivantes ; Ch. Byk, chronique J.C.P. G, 26 mars 2008, p. 19 et suivantes ; note J.-F. Barbiéri, *LPA*, 12 décembre 2007, p. 16 et suivantes.

841 Cass., Civ. II, 12 mai 2011, n° 10-20.590, note Ch. Radé, Responsabilité civile et assurances, juillet 2011, p. 18 et s.

842 Cass., Crim., 30 janvier 2007, n° 06-83.405.

843 Cass., Civ. II, 17 mars 2011, n° 10-14.468.

844 Afin d'illustrer l'intérêt pour la dépendance par-delà la subordination, on relèvera les interrogations récentes concernant l'encadrement par le droit du travail de la situation des travailleurs indépendants. Confer notamment P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008.

845 Cass., Civ. II, 8 mars 2012, n° 11-12.805.

établie par le contrat de travail est relevée par les juges en matière de responsabilité civile car l'employé a commis cette infraction intentionnelle sur son lieu et durant ses heures de travail. D'autres affaires ne permettent pas de cerner convenablement cette subordination.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la qualité de président du conseil d'administration exclut celle de préposé de la société au sens de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil.⁸⁴⁶ En dehors du président du conseil d'administration, l'action en responsabilité civile à l'encontre des dirigeants sociaux a-t-elle pour fondement la responsabilité générale du fait de l'homme ou la responsabilité du fait des préposés ? La Cour de cassation s'est récemment prononcée en faveur du second fondement.⁸⁴⁷ M. Jourdain estime que ce revirement de jurisprudence réduit le dirigeant à un organe social tandis que la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil permet de considérer que le dirigeant est l'incarnation de la personne morale.⁸⁴⁸

Si le fondement de la responsabilité d'une personne du fait des actes accomplis par un individu dont elle dépend est variable, la dépendance est constante ; s'engager, c'est dépendre.

Après avoir vu à quel titre le gestionnaire pouvait engager sa responsabilité à l'égard des tiers qui lui sont subordonnés, il convient d'examiner les limites incertaines de cette responsabilité.

b) Les limites incertaines de la responsabilité du gestionnaire à l'égard des tiers

543. Lorsque le préposé a agi dans les limites de ses fonctions, le commettant ne dispose pas d'action récursoire à son encontre. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a en effet récemment énoncé que le commettant ne pouvait pas être subrogé dans les droits de la victime indemnisée.⁸⁴⁹ Il semble néanmoins que la faute lourde en droit du travail vienne limiter l'étendue de la responsabilité du commettant à l'égard des tiers. En l'espèce, un salarié non-cadre d'une banque passe des ordres au nom d'une cliente sans autorisation. Poursuivi pour abus de confiance, il est relaxé car ni l'intention de nuire, ni la recherche de l'enrichissement personnel n'ont été établies. Les juges ont considéré qu'en l'espèce il n'y avait pas de faute lourde, la banque a par conséquent été déclarée seule responsable du préjudice subi par sa cliente.⁸⁵⁰ Peut-on penser à la suite d'une lecture *a contrario* de cette décision que si la faute lourde avait été établie la responsabilité de la banque

846 Cass., Crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307.

847 Cass., Civ. II, 15 mai 2008, n° 06-22.171.

848 P. Jourdain, « La société responsable du fait de son gérant sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5 : un retour en arrière (Civ. 2e, 15 mai 2008, Boiteux c/ société Les Zelles, n° 06-22.171, FS-P+B) », *R.T.D.Civ.*, 2008, p. 680.

849 Cass., Civ. II, 20 décembre 2007, n° 07-13403, note S. Carval, n° 3, RDC, p. 747.

850 CA Besançon, 7 mai 2008, n° 07/00402.

aurait été écartée ? Rien n'est moins certain car la même Chambre a déjà jugé que l'employeur était responsable des détournements de fonds commis par son employé sur son lieu de travail. En l'espèce, l'employé a accompli des opérations qu'il n'accomplissait pas habituellement, sur un matériel de la compagnie d'assurances que l'employeur n'avait pas mis à la disposition du salarié et sur lequel son employeur n'avait aucun contrôle. La Cour de cassation devait décider si les opérations litigieuses étaient accomplies par le préposé dans le cadre de ses fonctions, au sens de l'article 1384, alinéa 5. La réponse de celle-ci est affirmative, la décision en sens contraire des juges du fond est cassée.⁸⁵¹

La jurisprudence qui n'a cessé d'étendre le domaine de la responsabilité du commettant⁸⁵² ne permet pas d'en définir les limites avec précision. De plus, l'absence de subrogation possible du commettant dans les droits de la victime indemnisée entraîne l'immunité du préposé ayant agi dans le cadre de ses fonctions.

Après avoir étudié les obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers, il faut examiner celles des tiers à l'égard du gestionnaire.

2/ Les obligations des tiers vis-à-vis du gestionnaire

544. Le droit civil positif permet l'immunité du tiers subordonné (a). Cette tendance est critiquable car elle ne distingue pas entre dépendance et subordination (b).

a) L'immunité du tiers subordonné

545. M. Delebecque considère que l'immunité de principe du préposé ayant agi dans le cadre de ses fonctions relevée par l'arrêt Costedoat n'est pas opportune.⁸⁵³ En l'espèce, le pilote d'hélicoptère disposait de compétences particulières. Celle-ci aurait pu permettre au préposé de vérifier la force du vent avant de décoller et d'épandre le produit herbicide. Le commentateur estime que la jurisprudence pourrait distinguer selon les compétences requises pour l'accomplissement d'un acte. L'étendue de l'immunité du préposé serait restreinte à mesure que le niveau de qualification requis du préposé augmenterait. Le gestionnaire est dépendant de tiers plus ou moins qualifiés et il est possible d'admettre que le tiers qualifié supportera la responsabilité de ses actes en raison de ses

⁸⁵¹ Cass., Civ. II, 19 juin 2003, n° 01-02950, note P. Jourdain, RTD Civ., n° 4, p. 740.

⁸⁵² Pour un historique retraçant l'évolution de cette jurisprudence, confer Ch. Radé, V° Droit à réparation — Responsabilité du fait d'autrui — Responsabilité des commettants, *Juris Classeur Civil Code*, Fasc. 143, n° 41 et suivants.

⁸⁵³ Ph. Delebecque, « L'immunité du préposé. Observations au sujet de l'arrêt d'Assemblée plénière du 25 février 2000 », *D.*, 2000, p. 467.

qualifications. Cet arrêt permet de montrer la dépendance du gestionnaire à l'égard du préposé agissant dans le cadre de ses fonctions. Elle est nettement perceptible du fait de l'immunité reconnue par la jurisprudence aux tiers subordonnés dans ce cas de figure.

On pourrait estimer que l'analyse qui est menée maintenant ne concerne pas la gestion à titre habituel en ce que l'épandage d'un herbicide sur un champ est un acte qui relève davantage de la gestion à titre ponctuel. Elle serait de ce fait sans rapport avec la dépendance dont les liens se tissent dans la durée afin de créer de la valeur. Il n'en est rien. L'action qui consiste à épandre un herbicide peut être encadrée par un contrat à exécution instantanée. Le contrat a toutefois été conclu afin d'éradiquer les mauvaises herbes, autrement dit, d'assurer la continuité de l'exploitation du terrain. La conclusion d'un tel contrat relève du pouvoir d'organisation. Or, il a été vu précédemment que celui-ci permettait d'inscrire l'instant dans la durée. La valorisation du terrain suppose l'accomplissement de certaines actions qui se succèdent au fil du temps. Lors de la reddition de comptes, les actes qui relèvent du pouvoir d'organisation sont pris en compte et permettent de retracer la valorisation du terrain dans la durée notamment en approuvant le compte de gestion. Par conséquent, il importe peu en l'espèce de savoir si l'arrêt sur lequel le raisonnement s'appuie est un contrat à exécution instantanée. Ceci conforte l'analyse selon laquelle la valeur se conçoit dans la durée et que lorsque le gestionnaire conclut un contrat d'exécution instantanée avec un tiers, comme en l'espèce, il le fait en usant de son pouvoir d'organisation en valorisant le bien dans la durée au moyen notamment de l'instauration de liens de dépendance vis-à-vis de tiers. Il est inutile d'envisager le caractère habituel ou ponctuel de la gestion lorsqu'il est question des relations qui unissent le gestionnaire au tiers.

Maintenant qu'il a été vu que le principe de l'immunité du préposé ne remettait pas en cause la dépendance qui s'instaurait entre le tiers et le gestionnaire en vue de créer de la valeur, il convient de voir si, contrairement à ce qui vient d'être dit, certains professionnels ne seraient pas indépendants de par leur activité. Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de revenir sur la distinction entre dépendance et subordination.

b) La distinction entre dépendance et subordination

546. Ce point de vue est défendu notamment par M. Riot qui estime qu'une dépendance absolue du tiers est incompatible avec l'exercice de la médecine contrairement à d'autres activités.⁸⁵⁴ L'argument porte sur la dépendance du médecin à l'égard de l'établissement de soins. L'arrêt qui

⁸⁵⁴ C. Riot, « L'exercice « subordonné » de l'art médical », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 111.

vient d'être étudié montre que la relation entre le gestionnaire et le tiers subordonné repose sur une dépendance réciproque. Le cas du médecin est intéressant en ce qu'il amène à s'interroger sur la possibilité d'une relation de dépendance entre un professionnel exerçant une certaine activité et le gestionnaire. On pense à la lecture de cet article aux débats similaires qui ont eu lieu au sujet du statut des avocats dont il a précédemment été question. Le rapprochement entre le médecin et l'avocat est évident. De même qu'à Rome les orateurs auxquels on ne songe plus aujourd'hui étaient auréolés de prestige, les avocats et médecins exercent une activité traditionnellement considérée comme libérale et noble. Il en est de même d'autres professions juridiques dont le prestige est équivalent en ce qu'elles reposent sur le droit de donner des consultations juridiques ou d'être jurisconsulte, quelle que soit la profession exercée par le juriste. Aujourd'hui comme hier, plus le prestige de la fonction est grand, moins la dépendance est admise. Au-delà du statut juridique se pose la question du statut social de celui qui exerce ces fonctions. L'immunité du préposé fait apparaître plus clairement cette situation de dépendance du gestionnaire à l'égard de son préposé mais elle n'est pas la cause de celle-ci. Celui qui fait appel à un professionnel afin que soit épandu un produit herbicide sur un champ est de toute manière dépendant d'un tiers pour la valorisation de son champ, le principe de l'immunité du préposé n'atténue pas la dépendance, il ne fait que modifier l'étendue de la responsabilité du commettant et du préposé.

547. Après avoir vu que le droit civil posait le principe de l'immunité du tiers subordonné ayant agi dans les limites de ses fonctions, il a fallu vérifier si les décisions de justice énonçant cette immunité pouvaient être aisément cernées par la distinction entre organisation et direction en matière de gestion de biens à titre habituel. Il a été montré que la jurisprudence concernait des actions permettant d'assurer la continuité de la gestion et que les actes accomplis dans le cadre de celui-ci engageaient la responsabilité du gestionnaire exerçant son pouvoir d'organisation. Cette partie au contrat de gestion se trouve dans une situation de dépendance à l'égard des tiers en vue de valoriser les biens. Il apparaît maintenant que si l'immunité d'origine prétorienne du préposé rend cette dépendance plus visible, elle n'en est pas la cause. La facilité que l'on a à admettre la subordination d'une personne relève de la culture et non de la technique juridique. En revanche, l'analyse de la responsabilité du fait des préposés sous un angle technique est pertinente. Les développements qui précèdent montrent que l'immunité du préposé n'affecte en rien la dépendance du gestionnaire commettant à l'égard du tiers, elle n'a d'effet que du point de vue de la responsabilité.

Suite à l'étude des obligations nées d'un lien de subordination, il est intéressant d'analyser celles qui existent en l'absence de subordination.

B Les obligations nées en l'absence d'un lien de subordination

548. Il convient d'étudier à nouveau les obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers (1) avant celles des tiers vis-à-vis du gestionnaire (2).

1/ Les obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers

549. Il est intéressant de distinguer les rapports entre le gestionnaire et la société (a) des liens qui unissent le gestionnaire à ses associées (b).

a) Le gestionnaire et la société

550. Les rapports entre le gestionnaire et la société concernent les rapports de la société vis-à-vis des tiers, d'une part et les rapports entre le gestionnaire associé d'une société et les coassociés, d'autre part.

L'étude des rapports entre la société et le tiers est intéressante à double titre. Le gestionnaire peut être l'associé d'une société ; il entretient en ce cas des rapports avec les tiers dans le cadre de sa gestion en même temps qu'il est lié à ses associés par le contrat de société. Les développements qui suivent ne sont pas sans rappeler ceux qui ont précédé. En effet, qu'il s'agisse d'un acte accompli par un préposé ou par un associé, il est intéressant de se demander si celui-ci peut entraîner la responsabilité du commettant ou de la société. Ainsi, en matière de droit des sociétés, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que n'avait pas commis de faute détachable susceptible d'engager sa responsabilité personnelle le dirigeant d'une société de sous-traitance qui a fourni une attestation mensongère indiquant qu'il était le propriétaire des chaudières en vue d'obtenir un paiement de la part du maître de l'ouvrage.⁸⁵⁵ Il y eut une évolution notable le 20 mai 2003, à l'occasion d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. D'après celui-ci, engage sa responsabilité personnelle le dirigeant qui cède à un tiers une créance déjà cédée antérieurement en ce qu'il commet une faute intentionnelle, « d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ». Ces critères sont ceux qui guident encore aujourd'hui la jurisprudence. Il n'est bien sûr pas question dans le cadre de cet ouvrage de reprendre l'ensemble des travaux les analysant. On se contentera simplement d'identifier les lignes de force qui structurent la jurisprudence afin de permettre à ceux qui s'intéressent à la gestion de mesurer l'étendue de la responsabilité des dirigeants sociaux.

⁸⁵⁵ Cass., Com., 28 avril 1998, n° 96-10.253.

Dans certains cas, la jurisprudence retient la responsabilité personnelle du dirigeant de manière certaine. Dans d'autres, il n'est pas toujours possible de se prononcer avec autant de certitude.

551. Les faits qui sont susceptibles d'être qualifiés de façon certaine de faute détachable entraînant la responsabilité personnelle du dirigeant peuvent à nouveau être classés en deux catégories.

La première est celle où le dirigeant a enfreint des dispositions ou des règles spécifiques. Lorsque le dirigeant enfreint une norme à caractère pénal il commet une faute détachable de ses fonctions. Le fait constitutif d'une infraction intentionnelle consistant à ouvrir un chantier sans souscrire d'assurance correspondant à la garantie décennale constitue une faute séparable.⁸⁵⁶ Il en est de même du fait de porter à la connaissance du public des informations inexacts sur la situation financière d'une société de nature à tromper les investisseurs.⁸⁵⁷

Au pouvoir normatif du législateur est venu s'ajouter le pouvoir créateur du juge. Celui-ci interprète parfois très strictement certaines normes afin d'obérer une partie. Étant donné que le banquier a l'obligation de vérifier les pouvoirs de ceux qui consentent des garanties, il est logique que celui-ci ne puisse pas rechercher la responsabilité personnelle du dirigeant qui omet de vérifier ses pouvoirs lors de la signature d'une garantie bancaire au nom de la société et commet une faute non détachable de ses fonctions. L'intérêt personnel du dirigeant au renouvellement de la garantie est indifférent.⁸⁵⁸ En outre, le fait pour le cédant de ne faire figurer, ni dans l'acte de cession, ni dans le bilan de celle-ci, la charge qui résulte de l'indemnité de fin d'activité très élevée à laquelle le cédant aura très probablement droit compte tenu de la réglementation du secteur automobile est une faute détachable.⁸⁵⁹ Il est également possible de citer à titre d'exemple le cas de l'employeur qui commet une faute personnelle qui consiste à ne pas informer le salarié du fait que le véhicule qu'il conduisait n'était pas assuré par la société.⁸⁶⁰ La volonté de protéger le préposé victime implique cette solution. En revanche, il a été jugé que constituait une faute détachable le fait de livrer une marchandise sans prendre de garanties financières, contrairement aux recommandations des associés de la société.⁸⁶¹ Cette solution s'explique aisément. En effet, lorsque la protection normative ou jurisprudentielle d'une partie disparaît, le dirigeant doit de nouveau se montrer prudent. En l'espèce, la solution paraît particulièrement opportune en ce qu'elle permet de rechercher directement la responsabilité du

856 Cass., Com., 28 septembre 2010, n° 09-6625.

857 Cass. Com., 24 novembre 2009, n° 08-21369.

858 CA Paris, 3 avril 2008, n° 06/10863.

859 CA Besançon, 2 décembre 2003, n° 03/01616.

860 Cass. Com., 4 juillet 2006, Bull. n° 879.

861 CA Rouen, Chambre 2, 3 mai 2007, n° 06/01872.

dirigeant imprudent plutôt que de condamner indifféremment tous les associés, même ceux qui se sont montrés prudents, à la contribution à la dette.

552. La seconde catégorie de cas de figure dans lesquels le dirigeant voit sa responsabilité personnelle retenue de façon certaine est celle où il a porté atteinte à un tiers ou à la société en vue de satisfaire un intérêt personnel. Le gérant d'une station-service qui dissimule les signes distinctifs du fournisseur afin de vendre le carburant d'un concurrent commet une faute détachable en s'appropriant le fonds de commerce de son cocontractant.⁸⁶² Dans une autre affaire, des cocontractants ont recherché la responsabilité personnelle de dirigeants sociaux en affirmant que ceux-ci avaient agi d'une façon qui a vicié leur consentement à un contrat en entretenant leur croyance au sujet de la solvabilité de la personne morale. La Cour rejette ces prétentions en estimant que les dirigeants sociaux ont agi de la sorte dans l'intérêt de leur société.⁸⁶³ *A contrario*, cela signifie que lorsque certains des agissements présentent un caractère dolosif ou visent à satisfaire l'intérêt personnel du dirigeant, sa responsabilité personnelle est engagée.

Après avoir vu les deux catégories de faits susceptibles de revêtir la qualification de faute détachable des fonctions et ainsi d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant, il convient d'examiner les situations dans lesquelles la solution quant à la responsabilité personnelle du dirigeant est incertaine.

553. Le premier cas de figure est celui dans lequel le dirigeant cède des droits inexistantes ou produits des attestations mensongères. Comme il a été indiqué plus haut, la jurisprudence de la Cour de cassation s'est durcie à l'égard du dirigeant. Si en 1998, la production d'une attestation mensongère n'engageait pas la responsabilité personnelle du dirigeant, en 2003, la Haute juridiction a reconnu la responsabilité personnelle du dirigeant qui avait cédé une créance déjà cédée antérieurement. En 2008, la Chambre commerciale réaffirme cette position et juge que commet une faute séparable le dirigeant qui cède une sous-licence d'un brevet qui a été rejeté. M. Le Cannu annotant la décision estime que cette solution n'est pas justifiée dans la mesure où le dirigeant n'a pas commis en l'espèce une faute d'une exceptionnelle gravité. D'après lui, les contractants devaient se renseigner.⁸⁶⁴

En rapprochant cette décision avec celle précitée du 13 décembre 2005 dans laquelle un dirigeant avait entretenu la croyance du cocontractant au sujet de la solvabilité de la société, on s'aperçoit que la production d'attestation mensongère est sanctionnée contrairement à la présentation habile du

862 Cass., Com., 8 février 2005, n° 02-18.017.

863 Cass. Com., 13 décembre 2005, n° 04-11020, note B. Fages, *RTD Civ.* 2005, p. 563.

864 P. Le Cannu, « Note sous Cass. Com., 28 février 2008 », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, n° 8, p. 657.

contrat lors des négociations.

554. À ce sujet, il est intéressant de noter d'un point de vue pratique que lorsque celles-ci sont menées en plusieurs langues, il est parfois difficile d'établir le caractère mensonger des informations contenues dans les documents contractuels en raison de la difficulté relative à la traduction. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles illustre parfaitement ce problème.⁸⁶⁵ Il s'agit en l'espèce de négociations en vue de la cession d'une société. De nombreux documents sont produits en anglais et en français et précisent que seule la version française oblige les parties. L'acquéreur néerlandais estime que le cédant français a produit des attestations mensongères sur l'état de la société et que certains échanges en anglais contenaient des informations différentes de celles contenues dans les documents en français. Le cédant pense que la traduction française proposée par l'acquéreur néerlandais des documents en anglais est mensongère. Le juge considère que seule la version française oblige les parties et que si le cédant a l'obligation de fournir des informations, l'acquéreur doit se renseigner en recherchant au moins des informations sur la situation financière de la société. Il apparaît très clairement à la lecture de cet arrêt que le cédant français a maîtrisé davantage la relation contractuelle que son cocontractant néerlandais. Il a été vu qu'une relation ne surgissait pas du néant et qu'il fallait de ce fait faire extrêmement attention à l'ensemble des documents produits en s'assurant de sa cohérence. La partie française a défini le cadre des négociations de manière très avantageuse ; elle a su donner de l'importance aux éléments en français qui lui étaient favorables et écarter tous les autres par le biais d'une simple clause de choix de la langue en les reléguant au rang de bruit de fond de la relation contractuelle. La partie néerlandaise a contribué à la production de documents en anglais vraisemblablement multiples et non hiérarchisés de sorte qu'il était plus difficile pour le juge de saisir la substance de ceux-ci que des documents français qui paraissaient structurer la relation contractuelle. Le cédant a inscrit les différents éléments produits en français dans la durée afin de fournir au juge un ensemble cohérent tandis que le Néerlandais a par le biais de différents échanges demandé des informations complémentaires, sans se préoccuper suffisamment de l'efficacité juridique de sa production. Il ressort de ce qui précède que la partie qui maîtrise davantage la relation contractuelle en l'inscrivant dans la durée aura plus facilement gain de cause. Elle est moins exposée au risque de voir sa relation contractuelle réexaminée si ce n'est requalifiée par le juge. Le caractère mensonger d'une affirmation doit être indubitable et substantiel, en particulier dans le cadre de relations multilingues, sans quoi il ne pourra être établi lorsque l'adversaire présentera la relation litigieuse de manière plus cohérente.

Maîtriser la cohérence d'un ensemble non fini tel qu'une relation contractuelle en cours de

⁸⁶⁵ CA Versailles, 7 juin 2007, n° 05/09460.

développement n'est pas chose aisée, c'est un fait. Il n'y a cependant aucune raison de se trouver dépourvu devant cette difficulté car la cohérence est souvent appréciée *a posteriori* par le juge lorsqu'il doit statuer sur des éléments appartenant au passé. C'est pourquoi il est important de tenter de garder à l'esprit non pas les effets possibles d'un acte ou d'un fait juridique à venir mais la manière dont l'acte ou le fait présent s'inscrit dans la continuité de la relation contractuelle au regard des circonstances passées et présentes qui sont déjà connues des parties. Cette exigence de constance qui doit animer la personne impliquée dans une relation non finie influe sur la cohérence de celle-ci une fois finie. Hormis la difficulté liée à l'appréciation du caractère mensonger des informations fournies à une partie, à l'exécution d'une décision, il apparaît que les juridictions retiennent fréquemment la responsabilité personnelle du dirigeant en cas de production d'attestations mensongères ou de cession de droits inexistantes.

555. Il est intéressant d'étudier maintenant le second cas de figure de sanction incertaine du dirigeant au moyen de l'engagement de sa responsabilité personnelle. Il faut ici accorder une grande attention aux faits d'espèce. Ceci ne permet pas d'établir de manière certaine une règle abstraite. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 2 décembre 2008 un arrêt au sujet d'une affaire dans laquelle le dirigeant d'une société-mère négocie avec des investisseurs afin que ceux-ci investissent dans une filiale à l'occasion de l'augmentation de capital de celle-ci. Les investisseurs pensent que l'exploitation pétrolière sur laquelle portera l'investissement est en cours de développement alors que les droits d'exploitation du gisement cubain viennent seulement d'être acquis. L'investissement qui leur est demandé ne suffit pas à l'exploitation. Le demandeur au pourvoi se place sur le terrain de la réticence dolosive afin que soit engagée la responsabilité personnelle du dirigeant et affirme que sa croyance était légitime et qu'il n'était pas tenu de se renseigner davantage. Conformément à ce qui vient d'être relevé, l'argument n'a pas convaincu étant donné que les documents contractuels étaient précis et clairs, le fait de présenter la réalité d'une situation sous un jour meilleur ne constituait pas un dol, n'avait pas pour but la satisfaction de l'intérêt personnel des dirigeants. Ceci montre que la jurisprudence accorde beaucoup d'importance aux documents contractuels qui représenteraient d'après celle-ci plus fidèlement la réalité de la relation contractuelle qu'au déroulement de la relation en elle-même. Il subsiste tout de même une part d'incertitude liée à l'appréciation des faits au travers notamment de l'exercice de définition auquel se livre le juge du droit lorsqu'il décide de reconnaître l'existence d'une faute susceptible d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant.

556. La confrontation des situations dans lesquelles la responsabilité personnelle du dirigeant est reconnue de manière certaine à celles dans lesquelles elle est reconnue de manière incertaine

permet de comprendre que la jurisprudence veille particulièrement à la protection des parties réputées faibles ainsi qu'à la préservation des intérêts de la société. Pour ce qui est des cas de figure dans lesquels la sanction demeure incertaine, l'incertitude provient surtout de l'impossibilité de rendre précisément compte de manière abstraite de situations concrètes au sein desquelles l'appréciation des faits prédomine. Il est en effet très difficile de définir avec précision une notion dont le caractère flou apparaît de manière très nette, à savoir l'éthique des affaires. Cette expression tient de l'oxymore. On peut être en effet surpris de la juxtaposition de l'éthique faisant référence à des principes abstraits à la pratique concrète des affaires. L'éthique des affaires est l'ensemble des pratiques admises par ceux qui connaissent le monde des affaires et qui partagent une même culture juridique. La connaissance de ces pratiques relève de l'expérience et n'a rien d'abstrait. Afin de s'en convaincre, il suffit de tenter de définir l'éthique des affaires d'une manière abstraite et nécessaire à l'appréciation des cas d'espèce. L'appréciation de la licéité d'un comportement ne dépend pas de la définition d'une quelconque éthique mais le plus souvent de concepts du droit commun des contrats tels que le dol ou plus généralement le consentement libre et éclairé. L'examen par le juge de la formation d'un contrat en fonction de son expérience du monde des affaires suffit. Ainsi a-t-il été précédemment vu que le juge a considéré qu'un professionnel de l'exploitation pétrolière ne pouvait invoquer le dol pour se délier des obligations nées d'un contrat qui précisait clairement la situation du gisement. Cette décision illustre par ailleurs le fait que l'argument du vice du consentement est régulièrement utilisé en droit français par les parties qui souhaitent se désengager d'une relation d'affaires sans avoir à supporter les conséquences de la rupture.

Il apparaît à la suite de cette analyse que la gestion sans représentation est déjà encadrée par le droit. L'influence du juge apparaît ici de manière très nette ; lorsqu'il souhaite privilégier la victime, il étend le domaine de la responsabilité du commettant, lorsqu'au contraire, il souhaite distinguer entre la personne morale et son dirigeant, il fait droit à la demande fondée sur la responsabilité personnelle de celui-ci, même s'il le fait parfois de manière incertaine.

Les relations entre le gestionnaire et les tiers dans le cadre d'une société ne se limitent pas aux rapports entre le gestionnaire associé et les tiers au contrat de société mais également les relations entre les gestionnaires et ses associés.

b) Le gestionnaire et les coassociés

557. La question qui se pose ici est celle de la responsabilité sociale de l'associé. Il faut ici distinguer entre la réparation du préjudice subi par la société, d'une part et le préjudice de l'associé

gestionnaire, d'autre part. Le second sera étudié ultérieurement dans le cadre de l'étude des obligations des tiers vis-à-vis du gestionnaire.

En ce qui concerne le premier, il est utile de rappeler que la société en commandite est gérée par deux catégories d'associés. Les commandités sont responsables en nom collectif et peuvent accomplir des actes à l'égard des tiers tandis que les commanditaires ne peuvent faire d'actes de gestion externe, ils ne sont responsables qu'à hauteur de leurs apports en capital. Si un commanditaire accomplit ce type d'actes, il est responsable sur son patrimoine personnel.⁸⁶⁶ Ceci a l'avantage de préserver les droits du tiers en lui octroyant la possibilité d'intenter un recours à l'encontre de tout associé qui se serait obligé envers lui. Cette particularité des sociétés en commandite permet d'organiser les rapports entre les propriétaires du capital et ceux qui sont chargés de valoriser l'entreprise commune. En dehors du cas particulier des commandites, les dirigeants sociaux ont la capacité d'agir en justice au nom de la personne morale et engagent la responsabilité de celle-ci. Il est possible de citer à titre d'exemple le directeur général d'une société anonyme. Les dirigeants sociaux, lorsqu'ils agissent au nom de la société, exercent une action que l'on appelle *ut universi*. Il est intéressant de voir que d'autres associés peuvent également dans certains cas de figure agir au nom de la société en exerçant l'action *ut singuli*.

Un important arrêt rendu le 12 décembre 2000 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation précise que le fait qu'un dirigeant social intente une action *ut universi* sur le même fondement que celle d'un actionnaire ne suffit pas à rendre irrecevable l'action *ut singuli* de ce dernier. Un arrêt rendu par la même Chambre le 16 décembre 2009⁸⁶⁷ contribue à la jurisprudence dans laquelle s'inscrit l'arrêt de 2000 en énonçant que, si l'action est subsidiaire, le fait que les dirigeants sociaux n'intentent pas d'action *ut universi* ne suffit pas à rendre irrecevable l'action *ut singuli*. M. Constantin annotant l'arrêt de 2000 fait remarquer que l'action est peu utilisée en raison de trois facteurs dissuasifs. Le premier est le coût d'une procédure judiciaire, le second provient du risque pour le demandeur de devoir supporter une action à son encontre afin de voir sa responsabilité engagée pour procédure abusive et le troisième et non le moindre tient au fait que l'indemnisation est perçue non pas par le demandeur mais par la société lorsque l'associé demandeur obtient gain de cause. L'associé doit de ce fait assumer les frais du procès même en ce cas de figure.⁸⁶⁸

Il faut toutefois noter que l'action est intéressante notamment parce qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une faute détachable pour engager la responsabilité du dirigeant dans le

⁸⁶⁶ Confer Art. L. 222-5 C. Com.

⁸⁶⁷ n° 08-88.305.

⁸⁶⁸ A. Constantin, « Nature et régime de l'action sociale *ut singuli*. Articulation avec l'action sociale *ut universi*. Note sous Cour de cassation (crim.), 12 décembre 2000 », *Revue des sociétés*, 2001, p. 323, n° 2.

cadre d'une action sociale.⁸⁶⁹

Cette action soulève néanmoins des difficultés théoriques.

M. Constantin estime que le régime de l'action oblique est applicable car le demandeur exerce une action au nom de la société, sur la totalité de la créance de celle-ci, en cas de carence du débiteur.⁸⁷⁰ L'auteur indique que le fait que la créance n'ait pas besoin d'être exigible ne permet pas d'écarter la qualification d'action oblique car il s'agit d'une mesure conservatoire.⁸⁷¹ Par ailleurs, selon lui l'expression « droit propre » utilisée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 12 décembre 2000 précité et depuis reprise dans de nombreux « Attendu » de la Cour de cassation exclut l'idée de représentation.⁸⁷² Il a été vu en première partie que celle-ci n'était pas nécessairement employée pour des raisons techniques de nos jours. Il ne s'agit pas, comme l'a expliqué M. Gaillard, de représentation de la société mais d'un pouvoir d'agir dans l'intérêt de celle-ci. Ne plus utiliser le concept de représentation en dehors des cas d'imputation dérogatoire *stricto sensu* clarifie certains points de droit rendus inutilement compliqués du fait du recours à cette dernière. L'étude de la question de la responsabilité sociale donne l'occasion de s'en apercevoir à nouveau. L'intérêt de la société doit toujours être défendu, c'est pourquoi il existe un pouvoir statutaire et un pouvoir subsidiaire en cas de carence des dirigeants sociaux. Concevoir de la sorte les relations entre les associés et la société permet de ne plus avoir à indiquer, comme le fait l'annotateur de l'arrêt de 2000, qu'au-delà de la société, il y a les personnes qui la composent.⁸⁷³ Chaque associé a en effet le pouvoir de faire respecter l'intérêt de la société conformément aux statuts de celle-ci.

Après avoir brièvement présenté les difficultés théoriques, il est intéressant d'examiner la manière dont la jurisprudence contrôle concrètement l'exercice de ce pouvoir d'agir en justice dans l'intérêt de la société. Les développements qui suivent seront brefs car si l'on comprend maintenant qu'il existe un pouvoir statutaire, d'une part et un pouvoir subsidiaire d'autre part, la détermination des circonstances de fait constitutives de la carence justifiant l'action demeure difficile et dépasse largement le cadre de ce travail.

869 Confer notamment sur ce point Civ I 15 mai 2007, n° 06-12317 rendu au visa de l'article 1850 C. Civ. : le gérant d'une S.C.I. n'a pas besoin de démontrer que le dirigeant a commis une faute détachable de ses fonctions pour engager sa responsabilité dans le cadre d'une action sociale. Même solution en matière de S.A.R.L. : Com. 9 mars 2010, n° 08-21.547 et n° 08-21-793, M.-L. Coquelet, Droit des sociétés n° 6, Juin 2010, comm. 109. Suite à une réforme législative, le fondement de l'action en matière de S.A.R.L. est désormais l'article L. 223-23 C. Com.

870 A. Constantin, « Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi. Note sous Cour de cassation (crim.), 12 décembre 2000 », *Revue des sociétés*, 2001, p. 323, n° 20 et suivant.

871 A. Constantin, « Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi. Note sous Cour de cassation (crim.), 12 décembre 2000 », *Revue des sociétés*, 2001, p. 323, n° 25.

872 A. Constantin, « Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi. Note sous Cour de cassation (crim.), 12 décembre 2000 », *Revue des sociétés*, 2001, p. 323, n° 14 et suivants.

873 A. Constantin, « Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi. Note sous Cour de cassation (crim.), 12 décembre 2000 », *Revue des sociétés*, 2001, p. 323, n° 27.

558. S'il est désormais admis que l'ancien gérant d'une société ne peut agir à l'encontre du nouveau gérant au motif que celui-ci aurait commis des fautes de gestion et caché la réalité de la situation financière de l'entreprise dès lors qu'il avait connaissance de celle-ci⁸⁷⁴, on ne peut déterminer avec précision ce qui fait le bien-fondé d'une action *ut singuli*. Les arrêts étudiés précédemment se prononcent soit sur la recevabilité du recours, soit sur la violation d'un texte précis régissant les actions des associés au nom de la société. La question de la base légale d'un arrêt statuant sur le bien-fondé de l'action *ut singuli* ne se pose donc pas. À titre d'illustration, il est possible de citer un arrêt très récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui vise l'article 1850, alinéa 1^{er}, du Code civil.⁸⁷⁵ L'associé d'une société civile peut agir à l'encontre du gérant afin que soit réparé le préjudice découlant d'une faute de gestion. En l'espèce, ce dernier avait engagé une coûteuse action en justice à l'issue incertaine et a dû indemniser le préjudice subi par la société de ce fait. La question de la base légale examinée dans la décision porte uniquement sur le point de savoir si un tel comportement constitue une faute de gestion. Le pourvoi a été jugé recevable, de tels faits ne constituaient pas une faute de gestion, le fondement factuel de l'action *ut singuli* n'a cependant pas été discuté. Les parties n'ont pas soulevé directement la question alors que la Cour de cassation rappelle le caractère subsidiaire de l'action *ut singuli*. Il n'est de ce fait pas illogique de se demander ce qui constitue en fait cette subsidiarité. Les conseils des parties ne s'aventurent pas volontiers sur le terrain délicat qu'est l'action *ut singuli* et les juridictions ne s'attardent pas non plus sur les conditions de celle-ci, ce qui explique la difficulté à se prononcer de manière ferme sur le sujet.

L'analyse des obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers a permis d'envisager l'étendue de la responsabilité de celui-ci vis-à-vis de la société ou des coassociés. Il apparaît une fois de plus que le gestionnaire demeure dépendant des tiers même en l'absence de lien de subordination. Les gestionnaires réputés indépendants tels les dirigeants sociaux sont dépendants mais insubordonnés. De même, le prestige social d'une fonction s'explique davantage par l'insubordination que l'indépendance qu'elle suppose. Après avoir examiné les obligations du gestionnaire à l'égard des tiers, il convient d'étudier celles des tiers à l'égard du gestionnaire.

2/ Les obligations des tiers vis-à-vis du gestionnaire

559. Il convient de distinguer la situation du gestionnaire associé (a) de celle où il n'y a pas de société (b).

⁸⁷⁴ CA Reims, Ch. Civ., Section I, 23 février 2000, n° 90/01091.

⁸⁷⁵ Cass., Com., 27 avril 2011, n° 10-17.138, note J.-F. Barbiéri, *Revue des sociétés* 2012, p. 110 et ss.

a) Le gestionnaire et les coassociés

560. Lors des développements précédents a été envisagée la responsabilité sociale du gestionnaire associé à l'égard des tiers au contrat de gestion, qu'il s'agisse de la société ou des autres associés, il faut maintenant étudier le cas du gestionnaire associé qui subit un préjudice personnel et engage la responsabilité de tiers au contrat de gestion conclu entre le bénéficiaire et le gestionnaire. Le préjudice de l'associé ne doit pas être la conséquence du préjudice causé à la société. Il va de soi que lorsque la société subit un préjudice, les associés qui ont réalisé des apports en subissent également un. Néanmoins, celui-ci est indirect et n'existerait pas sans celui-là. Ceci explique pourquoi les actionnaires ne sont pas recevables à agir à l'encontre d'une banque lorsque l'immixtion de celle-ci a causé un préjudice à la société.⁸⁷⁶ On conçoit aisément que le préjudice qui découle de l'immixtion litigieuse est celui de la société et non un préjudice direct et personnel des associés. De même, le préjudice que subissent des associés du fait du dirigeant mettant tout en œuvre afin de ruiner la société et d'en prendre le contrôle n'est pas distinct de celui de la société et s'explique par la baisse du prix potentiel des droits sociaux détenus par les associés.⁸⁷⁷ Le lien avec le capital social permet de considérer que le délit d'abus de biens sociaux ne cause un préjudice qu'à la société⁸⁷⁸ et que n'est pas personnel le préjudice subi par un associé du fait d'une dilution de sa participation au capital suite à une augmentation de celui-ci. L'opération n'a en l'espèce pas été imposée à l'associé.⁸⁷⁹ On notera toutefois que, si le gérant d'une société civile immobilière qui cède sans autorisation un immeuble appartenant à celle-ci cause un préjudice à la société, les juges du fond doivent se prononcer sur l'existence d'un préjudice moral personnel des associés du fait de cette cession accomplie sans leur autorisation.⁸⁸⁰

Les décisions étudiées permettent de conclure qu'à l'exception d'un préjudice moral, le préjudice personnel des associés n'est pas reconnu par le juge dès lors que le fait générateur de responsabilité est une modification du patrimoine social. En revanche, le préjudice civil découlant du dommage causé par les faits constitutifs de l'infraction pénale de présentation de comptes infidèles est personnel. La Cour de cassation confirme l'arrêt qui déclare recevable l'action de l'associé en réparation de son préjudice personnel alors que celui-ci a acquis des droits sociaux postérieurement à la présentation des comptes infidèles.⁸⁸¹ La solution retenue par la Haute juridiction est logique et résume parfaitement la tendance jurisprudentielle identifiée au cours des développements précédents. Le délit d'abus de biens sociaux modifie le patrimoine social, il est commis au préjudice

876 C. A. Paris, Chambre 15, Section B, 15 novembre 2007, n° 06/10596.

877 Cass., Com., 19 avril 2005, n° 02-10.256, chron. D. Poracchia, *Droit et patrimoine*, n° 143, décembre 2012, p. 89.

878 CA Versailles, 30 juin 2005, n° 04/00748.

879 Cass., Com., 7 juillet 2009, n° 08-19.512, commentaire H. Hovasse, *Droit des sociétés*, octobre 2009, p. 21 et s.

880 Cass., Civ. III, 22 septembre 2009, n° 08-18.785, chron. C. Champaud, D. Didier, *RTD Com.* 2009, p. 750 et s.

881 Cass., Crim., 16 avril 2008, n° 07-84.713, note R. Salomon, *Droit des sociétés*, juin 2008, p. 37 et s.

de la société ; le délit de présentation de comptes infidèles trompe l'investisseur sur l'étendue de son engagement, il est commis au préjudice personnel de l'associé.

Après avoir examiné les obligations des coassociés vis-à-vis du gestionnaire, il convient de revenir brièvement sur les obligations des tiers au contrat de gestion vis-à-vis du gestionnaire en l'absence de société.

b) Les obligations des tiers à l'égard du gestionnaire en l'absence de société

561. Les situations sont très diverses et obéissent à des régimes parfois très spécifiques. De nombreuses techniques de gestion ont déjà été étudiées en première partie et d'autres situations juridiques et factuelles viennent d'être examinées si bien qu'il n'est pas nécessaire de revenir sur ce qui a déjà été dit. Le cas échéant certains points spécifiques du droit positif seront à nouveau abordés afin de dégager la cohérence du droit relatif à la gestion altérée par le manque de recul du législateur qui s'empresse souvent d'adopter un texte afin d'apporter une preuve écrite de sa réactivité et de son attrait pour les courants de pensée parfois contraires qui circulent dans l'air du temps. D'autres ouvrages abordent bien entendu de manière plus détaillée les techniques et situations juridiques traitées, ce travail ne tend pas à l'exhaustivité mais à l'analyse des différentes hypothèses de gestion afin d'aider celui qui s'y intéresse à prendre en compte des éléments importants auxquels il n'accorderait peut-être pas une attention suffisante faute d'envisager la gestion dans la durée. Il ne s'agit ici ni de critiquer les parties prenantes à la gestion, ni de leur dire ce qu'elles ont à faire ; elles le savent mieux que ceux qui ignorent tout de la situation concrète des biens à gérer. Il s'agit d'insister sur les points de nature à conduire à une analyse plus aisée de la situation concrète. Une telle approche peut paraître bien trop abstraite pour être utile en pratique. Ce n'est qu'apparence. Afin de s'en convaincre, il suffit de songer au Code civil dont les articles reposent tous sur des concepts abstraits qui permettent pourtant de cerner la réalité des faits dans ce qu'elle a de plus concret. De même, examiner la réalité concrète des situations de gestion afin d'en montrer la cohérence au moyen de concepts abstraits facilite leur compréhension. Il importe peu que le contenu de ce travail recouvre exactement chacune des situations concrètes de gestion. Non parce qu'une telle chose est impossible mais parce qu'il est évident que le juriste qualifiera lui-même la situation concrète devant laquelle il se trouve en déterminant l'application d'un régime juridique particulier. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire de s'attarder davantage sur les obligations que des tiers peuvent avoir à l'égard du gestionnaire.

562. Au cours de ce paragraphe consacré aux rapports en l'absence de procédure collective entre les parties au contrat liant le bénéficiaire au gestionnaire, il est apparu que ce dernier qui devait veiller à la continuité de la gestion dans le cadre de son pouvoir d'organisation n'était jamais isolé. Il se crée des liens de dépendance entre les parties prenantes à la gestion. Lorsque l'on pense à la dépendance, c'est le plus souvent la subordination qui vient à l'esprit. Une partie de la doctrine souligne notamment que l'exercice de certaines professions requiert l'indépendance du professionnel et rejette de ce fait le bien-fondé de la subordination d'un médecin à un établissement de soins au travers de la reconnaissance de la qualité de préposé par exemple. Il a cependant été vu que la dépendance ne supposait pas nécessairement la subordination. Les associés d'une société sont dépendants les uns des autres en ce qu'ils engagent leur responsabilité du fait de l'exercice de leurs droits sociaux soit à l'égard de la société, soit à l'égard de leurs coassociés, ils ne sont toutefois unis par aucun lien de subordination. Par ailleurs, il a été vu que la dépendance qui existait entre le gestionnaire et les tiers était réciproque qu'il y eût ou non subordination.

Après avoir étudié les rapports entre le gestionnaire et les tiers en l'absence de procédure collective, il convient de s'intéresser au cas inverse.

Paragraphe II Les rapports entre le gestionnaire et les tiers en cas de procédure collective

563. Il convient d'étudier les droits personnels (A) avant les droits réels (B).

A Les droits personnels

564. Dans le cadre de ce travail, seules les règles communes à toutes les procédures collectives seront étudiées (1). Dans un second temps, la prise en compte de la séparation de patrimoine par le droit des procédures collectives sera examinée (2).

1/ Les règles communes à toutes les procédures collectives

565. Il est intéressant de rappeler le principe de préservation des droits des tiers (a) avant d'analyser la réalité de la situation des créanciers en cas de procédure collective (b).

a) Le principe de préservation des droits des tiers

566. En principe, les droits des créanciers sont préservés après l'ouverture de la procédure collective du débiteur. Les modifications récentes du droit positif tendent à amoindrir la portée des principes qui structurent le droit des entreprises en difficulté.

567. La cessation des paiements était jusqu'à une réforme de 2008⁸⁸², le point cardinal du droit des procédures collectives. Celle-ci est déterminée par le juge lors de l'ouverture de la procédure et se traduit par l'incapacité de faire face au passif exigible au moyen de l'actif disponible.⁸⁸³ La date de cet état de droit est souvent antérieure au jugement d'ouverture. Le juge dispose de la faculté d'arrêter celle-ci en prenant en compte la situation du débiteur dans les dix mois qui ont précédé ledit jugement.⁸⁸⁴ À compter de la date de cessation des paiements, la situation juridique du débiteur et de ses créanciers est modifiée. Depuis cette réforme de 2008, le débiteur peut demander à être placé sous sauvegarde⁸⁸⁵ et ainsi bénéficier de la protection du droit des procédures collectives alors qu'il n'y a pas de risque de cessation des paiements. La nouvelle rédaction de l'article du Code de commerce pose seulement comme condition d'ouverture de la sauvegarde l'existence « **de difficultés [que le débiteur] n'est pas en mesure de surmonter.** »⁸⁸⁶ Ceci tend à amoindrir l'importance de la date de cessation des paiements. L'arrêt dit « Cœur Défense » rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 mars 2011 vient préciser l'application de ce nouveau texte. L'exécution plus onéreuse des obligations d'un bailleur de locaux en raison de la variation imprévue du taux d'intérêt des emprunts ayant servi à l'acquisition des locaux constitue une difficulté de nature à justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Cette solution est étrange car elle permet d'utiliser la sauvegarde afin de reporter le risque de l'imprévision sur le cocontractant. La Cour d'Appel a retenu la fraude en estimant que le débiteur a demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde afin d'éviter l'exécution d'un pacte commissaire. M. Lienhardt annotant l'arrêt estime qu'il est ici nécessaire de distinguer entre la fraude et l'effet d'aubaine.⁸⁸⁷ La procédure de sauvegarde du débiteur en difficulté n'avait pas pour finalité exclusive de faire échec au pacte commissaire. Outre cet usage de la procédure de sauvegarde en vue de protéger le débiteur, les textes tendent à écarter le principe de préservation des droits des créanciers comme le montrera

882 Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

883 Art. L. 631-1, alinéa 1, C. Com.

884 L. 631-8, alinéas 1 et 2, du Code de commerce.

885 La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière a modifié le Livre VI de la Partie législative du Code de commerce et a introduit au sein du Titre II : De la sauvegarde un Chapitre VIII : De la sauvegarde financière accélérée. Cette nouvelle procédure est très particulière et ne sera pas étudiée. Il est question dans ce travail de la sauvegarde hors sauvegarde financière accélérée.

886 Art. L. 620-1, alinéa 1, C. Com. Comp. ancienne rédaction : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements. »

887 A. Lienhardt, « Affaire « Cœur Défense » : spectaculaire cassation », *D.*, 2011, p. 919.

la brève étude de leur situation.

b) La réalité de la situation des créanciers du débiteur en procédure collective

568. À l'ouverture de la procédure collective, les créanciers antérieurs ne peuvent plus intenter d'action portant sur ces créances à l'encontre du débiteur.⁸⁸⁸ Ils peuvent se voir obligés de continuer le contrat sans recevoir la contrepartie qui leur est due.⁸⁸⁹ Ceci est de nature à inciter les débiteurs à ne pas tarder à demander l'ouverture d'une procédure collective. En effet, dans le cas contraire, une entreprise se trouvant en grande difficulté pourrait non seulement sombrer malgré la procédure mais entraîner ses cocontractants dans sa chute.

Les créanciers postérieurs sont traités avec davantage d'égards, ils peuvent être payés à l'échéance si leurs créances viennent en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, elles sont privilégiées.⁸⁹⁰ Un mandataire représente les créanciers.⁸⁹¹ Des comités de créanciers regroupent certains d'entre eux.⁸⁹²

Afin de voir leurs droits reconnus les créanciers doivent déclarer leurs créances dans les trois mois qui suivent la publication du jugement d'ouverture.⁸⁹³ L'admissibilité des créances est ensuite vérifiée.⁸⁹⁴

Après avoir rappelé les principes communs à toutes les procédures collectives, il est intéressant de voir comment la séparation de différents patrimoines est prise en compte.

2/ La prise en compte de la séparation de patrimoine

569. Le principe de la prise en compte de la séparation de patrimoine (a) connaît des tempéraments (b).

a) Le principe

570. En principe, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un débiteur s'étend à

888 Articles L. 622-7, alinéa 2 C. Com. et 2286, 4° C. Civ pris conjointement.

889 L. 622-13 C. Com.

890 L. 622-17 C. Com.

891 L. 626-29 C. Com.

892 L. 622-20 C. Com.

893 L. 622-24 C. Com.

894 L. 624-1 C. Com.

l'ensemble de son patrimoine et exclusivement à celui-ci. Lorsque le gestionnaire est une société dotée d'un patrimoine propre, le bénéficiaire, du fait de ce principe, n'a pas à craindre l'extension de la procédure collective aux biens dont il est propriétaire. Il convient ici de rappeler la particularité de la fiducie qui permet au gestionnaire d'isoler les biens gérés de son patrimoine personnel. Le constituant peut également décider de limiter le recours des créanciers au patrimoine fiduciaire afin qu'ils ne puissent pas poursuivre le paiement de leurs créances sur le patrimoine du constituant. Il faut néanmoins que les créanciers l'acceptent expressément au préalable.

Il existe des tempéraments au principe de la prise en compte de la séparation de patrimoine.

b) Les tempéraments

571. L'influence des règles de droit processuel ne sera pas discutée ici, seuls les tempéraments d'ordre substantiel seront abordés. Ils sont au nombre de deux.

Le premier d'entre eux est la fictivité de la personne morale. À l'égard des tiers, la société fictive n'est qu'apparence à travers laquelle on décèle l'absence d'*affectio societatis* unissant les associés. Établir la fictivité permet à un créancier de percer le voile de la personnalité morale et ainsi de poursuivre le débiteur effectif afin de se payer sur son patrimoine qui peut être plus important que celui de la personne morale.

Elle est parfois difficile à établir. Le fait de ne pas fournir à la société les moyens de développer son activité n'y suffit pas. En revanche, cette situation de fait peut être qualifiée de fraude. La Chambre commerciale de la Cour de cassation estime que la qualification de celle-ci relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.⁸⁹⁵

Le fait qu'un gérant de société civile immobilière gère un immeuble acquis par celle-ci aux moyens des deniers d'un tiers alors que l'objet social de la société comprend l'achat, la vente et l'échange d'immeubles et qu'aucun acte conforme à l'objet social n'a jamais été accompli n'est pas de nature à établir la fictivité de la société. Il n'est en l'espèce pas démontré que les associés n'agissent plus en raison de l'*affectio societatis*.⁸⁹⁶ On trouvera bien entendu des arrêts relevant le caractère fictif d'une société mais on se heurte toujours à la difficulté de définition de l'*affectio societatis*. Il est par nature difficile d'établir le sentiment des associés d'une société au regard des rapports qu'ils entretiennent, l'absence de concept abstrait d'*affectio societatis* accroît la difficulté de cette tâche en ne permettant pas au juriste de déduire la solution à un problème de fictivité en confrontant les faits d'une espèce à

⁸⁹⁵ Confer note précédente.

⁸⁹⁶ Cass., Com., 11 mars 2008, n° 06-19968 et n° 06-20081.

un concept. On rétorquera qu'il est aussi difficile de définir de manière abstraite la faute ou l'acte accompli en dehors des fonctions. L'argument est intéressant mais repose sur une confusion au sujet du rôle de la définition en droit français.

La définition est à la fois l'opération par laquelle est déterminé le sens d'un terme juridique et le résultat de celle-ci. En d'autres termes, il s'agit tantôt du recours au raisonnement juridique, tantôt du sens retenu par la Cour de cassation notamment pour l'application d'une règle de droit à un cas d'espèce. Le fait que le concept de faute par exemple soit très accueillant au détriment de la prévisibilité de la solution retenue dans le cadre d'une affaire en particulier ne signifie pas qu'il est inutile de définir la faute.

En revanche, il n'est pas nécessaire de définir l'*affectio societatis* afin de déterminer la fictivité. Si celle-ci peut être invoquée par les tiers et repose sur la démonstration d'un état de pure apparence, la logique n'impose pas de définir l'*affectio societatis* qui concerne les rapports entre associés afin d'établir la fictivité d'une personne morale à l'égard des tiers. Le fait que l'*affectio societatis* soit le corollaire de la fictivité n'implique pas la nécessité de déterminer le sens de la première afin de définir la seconde. L'*affectio societatis* est une notion que les juges emploient couramment afin de déterminer l'existence réelle d'une société. Elle est établie par un faisceau d'éléments concrets et ne repose sur aucune définition abstraite, elle est le fruit d'une démarche intuitive et non logique. Il se trouve qu'alors que la logique n'exige pas le recours à la notion d'*affectio societatis* afin d'établir la fictivité, la jurisprudence se plaît à évoquer la première en recherchant la seconde. Il s'agit d'un élément qu'il convient de prendre en compte au même titre que le rapport qu'un individu a avec la chose dont il est propriétaire. Afin de s'en convaincre, il suffit de songer à l'évolution de la structure des sociétés depuis le XX^e siècle. Il a été vu que les sociétés de capitaux d'une taille importante regroupaient souvent des actionnaires dont le seul point commun était la propriété d'une fraction du capital social. À partir du moment où l'investissement que représente la fraction de capital social détenue par un actionnaire importe davantage que l'entreprise dans son ensemble, il est difficile de déterminer les éléments constitutifs de l'*affectio societatis* qui demeure pourtant un élément caractéristique de la société. On ne s'étonnera donc pas de la difficulté à définir avec davantage de précision la fictivité compte tenu de la jurisprudence qui tend à lier celle-ci à l'*affectio societatis* dont la définition n'est pas aisée.

Après avoir examiné la fictivité et relevé la difficulté de sa définition en raison de ses liens étroits avec l'*affectio societatis*, il convient d'examiner brièvement l'autre tempérament de fond au principe de la prise en compte de la séparation de patrimoine en procédure collective, à savoir la confusion de patrimoine.

572. La confusion de patrimoine suppose l'identification de flux financiers anormaux. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 7 janvier 2003 illustre ce tempérament apporté par les tribunaux au principe de la séparation de patrimoine. En l'espèce, une société preneur à bail verse des loyers excessifs à une autre. La première réalise des travaux d'embellissement importants dans l'immeuble puis cesse de payer les loyers qui ne sont pas réclamés par la bailleuse. La Haute juridiction relève l'existence de relations financières anormales et rejette l'argument de la compensation de dettes. Cependant, le fait qu'une société détienne une autre à 99 %, exerce la même activité et réalise des avances de trésorerie importantes destinées à assurer la survie de la société qu'elle contrôle sans en demander le remboursement ne permet pas d'établir à lui seul la confusion de patrimoine.⁸⁹⁷ À compter de la confusion de patrimoine, toutes les procédures collectives relatives à des entités séparées sont fusionnées en une seule. La date du jugement relevant la confusion de patrimoine influe sur la recevabilité des recours postérieurs à celui-ci conformément aux règles de procédure applicables.⁸⁹⁸

C'est sur ce bref examen de la confusion de patrimoine que s'achève l'analyse des exceptions de fond au principe de la prise en compte de la séparation de patrimoine. Celle-ci est un élément important du droit des procédures collectives. Après l'étude de la situation des droits personnels, il convient d'analyser le sort des droits réels en cas de procédure collective du gestionnaire.

B Les droits réels

573. Il est intéressant d'étudier les effets de la procédure collective sur les droits réels en général (1) et sur la clause de réserve de propriété en particulier (2).

1/ Les effets de la procédure collective sur les droits réels en général

574. L'étude préalable des effets d'une procédure collective sur les droits réels et les sûretés (a) amènera dans un second temps à relever l'intérêt de la propriété à titre de sûreté (b).

⁸⁹⁷ Cass., Com. 19 avril 2005, Metal Europ, JCP E 2005, 721, étude B. Rolland.

⁸⁹⁸ Confer notamment Cass., Com., 16 mai 2006, n° 05-14595 relatif à la tierce opposition d'un dirigeant social de droit ou de fait à l'encontre du jugement relevant la confusion de patrimoine.

a) Les effets de la procédure collective sur les droits réels et les sûretés

575. Les meubles doivent être revendiqués dans les trois mois qui suivent la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective.⁸⁹⁹ La restitution à leur propriétaire de biens meubles ou immeubles présents en nature dans le patrimoine du débiteur dont la propriété a été l'objet d'une publication est également possible. Il faut néanmoins démontrer leur présence en nature antérieurement à l'ouverture de la procédure.⁹⁰⁰ Il s'agit ici bien de restitution et non de revendication car le droit de propriété ayant été l'objet d'une publication conformément par un décret pris en Conseil d'État, il est inutile de le revendiquer. De plus, le vendeur de marchandises non expédiées au débiteur peut les retenir alors qu'il n'en est plus propriétaire. Concernant les sûretés, le droit de rétention du gagiste sans dépossession est inopposable à la procédure collective.⁹⁰¹ Par ailleurs, après l'ouverture de celle-ci, il est impossible d'inscrire des sûretés, à l'exception de celles bénéficiant au trésor public et au vendeur de fonds de commerce, notamment.⁹⁰²

Ce qui précède fait ressortir très clairement l'intérêt de la propriété à titre de sûreté.

b) L'intérêt de la propriété à titre de sûreté

576. Du fait du droit positif, le gage sans dépossession est insatisfaisant en cas de procédure collective car il est inopposable à celle-ci. La récente réforme d'importance du droit des sûretés voulait sans doute moderniser le gage en supprimant les conséquences parfois lourdes de la dépossession, notamment en ce qui concerne la responsabilité du gagiste qui doit conserver le bien qui lui a été remis en gage. Celui-ci demeure responsable des dommages survenus à la chose même en cas d'entiercement. L'archaïque rétenteur déclarant est dans une situation plus favorable en cas de procédure collective du débiteur que le gagiste qui a recours aux sûretés les plus modernes et les plus sophistiquées. Outre la dépossession, la propriété qui est sans doute la forme la plus simple de garantie demeure intéressante en raison des restrictions portées aux droits des créanciers du débiteur en procédure collective. La fiducie peut d'ailleurs être utilisée en tant qu'alternative efficace au transfert de propriété conventionnelle. Les praticiens s'intéressent actuellement à la fiducie comme sûreté.⁹⁰³ Au cours de l'introduction générale, il a été rappelé que le rapport culturel à la propriété

899 L. 622-24 C. Com.

900 L. 624-14 C. Com.

901 L. 622-7 C. Com. L'article ne prévoit que l'inopposabilité du gage sans dépossession de droit

902 L. 622-30 C. Com.

903 Confer à titre d'exemple récent M. Dubertret, « Introduction » in *La fiducie en action : Actes du colloque*, Paris

influaient de manière prépondérante sur le choix d'une technique juridique. Nous avons ici un exemple frappant ; le législateur a voulu introduire en droit français une technique inspirée du droit des *trusts* qui se différencie de la propriété par l'ajout d'une « propriété économique » aux contours très imprécis, les praticiens quant à eux se servent de la fiducie-sûreté comme substitut à la propriété utilisée à titre de garantie, c'est-à-dire conformément à leur culture juridique héritée du droit romain et non suivant celle des pays de *Common Law* puisque les *trusts* anglais ne reposent pas sur une division de la propriété. Chassez le naturel, il revient au galop !

Après avoir étudié les effets de la procédure collective sur les droits réels en général, il convient de s'intéresser particulièrement aux effets de celle-ci sur la clause de réserve de propriété.

2/ Les effets de la procédure collective sur la clause de réserve de propriété

577. L'article 2373, alinéa 2 du Code civil précise seulement que « La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie. » Ceci n'appelle pas de précisions. En matière de propriété de biens meubles incorporés à un immeuble, la jurisprudence a en revanche connu une évolution intéressante.

La reconnaissance de l'efficacité de la clause de réserve de propriété mobilière en cas de procédure collective a été progressive (a). Des difficultés subsistent (b).

a) Une reconnaissance progressive de l'efficacité de la clause de réserve de propriété mobilière

578. Selon un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 26 juin 1991, « la nature, immobilière ou mobilière d'un bien est définie par la loi, et [...] la convention des parties ne peut avoir d'incidence à cet égard »⁹⁰⁴. Près de huit ans plus tard, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt qui permit la reconnaissance progressive de la clause de réserve de propriété. Le 2 mars 1999, cette formation de la Haute juridiction décida que la clause de réserve de propriété ne pouvait être opposée à la procédure collective compte tenu de l'incorporation des biens meubles qui n'existaient plus en nature. Cette

Europlace et Caisse des Dépôts, 2012, p. 11 et ss. Disponible sur le site de la Caisse des Dépôts à l'adresse suivante :

<http://www.caissedesdepots.fr/actualites/toutes-les-actualites/toutes-les-actualites-hors-menu/la-fiducie-en-action-l-es-actes-du-colloque-en-ligne.html> .

904 n° 89-18.638.

clause était valable entre les parties mais inopposable à la procédure collective.⁹⁰⁵ Le 29 mars 2006, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation censure un arrêt ayant jugé qu'un acte non publié portant renonciation au droit d'accession foncière était inopposable au mandataire des créanciers en raison de sa qualité de tiers à la procédure.⁹⁰⁶

Le principe demeure inchangé mais des difficultés subsistent.

b) Les difficultés subsistantes

579. Lorsqu'il s'agit de biens meubles destinés à être incorporés dans un immeuble, la condition d'après laquelle un bien qui est l'objet d'une clause de réserve de propriété doit pouvoir être détaché de l'immeuble est appréciée différemment selon les juridictions et les textes appliqués.

Il a par exemple été jugé que des boîtiers électriques pouvant être démontés sans endommager l'immeuble auxquels ils étaient incorporés n'existaient plus en nature au jour de la procédure collective. La Cour d'Appel considère en l'espèce que la possibilité de séparer les meubles de l'immeuble auquel ils sont incorporés est indifférente. L'arrêt énonce en effet que :

« S'agissant de matériels participant de la construction des immeubles auxquels ils étaient destinés et non pas de matériels destinés à une utilisation industrielle ou commerciale, ceux-ci sont devenus immeubles par accession. Les biens vendus n'existaient plus en nature au jour de la procédure collective ce qui exclut une revendication sur le fondement de l'article L. 621-122 du Code de commerce. Il n'y avait donc pas lieu de rechercher si leur démontage pouvait se faire sans détérioration. L'article L. 621-124 du Code de commerce n'étant applicable qu'aux biens visés à l'article L. 621-122 précité, le créancier n'est pas fondé à solliciter la revendication du prix des matériels. »⁹⁰⁷

À l'inverse, les juges nîmois du second degré ont admis la revendication d'arbres et autres végétaux sur le fondement d'une clause de réserve de propriété de droit commun. La Cour a en effet estimé que des arbres plantés dans un fond pouvaient être l'objet d'une revendication en ce qu'ils pouvaient être séparés du terrain sans que celui-ci soit abîmé.⁹⁰⁸

580. Cette étude de la situation du gestionnaire, débiteur en procédure collective, indique que celle-ci influe grandement sur les droits des créanciers qui voient leur sort dépendre de l'issue de la

905 n° 95-18.643.

906 n° 04-18.088.

907 CA Chambéry, Ch. commerciale, 28 novembre 2006, n° 05/02790.

908 CA Nîmes, Chambre Civile, Chambre 2A, 5 août 2010, 09/03333.

procédure. Afin de se prémunir contre un affaiblissement des droits réels à l'égard du débiteur, il peut être tentant de recourir à la propriété, garantie qui peut sembler archaïque mais qui est toujours utilisée, soit sous forme de clause de réserve de propriété, soit éventuellement sous forme de fiducie sûreté, même s'il est possible de prévenir la réalisation de la fiducie portant sur certains biens.⁹⁰⁹

581. Au cours de la présente section, il est apparu que les liens de dépendance qui se tissaient au fil du temps afin de créer de la valeur unissaient non seulement le bénéficiaire et le gestionnaire, comme il a été vu précédemment, mais aussi le gestionnaire aux tiers. La dépendance qui vient tout de suite à l'esprit est évidemment celle du subordonné vis-à-vis du donneur d'ordres, c'est-à-dire celle du tiers au contrat de gestion exécutant une tâche à la demande du gestionnaire. Les termes employés sont ici volontairement généraux car il apparaît maintenant très clairement que cette dépendance existe quelle que soit la qualification juridique retenue, qu'il s'agisse de préposé, d'employé, y compris de personnes disposant d'une certaine indépendance dans l'exercice de leurs fonctions telles que les médecins. Tous sont dépendants à des degrés divers du gestionnaire.

Celui-ci l'est également à leur égard. La responsabilité du commettant du fait des dommages commis par son préposé en est sans doute l'exemple le plus parlant. Néanmoins, la volonté prétorienne très marquée d'exonérer le préposé de toute forme de responsabilité repose elle-même sur l'absence de considération accordée à la réciprocité de la dépendance. Dès lors que l'on prend conscience du fait que le gestionnaire est dépendant du tiers en raison de l'exécution de la mission qui lui a été confiée, il paraît opportun d'exiger de ce dernier qu'il assume une partie au moins des risques qu'il prend lors de l'exécution de sa mission. La dépendance du gestionnaire existe quelle que soit la solution retenue dans le cadre d'un litige donné. Le juge toutefois modifie le poids de la dette de responsabilité en la répartissant comme il l'entend. Il n'est question ni de brider le magistrat ni de favoriser l'apparition d'un régime uniforme de responsabilité qui ne tiendrait compte ni des qualifications des protagonistes, ni de leur rôle effectif mais bien au contraire d'inciter à une plus grande attention à l'égard de la dépendance en droit, nonobstant les différents régimes juridiques que celle-ci recouvre. Ceci permettrait au juriste et plus largement aux acteurs de la gestion de mieux cerner la situation parfois complexe à laquelle ils sont confrontés et ainsi d'agir en connaissance de cause.

Section II Les rapports entre le bénéficiaire et les tiers

582. Les rapports entre le gestionnaire et les tiers ont demandé d'importants développements. L'hypothèse de travail tend à écarter la représentation afin que le bénéficiaire représenté ne soit pas

909 Il s'agit de biens présents mentionnés dans une convention et utilisés par le débiteur (Art. L.622-23-1 C. Com.).

systématiquement tenu responsable des actes du gestionnaire. Il n'est pas passif puisqu'il lui appartient de conférer une valeur aux biens dont il est propriétaire. Il aura affaire à ceux qui veillent à la gestion, ne serait-ce qu'au rédacteur du contrat qui le lie au gestionnaire. C'est pourquoi il convient de s'intéresser à l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait de ce dernier (I) avant d'examiner la responsabilité du rédacteur du contrat de gestion à l'égard du bénéficiaire (II).

Paragraphe I L'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire

583. L'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire est un principe (A) qui connaît une exception (B).

A Le principe

584. Afin de bien comprendre le principe excluant la responsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire, il faut en distinguer le fondement (1) avant d'en analyser la portée (2).

1/ Le fondement de ce principe

585. Le fondement du principe excluant la responsabilité du bénéficiaire est l'absence de représentation dont il faut cerner le sens technique (a), d'une part et la signification concrète (b), d'autre part.

a) Le sens technique de l'absence de représentation

586. La représentation entraîne l'imputation des actes accomplis par le mandataire dans le cadre de sa mission sur le patrimoine du mandant. Il s'agit d'une dérogation au principe selon lequel les actes accomplis par une personne s'imputent sur son patrimoine. Ce travail porte sur la recherche d'une technique permettant d'appréhender la gestion de biens à titre habituel. Il a été vu en première partie que le manque d'indépendance ou au contraire la trop grande dépendance du gestionnaire à l'égard du bénéficiaire ne pouvaient pas justifier que l'on écartât le mandat ou le contrat d'entreprise. En effet, il est apparu que l'avocat, lorsqu'il représentait son client disposait d'une grande liberté d'action afin d'assurer la défense de son client. L'entrepreneur quant à lui semble plus libre dans l'exercice de sa mission mais celle-ci est souvent déterminée de manière plus précise que celle du mandataire titulaire d'un mandat général. La liberté d'action de l'entrepreneur n'est donc pas nécessairement plus grande que celle du mandataire. Il a été vu que le recours à l'une ou à l'autre de

ces deux techniques s'expliquait davantage par la culture que par la technique juridique.

Il est en outre apparu de manière nette que le bénéficiaire de la gestion ne souhaitait pas voir sa responsabilité engagée du fait du gestionnaire. Ceci nous a conduit à rechercher une technique de gestion à titre habituel sans représentation. Poursuivre dans cette voie est nécessaire non en raison de la prétendue utilité de l'indépendance du gestionnaire, mais du fait de la difficulté à définir de manière abstraite et suffisamment précise les objectifs qui devront être atteints par le gestionnaire. Compte tenu de ce fait, il n'est pas pertinent d'un point de vue pratique d'imputer au bénéficiaire tous les actes qui pourraient être accomplis par le gestionnaire dans le cadre de sa mission. La gestion à titre habituel a pour objectif la valorisation d'un bien ou d'un ensemble de biens. Or, il a été montré qu'elle ne pouvait se concevoir que dans la durée, indépendamment du début et de la fin.

Ces contraintes techniques obligent à tenir compte des circonstances afin non seulement de réagir dans l'instant aux opportunités ou aux difficultés qui se présentent mais aussi d'inscrire la gestion dans la durée en assurant la continuité de la valorisation au fil du temps. Étant donné que les objectifs à atteindre ne peuvent être définis de manière concrète lors de la conclusion du contrat, notamment en raison de l'incertitude liée à l'avenir, il convient de permettre au gestionnaire de faire produire à ses actions des effets déterminés par avance. Plutôt que de définir une règle abstraite qui produirait ses effets indépendamment des circonstances, on définit une « situation juridique », selon l'expression de Paul Roubier, dans laquelle le gestionnaire détermine lui-même l'action qu'il doit mener afin d'assurer la continuité de la gestion. Les modalités d'action et leurs effets juridiques sont déterminés par le contrat de gestion.

Les actions accomplies par le gestionnaire afin d'assurer la continuité de la gestion, autrement dit celles qui relèvent de son pouvoir d'organisation, sont retracées dans le compte de gestion sous la forme d'actes juridiques datés. Chaque entrée du compte correspond soit à une dette, soit à une créance. Il est ainsi possible de suivre la continuité de la gestion. On s'aperçoit que pour accomplir les actes qui y figurent, le gestionnaire a dû faire appel à des tiers. Il n'est de fait jamais indépendant car la valorisation suppose l'instauration de liens de dépendance, quelle que soit la qualification juridique de ceux-ci.

Il faut ici préciser que le gestionnaire gère des biens et qu'en conséquence c'est à lui qu'il appartient de tisser ces liens. Le bénéficiaire, quant à lui, ne souhaite pas être lié au tiers du fait des relations qui les unissent au gestionnaire. L'absence de représentation signifie que les actes accomplis par celui-ci dans le cadre de sa mission ne s'imputent pas sur le patrimoine de celui-là. Tel est le sens

technique de l'absence de représentation en matière de gestion.

Après avoir recherché le sens technique de l'absence de représentation, il convient d'en cerner la signification concrète.

b) La signification concrète de l'absence de représentation

587. L'absence de représentation, fondement de l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire, signifie que les tiers ignorent l'existence du bénéficiaire ou savent qu'ils ne contractent pas avec lui.

Le premier cas de figure se comprend aisément et correspond notamment au cas de la société en participation. Le tiers ne contracte qu'avec un associé qui n'a pas l'obligation de mentionner sa qualité. Les associés sont alors solidairement responsables sur leur patrimoine personnel. Cette responsabilité solidaire découle du contrat de société. On rappellera que le fiduciaire, contrairement à l'associé d'une société en participation, a l'obligation de faire état de sa qualité. Comme il a déjà été dit, cette solution ne s'imposait pas d'un point de vue strictement technique, même si le législateur a opté pour celle-ci afin que le tiers créancier distingue le patrimoine fiduciaire du patrimoine personnel du fiduciaire et mesure ainsi plus facilement l'étendue de son gage. En matière de gestion sans représentation, le contrat peut prévoir l'absence de représentation et écarter toute forme de solidarité afin de préserver l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire.

Le second cas de figure correspond à l'hypothèse dans laquelle les tiers connaissent le bénéficiaire mais savent qu'ils ne contractent pas avec lui. Dans ce cas, le gestionnaire n'apparaît pas comme un mandataire aux yeux des tiers. On pourrait estimer que l'apparence fait échec à la volonté des parties d'instaurer contractuellement l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire. Il s'agit cependant d'une exception au principe de l'irresponsabilité du bénéficiaire qui sera examiné par la suite.

Après avoir étudié le fondement de l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire, il convient de s'intéresser à la portée de ce principe.

2/ La portée du principe d'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire

588. Analyser la portée du principe d'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire suppose d'en déterminer les limites (a) avant de s'interroger sur son opportunité (b).

a) Les limites de ce principe

589. L'irresponsabilité du bénéficiaire ne porte que sur les actes accomplis et faits commis par le gestionnaire à l'égard des tiers. En d'autres termes, le bénéficiaire demeure responsable de ses propres actes et faits à l'égard des tiers. Ceci peut sembler évident d'un point de vue technique mais peut-être la source de difficultés pratiques évidentes. En effet, lorsque le bénéficiaire s'immisce dans la gestion, il agit en son nom et engage alors sa responsabilité à l'égard des tiers. C'est pourquoi, il est important que le bénéficiaire ne s'immisce pas dans la gestion même s'il peut être tenté de le faire étant donné qu'il est le propriétaire des biens gérés. Certains régimes tels que celui d'administrateur de biens prévoit d'ailleurs que le gestionnaire demeure responsable des actes qu'il commet alors même qu'il agit sur ordre du bénéficiaire. Il s'agit cependant de dispositions spécifiques qui dérogent au droit commun.

Par ailleurs, il existe une limite temporelle à l'irresponsabilité du bénéficiaire. Celui-ci ne demeure pas irresponsable tout au long de la gestion. À la suite de l'approbation du compte de gestion, l'actif et le passif sont transférés par le gestionnaire au bénéficiaire, ils intègrent le patrimoine de ce dernier.

Après avoir vu les limites de ce principe, il convient d'en discuter l'opportunité.

b) l'opportunité de ce principe

590. Il a été vu que la gestion à titre habituel se concevait dans la durée et reposait sur l'absence de représentation. Or, l'irresponsabilité du bénéficiaire semble maintenant limitée au point que l'on pourrait se demander si un tel résultat est à la hauteur des attentes. Une réponse affirmative à cette question légitime peut être apportée avec d'autant plus d'assurance qu'elle est fondée d'un point de vue culturel, d'une part et technique, d'autre part.

D'un point de vue culturel, il a été vu que la propriété en droit français était un absolu qui ne pouvait

être défini que par rapport à lui-même. Le propriétaire est maître chez lui et le gestionnaire est un intrus nécessaire à la valorisation des biens du bénéficiaire. Une situation dans laquelle il y aurait un propriétaire et un gestionnaire aux pouvoirs étendus est difficilement concevable en droit français alors qu'elle est très courante outre-Manche notamment dans le cadre de *trusts*. On sait à la suite de l'introduction générale, la propriété n'est toutefois pas la clef de voûte de cette technique qui repose sur les obligations du *trustee*. En droit français, au fur et à mesure que le bénéficiaire approuve la gestion, les biens intègrent son patrimoine et il exerce un pouvoir absolu sur les choses qui lui appartiennent. Il ne risque plus de s'immiscer dans la gestion. Si l'irresponsabilité du bénéficiaire n'était pas limitée, le bénéficiaire n'aurait qu'un rapport très distant avec ses biens puisqu'il s'exposerait sans cesse à l'immixtion dans la gestion. Ceci n'est pas facilement acceptable si on considère que la propriété suppose un rapport absolu aux biens. Il apparaît préférable d'un point de vue culturel de limiter l'irresponsabilité du bénéficiaire.

591. D'un point de vue technique, la limitation de l'irresponsabilité du bénéficiaire s'explique par le fait que, lorsque le compte de gestion a été approuvé, le bénéficiaire ne peut plus le contester. L'irresponsabilité ne dure que le temps nécessaire au bénéficiaire pour apprécier les actions du gestionnaire. Elle lui permet de garder la distance nécessaire vis-à-vis de la gestion en ne nouant pas de relations directes avec les tiers. Lorsque les actes accomplis ne soulèvent aucune difficulté, le bénéficiaire est en accord avec le gestionnaire et celui-ci continue à gérer les biens dont celui-là est propriétaire. En pratique, l'irresponsabilité du bénéficiaire ne se fait sentir qu'en cas de problème, lorsque le bénéficiaire doit se prévaloir de celle-ci afin que sa responsabilité ne soit pas engagée. Dans tous les cas de figure, le gestionnaire reste maître chez lui et n'est jamais passif. La convergence de la culture et de la technique juridique est accomplie par la limitation de l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire.

Ainsi le caractère limité de l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire n'est-il pas un inconvénient en matière de gestion à titre habituel mais au contraire une caractéristique technique intéressante dans un contexte culturel où la propriété est un absolu, notamment dans les pays de tradition juridique romaniste. Le mandat de droit romain repose d'ailleurs sur un transfert de propriété des biens acquis par le mandataire dans le cadre de sa mission suite à une reddition de compte, comme il a été vu dans l'introduction générale.

Après avoir étudié le principe excluant la responsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire, il convient de s'intéresser à l'exception admettant la responsabilité du bénéficiaire en cas d'immixtion de celui-ci dans la gestion.

B L'exception

592. Comme l'analyse du principe, celle de l'exception suppose l'étude du fondement (1) puis de la portée de celle-ci (2).

1/ Le fondement de cette exception

593. L'exception admettant la responsabilité du bénéficiaire en cas d'immixtion de celui-ci dans la gestion est fondée soit sur l'apparence (a), soit sur la société créée de fait (b).

a) L'apparence

594. L'apparence permet au tiers d'engager la responsabilité du mandant apparent du fait des actes accomplis par le mandataire apparent. Elle concerne la relation entre le mandant apparent et le tiers, il s'agit d'une exception au principe de l'irresponsabilité du bénéficiaire, celle-ci ne concerne que les relations à l'égard des tiers et non le lien contractuel qui unit le bénéficiaire au gestionnaire. La théorie du mandat apparent s'explique par la prise en considération en droit de la croyance légitime que l'on peut avoir dans les pouvoirs d'autrui. Celle-ci ne résulte pas nécessairement d'une immixtion du bénéficiaire dans la gestion mais l'action de ce dernier peut contribuer à l'établir.

Outre l'apparence, la société créée de fait peut être le fondement de l'exception au principe d'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire.

b) La société créée de fait

595. La société créée de fait est une exception au principe d'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire. En effet, lorsque le premier et le second se voient reconnaître la qualité d'associé d'une société créée de fait, les tiers peuvent poursuivre le bénéficiaire afin d'obtenir le paiement de leurs créances et être payés sur le patrimoine personnel du premier. Il est solidairement responsable du passif social. Le bénéficiaire peut être tenté de s'investir dans la gestion étant donné qu'il s'agit de son patrimoine et qu'il attache de l'importance à sa valorisation comme le montre sa volonté d'entrer dans un lien de dépendance vis-à-vis du gestionnaire.

Après avoir cerné le fondement de l'exception admettant la responsabilité du bénéficiaire, il

convient d'en analyser la portée.

2/ La portée de cette exception

596. Afin de comprendre la portée de cette exception, il convient d'en étudier les effets (a) avant de s'intéresser à son opportunité (b).

a) Les effets de cette exception

597. Quel que soit le fondement de l'exception à l'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire, le premier engage sa responsabilité à l'égard des tiers et en devient le débiteur. Le second, quant à lui, n'a aucune influence sur la relation qui se noue entre le bénéficiaire et les tiers même si son rôle dans la gestion et sa participation à un éventuel dommage causé à un tiers peuvent être discutés à l'occasion d'une action en responsabilité.

La séparation de patrimoine entre le bénéficiaire et le gestionnaire est sans effet en ce qui concerne le paiement d'une créance à un tiers dès lors que l'exception au principe d'irresponsabilité du bénéficiaire est admise. Le fondement de ladite exception a alors son importance. Lorsqu'elle est fondée sur le mandat apparent, la dette s'impute sur le patrimoine du bénéficiaire nonobstant la séparation de patrimoine. En revanche, lorsqu'une société créée de fait existe, l'alinéa 1^{er} de l'article 1873 du Code civil prévoit qu'« [à] l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. » La séparation de patrimoine demeure mais le gestionnaire peut toujours invoquer l'existence d'une société créée de fait afin que le bénéficiaire contribue au paiement des dettes sociales. Les biens du bénéficiaire peuvent servir au désintéressement des tiers, notamment lorsqu'ils sont considérés comme des apports à la société.

Après l'analyse des effets de l'exception au principe d'irresponsabilité du bénéficiaire vient celle de son opportunité.

b) L'opportunité de cette exception

598. Cette exception provient, si ce n'est d'une immixtion manifeste du bénéficiaire dans la gestion, à tout le moins d'une situation suffisamment incertaine pour fonder la croyance légitime du tiers en la qualité apparente du gestionnaire. Elle est un gage de sécurité juridique en ce qu'elle conforte la validité des actes accomplis par le gestionnaire.

En ce qui concerne le mandat apparent, le gestionnaire, en l'occurrence le mandataire apparent,

semblait aux yeux du tiers être dans l'obligation d'accomplir les actes litigieux qu'ils fussent ou non opportuns. Ces actes relèvent donc du pouvoir d'organisation. Il a d'ailleurs été montré en première partie de ce travail au moyen d'une analyse de la jurisprudence que le pouvoir du mandataire apparent relevait de l'organisation de la gestion.

On pourrait se demander si l'analyse qui vient d'être menée vaut également pour la société dont il a été dit qu'elle reposait à la fois sur l'organisation et la direction de la gestion. La réponse à cette question est simple. Lorsque le dirigeant d'une personne morale agit conformément à ses pouvoirs, l'acte qu'il conclut engage la société vis-à-vis des tiers. La question de l'opportunité d'un acte ne se pose pas dans les relations avec les tiers mais seulement dans les relations entre les associés qui sont parties au contrat de gestion. Une fois l'existence d'une société créée de fait établie, l'associé doit s'acquitter des dettes de la société à l'égard des tiers quitte à agir ultérieurement à l'encontre de ses associés. Par conséquent, il s'agit d'organisation de la gestion.

Cette exception au principe d'irresponsabilité du bénéficiaire est opportune et permet de rendre compte du droit positif de la gestion de patrimoine sans représentation quelle que soit la technique envisagée.

599. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que le principe d'irresponsabilité du bénéficiaire du fait de la gestion permettait de préserver efficacement le bénéficiaire des recours des tiers créanciers en raison de liens d'obligations qui les unissent au gestionnaire. Ce principe est limité de sorte que ce dernier ne supporte pas indéfiniment la responsabilité de sa gestion. Le bénéficiaire, quant à lui, reste maître absolu des biens dont il est propriétaire. Il existe toutefois une exception à ce principe, justifiée par la nécessité de préserver les droits des tiers en garantissant une certaine sécurité juridique, elle oblige le propriétaire à assumer les conséquences d'une éventuelle immixtion dans la gestion. La présentation qui vient d'être faite de l'étendue de la responsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire est conforme au droit positif.

Après avoir analysé le principe d'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire, il faut examiner la responsabilité du rédacteur du contrat de gestion à l'égard du bénéficiaire.

Paragraphe II La responsabilité du rédacteur du contrat de gestion à l'égard du bénéficiaire

600. L'étude de la responsabilité du rédacteur du contrat de gestion à l'égard du bénéficiaire (A) suppose d'examiner le régime de celle-ci avant d'en déterminer les effets (B).

A Le régime de responsabilité

601. L'appréciation de la responsabilité du rédacteur varie selon la profession exercée par celui-ci (1), d'une part et au cours de la rédaction (2), d'autre part.

1/ Un degré d'exigence variable selon la profession exercée par le rédacteur

602. Il faut ici distinguer le notaire (a) des autres professions (b).

a) Le notaire

603. La Cour de cassation est particulièrement exigeante à l'égard du notaire en raison de sa qualité d'officier ministériel et de l'obligation de conseil qui y est attachée. À ce titre, il est intéressant de noter que la responsabilité du titulaire de l'Office est recherchée sur le fondement délictuel et non contractuel car le devoir de conseil est d'ordre public.

Il s'ensuit que le notaire manque à son devoir de conseil lorsqu'il n'informe pas son client, commerçant aguerri, au sujet du risque auquel il s'expose en se portant caution de l'acquéreur du fonds de commerce qu'il souhaite vendre afin de lui permettre d'obtenir un prêt bancaire. L'expérience du client du notaire est indifférente.⁹¹⁰

Toutefois, si le notaire doit informer sur les risques liés à un placement et sur la possibilité de sécuriser le capital, il n'a pas à se prononcer sur l'opportunité de cette opération du point de vue financier.⁹¹¹

M. Alexandre rappelle que le devoir de conseil du notaire oblige ce dernier même lorsque le client est assisté d'un conseil.⁹¹²

Après avoir examiné la responsabilité du notaire, il convient de s'intéresser à celle des autres professions susceptibles de rédiger le contrat de gestion.

⁹¹⁰ Cass., Civ. I, 19 novembre 2006, n° 04-14487, commentaire C. Kleitz-Bachelet, *Lamy Droit Civil*, février 2005, p. 25 et s.

⁹¹¹ Cass., Civ. I, 8 décembre 2009, n° 08-16495 et 08-17406, obs. S. de La Touanne, « Le notaire n'a pas à répondre des aléas financiers liés à la conjoncture boursière acceptés par ses clients. Obs sous Cass., Civ. I, 8 décembre 2009 », *D. Actualité*, 2009. L'auteur rappelle la jurisprudence antérieure.

⁹¹² J.-J. Alexandre, « La responsabilité des concepteurs de montages juridiques », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 71, p. 92 et suivantes.

b) Les autres professions

604. D'autres professionnels engagent également leur responsabilité en raison de l'obligation de conseil lors de la rédaction de certains actes. Par exemple, l'expert-comptable chargé d'établir une déclaration doit y procéder conformément aux exigences légales compte tenu des données dont il dispose. Le fait que le client ne demande pas à ce que certains éléments soient inclus dans celle-ci alors que les dispositions applicables exigent qu'ils soient mentionnés est indifférent. Commentant l'arrêt, M. Delpech souligne à juste titre que l'expert-comptable établit la déclaration sur la base des éléments qui lui ont été communiqués par le client et n'a pas à en rechercher d'autres.⁹¹³

Il apparaît que la responsabilité du rédacteur du contrat de gestion à l'égard du bénéficiaire est appréciée de manière variable selon la profession qu'il exerce. Il faut maintenant voir que le contenu de la responsabilité du rédacteur varie aussi au fil de la rédaction.

2/ Un contenu variable au fil de la rédaction

605. Le rédacteur engage sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire lors des pourparlers (a) ainsi que lors de la rédaction proprement dite (b).

a) Au stade des pourparlers

606. M. Alexandre souligne que le rédacteur doit rappeler à son client la responsabilité qu'il encourt en cas de rupture des pourparlers afin qu'il mesure l'étendue de son engagement dans la relation contractuelle naissante. Ceci suppose également que le rédacteur perçoive l'évolution de la relation afin de pouvoir déterminer si la rupture des négociations est blâmable. Le devoir de conseil est étendu par la jurisprudence à toutes les professions qui conseillent leurs clients.⁹¹⁴

Au stade des pourparlers, le rédacteur du contrat est avant tout un conseil qui incite à la prudence. Lors de la rédaction proprement dite, celui-ci doit mettre en forme la relation contractuelle et les engagements des parties. Ceci a une incidence sur la responsabilité du rédacteur de l'acte à l'égard du bénéficiaire comme le montreront les développements suivants.

913 Cass. Com., 6 février 2007, n° 06-10.109, Obs. X. Delpech, « Responsabilité civile de l'expert comptable établissant la déclaration fiscale de son client, Obs. sous Cass., Com., 6 février 2007 », *D. Actualité*, 2007

914 Confer *opus* cité *supra*.

b) Au stade de la rédaction proprement dite

607. M. Alexandre insiste sur le fait que le rédacteur doit s'assurer qu'il comprend la demande du client et que celui-ci le comprend. À cette fin, il peut être utile de rédiger un protocole d'accord préalable à la signature du contrat de gestion. Un tel document permet de retracer l'évolution de la relation. Le rédacteur est ici celui qui donne une forme juridique à la gestion dans la durée. Par conséquent, ce protocole d'accord mérite l'attention des parties, même s'il n'a pas force obligatoire. Il peut être un élément de preuve préconstituée intéressant. À l'inverse, il peut obscurcir la relation contractuelle naissante de sorte qu'il peut être difficile de distinguer clairement la volonté des parties. De plus, les protocoles d'accord longs et descriptifs sont ancrés dans la culture anglo-saxonne qui s'attache davantage aux faits et à la situation concrète que la culture juridique romano-germanique qui tend à déceler dans le sens des mots utilisés la référence à des principes abstraits qui guideront l'interprète. En ce sens, la forme même du protocole d'accord peut être déroutante dans un contexte multiculturel.

Après l'analyse du régime de responsabilité du rédacteur du contrat de gestion, il convient de s'intéresser à l'étendue de celle-ci.

B Les effets de la responsabilité

608. Les lignes qui précèdent rendent plus perceptible encore la nécessité pour le rédacteur d'inscrire le contrat dans la durée (1). Après être revenu sur ce point, il faudra examiner l'étendue de la responsabilité du rédacteur (2).

1/ La nécessité pour le rédacteur d'inscrire le contrat dans la durée

609. Un tel objectif peut être atteint à l'aide de clauses probatoires (a) mais suppose avant tout l'attention du rédacteur au déroulement de la relation contractuelle (b).

a) Les clauses probatoires

610. Parmi les outils juridiques permettant d'inscrire le contrat dans la durée on songe aux clauses probatoires souvent appelées clauses d'avis donné.⁹¹⁵ Celles-ci permettent non seulement de

⁹¹⁵ Confer sur ce point J.-J. Alexandre, « La responsabilité des concepteurs de montages juridiques », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 71, p. 92.

préconstituer une preuve en indiquant précisément le contenu des recommandations données par le rédacteur mais aussi d'établir le fait que celui-ci a fait preuve de la prudence requise à chaque stade de la rédaction du contrat. Il est ainsi possible de retracer de manière certaine les éléments importants de la relation contractuelle. En outre, le rédacteur peut prouver qu'il a apporté un conseil adéquat au moment opportun. Comme on le voit, le temps et plus précisément la durée ont une grande influence sur le devenir de la relation contractuelle.

C'est pourquoi, après avoir examiné l'utilité des clauses probatoires, il convient de s'attarder sur la nécessaire attention au déroulement de la relation contractuelle naissante.

b) La nécessaire attention au déroulement de la relation contractuelle naissante

611. Dans un premier temps il a été vu qu'au stade des pourparlers, le rédacteur incitait son client à la prudence. Lors de la rédaction du contrat, il le conseille et lui indique ce qui lui paraît utile de faire. Il doit s'efforcer d'avoir toujours à l'esprit le déroulement de la relation contractuelle qui prend forme. Il ne peut pas se contenter de réunir l'intégralité des documents produits à ce stade. Procéder de la sorte risquerait d'empêcher un observateur extérieur, notamment le juge, de distinguer clairement la nature et le déroulement des relations entre un rédacteur et son client. Une telle situation n'avantage ni le premier, ni le second dans la mesure où elle fait la part belle à l'intuition du juge. Or, comme il a été indiqué, le juriste de tradition romano-germanique souhaite avant tout qu'une décision soit cohérente d'un point de vue logique. Si le juge a la faculté de se reposer sur son intuition, il n'accordera peut-être pas autant d'importance à la conformité de sa décision aux règles sur lesquelles se fondent les adversaires au procès. Ceux-ci laissent alors une marge de manœuvre plus grande au magistrat.

Après avoir montré de manière très concrète que le rédacteur du contrat de gestion devait faire preuve d'une grande attention tout au long du déroulement de la relation contractuelle naissante, il convient d'étudier l'étendue de la responsabilité de ce dernier.

2/ L'étendue de la responsabilité

612. Examiner en détail le régime de responsabilité du rédacteur dépasse le cadre de ce travail. Néanmoins, c'est précisément au stade de la rédaction qu'il peut chercher à se préserver d'une action en responsabilité ou à en circonscrire les effets. Il est de ce fait intéressant d'évoquer brièvement la

possibilité d'aménagements conventionnels en la matière (a) avant de s'intéresser au préjudice indemnisable (b).

a) Les aménagements conventionnels de la responsabilité du rédacteur

613. M. Alexandre rappelle que les clauses aménageant la responsabilité délictuelle sont nulles car celle-ci est d'ordre public. En ce qui concerne les clauses portant sur la responsabilité contractuelle du rédacteur, celles-ci sont valables à condition de ne pas exonérer ce dernier des obligations qui lui incombent en raison de sa qualité de conseil. En revanche, il est possible qu'un avocat lie sa responsabilité à son domaine de compétence et précise expressément qu'il ne s'oblige à fournir aucun conseil en dehors de celui-ci.

Après avoir rappelé brièvement l'état du droit en matière de la responsabilité du rédacteur, il convient de s'intéresser au préjudice indemnisable.

b) Le préjudice indemnisable

614. M. Chantepie relève que le litige relatif à un contrat qui ne produirait pas les effets attendus porte soit sur la cause, soit sur l'erreur.⁹¹⁶

L'auteur estime que dans les cas où le rédacteur a accompli un acte efficace, la réparation du préjudice tant à faire produire les effets du contrat. Il cite le cas de la caducité d'un permis dont le défaut de vérification de validité a entraîné la perte de charges locatives de l'immeuble en cours de construction. La Haute juridiction exige que les juges motivent en fait le caractère certain de l'efficacité du montage que le client aurait choisi s'il avait été correctement conseillé par l'avocat et l'expert-comptable, sans quoi l'arrêt est privé de base légale.⁹¹⁷

Il a par ailleurs été affirmé que l'immixtion dans la gestion était de nature à engager la responsabilité de celui qui s'immisçait, notamment le bénéficiaire de la gestion. Un arrêt cité par l'auteur illustre ce point. En effet, la responsabilité de l'expert-comptable est recherchée sur le fondement délictuel car celui-ci « s'il était demeuré étranger à la rédaction de l'acte litigieux, avait mis en relation M. Pierre X... et l'avocat et s'était immiscé dans la conduite de ce dossier sans appeler l'attention du premier sur les conséquences fiscales du montage

⁹¹⁶ G. Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat », *R.D.C.*, 2010, n° 1, p. 347 et suivantes.

⁹¹⁷ Cass., Civ. III, 7 mai 2008, n° 07-11.390 et suivants (5 arrêts), note O. Deshayes, *RDC* 2008, p. 1181 et suivantes.

finalement retenu ». ⁹¹⁸

M. Chantepie estime que si les juges se préoccupent de l'efficacité juridique de l'acte, ils ne vont pas jusqu'à rechercher la responsabilité du rédacteur au motif que l'acte juridiquement valable ne produit pas l'effet attendu. L'auteur parle dans ce cas de figure d'« opportunité économique » de l'acte. On peut regretter une telle situation. Toutefois, d'un point de vue technique la marge de manœuvre du magistrat semble extrêmement étroite en la matière. La plupart des affaires relatives à l'efficacité d'une convention sont envisagées par les parties et le juge sous l'angle des vices du consentement ou de la cause. De tels fondements semblent impropres à produire des résultats satisfaisants, tant d'un point de vue théorique que pratique. Les vices du consentement et la cause concernent la validité des conventions, autrement dit, leur formation et non leurs effets. Or, ce sont bien les effets attendus du contrat dont il est question ici. Certes, il est toujours possible de dire qu'une partie n'aurait jamais consenti à la formation d'un contrat si elle avait su que celui-ci ne produirait pas les effets qu'elle en attendait au moment de sa conclusion. Cependant, c'est précisément à ce moment-ci que l'on apprécie la validité du consentement et non au regard du résultat ultérieur.

615. Il convient dès lors de distinguer deux situations. La première qui a été évoquée concerne l'efficacité juridique du contrat. Dans cette hypothèse, le contractant manifestait, au moment de la conclusion, la volonté de créer un lien d'obligations produisant des effets juridiques. Le rédacteur n'a pas été suffisamment prudent en n'utilisant pas les moyens à sa disposition lui permettant de prendre en compte la validité du permis de construire. Il y a cependant une autre hypothèse, celle de contrats valablement formés et de ce fait conformes à la volonté exprimée par le contractant. Il se trouve que le contrat ne permet pas d'obtenir le résultat désiré. Le contractant était libre de contracter et a fait acte de volonté en s'engageant dans une relation contractuelle dont il pensait qu'elle le satisferait. Le fait que cette relation ne le satisfasse plus est sans incidence sur la validité du consentement.

D'un point de vue pratique, il est difficilement concevable d'indemniser la frustration d'un désir qui n'est jamais devenu en droit volonté de s'obliger. Le contractant avait la possibilité, lors de la rédaction du contrat, de manifester une volonté davantage en accord avec son désir en faisant entrer certains éléments dans le champ contractuel. Il ne l'a pas fait et s'est engagé dans une relation qui est aujourd'hui la cause de sa frustration. La Cour de cassation nous enseigne qu'un désir insatisfait n'est pas une volonté imparfaite. ⁹¹⁹

⁹¹⁸ Cass., Civ. I, 5 mars 2009, 08-11374, note J.-L. Navarro, *J.C.P. E*, 22 octobre 2009, p. 37 et s.

⁹¹⁹ Le Code civil impose au juge de pallier l'imperfection d'une volonté en interprétant le contrat. Confer sur ce point

Cette solution est opportune parce qu'il est très difficile de déterminer l'instant auquel la validité du contrat aurait été atteinte si ce n'est au moment précis de sa conclusion. Puisque l'on sait maintenant que la valorisation des biens ne se conçoit que dans la durée, il faut conclure à l'impossibilité d'encadrer de manière satisfaisante l'évolution de la situation des biens gérés et les effets de la gestion au moyen de la cause ou de l'erreur.

616. Ce paragraphe consacré à l'étude de la responsabilité du rédacteur du contrat de gestion à l'égard du bénéficiaire a permis de mettre en évidence l'importance pour le premier d'envisager dans la durée la relation naissante, sans quoi le second risquerait d'obtenir gain de cause dans le cadre d'une action en responsabilité.

617. L'analyse des rapports entre le bénéficiaire et les tiers dans le cadre de cette section conduit à conclure que l'organisation de la gestion permet de préserver le bénéficiaire des conséquences indésirables d'une action du gestionnaire, dès lors qu'il ne l'a pas approuvée lors de la reddition des comptes. Les droits des tiers ne sont pour autant pas bafoués dans la mesure où un acte accompli afin de préserver la continuité de la gestion s'inscrit dans le cadre de l'organisation et son opportunité est indifférente. Une telle solution est d'ailleurs conforme au droit positif. Il lui appartient par la suite de mettre en cause l'opportunité de l'acte afin d'obtenir réparation du préjudice subi auprès du gestionnaire. De surcroît, il reste maître de ses biens, les droits acquis par ce dernier intègrent le patrimoine lors de l'approbation des comptes qui a lieu de manière périodique tout au long de la gestion. Ceci est conforme à la conception de la propriété héritée du droit romain que l'on retrouve en droit français. Le gestionnaire quant à lui peut gérer les biens sans craindre d'être responsable du fait du bénéficiaire s'immisçant dans la gestion puisque l'immixtion engage la responsabilité de ce dernier. L'organisation permet par conséquent d'atteindre un équilibre conforme au droit positif entre les droits du gestionnaire et ceux du bénéficiaire.

Conclusion du Chapitre I

618. Au cours de ce chapitre consacré à l'organisation au stade de l'exécution du contrat de gestion, il est apparu que l'exercice de ce pouvoir d'accomplir une action inscrivait la gestion dans la durée. Le pivot de celui-ci est la reddition de compte. Dans le cadre des relations entre le gestionnaire et les tiers, elle marque la continuité de la gestion en retraçant de manière fidèle l'état des différents liens de dépendance réciproque que se nouent au fil de la gestion. Elle est aussi le mécanisme de transfert de la propriété des biens acquis par le gestionnaire au bénéficiaire. Si celui-

les articles 1156 et suivants dudit Code.

ci retire ainsi les fruits de la gestion de son patrimoine par un autre sans engager sa responsabilité, il reste responsable de ses actes, notamment lorsqu'il s'immisce dans l'exécution de la mission du gestionnaire.

Après avoir examiné le pouvoir d'organisation, il convient de s'intéresser à celui de direction.

Chapitre II La direction

619. Il ne pas suffit de montrer qu'un encadrement efficace de la gestion à titre habituel impose de prendre en compte l'écoulement du temps, l'intérêt du bénéficiaire et de permettre à celui-ci de porter une appréciation subjective sur ses biens afin de déterminer la valeur qu'il convient d'accroître tout au long de la gestion. Il faut en plus rechercher ce qui permet au juriste d'élaborer le cadre juridique de la gestion. Ce travail n'a pas pour objectif de proposer une réforme législative mais de montrer comment aborder les difficultés que soulève la gestion à titre habituel afin de les résoudre en utilisant efficacement les ressources du droit positif.

Puisqu'il faut accorder de l'importance à la liberté du bénéficiaire et à la situation particulière des biens gérés, le juriste ne peut que poser un cadre procédural et s'abstenir de définir la valeur. On ne s'étonnera pas de la présentation qui va suivre des différentes obligations susceptibles d'être contenues par le contrat de gestion et de leurs effets ; les parties au fait de la portée de leurs engagements sont seules à pouvoir décider ce qu'il est opportun de faire.

Afin de mener à bien cet exercice, il convient non seulement d'indiquer quels sont le fondement et le contenu des obligations qui peuvent être créées mais aussi de s'interroger sur la pratique de leur exécution. La jurisprudence sera analysée lorsque cela s'avère utile afin de préciser autant qu'il est possible l'étendue des obligations des parties au contrat de gestion.

Comme ce chapitre traite de la pratique de la direction qui oriente la gestion, il est nécessaire d'étudier la fin des relations contractuelles influera sur l'orientation future de la valorisation.

L'étude de la direction au stade de l'exécution du contrat suppose d'analyser l'exécution des obligations du gestionnaire (Section I), puis d'étudier l'exécution de celles du bénéficiaire (Section II).

Section I L'exécution des obligations du gestionnaire

620. La direction est destinée à orienter la gestion dans l'intérêt du bénéficiaire. Ce pouvoir est exercé par le gestionnaire dont l'intérêt peut diverger de celui de son cocontractant au contrat de gestion. Ceci est source de conflits. Certains d'entre eux peuvent expliquer que le bénéficiaire ne souhaite en fin de compte pas confier cette mission à la personne à laquelle il songeait, d'autres sont susceptibles d'apparaître en cours de gestion. C'est pourquoi il est intéressant de distinguer

l'obligation de révéler d'éventuels conflits d'intérêts en début de mission (I) avant d'examiner l'attitude du gestionnaire face aux conflits d'intérêts en cours de gestion (II).

Paragraphe I L'obligation de révéler d'éventuels conflits d'intérêts en début de mission

621. Afin de bien comprendre cette obligation, il faut en analyser le substrat et le fondement (A), d'une part avant d'étudier le contenu et la sanction de cette obligation (B), d'autre part.

A Le substrat et le fondement de cette obligation

622. Le bénéficiaire confie ses biens au gestionnaire parce qu'il lui fait confiance. La confiance, substrat de cette obligation (1), sera étudiée avant le fondement de celle-ci (2).

1/ La confiance, substrat de cette obligation

623. La confiance du bénéficiaire repose sur sa prudence (a) et son audace (b).

a) La prudence du bénéficiaire

624. Au cours des développements précédents, il a été vu que le gestionnaire devait agir sans avoir à obtenir l'autorisation préalable du gestionnaire d'accomplir chacune de ses actions. Une telle dépendance semble incompatible avec une gestion efficace. Par ailleurs, la valorisation suppose l'instauration de liens de dépendance réciproque entre le gestionnaire et le bénéficiaire. Les contrats-cadres de distribution illustrent ce phénomène analysé précédemment. La gestion à titre habituel serait faite de l'enchevêtrement de la dépendance et de la liberté d'action du gestionnaire. La question qui se pose alors est simple et la réponse à celle-ci l'est tout autant pour peu que l'on fasse preuve d'un minimum de sincérité. Le bénéficiaire ne trouve-t-il aucun avantage à la dépendance du gestionnaire à son égard ? Si l'on est aussi épris de liberté que l'on se plaît à le croire, la question ne se pose pas. Le fait qu'elle se pose suffit à révéler un certain malaise à l'égard de l'indépendance du gestionnaire.

En réalité, le bénéficiaire accorde une grande liberté d'action au gestionnaire car elle permet à ce dernier d'agir plus efficacement dans l'intérêt de son cocontractant que ne le ferait le propriétaire gérant ses biens. C'est pourquoi l'obligation de révéler d'éventuels conflits d'intérêts qui pèsent sur

l'arbitre est intéressante. Elle permet de prévenir un éventuel conflit d'intérêts et le cas échéant d'y faire face. On pourrait croire à la lecture de ce qui précède que le droit sacrifie la liberté du gestionnaire sur l'autel de celle du bénéficiaire. Il n'en est rien. La servitude du gestionnaire n'est pas envisageable puisque celui-ci est un individu libre. Ceci est loin d'être une évidence malgré l'abolition de l'esclavage. Comme l'écrit l'empereur Hadrien sous la plume de Marguerite Yourcenar : « Je doute que toute la philosophie du monde parvienne à supprimer l'esclavage : on en changera tout au plus le nom. Je suis capable d'imaginer des formes de servitude pires que les nôtres, parce que plus insidieuses : soit qu'on réussisse à transformer les hommes en machines stupides et satisfaites, qui se croient libres alors qu'elles sont asservies, soit qu'on développe chez eux, à l'exclusion des loisirs et des plaisirs humains, un goût du travail aussi forcené que la passion de la guerre chez les races barbares. À cette servitude de l'esprit, ou de l'imagination humaine, je préfère encore notre esclavage de fait. »⁹²⁰

Reconnaître la liberté de l'individu ne se limite pas à l'interdiction de l'esclavage. En matière de gestion, reconnaître et préserver la liberté d'action du gestionnaire oblige le bénéficiaire à faire preuve d'audace. Il lui faut admettre que le gestionnaire, parce qu'il est compétent, prendra des décisions opportunes et pourtant différentes de celles qu'aurait prises le bénéficiaire en pareilles circonstances. Du point de vue économique, il est incontestable que l'on crée davantage de richesses en pariant sur la liberté d'entreprendre qu'en misant sur la négation de l'individu au profit du bien commun déterminé par une autorité.

Il vient d'être vu que la confiance du bénéficiaire reposait sur la prudence au sujet d'éventuels conflits entre son intérêt et celui du gestionnaire. Elle s'appuie aussi sur l'audace du bénéficiaire comme le montreront les développements suivants.

b) L'audace du bénéficiaire

625. En matière de gestion, l'audace du bénéficiaire se manifeste d'abord par la recherche de la compétence du gestionnaire en vue de mettre par la suite celle-ci au service de l'entreprise du bénéficiaire.

Mme Ogier indique que la compétence ne découle pas nécessairement de la profession. L'auteur relève que les personnes qui siègent au sein des conseils d'administration de sociétés n'exercent pas

⁹²⁰ M. Yourcenar, *Mémoires d'Hadrien*, Folio, Gallimard, 1977, p. 129.

la profession d'administrateur de sociétés.⁹²¹ À ce sujet Mme Bouveresse estime que l'administrateur indépendant n'existe pas réellement car il fait en général partie d'un « réseau informel »⁹²². De plus, Mme Ogier remarque que la compétence n'est pas synonyme de qualification. Le diplôme ne signifie pas qu'une personne pourra résoudre un problème de manière efficace.⁹²³ La détermination de la compétence est rendue d'autant plus difficile qu'elle est liée à la « proximité affective »⁹²⁴ des parties au contrat de gestion.⁹²⁵ L'auteur poursuit en affirmant que la compétence engendre un pouvoir de fait du gestionnaire. Il existe de nombreux consultants dont le pouvoir découle de la confiance que leur accordent les parties.⁹²⁶ Comme on le voit, la valorisation à titre habituel ne peut être comprise si l'on ne souligne pas l'importance de la confiance. Le pouvoir de la personne qui exerce la mission qui lui est confiée lui confère une certaine supériorité en ce qu'elle peut par exemple avoir accès à des informations privilégiées inconnues de l'autre partie.⁹²⁷ Le bénéficiaire se trouve quant à lui en situation d'« infériorité technique »⁹²⁸ car faute de disposer de la compétence reconnue au gestionnaire, il n'est pas en mesure de contrôler l'action de celui-ci. L'audace du bénéficiaire se traduit notamment par le choix du gestionnaire. Ce choix est guidé par une appréciation fortement subjective de la compétence de ce dernier. Mme Ogier relève que la compétence est alors établie par l'*instrumentum* du contrat qui confie une mission à une personne. L'auteur prend l'exemple du contrat de mandat et de l'arbitrage.⁹²⁹ Dans ce dernier cas, l'arbitre peut ne pas être désigné mais la procédure de désignation doit être précise. Il est tentant de penser que l'appréciation subjective de la compétence devient objective du fait de la désignation contractuelle du gestionnaire ou de l'arbitre. Ceci est inexact. L'appréciation subjective de la compétence du gestionnaire ne disparaît pas. La désignation de l'arbitre ou du gestionnaire règle la question de la compétence, il suffit de désigner le gestionnaire compétent selon les modalités prévues par le contrat.

Ce qui précède permet de se rendre compte de manière très concrète de l'audace dont doit faire preuve le bénéficiaire qui décide de confier la gestion de ses biens à une personne dont il ne peut précisément apprécier l'action du point de vue technique. Faute de pouvoir juger le travail qui sera accompli, il peut d'ores et déjà estimer la personne à laquelle il entend confier la gestion de ses biens. Il se place alors en situation de dépendance. La Boétie rappelle que l'estime et la gratitude

921 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, pp. 55-56.

922 J. Bouveresse, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, J.-P. Stork (dir.), th. Strasbourg, 2006, n° 497 et suivants. L'auteur en signale deux particulièrement importants, à savoir ceux de l'ENA et de l'École Polytechnique.

923 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, p. 56.

924 Expression de l'auteur

925 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, pp. 67 et suivantes.

926 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, p. 82.

927 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, pp. 99 et suivantes.

928 Confer sur ce point C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, pp. 104 et suivantes. Expression de l'auteur.

929 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, pp. 60 et 62.

que l'on éprouve pour quelqu'un sont source de servitude.⁹³⁰ Le contrat de gestion à titre habituel repose sur un très fort *intuitus personae* comme le mandat de droit romain et plus généralement les contrats de bonne foi. Pour toutes ces raisons, le bénéficiaire doit se montrer prudent et s'assurer que le gestionnaire mettra sa compétence au service de l'entreprise du bénéficiaire.

626. Rechercher la compétence du gestionnaire est une chose, la mettre au service de l'entreprise du bénéficiaire en est une autre. Il est évident que la gestion des sociétés repose entièrement sur le parti pris de la liberté d'entreprendre et vise par exemple à faire converger les intérêts des gestionnaires et actionnaires. En vue d'atteindre ce résultat, il est possible de faire dépendre la rémunération des dirigeants sociaux du cours de l'action. Cette méthode a cependant des effets pervers et est souvent critiquée par nombre d'entrepreneurs en ce qu'elle favorise la réalisation de gains à court terme par les actionnaires en compromettant l'avenir de l'entreprise. Il est possible, à titre d'illustration, de se référer aux propos du fondateur du groupe Swatch : « Ce n'est pas seulement cette crise qui me conduit à dénoncer ce que j'appelle la « mentalité Wall Street », qui ne cesse de détruire toutes les richesses que nous, les entrepreneurs, nous construisons. [...] Le contrôle de l'industrie par la finance contribue à la détruire. »⁹³¹ La situation qui est ici critiquée s'apparente à une forme de servitude. Pourtant, le gestionnaire y consent. La cupidité et l'orgueil sont deux puissants facteurs d'asservissement volontaire comme le souligne La Boétie en prenant pour exemple l'augmentation du nombre de sénateurs sous Jules César.⁹³²

On voit ici très clairement que les motivations profondes du bénéficiaire et du gestionnaire qui décident de conclure un contrat de gestion à titre habituel sont souvent inconnues. De plus, le bénéficiaire pourra par des moyens divers essayer de faire converger son intérêt et celui de son cocontractant. L'audace du bénéficiaire influe sur l'action du gestionnaire. Indépendamment de son opinion sur la pertinence, l'utilité sociale ou l'efficacité de la gestion, le juriste à qui il appartient de conférer un cadre juridique à une relation unissant le gestionnaire et le bénéficiaire en vue de valoriser un patrimoine doit admettre que bon nombre de paramètres pourtant essentiels, tels que la compétence du gestionnaire, lui échappent. Il n'est pas inutile pour autant. La valorisation d'un

930 É. de La Boétie, *La servitude volontaire (Texte précédé d'une « Notice bio-bibliographique » sur l'auteur écrite par le Dr J.-F. Payen)*, Firmin Didot Frères, 1858, pp. 79 et suivante.

931 V. Lion, « Interview de Nicolas G. Hayek », *L'Express*, 2009, p. Document disponible sur le site Internet du groupe Swatch dans la section consacrée aux interventions du fondateur et à l'adresse suivante : http://www.swatchgroup.com/en/services/archive/2009/nicolas_g_hayek_s_interview_for_the_magazine_l_express.

932 É. de La Boétie, *La servitude volontaire (Texte précédé d'une « Notice bio-bibliographique » sur l'auteur écrite par le Dr J.-F. Payen)*, Firmin Didot Frères, 1858, p. 131 Confer également p. 133 : « Car, à dire vrai, qu'est ce autre chose de s'approcher du tiran, que se tirer plus arriere de sa liberté, et par maniere de dire serrer à deus mains et embrasser la seruitude? » L'orthographe reprend celle du texte original établi par le Dr Payen.

patrimoine ne peut être réalisée par l'individu seul, elle suppose une relation à autrui qui se conçoit dans la durée.⁹³³ Le bénéficiaire se lie nécessairement au gestionnaire par des liens de dépendance. L'individu coupé du monde n'est pas indépendant, il est isolé. Confier ses biens à autrui n'est pas anodin ; la confiance que le bénéficiaire témoigne au gestionnaire est une prudence mêlée d'audace. Il convient par conséquent de s'assurer que le bénéficiaire accorde sa confiance au gestionnaire en connaissance de cause. Ceci concerne le juriste qui encadrera les relations qui unissent les individus au moyen notamment du droit des contrats. En début de gestion, le juriste doit établir cette relation de confiance en permettant que soient révélés d'éventuels conflits d'intérêts.

Après avoir vu que le substrat de l'obligation de révéler d'éventuels conflits d'intérêts en début de mission était la confiance du gestionnaire que l'obligation de révélation venait consolider, il convient d'analyser les fondements de cette dernière.

2/ Le fondement de l'obligation de révélation

627. Afin de comprendre le fondement de celle-ci, il convient de relever la similitude de l'obligation de révélation du gestionnaire et de l'arbitre (a) avant de souligner l'inadéquation du fondement issu du droit de l'arbitrage (b).

a) La similitude de l'obligation de révélation du gestionnaire et de l'arbitre

628. Comme l'indique M. Cuif, l'obligation de révéler d'éventuels conflits d'intérêts ne vise pas à prévenir ceux-ci, à la manière des incompatibilités légales d'exercice⁹³⁴, mais à les neutraliser. Lorsque le conflit d'intérêts est révélé, la partie à laquelle celui-ci est préjudiciable peut l'accepter et ne pourra s'en prévaloir par la suite.⁹³⁵ L'obligation de révélation permet à la partie qui établit le conflit d'intérêts de ne pas se soumettre à l'arbitrage. Un tel procédé est utile en matière de gestion à titre habituel car il permet au bénéficiaire de s'assurer que le gestionnaire ne se trouve pas dans une situation qui l'incite à agir contrairement à son intérêt. Par ailleurs, l'arbitre et les parties à l'arbitrage sont la plupart du temps issus d'un même milieu professionnel ou social. Ceci rapproche l'arbitrage du contrat de gestion et du mandat de droit romain. Ces similitudes permettent de penser à première vue que le régime applicable au droit de l'arbitrage peut être transposé en matière de gestion à titre

⁹³³ Confer en ce sens, L. Aynès, « Rapport de synthèse du colloque « Durées et contrats » », *RDC*, 2004, n° 1, p. 201

⁹³⁴ P.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts : Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, n° 2005, p. 1, n° 53.

⁹³⁵ P.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts : Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, n° 2005, p. 1, n° 56 et 60.

habituel.

La récente actualité du droit de l'arbitrage incite à s'intéresser à celui-ci. Le gestionnaire peut comme l'arbitre supposer que certains éléments sont de nature à mettre fin à sa mission. Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage⁹³⁶ renverse le principe établi par l'article 1452 ancien du Code de procédure civile d'après lequel l'arbitre qui soupçonnait l'existence d'une cause de récusation devait en informer les parties et ne poursuivre qu'avec leur accord. L'article 1458 nouveau dudit Code prévoit l'inverse en indiquant que la mission de l'arbitre ne prend fin que si les parties y consentent à l'unanimité.⁹³⁷ On ne peut toutefois pas considérer que l'obligation de révélation est amoindrie puisque l'article 1456 nouveau insiste sur celle-ci.⁹³⁸ Le contrat de gestion doit prévoir ce cas de figure car le bénéficiaire peut également souhaiter mettre fin à la mission du gestionnaire par opportunisme, par exemple pour s'approprier les biens d'un *trust* anglais comme vu précédemment.⁹³⁹ Les préoccupations en matière d'arbitrage sont analogues à celles relatives à la gestion.

Malgré cette première impression, le fondement de l'obligation de révélation en droit de l'arbitrage ne peut être celui de l'obligation analogue qui incombe au gestionnaire à titre habituel.

b) L'inadéquation du fondement issu du droit de l'arbitrage

629. Le fondement de l'obligation de révélation de l'arbitre est discuté. La doctrine majoritaire reconnaît à l'arbitre un pouvoir juridictionnel analogue à celui du juge étatique.⁹⁴⁰ Un courant minoritaire considère que l'arbitre tient son pouvoir du contrat uniquement et qu'il n'y a pas lieu de faire une analogie avec le juge étatique.⁹⁴¹ Ce débat ne concerne pas la gestion sans représentation et est sans incidence sur le raisonnement qui suit. En effet, quel que soit le fondement retenu, l'arbitre se doit d'être objectif et neutre. L'objectivité désigne ici l'aptitude de l'arbitre à s'effacer afin

936 Confer au sujet de ce texte le Ministère de la justice et des libertés, *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*.

937 À défaut d'accord, il y a recours à un tiers. Confer sur ce point article 1456 *in fine* du Code de procédure civile. Adde E. Kleiman, J. Spinelli, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 27, p. 9 ; E. Gaillard, P. de Lapasse, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011, p. 175, n° 15.

938 Confer sur ce point B. Le Bars, « Obligation de révélation des liens de l'arbitre avec l'avocat d'une des parties : il va falloir attendre encore un peu. Note sous Cass., Com., 10 octobre, 2012 », *JCP G*, 2012, n° 48, p. 1268 et suivantes.

939 Confer *supra* n° 10.

940 Confer notamment E. Gaillard, P. de Lapasse, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011, p. 175, n° 11.

941 Confer par exemple M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, P. Mayer (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2001, n° 55 et suivants.

d'accorder davantage d'importance à l'objet qu'il analyse.⁹⁴² La neutralité quant à elle est l'aptitude de l'arbitre à considérer de manière égale les différents éléments qui lui sont soumis. M. Henry parle à ce sujet d'« indifférence ».⁹⁴³

Le gestionnaire ne doit cependant être ni objectif, ni neutre. La valorisation oblige le gestionnaire à rechercher la valeur que le bénéficiaire entend donner à ses biens. Il a été montré que la valeur comportait une dimension subjective. On rétorquera que l'élément subjectif de la valeur est conféré par le bénéficiaire et non par le gestionnaire et que, de ce fait, celui-ci pourrait se contenter d'être objectif. L'argument doit être rejeté. En effet, lors de l'analyse du substrat de l'obligation de révélation, à savoir la confiance, il a été montré que le bénéficiaire déterminait la compétence de la personne à laquelle il confiait les biens selon des critères qui n'apparaissent pas toujours très clairement, au point qu'ils pouvaient être laissés en dehors du champ du contrat de gestion. On ne peut exiger du gestionnaire qu'il fasse preuve d'objectivité en tenant compte de critères qu'il ignore. Il faut admettre que le gestionnaire gère les biens parce que le bénéficiaire considère que son cocontractant est la personne la plus apte à saisir par l'intuition la valeur qu'il convient de conférer aux biens, d'une part et qu'il saura comment y parvenir concrètement, d'autre part. Il s'agit d'un pari sur l'avenir qui oblige le bénéficiaire à faire preuve d'audace. Il n'est pas sûr de le gagner mais il est certain de le perdre s'il ne permet pas au gestionnaire d'apprécier la meilleure manière de réaliser le projet de gestion. S'il ne comptait pas sur l'appréciation subjective du gestionnaire, le bénéficiaire ne prendrait pas la peine de lui confier la gestion de ses biens à titre habituel. La part de subjectivité que contient la détermination des moyens concrets qu'il faut employer afin de réaliser le projet de gestion peut troubler le juriste. Néanmoins, il n'a pas à se préoccuper de cette question car elle a été tranchée par le bénéficiaire lorsqu'il a désigné la personne compétente pour gérer les biens. Il ressort de ce qui précède que le gestionnaire ne doit pas analyser la valorisation de manière objective.

Après avoir souligné l'inadéquation du fondement de l'obligation de révélation du droit de l'arbitrage en raison de la nécessité pour le gestionnaire de ne pas être objectif, il convient de voir que celui-ci doit également ne pas être neutre.

630. Considérer un objet de manière neutre revient à ne pas le distinguer des objets semblables. Or, la valorisation consiste justement à donner à un bien une valeur particulière. Comme l'écrit Louis Lavelle, « On peut dire que le mot valeur s'applique *partout où nous avons affaire à*

⁹⁴² Confer en ce sens M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, P. Mayer (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2001, n° 220 et suivant.

⁹⁴³ M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, P. Mayer (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2001, n° 221.

une rupture de l'indifférence ou de l'égalité entre les choses, partout où l'une d'elles doit être mise avant une autre, partout où elle lui est jugée supérieure et mérite de lui être préférée. »⁹⁴⁴ Par conséquent, le gestionnaire ne doit pas non plus être neutre. À nouveau, le bénéficiaire tient compte de ce point lorsqu'il désigne le gestionnaire.

Ces exigences de neutralité et d'objectivité pèsent sur l'arbitre car elles concourent à son indépendance. M. Henry estime que cette dernière n'est pas une situation de fait mais un devoir pour l'arbitre qui est de l'essence de l'arbitrage.⁹⁴⁵ De ce devoir découle selon l'auteur une obligation de révélation qui vise à s'assurer de l'indépendance de l'arbitre, d'une part et de la sanction de l'éventuel défaut d'indépendance, d'autre part.⁹⁴⁶ L'idée de devoir d'indépendance est intéressante mais l'objectivité et la neutralité qui en sont les corollaires ne conviennent pas à la gestion sans représentation à titre habituel. Il est également possible, selon Mme Ogier, de définir l'indépendance comme « la position dans laquelle un acteur n'est pas soumis à un intérêt autre que celui qu'il a à défendre ». ⁹⁴⁷ L'indépendance est cependant difficile à préserver car le gestionnaire établit des relations avec les tiers. Au cours de ces échanges, les intérêts de chacun des protagonistes se lient. Par conséquent, il est sans doute préférable d'envisager l'indépendance comme un devoir plutôt que comme une position car le gestionnaire se lie à d'autres tout au long de la gestion. Il paraît de ce fait plus approprié de ne pas rechercher l'indépendance du gestionnaire mais s'intéresser à l'identification de conflits d'intérêts susceptibles de porter préjudice au bénéficiaire.

Il apparaît que l'obligation de révélation d'éventuels conflits d'intérêts a pour fondement la volonté contractuelle. Le bénéficiaire qui accorde sa confiance au gestionnaire souhaite s'assurer que ce dernier ne mettra pas la compétence qu'il lui reconnaît au service d'un intérêt qui s'oppose au sien. Au cours des développements précédents, il est apparu que le gestionnaire ne devait être ni objectif ni neutre et devait au contraire déterminer à l'aide de sa compétence la manière dont il convenait de réaliser le projet du bénéficiaire. Si l'appréciation subjective du patrimoine justifie la désignation d'une personne compétente par le bénéficiaire et échappe en grande partie au juriste, il appartient à celui-ci de veiller à la mise en évidence d'éventuels conflits d'intérêts par l'insertion dans le contrat d'une clause obligeant le gestionnaire à révéler ceux-ci en début de mission. Le fondement d'une telle obligation n'est autre que la volonté.

Suite à l'analyse du substrat et du fondement de l'obligation de révélation, il convient

944 Confer opus cité supra, Tome I, p. 4 Italiques de l'auteur.

945 M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, P. Mayer (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2001, n° 340 et suivant.

946 M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, P. Mayer (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2001, n° 344.

947 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, p. 208.

d'examiner le contenu et la sanction de celle-ci.

B Le contenu et la sanction de cette obligation

631. L'étude du contenu de l'obligation (1) précédera celle de sa sanction (2).

1/ Le contenu

632. Le contenu de l'obligation dépend du milieu culturel et professionnel dans lequel se nouent les relations susceptibles de dégénérer en conflit d'intérêts préjudiciable au bénéficiaire (a). Dans la mesure où la partie sur laquelle pèse l'obligation de révélation doit révéler les informations pertinentes en matière de conflit d'intérêts, il est intéressant de s'interroger sur la pertinence des informations révélées (b).

a) L'importance du milieu professionnel et culturel

633. Selon MM. Fry et Greenberg « Il suffit tout simplement de comparer les différences de normes concernant la communication d'informations par les arbitres de chaque côté de l'océan Atlantique pour savoir que la pratique arbitrale sur ce point fondamental ne fera peut-être jamais l'objet d'un consensus, même entre les économies les plus développées du monde. »⁹⁴⁸ Il est cependant nécessaire d'élaborer des règles utiles au règlement des litiges commerciaux internationaux. Selon ces auteurs, « Les pressions commerciales exercées par les cabinets d'avocats internationaux, qui comptent de nombreux arbitres internationaux parmi leurs associés, accroissent les difficultés. »⁹⁴⁹

Celles relatives à la révélation tiennent à la pertinence des informations révélées.

b) La pertinence des informations révélées

634. Même si le fondement de l'obligation issue du droit de l'arbitrage a été rejeté, l'étude de l'indépendance de l'arbitre est intéressante en ce qu'elle permet d'appréhender de façon très concrète la manière dont les conflits d'intérêts sont encadrés au moyen de l'obligation de révélation.

M. Henry relève que l'approche de l'indépendance de l'arbitre repose principalement sur un critère

⁹⁴⁸ J. Fry, S. Greenberg, « Le tribunal arbitral : application des articles 7 à 12 du Règlement d'arbitrage de la CCI dans les affaires récentes », *Bull. C.C.I.*, 2009, n° 2, n° 2.

⁹⁴⁹ J. Fry, S. Greenberg, « Le tribunal arbitral : application des articles 7 à 12 du Règlement d'arbitrage de la CCI dans les affaires récentes », *Bull. C.C.I.*, 2009, n° 2, n° 3.

objectif auquel vient s'ajouter un tempérament fondé sur l'existence d'un doute raisonnable au sujet de l'indépendance de l'arbitre. Ce critère de l'indépendance a été énoncé par la Cour d'appel de Paris.⁹⁵⁰ Selon l'auteur, « le tempérament [du doute raisonnable signifie] que la présomption d'atteinte au devoir d'indépendance créée par telle ou telle circonstance objective ne devrait pas être irréfragable mais confrontée à certaines considérations subjectives telles que le comportement des parties au moment de la désignation de l'arbitre puis au cours de l'instance, le comportement de l'arbitre, ou encore le contenu de la sentence. »⁹⁵¹ Le doute raisonnable vient en effet tempérer l'appréciation objective de l'indépendance de l'arbitre. Cependant, la jurisprudence ne marque pas de distinction entre le doute raisonnable et l'indépendance objective. On peine à trouver une décision qui conclut à un manque d'indépendance objective sans établir de doute raisonnable. Certaines décisions de justice mêlent même les deux conditions.⁹⁵² Si la jurisprudence mentionne dans l'ensemble l'existence d'un doute raisonnable, ce dernier est avant tout utilisé afin de conforter le sérieux de la demande en justice.

Après avoir examiné le contenu de l'obligation de révélation, il convient de voir comment celle-ci est sanctionnée.

2/ La sanction

635. La sanction de l'obligation de révélation a donné lieu à une jurisprudence abondante en matière de droit de l'arbitrage. Celle-ci est intéressante en ce qui concerne la gestion sans représentation car le manquement au devoir d'indépendance de l'arbitre est soulevé dans une situation de conflit d'intérêts. L'étude entre autres du droit de l'arbitrage permet par conséquent de distinguer les différentes situations de conflit d'intérêts qui peuvent survenir. C'est pourquoi, après avoir examiné celles-ci (a), on s'interrogera sur les conséquences de l'obligation de révélation sur la

⁹⁵⁰ 2 juin 1989, Rev. arb. 1991, p. 87.

⁹⁵¹ M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, P. Mayer (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2001, n° 456.

⁹⁵² Confer notamment Ordonnance du T.G.I. de Carpentras, 25 janvier 2000, n° JurisData 2000-152853 et Ordonnance du T.G.I. de Toulouse, 3 mai 2005, n° JurisData 2005-.286258. Selon la première décision, « la seule considération selon laquelle l'arbitre aurait pu rencontrer l'administrateur de l'une des sociétés parties à la procédure d'arbitrage, lorsqu'il exerçait à une époque antérieure des fonctions de commissaire aux comptes qui impliquent par nature l'absence de relation obligée, n'apparaît pas, en l'absence de toute autre circonstance particulière, de nature à représenter une cause de récusation en sa personne et à affecter la sentence arbitrale d'un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité dans l'esprit des parties et à constituer une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. »

Selon la seconde, « il existe nécessairement entre un plaideur et son avocat une relation de confiance particulière. En effet, l'avocat se voit confier des intérêts personnels parfois considérables et a donc accès à des informations confidentielles. Cette relation est d'ailleurs protégée par un strict secret professionnel. Par conséquent, elle revêt manifestement une intensité excédant celle qui gouverne les relations professionnelles banales entre un prestataire de services et son client. En conséquence, le simple fait pour l'arbitre d'avoir eu pour avocat, dans un passé récent, celui de l'adversaire de la société demanderesse constitue un motif objectif de remettre en cause son indépendance et justifie qu'il soit fait droit à la demande de récusation. »

gestion (b).

a) L'analyse de la jurisprudence relative au conflit d'intérêts

636. Afin de bien cerner les différentes situations de conflit d'intérêts susceptibles de se présenter, il est intéressant de distinguer entre les révélations portant sur l'environnement du gestionnaire, d'une part et celles portant sur les relations privilégiées que le gestionnaire entretient avec des tiers, d'autre part.

Lorsque l'on considère l'environnement du gestionnaire, il faut différencier la révélation portant sur des éléments relevant du milieu socioprofessionnel de celles portant sur la vie privée du gestionnaire.

Le défaut d'indépendance de l'arbitre est difficilement établi lorsqu'une partie se fonde sur l'absence de révélation portant sur des éléments connus des membres d'un milieu socioprofessionnel auquel elle appartient. Ceci explique qu'un professionnel du commerce voit rejeter sa demande d'annulation d'une sentence arbitrale fondée sur l'absence de révélation par un arbitre de sa qualité de président d'une fédération agricole dont l'autre partie était membre. La présidence de cette organisation est mentionnée dans diverses revues spécialisées et ainsi de notoriété publique.⁹⁵³ L'absence de révélation d'un fait non notoire n'entraîne pas systématiquement l'annulation de la sentence. La Première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 12 octobre 2012⁹⁵⁴ que le doute sur l'indépendance né de consultations antérieurement données à la partie adverse par le cabinet d'avocats dont l'arbitre était l'un des collaborateurs devait être étayé par des éléments factuels précis.

De même, l'appartenance à un même milieu professionnel est un élément qui ne permet pas à lui seul d'établir le défaut d'indépendance d'un arbitre. Ainsi, une partie à un arbitrage l'opposant à une société qui négocie avec EDF les tarifs de la partie adverse ne peut se prévaloir du défaut d'impartialité du tribunal arbitral dont l'un des membres est le conseil habituel d'EDF.⁹⁵⁵ Un autre arrêt estime également que le fait qu'un arbitre se soit rendu au Qatar afin de rechercher un avocat qui accepte de défendre cet État et qu'il siège par la suite dans une autre affaire à laquelle le Qatar

⁹⁵³ CA Paris, Pôle I, Chambre I, 16 décembre 2010 Solution conforme aux directives de l'International Bar Association (IBA) n° 4.4.1, n° 09/18535.

⁹⁵⁴ n° 11-20.299, note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, n° 1, 2013, p. 129 ; *JCP G*, 2012, p. 1127, obs. M. Henry et B. Le Bars, « Obligation de révélation des liens de l'arbitre avec l'avocat d'une des parties : il va falloir attendre encore un peu. Note sous Cass., Com., 10 octobre, 2012 », *JCP G*, 2012, n° 48, p. 1268 et suivantes

⁹⁵⁵ CA Bordeaux, Ch. Civ. I, Section A, 22 novembre 2010, n° 09/04809.

est partie ne permet pas d'établir la partialité du tribunal arbitral.⁹⁵⁶

Outre les éléments relatifs au milieu socioprofessionnel, il est possible de soulever l'absence de révélation relative à des éléments relevant de la vie privée. Cette question sera brièvement abordée maintenant.

637. La partialité du juge peut être facilement démontrée par la preuve de liens de parenté, d'amitié ou d'inimitié unissant les juges à une partie. Mme Fricéro indique que l'article 6, paragraphe premier, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a permis l'extension du domaine de l'obligation d'impartialité à d'autres éléments relevant de la vie privée.. Néanmoins, l'appartenance du juge à un syndicat ou à un groupement d'individus partageant certaines convictions politiques ou philosophiques ne permet pas d'établir à elle seule l'amitié ou l'inimitié notoire du juge à l'égard d'une des parties.⁹⁵⁷ MM. Fry et Greenberg relèvent que la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce international ne confirme pas la désignation d'un arbitre qui entretient de « mauvaises relations sociales » avec l'avocat de la partie adverse ou de celle à l'origine de la désignation.⁹⁵⁸ Il est peut-être plus aisé d'établir l'amitié ou l'inimitié dans le cas d'un arbitrage car le milieu dans lequel évoluent les protagonistes est plus restreint que celui de la justice étatique et l'information circule davantage entre chacun des acteurs.

Comme on le voit, les éléments relatifs à l'environnement du gestionnaire, qu'il s'agisse des informations relatives au milieu socioprofessionnel ou à la vie privée ne permettent pas, à l'exception de cas particuliers, d'établir à eux seuls l'existence d'un conflit d'intérêts préjudiciable au bénéficiaire. À l'inverse, la relation privilégiée entre un arbitre et une partie par exemple contribue à établir plus facilement celui-ci.

Dans un premier temps, il sera question du sort réservé aux relations privilégiées entre un arbitre et une partie au litige. Dans un second temps, on s'intéressera au tempérament de la solution habituellement retenue à savoir la caractérisation du défaut d'indépendance et par-là même la mise en évidence du conflit d'intérêts incompatible avec la poursuite de la gestion.

638. Le 20 octobre 2010, la première Chambre civile de la Cour de cassation énonce le principe selon lequel « le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les

⁹⁵⁶ C. Cass., Civ. I, 16 mars 1999, n° 96-12748.

⁹⁵⁷ N. Fricéro, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation » in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 181, n° 6 à 8.

⁹⁵⁸ J. Fry, S. Greenberg, « Le tribunal arbitral : application des articles 7 à 12 du Règlement d'arbitrage de la CCI dans les affaires récentes », *Bull. C.C.I.*, 2009, n° 2, n° 2.4.4.

sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation, la cour d'appel a violé les textes susvisés »⁹⁵⁹. Il est intéressant de noter que le caractère privilégié d'une relation s'apprécie dans la durée puisque la désignation systématique de l'arbitre dans des affaires analogues doit être régulière et intervenir sur une période de temps significativement longue. Cette condition de durée s'explique aisément. Le courant d'affaires crée de la valeur économique susceptible d'intéresser l'arbitre au détriment de l'intérêt de l'une des parties. Si l'objet du conflit d'intérêts ne se conçoit que dans la durée, la mise en évidence de celui-ci suppose d'en tenir compte.

Après avoir étudié le principe, il convient de s'intéresser au tempérament.

639. Les relations privilégiées permettent d'établir aisément le conflit d'intérêts mais la partie qui a admis ce dernier ne peut s'en prévaloir par la suite.

Ce tempérament explique les solutions retenues en jurisprudence. Ainsi, le professeur de droit qui, lors de sa désignation en vue de présider le tribunal arbitral, ne révèle pas qu'il est l'associé du cabinet qui défend habituellement l'une des parties manque à son obligation de révélation. Le fait qu'il ait été désigné préside en raison de sa qualité de professeur et non d'avocat associé est indifférent, la relation privilégiée est établie. Cependant, une partie n'est pas fondée à s'en prévaloir dès lors que l'avocat qui la représente savait que le professeur était associé du cabinet et conseillait habituellement la partie adverse. Dans ce cas de figure, la partie a admis le conflit d'intérêts.⁹⁶⁰

De même, le fait qu'un arbitre soit systématiquement nommé par une société dans les litiges qui l'oppose à ses sous-traitants ne peut être invoqué par le sous-traitant qui a eu l'opportunité de choisir, d'après la clause compromissoire rédigée par le maître d'œuvre, parmi trois arbitres et n'a formé aucune demande en récusation. Ici encore, l'attitude de la partie qui soulevait le conflit d'intérêts indique qu'elle l'a en réalité admis.⁹⁶¹

La jurisprudence a récemment eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 12 février 2009 a été cassé par la Cour de cassation le 4 novembre 2010. Selon l'arrêt d'appel, l'arbitre a déclaré : « l'année dernière, les bureaux de Washington et de

959 n° 09-68.131, note Ch. Seraglini, *J.C.P. E*, 10 février 2011, p. 26 et s.

960 CA Colmar, Chambre civile I, Section A, 8 février 2011, n° 10/06080 confirmé par Civ. I, 1^{er} février 2012, n° 11-15.346.

961 CA Rennes, Chambre 2, 13 janvier 2010, n° 09/01836.

Milan de Jones Day ont assisté la société-mère de Tecnimont dans une affaire qui est aujourd'hui terminée. Je n'ai jamais travaillé pour ce client ». Il a omis de dire que son cabinet continuait à avoir des relations d'affaires importantes avec l'une des parties. À ce sujet, M. Henry, annotant l'arrêt, estime que l'impact des relations structurelles entre l'entreprise à laquelle appartient l'arbitre et l'une des parties à l'arbitrage doit être apprécié au cas par cas, notamment en fonction de l'ancienneté, du montant des honoraires facturés.⁹⁶² Ceci conforte l'analyse menée précédemment selon laquelle les relations privilégiées créent de la valeur économique qui se développe dans la durée. Le conflit d'intérêts dépend de la valeur économique créée. Puisque celle-ci est particulièrement importante dans les relations privilégiées, le conflit d'intérêts apparaît de manière évidente. Cette décision est intéressante car l'existence de relations privilégiées ne fait pas de doute. Il faut cependant voir si les faits permettent de conclure à l'admission du conflit d'intérêts par la partie à l'origine de la demande en récusation.

La procédure est instructive de ce point de vue. En l'espèce, la société dépose une demande de récusation après l'expiration du délai prévu par le règlement d'arbitrage. Celle-ci est néanmoins examinée puis rejetée par la Cour de la Chambre de commerce internationale. La partie à l'origine de la demande en récusation prend part à l'arbitrage tout en se réservant le droit de contester l'indépendance de l'arbitre. Elle tente finalement une action en justice en ce sens. La Cour d'appel considère que la requête de la société Apax est recevable car l'arbitre a apporté de nouveaux faits de nature à établir le défaut d'indépendance de l'arbitre en cours d'arbitrage. Ces faits n'étaient pas, d'après la Cour d'appel, présents dans la demande en récusation formée par la société Apax qui n'a pas renoncé à invoquer le défaut d'indépendance de l'arbitre.

Le fait pour une partie d'apporter de nouveaux faits et de ne pas renoncer à contester l'indépendance de l'arbitre suffit-il à rendre recevable un recours en appel devant le juge étatique ?

La Cour de cassation estime que le recours en justice est irrecevable car portant sur les mêmes faits, à l'exception de certains éléments qu'elle juge sans importance, que ceux soulevés dans la demande en récusation.

Comme l'arrêt ne se prononce que sur la recevabilité, il est difficile d'apporter une réponse ferme sur la question de l'indépendance de l'arbitre au regard de cette décision. On remarquera simplement que la partie a pris part à l'arbitrage malgré une demande de récusation formée en dehors du délai contractuel mentionné dans le règlement d'arbitrage. Ceci permet de penser qu'elle a admis le conflit d'intérêt. La Cour d'appel de Reims rendant l'arrêt de renvoi développe néanmoins une

⁹⁶² M. Henry, « L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare », *L.P.A.*, 2009, n° 144, p. 4, n° 21.

argumentation similaire à celle de la Cour d'appel de Paris et annule la sentence le 2 novembre 2011.

Après avoir analysé la jurisprudence relative au conflit d'intérêts et à sa révélation il convient d'en tirer les enseignements en matière de gestion à titre habituel.

b) L'incidence de l'obligation de révélation sur la gestion

640. L'étude de la jurisprudence met en évidence la possibilité de cerner plus précisément la volonté des parties à la gestion, en particulier celle du bénéficiaire, au moyen d'une obligation de révélation en début de gestion. S'il est impossible de donner une définition abstraite de la valeur recherchée dans le cas de la gestion sans représentation, il est possible grâce à l'obligation de révélation incombant au gestionnaire de déterminer ce que le bénéficiaire ne veut pas. Il n'a pas besoin de le définir abstraitement, il lui suffit d'indiquer au gestionnaire qu'il ne souhaite pas poursuivre la gestion de ses biens avec l'aide de celui-ci en raison de l'existence d'un conflit d'intérêts qu'il n'admet pas.

À ce sujet M. Henry indique qu'afin d'éviter les demandes de récusation opportunistes destinées à éviter une sentence que l'on pressent défavorable, il est utile de prévoir un délai dans lequel les demandes en récusation devront être faites. L'auteur prend l'exemple de l'article 11 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale qui accorde 30 jours pour ce faire.⁹⁶³ L'analogie avec le droit de l'arbitrage est pertinente en outre parce que le non-respect du délai pour former une demande en réquisition n'empêche pas une partie de se prévaloir du défaut d'indépendance puisque, comme le rappelle l'auteur, l'indépendance de l'arbitre relève de l'ordre public de l'arbitrage. Le non-respect du délai ne fait qu'indiquer à celui qui doit trancher le litige que les faits invoqués ne sont pas, d'après celle-ci, un facteur de dépendance de l'arbitre.⁹⁶⁴ De la même façon, il n'est pas nécessaire d'annuler les actes accomplis par le gestionnaire si le bénéficiaire ne considère pas qu'ils ont été accomplis en raison d'un conflit d'intérêts qui aurait été révélé à l'examen des faits invoqués par le bénéficiaire.

De plus, dans le cadre de la gestion à titre habituel, si les contrats passés par le gestionnaire demeurent valables à l'égard des tiers puisqu'ils ont été accomplis au moyen du pouvoir d'organisation, l'absence de révélation de certains faits peut être utilisée afin d'établir la dissimulation du conflit d'intérêts. Il s'agit en d'autres termes d'un indice de l'existence de celui-ci.

⁹⁶³ *L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare*, L. P. A., 21 Juillet 2009, n° 144, p. 4, n°8.

⁹⁶⁴ Confer sur ce point, opus cité en note précédente, n° 9.

Le conflit d'intérêts peut inciter le gestionnaire à décider d'accomplir une action inopportune. Lorsque celui-ci apprécie l'opportunité d'accomplir une action, il exerce son pouvoir de direction. Cette action suppose souvent l'accomplissement d'une série d'actes juridiques et matériels. Ces actes peuvent causer un préjudice au bénéficiaire. Si celui-ci est certain et évaluable, il peut en obtenir réparation en justice. Comme on le voit, qu'il s'agisse d'arbitrage ou de gestion à titre habituel sans représentation, le bénéficiaire peut toujours invoquer le conflit d'intérêts, l'obligation de révélation fait apparaître plus clairement la réalité de la relation contractuelle et en facilite la compréhension et l'interprétation.

L'étude de la jurisprudence relative au droit de l'arbitrage a mis en évidence la distinction entre les éléments relatifs à l'environnement de l'arbitre et les relations privilégiées que celui-ci pouvait entretenir avec des tiers. Cette distinction est intéressante en matière de gestion pour deux raisons. D'une part parce que le conflit d'intérêts est plus difficile à établir dans la première hypothèse que dans la seconde, d'autre part parce que, même si le conflit d'intérêts est relevé, il est nécessaire d'évaluer le préjudice subi et le fait de s'appuyer sur un réseau professionnel ne saurait être préjudiciable au bénéficiaire. Après tout, si le gestionnaire est compétent et consciencieux, il fait appel à des personnes qu'il juge lui aussi dignes de confiance. Il est opportun de confier une mission à des gens que l'on estime compétent. Par conséquent, ceci n'est pas de nature à engager la responsabilité du gestionnaire qui a pris une décision opportune, même si le résultat n'est pas à la hauteur de ses attentes.

641. Au cours de ce paragraphe, l'exécution de l'obligation de révéler des conflits d'intérêts en début de mission a été examinée. Il apparaît que le droit positif et en particulier la jurisprudence relative à l'arbitrage proposent des solutions qui conviennent à l'encadrement de la gestion de biens à titre habituel. Le gestionnaire ne doit pas se contenter de révéler d'éventuels conflits d'intérêts en début de mission, il doit préserver l'intérêt du bénéficiaire tout au long de celle-ci. C'est pourquoi, il convient maintenant de s'intéresser à l'attitude du gestionnaire face aux conflits d'intérêts en cours de gestion.

Paragraphe II Le gestionnaire face aux conflits d'intérêts en cours de gestion

642. Le gestionnaire doit non seulement ne pas se placer en situation de conflit d'intérêts (A) mais également rechercher activement l'intérêt du bénéficiaire (B).

A L'obligation de les réguler

643. Il faut distinguer la régulation *in abstracto* (1) de la régulation *in concreto* (2).

1/ La régulation *in abstracto*

644. La régulation prend en général soit la forme d'une liste d'actes autorisés (a), soit celle de règles de déontologie (b).

a) Les listes d'actes autorisés

645. Mme Bouveresse note que le législateur limite les conflits d'intérêts en restreignant la liberté contractuelle dès que celle-ci pourrait favoriser le développement d'un conflit en germe. Le droit restreint graduellement la liberté contractuelle en prévoyant en matière de sociétés que certaines conventions ne peuvent être accomplies par les dirigeants sociaux, d'autres sont autorisés mais soumis à une procédure de contrôle particulière, enfin une troisième catégorie concerne celles qui peuvent être librement signées.⁹⁶⁵ Un système analogue est instauré en matière de tutelle qui soumet les actes les plus graves à l'autorisation du juge des tutelles, impose l'autorisation du conseil de famille pour d'autres et autorise le tuteur à agir seul pour les actes réputés sans gravité. L'évolution récente du droit de l'incapacité est intéressante du point de vue de la régulation des conflits d'intérêts. Le législateur régule celui-ci mais s'attache davantage à la réalité du conflit d'intérêts. En effet, il a été vu que certains actes pouvaient être considérés comme des actes de disposition ou d'administration selon les circonstances de l'espèce. Mme Bouveresse indique que l'adoption de telles listes est une procédure délicate car en matière de sociétés, il faut trouver un équilibre entre la liberté d'entreprendre et la protection des intérêts des associés. Toutes les techniques de gestion à titre habituel doivent tenir compte de ces difficultés. Une gestion efficace doit permettre au gestionnaire de réagir promptement afin de faire face aux difficultés et de saisir les opportunités qui se présentent. Les actes du gestionnaire doivent pouvoir être contrôlés, c'est la raison pour laquelle le droit des sociétés prévoit que dans certains cas les conventions courantes doivent être déclarées au commissaire aux comptes, aux administrateurs et aux actionnaires à leur demande.

Outre l'établissement de listes d'actes autorisés, il est possible de réguler la gestion au moyen de règles de déontologie.

⁹⁶⁵ J. Bouveresse, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, J.-P. Stork (dir.), th. Strasbourg, 2006, n° 402 Confer également L. 225-38 et suivants du Code de Commerce.

b) Les règles de déontologie

646. Les règles de déontologie ont déjà été présentées comme un moyen d'appréhender une prestation difficile à définir. Il est possible de voir la déontologie sous un autre angle. Mme Ogier relève que les règles déontologiques ne se conçoivent que du point de vue de l'intérêt d'un groupe⁹⁶⁶ et non des individus qui le composent. Parce qu'elle harmonise le comportement de ses membres, la déontologie est un moyen de prohiber les actions considérées comme étant inopportunes pour le groupe et ainsi de favoriser la cohérence d'une action commune. Lorsque le groupe est susceptible d'influer sur l'intérêt général, certaines règles de déontologie accèdent au statut de normes juridiques par le biais de décret⁹⁶⁷ tandis que d'autres d'une importance moindre sont promues par des associations ou des syndicats reconnus par l'État et s'appliquent à leurs membres.⁹⁶⁸ D'autres règles de déontologie concernent des intérêts purement privés et peuvent être par exemple fixées par des entreprises.⁹⁶⁹ Toutes ces règles ont pour avantage d'être abstraites tout en facilitant l'analyse de circonstances concrètes.⁹⁷⁰

Les listes d'actes autorisés et les règles de déontologie sont des outils de régulation *in abstracto* des conflits d'intérêts. Il est également possible d'envisager une régulation *in concreto*.

2/ La régulation *in concreto*

647. La régulation *in concreto* repose sur la responsabilité du gestionnaire (a). Établir cet élément ne suffit pas, il faut en plus montrer comment est exercée cette dernière. Deux mécanismes de régulation *in concreto* seront étudiés en raison de leur approche différente de la responsabilité du gestionnaire. Il s'agit de ceux qui impliquent la volonté du bénéficiaire, à savoir l'autorisation préalable et l'approbation *a posteriori*, d'une part et de la faute détachable du gestionnaire, d'autre part (b).

a) La régulation au moyen de la responsabilité du gestionnaire

648. Les techniques de régulation *in concreto* ont pour point commun de reposer sur la responsabilité du gestionnaire. L'acte accompli par ce dernier demeure valable mais relève d'une

966 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, p. 133.

967 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, p. 135.

968 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, p. 136.

969 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, P. Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008, p. 137 et suivante.

970 C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, th. Saint-Étienne, 2008, pp. 139 et suivantes.

action inopportune et cause un préjudice au bénéficiaire de la gestion. Il oblige l'auteur à le réparer. La distinction entre organisation et direction apparaît une fois de plus utile à la compréhension de la gestion sans représentation. Le gestionnaire accomplit un acte au moyen de son pouvoir d'organisation, celui-ci est valide et produit ses effets à l'égard des tiers au contrat de gestion mais est inopportun, il engage la responsabilité du gestionnaire qui a exercé son pouvoir de direction.

Il convient maintenant d'examiner brièvement deux mécanismes de régulation qui reposent sur une approche différente de la responsabilité du gestionnaire.

b) Deux exemples de régulation *in concreto*

649. La question de la responsabilité du gestionnaire en cas de conflit d'intérêts peut être abordée sous l'angle de la volonté du bénéficiaire qui est tenu responsable des actes auxquels il a consenti. Il est ainsi possible de soumettre l'accomplissement d'un acte à une autorisation préalable ou à une approbation *a posteriori*. Ainsi, le conseil d'administration doit, comme il a été vu, autoriser le dirigeant à conclure certains actes et peut les approuver *a posteriori* lorsqu'ils ont été accomplis sans autorisation.

À ce sujet Mme Bouveresse estime qu'il est inefficace de combiner l'autorisation préalable et l'approbation *a posteriori* car ceci aboutit à la mise en place d'une procédure très lourde qui ne concerne pas la validité de l'acte mais seulement la responsabilité du dirigeant qui en est l'auteur.⁹⁷¹

Il est par ailleurs envisageable de réguler le conflit d'intérêts en faisant supporter la dette de responsabilité par le gestionnaire. À cette fin, il est parfois nécessaire de démontrer une faute détachable des fonctions. Cette question a déjà été abordée et il a été dit que des liens de dépendance unissaient le gestionnaire et les tiers. Vue sous l'angle du conflit d'intérêts, la démonstration d'une faute détachable vise notamment à ce que le gestionnaire assume la responsabilité d'un acte accompli dans le cadre d'une action inopportune. La faute détachable peut par conséquent être invoquée afin de réguler le conflit d'intérêts.

Les développements qui précèdent ont permis de voir que le juriste pouvait trouver dans le droit positif une manière efficace d'aborder le conflit d'intérêts en cours de gestion. Cependant, une bonne gestion ne repose pas seulement sur celle-ci, il faut en outre que le gestionnaire recherche constamment l'intérêt du bénéficiaire. Il est intéressant d'étudier maintenant cet aspect de la gestion à titre habituel.

971 J. Bouveresse, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, J.-P. Stork (dir.), th. Strasbourg, 2006, n° 421.

B La recherche de l'intérêt du bénéficiaire

650. La recherche de l'intérêt du bénéficiaire doit être contrôlée au moyen d'une procédure définie (1) et sanctionnée (2).

1/ Le contrôle de la recherche de l'intérêt

651. Contrôler la recherche de l'intérêt suppose de le déterminer (a) avant de décider de la procédure applicable (b).

a) La détermination de l'intérêt

652. Le conflit d'intérêts est le sujet d'un récent rapport officiel rendu par une commission présidée par M. Sauvé, Conseiller d'État. Bien que ce document traite du conflit d'intérêts en matière de vie publique, certains éléments qui y figurent sont susceptibles d'intéresser d'autres que ceux qui étudient les rapports auxquels prennent part les personnes qui accomplissent une mission de service public ou servent l'intérêt général.

Ce rapport accorde de l'importance aux apparences du conflit d'intérêts et estime que celle-ci suscite un « doute raisonnable »⁹⁷². Cette expression est également utilisée en droit de l'arbitrage et désigne un élément indiquant le défaut d'indépendance de l'arbitre. Par ailleurs, ce document indique que le conflit d'intérêts repose sur une opposition de l'intérêt personnel et de l'intérêt public. On voit ici que le conflit suppose une opposition marquée de deux intérêts en présence.⁹⁷³ Ceci est particulièrement instructif pour le juriste étudiant la gestion à titre habituel. En effet, alors que la valeur est subjective, l'intérêt est objectif ; il appartient à celui qui examine un conflit d'intérêts de relever la présence de deux intérêts distincts avant d'examiner leur opposition. De plus, le fait que celle-ci soit marquée en facilite l'examen objectif. Ainsi le juriste n'a-t-il pas à redouter l'analyse d'éléments exclusivement subjectifs.

Selon le rapport, « il n'y a pas nécessairement concomitance de la détention des intérêts publics et privés ou, à tout le moins, l'avantage personnel n'est pas nécessairement immédiat et direct. »⁹⁷⁴ Ceci rappelle la nécessité d'observer la recherche de l'intérêt dans la durée. On remarquera à ce sujet que la direction qui est le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une action se conçoit également dans la durée.

⁹⁷² J.-M. Sauvé (dir.), *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique : rapport au Président de la République la Commission de réflexion pour la prévention des conflits dans la vie publique*, Collection des rapports officiels, 2011, p. 26.

⁹⁷³ Confer note précédente.

⁹⁷⁴ Confer rapport précité, p. 28.

653. Le rapport Sauvé propose une définition du conflit d'intérêts dont le premier alinéa énonce que : « Un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions. »⁹⁷⁵

En ce sens, M. Cuif estime que le conflit d'intérêts apparaît lorsqu'un intérêt que le droit estime supérieur peut être sacrifié au profit d'un intérêt personnel.⁹⁷⁶ L'opposition d'intérêts n'est pas toujours aisément perceptible. L'auteur prend l'exemple de la dichotomie qui est le fait pour un médecin d'être rémunéré par un confrère afin de lui adresser les patients qu'il reçoit⁹⁷⁷. Le conflit d'intérêts n'est pas aisé à définir et pourtant d'un intérêt pratique certain.

Aussi M. Cuif souligne-t-il que le détournement de pouvoir n'est pas toujours facile à prouver. À ce sujet, M. Stöffel-Munck indique que lorsque le détournement de pouvoir peut se traduire de manière purement comptable comme dans le cas de la fixation unilatérale du prix, il est relativement facile de contrôler l'usage de la prérogative en examinant la conformité de celui-ci aux stipulations contractuelles relatives à la fixation du prix. Il en va de même en ce qui concerne la résolution unilatérale. Les conditions d'application d'une clause peuvent également être appréciées au regard de la situation antérieure du créancier et du débiteur de l'obligation, notamment en matière de clause de non-concurrence.⁹⁷⁸

Cependant lorsque le comportement repose sur des considérations subjectives, notamment artistiques, il peut être extrêmement difficile d'en déterminer la raison et ainsi de caractériser l'abus.⁹⁷⁹

Ces difficultés pratiques sont liées à l'obstacle qu'est la définition du conflit d'intérêts. M. Ost distingue par exemple les droits subjectifs qui sont préconstitués de l'intérêt qui n'apparaît qu'au moment du litige.⁹⁸⁰ Le droit de l'arbitrage fournit un autre exemple de la difficulté de définir le conflit d'intérêts alors que celui-ci est lié à l'indépendance de l'arbitre qui est une question d'ordre public. Il permet dans certains cas de mieux cerner la réalité concrète à laquelle le juriste doit faire face. De plus, le conflit d'intérêts peut exister alors qu'aucun pouvoir n'est en cause, notamment

975 Confer rapport précité, p. 29.

976 P.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts : Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, n° 2005, p. 1, n° 28.

977 P.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts : Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, n° 2005, p. 1, n° 35.

978 Ph. Stöffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, R. Bout (préf.), L.G.D.J., 2000, n° 228, 778 et 780.

979 Ph. Stöffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, R. Bout (préf.), L.G.D.J., 2000, n° 783.

980 F. Ost, « Essai sur la fonction qu'exerce la non d'intérêt en droit privé » in *Droit et intérêt*, t. II, Entre droit et non-droit: l'intérêt, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 39.

lorsqu'un professionnel à une obligation d'information à l'égard de celui dont l'intérêt est préservé.⁹⁸¹ La manière dont il s'acquitte de cette obligation est révélatrice d'un conflit d'intérêts qui ne repose sur l'exercice d'aucun pouvoir mais sur l'exécution d'une obligation.

La notion d'intérêt ne renvoie à aucun concept juridique précis alors qu'il est ou pourrait être utilisé dans de nombreux cas de figure comme il a été vu. Selon M. Gervais, « La coïncidence [des notions de droit et d'intérêt] se manifeste dans le fait que la reconnaissance d'un droit suppose l'existence d'un intérêt, et la divergence, dans le fait que l'existence d'un intérêt n'entraîne pas nécessairement la reconnaissance d'un droit. »⁹⁸² L'auteur indique qu'en cas de conflit d'intérêts, l'intérêt inférieur ne disparaît jamais complètement au profit de l'intérêt supérieur. Il cite pour exemple l'expropriation qui prévaut sur le droit de propriété mais ce dernier justifie l'indemnisation de la personne expropriée. Si on ne tenait pas compte de l'impératif de protection du droit inférieur « on organiserait la réalisation d'un « abus de droit » ». ⁹⁸³ Ces difficultés amènent M. Ost à conclure à « l'impossible partage du droit et de l'intérêt. »⁹⁸⁴ Cette conclusion n'est pas satisfaisante ne serait-ce que d'un point de vue pratique. Il a été vu qu'un conflit opposant l'intérêt du gestionnaire et celui du bénéficiaire était néfaste à celui-ci. Il ne suffit pas au gestionnaire d'être particulièrement prudent à l'égard du conflit d'intérêts, il faut encore qu'il recherche l'intérêt du bénéficiaire même en l'absence de conflit. La direction sanctionne l'appréciation de l'opportunité d'une action. Le gestionnaire peut accomplir une action inopportune sans chercher à satisfaire un intérêt autre que celui du bénéficiaire, on ne peut dans ce cas de figure parler de conflit d'intérêts. Assimiler l'intérêt au droit et le considérer uniquement sous l'angle du conflit revient à ne pas tenir compte de cette hypothèse. Le gestionnaire dispose de larges pouvoirs afin de valoriser les biens, il convient de s'assurer qu'il les utilise constamment dans l'intérêt du bénéficiaire. Il est de ce fait nécessaire de définir l'intérêt en dehors de l'hypothèse d'un conflit. Il n'est pas question ici de fonder théoriquement l'intérêt, de le distinguer des notions voisines et d'en préciser les limites. Une telle analyse dépasse largement le cadre de ce travail. Il est toutefois nécessaire d'en proposer maintenant une définition car celui-ci est au cœur de la gestion sans représentation. Par souci de clarté du raisonnement, il faut en outre indiquer ce qui fera l'objet des développements suivants.

654. L'intérêt est la qualité de ce qui modifie la situation d'un individu ou la perception qu'il a de celle-ci. Il a été dit que l'intérêt ne se limitait pas au domaine du droit. Cette définition tient compte

981 P.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts : Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.*, n° 2005, p. 1, n° 38.

982 A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Libr. Dalloz, Sirey, 1961, p. 243

983 A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Libr. Dalloz, Sirey, 1961, p. 249 et suivante.

984 F. Ost, « Essai sur la fonction qu'exerce la non d'intérêt en droit privé » in *Droit et intérêt*, t. II, Entre droit et non-droit: l'intérêt, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 47.

de ce fait. Ainsi, un ouvrage intéressant est celui qui modifie la perception que l'on a du sujet de l'œuvre. Il importe ici peu de savoir si cette modification de la perception d'un sujet a un effet comique et suscite le rire ou s'il s'agit d'une analyse sérieuse qui incite à la réflexion. On voit ici également que l'intérêt, contrairement à la valeur, s'apprécie de manière objective. Il n'est pas nécessaire de savoir si une œuvre comique produit l'effet attendu pour en apprécier l'intérêt car les éléments destinés à provoquer le rire sont présents dans l'œuvre nonobstant l'effet qu'ils produisent sur un individu donné. La définition proposée fait cependant référence à l'individu, ne serait-ce pas une marque de la subjectivité de l'intérêt ? L'intérêt se définit toujours par rapport à l'individu, ce dernier ne peut de ce fait pas être exclu de la définition. Toutefois, son appréciation du caractère comique d'une œuvre est subjective et relève du jugement tandis que l'intérêt est objectif et constitue une qualité de ladite œuvre.⁹⁸⁵

La définition proposée trouve à s'impliquer en droit. Ainsi l'intérêt à agir est-il une condition de recevabilité qui oblige le requérant à montrer que l'action est de nature à modifier sa situation en lui procurant un avantage. Le juge pourra estimer la requête mal fondée et l'action ne produira alors pas les effets attendus par son auteur, elle n'en est pas moins recevable du point de vue de l'intérêt à agir.

À la suite de ces développements consacrés à la détermination de l'intérêt, il apparaît que l'action conforme à l'intérêt du bénéficiaire de la gestion est celle qui modifie la situation de ses biens conformément à sa volonté.

Après avoir examiné la détermination de l'intérêt, il faut s'intéresser à la procédure appliquer afin de s'assurer que le gestionnaire gère le patrimoine conformément à l'intérêt du bénéficiaire.

b) La procédure de contrôle

655. Le contrat de gestion mentionne les conditions de désignation du gestionnaire ainsi que la procédure qui va maintenant être décrite. Les aspirations du bénéficiaire en matière de gestion figurent en cette convention et sont formulées en des termes très généraux, à la manière de l'objet social d'une société. Le contrat de gestion renvoie aux contrats ultérieurs qui déterminent la manière dont les biens devront être valorisés durant une période déterminée. Les actions qui sont menées par le gestionnaire lors de cette période sont constituées d'actes juridiques et matériels qui ne peuvent

⁹⁸⁵ L'intérêt peut aussi être compris comme l'effet produit par ce qui est intéressant, à savoir la modification effective de la situation d'un individu ou de la perception qu'il a de celle-ci. Ainsi une personne peut-elle dire qu'une œuvre est intéressante car son contenu lui permet de voir différemment le sujet de celle-ci. À l'inverse, une autre affirme que cette œuvre est sans intérêt car elle n'est pas de nature à modifier sa perception d'un sujet donné. On dit alors que l'œuvre suscite ou non l'intérêt. L'intérêt ne désigne alors plus la qualité mais l'effet produit par l'ouvrage. Cette acception est valable bien que non retenue dans le cadre de ce travail.

être précisément déterminés à l'avance. Ils sont accomplis en vue de mener à bien une action telle que la réalisation de travaux, la recherche d'un fournisseur et la signature des contrats de fourniture. Il est de ce fait nécessaire d'examiner l'opportunité de l'action dans son ensemble. L'appréciation de l'opportunité d'accomplir une action relève du pouvoir de direction.

Il ne faut pas exagérer la difficulté d'évaluer l'opportunité d'une action. Si cette évaluation est difficile pour le gestionnaire au moment des faits et exige qu'il se serve de ses compétences et de son expérience, elle l'est beaucoup moins pour les juges ou les parties lors du compte rendu. Cette facilité d'apprécier l'opportunité d'une action *a posteriori* ne s'explique pas seulement par la connaissance du résultat de l'action entreprise. Lors du compte rendu, une suite d'actions déterminées apparaît, l'observateur qui les découvre une à une relie une action à celle qui la précède et anticipe celle qui la suit. L'incertitude liée à l'appréciation de l'opportunité est de ce fait réduite. De plus, Mme Ayache indique que l'introduction de normes, de standards et de règles de déontologie permet d'estomper celle-ci. Le gestionnaire ne rend effectivement compte de sa mission que lorsque le doute subsiste.⁹⁸⁶ L'auteur estime qu'en pratique lorsque les résultats atteints dépassent les objectifs fixés, l'autonomie du gestionnaire est plus grande.⁹⁸⁷ On s'aperçoit ici que le lien entre dépendance et responsabilité contribue à expliquer ce phénomène d'un point de vue juridique. La valorisation suppose l'instauration de liens de dépendance réciproque. Cette dépendance, quel qu'en soit le fondement, se manifeste sous la forme de la responsabilité civile des parties dépendantes l'une de l'autre. La jurisprudence détermine l'étendue de la responsabilité de chacune d'entre elles. Lorsque le gestionnaire remplit sa mission et excède les attentes du bénéficiaire, ce dernier ne gagnerait rien à rechercher la responsabilité du gestionnaire. Les liens de dépendance se font plus lâches même s'ils unissent toujours les parties au contrat de gestion. L'auteur estime qu'en réalité rendre des comptes suppose l'existence d'une relation de confiance entre les parties, la confiance n'atténue pas le contrôle mais a tendance à le rendre en pratique moins formaliste.⁹⁸⁸ Le relâchement du contrôle de l'opportunité dans la forme peut être la source de difficultés. En effet, les éléments issus du contrôle informel sont difficiles à établir. Si la confiance est indispensable à la gestion, la défiance ne peut être le fondement d'une action en justice, l'inexécution contractuelle ne pourra être démontrée car les éléments issus du contrôle informel ne pourraient peut-être pas servir de preuve. La question de la preuve est d'autant plus difficile à résoudre qu'elle est utilisée afin d'établir la responsabilité du gestionnaire par exemple. Lorsque la relation de confiance se dégrade imperceptiblement au fil du temps, il peut être extrêmement difficile de déterminer le moment de l'inexécution contractuelle. Comme la valorisation se conçoit

986 M. Ayache, « Le rendu des comptes dans l'entreprise : théories et perceptions » in *Rendre des comptes: nouvelle exigence sociétale*, H. Dumez (dir.), Dalloz, 2008, p. 33.

987 M. Ayache, *opus cité supra*, pp. 37 et suivante.

988 M. Ayache, *opus cité supra*, pp. 38 et suivante.

uniquement dans la durée, le compte rendu doit permettre de déterminer l'action inopportune. Celle-ci est constituée d'actes juridiques ou matériels qui peuvent chacun être le fait générateur d'une action en responsabilité. Retracer la gestion dans la durée sous forme d'actions en adoptant une procédure déterminée à l'avance favorise la compréhension de la relation contractuelle qui ne se présente pas comme un amas d'actes juridiques et matériels épars et accomplis sans logique apparente.

Les développements qui précèdent ont montré que l'appréciation de l'opportunité d'une action n'était pas en elle-même particulièrement difficile dès lors qu'il était possible de retracer l'évolution de la gestion. En effet, alors que le gestionnaire gère dans le présent, le contrôle de la recherche de l'opportunité d'une action est réalisé *a posteriori*. Il est apparu que celui qui examine la gestion dans la durée se voit présenter une suite d'actions et que chacune d'elles est entreprise suivant la même logique. Par conséquent, à partir du moment où la procédure de contrôle était déterminée à l'avance et donne lieu à une production de documents cohérents qui peuvent être utilisés comme preuve de l'état de la relation contractuelle à un moment donné, l'appréciation de l'opportunité d'une action n'est abandonnée ni à l'arbitraire du juge ni au caprice des parties contractantes.

656. Lors de la conclusion des contrats ultérieurs, le bénéficiaire et le gestionnaire s'entendent sur les actions qu'il convient de mener afin de valoriser le patrimoine durant une période déterminée. L'opportunité d'une action s'apprécie *in concreto*. Ceci s'explique aisément. Il a été vu que le contrat de gestion créait une « situation juridique », selon l'expression de Paul Roubier qui déterminait les effets juridiques de la situation factuelle dans laquelle se trouvait le gestionnaire. De plus, la valorisation répond à cette « exigence de réalisation » de la valeur relevée par Louis Lavelle qui impose au gestionnaire de tenir compte de la réalité concrète du patrimoine et de son environnement.

Afin de bien comprendre l'analyse de l'opportunité d'une action, il faut distinguer selon le degré de prévisibilité de celle-ci.

657. En premier lieu viennent les actions accomplies en réaction à une évolution prévisible des circonstances. Il est évident que si l'action est récurrente, comme dans le cas d'un réapprovisionnement ou si elle intervient à la suite d'un événement prévisible tel qu'un accident lors d'un transport, le juge et les parties auront tendance à anticiper l'action accomplie en réaction à cet événement et à apprécier l'opportunité en fonction de cette anticipation. Par exemple, l'action consistant en un réapprovisionnement demande parfois d'apprécier plusieurs facteurs complexes tels

que le prix ou le contenu d'une offre de services. Lors du compte rendu cependant, le réapprovisionnement semble être une action de routine du fait de la succession des actions similaires qui la précède et lui succède. Afin d'apprécier l'opportunité d'une telle action, il suffit d'en examiner les caractéristiques. Le gestionnaire devra motiver sa décision en insistant sur ces dernières et en les comparant le cas échéant à d'autres offres.

En second lieu, si l'action intervient en réaction à une situation de fait constituée d'un élément prévisible mais peu probable ou d'une série d'événements prévisibles mais inattendus, la suite d'actions entreprises par le gestionnaire peut sembler altérée. De ce fait, il ne suffit plus d'examiner les caractéristiques de l'action en question afin d'en apprécier l'opportunité. On attache alors davantage d'importance au contexte dans lequel l'action a été entreprise en s'interrogeant sur la pertinence des différents actes juridiques et matériels qui la constituent au regard de leur finalité. Décomposer une action menée dans une situation difficile aide à bien distinguer les événements qui se sont déroulés de manière parfois confuse afin de pouvoir ensuite apprécier l'opportunité de l'action dans sa globalité. Ici, le gestionnaire devra retracer avec la précision la plus grande possible l'ensemble des actes juridiques et matériels accomplis afin de pouvoir ensuite démontrer la cohérence de son action avec plus de facilité. Dans la mesure où des zones d'ombre peuvent subsister, le contexte de la gestion dans la durée les éclairera. L'appréciation de l'opportunité au regard du contexte repose en partie sur l'intuition qui sert à l'interprétation des éléments incertains. L'observateur anticipe l'action entreprise au moyen de son expérience.

En troisième lieu, l'action est accomplie en réaction à une situation totalement improbable. Le cours des événements dont il a été dit qu'il reposait sur une analyse rétrospective est brisé, peu de cas similaires peuvent être relevés dans des circonstances analogues, notamment en jurisprudence. L'intuition occupe une place encore plus importante dans le raisonnement. Cependant, l'analyse ne peut partir du néant ; puisque ni les caractéristiques d'un bien ou d'un service, ni le contexte ne sont pertinents, l'observateur s'intéresse au résultat concret de l'action, élément relativement facile à déterminer. L'action opportune est ici celle qui a permis d'obtenir le résultat escompté ou, à défaut, de rétablir la continuité de la gestion.⁹⁸⁹

Il s'ensuit que l'examen de l'opportunité d'une action n'accroît pas l'insécurité juridique. Celle-ci n'est importante que dans le dernier cas de figure et est causée par la complexité de la situation à laquelle est confronté le gestionnaire.

⁹⁸⁹ On pourrait ici penser que l'action qui vise à préserver la continuité de la gestion relève de l'organisation et non de la direction. Toutefois, le pouvoir de direction est l'appréciation de l'opportunité d'une action et le gestionnaire l'exerce afin de déterminer ce qu'il convient de faire alors qu'il se trouve dans une situation difficile. Il doit rendre des comptes quant à l'opportunité de celle-ci contrairement à un sauveteur bénévole agissant dans le cadre d'une convention prétorienne d'assistance, par exemple. Il a en effet été montré que celui-ci ne disposait que du pouvoir d'organisation et que la jurisprudence n'exigeait pas qu'il démontrât l'opportunité de son action.

Après avoir vu que l'appréciation de l'opportunité n'était pas un facteur d'insécurité juridique et qu'elle tenait compte de la situation concrète du gestionnaire, il faut examiner son utilité pratique.

658. En étudiant les obligations du mandataire, M. Pétel évoque l'obligation de compte rendu d'un fait majeur qui peut être une « opportunité » ou une « difficulté ».⁹⁹⁰ On constate ici que l'obligation de compte rendu d'un fait majeur tend essentiellement à indiquer au bénéficiaire qu'il conviendrait d'envisager d'accomplir une action afin de faire face à une situation qui pourrait avoir une influence notable, qu'elle soit positive ou négative, sur le patrimoine. Ceci est particulièrement important dans le cas où le gestionnaire ne dispose pas du pouvoir de direction. Il a cependant été montré que ce dernier avait justement l'avantage de lui permettre de prendre une décision éclairée sans en référer au bénéficiaire qui ne disposait pas forcément des compétences nécessaires pour apprécier l'opportunité d'un acte juridique ou matériel. Par ailleurs, l'obligation de rendre compte d'un fait majeur pose une difficulté supplémentaire en ce qu'elle suppose de définir ce qu'est un fait majeur. Selon l'auteur, le compte rendu sert notamment à contrôler l'« activité passée »⁹⁹¹ du gestionnaire. Celui-ci doit, selon M. Pétel, informer le bénéficiaire de certains éléments dont il aurait connaissance. Ainsi, le négociant en vins aurait dû informer son commettant de la pratique du salycilage dans le vignoble de Gaillac.⁹⁹² Il en va de même du refus du destinataire d'un colis de prendre livraison de celui-ci.⁹⁹³ Cette information est nécessaire car elle porte sur des éléments permettant d'apprécier l'opportunité d'acheter du vin par exemple. L'auteur relève que même si le compte rendu périodique ne permet pas à lui seul d'établir un lien de subordination, il peut amener le gestionnaire à demander la requalification du contrat de gestion en contrat de travail.⁹⁹⁴ La subordination ne découle pas de la seule information fournie sur ce qui a été fait, il faut en plus caractériser l'immixtion du bénéficiaire dans la gestion. Néanmoins, ce risque existe. Dans le cas évoqué par l'auteur, la requalification tient à l'usage de l'information par le bénéficiaire; en indiquant au gestionnaire ce qu'il convient de faire au regard de cette information, il s'immisce dans la gestion et crée les conditions d'existence d'un lien de subordination. Le risque de requalification est important lorsque le bénéficiaire doit apprécier l'opportunité d'accomplir un acte juridique ou matériel, autrement dit, lorsque le gestionnaire ne dispose que du pouvoir d'organisation de la gestion. En confiant la direction au gestionnaire, on le laisse décider en connaissance de cause de ce qui est opportun. De plus, même si une bonne information des parties contractantes sur l'évolution

990 Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988, n° 398.

991 Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988, n° 414 Italiques de l'auteur.

992 Toulouse, 5 juin 1886, cité par M. Pétel.

993 CA Paris, 14 avril 1980, cité par M. Pétel.

994 Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988, n° 498.

de la gestion est nécessaire, elle ne saurait remplacer l'appréciation de l'opportunité d'une action. Apprécier l'opportunité n'est pas toujours chose simple mais en matière de gestion pour autrui à titre habituel, elle est inévitable. Il faut aborder cette difficulté de la manière la plus simple et la plus directe qui soit. À cette fin, le compte rendu désigne dans le cadre de ce travail l'opération par laquelle le gestionnaire retrace les actions entreprises et en montre l'opportunité. Poser la question de l'opportunité d'une action dans le cadre du pouvoir de direction de la gestion conduit le juge et les parties à se poser cette question essentielle et à chercher une réponse simple qui repose sur une analyse de la réalité concrète du patrimoine et de son environnement et ne nécessite aucune réforme législative. Preuve en est, la jurisprudence estime que rendre des comptes est une obligation de résultat⁹⁹⁵, le gestionnaire doit prouver qu'il a correctement informé le bénéficiaire de son action. En ce sens, les auteurs analysant la gestion sous l'angle économique soulignent l'intérêt de remettre un rapport qui retrace les événements de la période considérée, l'évolution du patrimoine et l'adéquation de la gestion avec les objectifs. Ce rapport est différent du relevé de compte. À la suite de ce rapport, le gestionnaire peut suggérer de définir d'autres objectifs pour la période suivante.⁹⁹⁶ Comme on le voit, l'appréciation de l'opportunité d'accomplir une action a d'ores et déjà un rôle prépondérant en matière de gestion à titre habituel. Par conséquent, si l'on souhaite comprendre celle-ci, il est indispensable d'étudier la procédure de recherche de l'intérêt du bénéficiaire par-delà les différents régimes juridiques susceptibles de s'appliquer.

Au cours des développements consacrés à la procédure de contrôle de la recherche de l'intérêt du bénéficiaire, il est apparu que l'appréciation de l'opportunité d'accomplir une action était un exercice parfois délicat qui supposait une analyse qui pouvait être facilement mise en œuvre et qui était utile en ce qu'elle permettait d'aborder directement l'inévitable question de l'opportunité d'une action.

659. La détermination de l'intérêt est utile si l'on souhaite s'assurer que le gestionnaire recherche l'intérêt du bénéficiaire de la gestion car il peut très bien entreprendre une action inopportune sans se placer en situation de conflit d'intérêts. Dans le cadre de ce travail, l'intérêt a été défini comme la qualité de ce qui modifiait la situation d'un individu ou la perception qu'il avait de celle-ci. En outre, l'intérêt a l'avantage de pouvoir être déterminé objectivement contrairement à la valeur. Il est de ce fait plus aisé à appréhender pour le juriste français habitué au maniement des concepts abstraits et à leur interprétation objective. La procédure de contrôle de la recherche de l'intérêt du bénéficiaire est également aisée à mettre en œuvre et utile d'un point de vue pratique.

995 Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988, n° 502. Confer Cass., Com., 17 janvier 1984, Bull., n° 18 cité par l'auteur.

996 Confer notamment F. Teyssonier, K. Kheirat, C. Smette, *Conseil et gestion de fortune*, Collection Gestion. Série Politique générale, finance et marketing, Économica, 2005, p. 528.

Afin de conclure cette étude de la recherche de l'intérêt du bénéficiaire, il convient, après l'examen de la détermination de l'intérêt, de s'intéresser à la sanction de la recherche de ce dernier.

2/ La sanction de la recherche de l'intérêt

660. Le terme « sanction » est ici employé dans un sens neutre et non négatif. La sanction de l'exercice du pouvoir de direction s'impose d'elle-même. Puisqu'il ne concerne que l'opportunité d'une action et non la validité des actes conclus dans le cadre du pouvoir de contrôle, ceux-ci demeurent valables mais l'action inopportune cause un préjudice au bénéficiaire qui ouvre droit à indemnisation. La détermination du fondement de la sanction mérite d'être étudiée avec attention (a) avant l'examen de la possibilité d'aménager celle-ci par le biais du contrat de gestion (b).

a) Le fondement

661. La première hypothèse à étudier est celle dans laquelle l'action cause une perte. La seconde plus délicate est celle dans laquelle le gestionnaire a accompli une action *a priori* inopportune qui se conclut par un gain.

Lorsqu'une action inopportune entraîne une perte pour le gestionnaire, il convient de réparer le préjudice subi par le bénéficiaire. La démonstration du préjudice ne devrait à ce stade pas soulever de difficulté puisque dès lors que l'action est inopportune, il suffit d'évaluer le préjudice qu'elle entraîne en se demandant quelle aurait été la situation du bénéficiaire si le fait générateur de responsabilité ne s'était pas produit. On voit ici que le gestionnaire peut faire un mauvais choix ou qu'il aurait pu dans certains cas choisir une meilleure option, ceci fait partie du risque de la gestion et ne doit pas être sanctionné. Il a déjà été vu à ce sujet que le fait qu'un gestionnaire de valeurs mobilières prenne une décision qui par la suite s'avère peu judicieuse, alors même que son client lui avait demandé de réaliser un autre placement, n'était pas de nature à entraîner sa responsabilité.⁹⁹⁷ En choisissant le gestionnaire en connaissance de cause, le bénéficiaire assume le risque de la gestion. Il faut cependant le préserver du manque de prudence du gestionnaire qui au cours de la gestion n'apprécierait plus son action en fonction de l'intérêt du bénéficiaire. Par conséquent, s'il est établi que le gestionnaire a tardé à accomplir un acte juridique ou matériel ou n'a pas analysé les différentes possibilités qui s'offraient à lui avant de prendre sa décision, il s'est montré imprudent.

⁹⁹⁷ Cass. com., 12 juill. 1971 : D. 1972, jurispr. p. 153, note Ch. Gavalda ; RTD com. 1972, p. 144, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

662. Après avoir étudié le cas d'une action inopportune entraînant un préjudice, il faut s'intéresser à l'hypothèse plus délicate dans laquelle une action inopportune entraîne un gain. Un tel cas de figure paraît à première vue inconcevable. Pourtant, le gestionnaire peut décider d'acquérir des biens à un faible prix dans l'optique de les revendre à un prix beaucoup plus élevé alors que rien ne laisse présager une telle évolution. Cette attitude doit être sanctionnée.

D'un point de vue théorique, on ne peut juger l'opportunité d'une action au vu du résultat de celle-ci. En effet, d'une part le gestionnaire peut parfaitement ignorer le résultat d'une action au moment où il décide de l'entreprendre. De ce fait, déduire l'opportunité d'une action de son résultat reviendrait à imposer au gestionnaire de garantir celui-ci dans la mesure où il devrait verser des dommages-intérêts équivalents au résultat attendu mais manqué.

D'un point de vue pratique, faire dépendre l'opportunité d'une action uniquement de son résultat peut, soit encourager le gestionnaire à avoir un comportement imprudent en vue d'obtenir le résultat attendu, soit au contraire l'inciter à mener une action dont le résultat est connu à l'avance afin que celle-ci soit considérée comme opportune alors qu'elle est contraire à l'intérêt du bénéficiaire.⁹⁹⁸ Par conséquent, il est nécessaire de dissocier l'opportunité d'une action de son résultat.

663. Le gestionnaire a tiré profit de la gestion à titre personnel, deux sanctions doivent être envisagées : la restitution des gains au bénéficiaire ou l'attribution de ceci au gestionnaire.

On analysera tout d'abord le fondement de l'attribution des biens au bénéficiaire. Celui-ci peut être de nature extra-contractuelle ou contractuelle.

664. L'enrichissement sans cause est un quasi-contrat qui ne peut être retenu en l'espèce car l'enrichissement du gestionnaire provient de l'exécution du contrat de gestion. La gestion d'affaires est éventuellement applicable dans le cas d'une gestion qui repose sur plusieurs gestionnaires aux missions distinctes. Dans ce cas, le bénéficiaire de la gestion est le maître de l'affaire. Le gestionnaire est intéressé à la gestion, y compris celle qui est menée par d'autres gestionnaires car il s'agit d'un même ensemble de biens dont il faut accroître la valeur. Si une partie du patrimoine se dégrade, le gestionnaire gérant d'affaires en subira le contrecoup. Ce travail s'intéresse particulièrement à la gestion intéressée car le gestionnaire est rémunéré pour sa gestion. Il a été vu qu'en matière de gestion d'affaires intéressée, le gérant ne pouvait obtenir le remboursement des sommes qu'il avait avancées et la réparation du préjudice subi dans le cadre de la gestion que si

⁹⁹⁸ Puisque le gestionnaire influe sur la définition du résultat à atteindre et qu'il maîtrise mieux la gestion que le bénéficiaire grâce à ses compétences, il peut adopter une attitude opportuniste et définir un objectif qu'il est certain d'atteindre en maximisant ses gains au détriment du gestionnaire.

celle-ci avait un résultat positif. La société créée de fait pourrait être invoquée par le gestionnaire afin d'obtenir la moitié du capital social au sein duquel se trouvent les gains.⁹⁹⁹

Après l'étude du fondement extra-contractuel, il convient d'examiner le fondement contractuel.

665. Le mandat tacite auquel on songe en premier lieu est difficilement envisageable dans la mesure où il existe déjà un contrat de gestion. L'hypothèse n'est toutefois pas à exclure. De même, il est possible d'imaginer une ratification des actes accomplis.

Il est possible d'adapter la gestion à la réalité à laquelle est confronté le gestionnaire au moyen de l'organisation tout en encadrant strictement l'appréciation de l'opportunité d'une action au moyen de la direction. Du point de vue du conflit d'intérêts, on s'aperçoit de la possibilité de l'apprécier au regard des circonstances concrètes d'une action entreprise par le gestionnaire.

Après avoir étudié le fondement de la sanction de l'opportunité d'une action, il est intéressant d'aborder la question des possibilités contractuelles d'aménagement de celle-ci.

b) L'aménagement contractuel de la sanction

666. Il faut à nouveau distinguer les gains des pertes. En ce qui concerne les premiers, il n'est pas nécessaire de développer davantage ce qui vient d'être dit. Tous les gains qui ne peuvent être attribués au gestionnaire sur l'un des fondements mentionnés ci-dessus doivent être restitués au bénéficiaire. L'opportunité d'une action doit être distinguée du résultat de celle-ci.

Les pertes quant à elles peuvent être l'objet d'un aménagement contractuel de la responsabilité. Le gestionnaire peut restreindre l'action en responsabilité à certains domaines en précisant que sa responsabilité ne saurait être engagée du fait de l'opportunité fiscale d'une action par exemple. Il est également possible de limiter l'indemnisation due par le gestionnaire. Néanmoins, les clauses contractuelles stipulant de telles limitations ne doivent pas avoir pour effet d'écarter toute réparation, notamment lorsqu'elle porte sur une obligation essentielle.¹⁰⁰⁰ Les clauses d'indemnisation forfaitaire trop élevée peuvent être révisées comme les clauses pénales.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁹ Au sujet de la société créée de fait confer *supra* n° 410.

¹⁰⁰⁰ Sur l'évolution récente de la jurisprudence sur ce point, confer Ph. Stöffel-Munck, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques. Note sous Cass., Com., 29 juin 2010 », *J.C.P. E*, 2010, n° 37, p. 1790.

¹⁰⁰¹ Article 1152 du Code civil.

Il est en outre possible de prévoir une clause pénale qui alourdit la sanction mais elle ne peut pas être disproportionnée par rapport au préjudice effectivement subi sous peine d'être révisée par le juge.

Les développements qui précèdent ont montré que l'appréciation de l'opportunité d'accomplir une action reposait sur des fondements déjà existants en droit positif, ce qui contribue à un contrôle efficace de la recherche de l'intérêt du bénéficiaire en cours de gestion.

667. Ce paragraphe consacré à l'exécution des obligations du bénéficiaire traite de la régulation des conflits d'intérêts ainsi que du contrôle de la poursuite de l'intérêt du bénéficiaire. Il apparaît que le droit positif comporte des techniques éprouvées au moyen desquelles il est possible de cerner efficacement les difficultés que pose le conflit d'intérêts.

668. Au cours de la présente section consacrée à l'exécution des obligations du gestionnaire, il est apparu possible de s'assurer de l'opportunité des actions accomplies par le gestionnaire en vérifiant la conformité de celles-ci à l'intérêt du bénéficiaire. L'intérêt a l'avantage de pouvoir être apprécié de manière objective, contrairement à la valeur. Ceci ne signifie pas que la valorisation se réduit à la préservation de l'intérêt du bénéficiaire mais implique d'abord que le gestionnaire déclare les conflits d'intérêts en début de mission, ensuite que ceux-ci soient réglés en cours de mission et enfin que le gestionnaire recherche l'intérêt du bénéficiaire tout au long de la gestion.

Le contrat de gestion lie le gestionnaire au bénéficiaire. Après l'étude des obligations du premier vient l'analyse des obligations du second.

Section II L'exécution des obligations du bénéficiaire

669. On retrouvera ici l'importance de l'élément subjectif de la valeur. Dans la mesure où le bénéficiaire est propriétaire de ses biens et où la fin de la gestion est déterminante pour l'orientation future de la valorisation qui relève du pouvoir de direction, le bénéficiaire ou ses ayants-cause jouent un rôle important lors de la fin des relations contractuelles. Ceci justifie leur étude dans le cadre de cette section. Il faut envisager l'exécution des obligations en cours de gestion (I) puis à la fin de celle-ci (II).

Paragraphe I En cours de gestion

670. Il convient d'examiner le contenu des obligations (A) avant leur sanction (B).

A Le contenu des obligations

671. L'étude de l'obligation d'information (1) précédera celle de la réception du compte rendu (2). Celui-ci est étudié dans un second temps car il marque la fin d'une période de gestion.

1/ L'obligation d'information

672. Afin de bien cerner le contenu de l'obligation d'information, il convient dans un premier temps de la distinguer de l'immixtion (a). Dans un second temps, il sera montré que l'exécution de l'obligation d'information contribue à la prise en compte de l'élément subjectif de la valeur (b).

a) La distinction entre information et immixtion dans la gestion

673. Le gestionnaire a été présenté comme un intrus nécessaire qui devait mettre ses compétences au service de la valorisation des biens du bénéficiaire. Ce dernier reste maître chez lui puisqu'il est le propriétaire des biens gérés. Les conséquences de l'immixtion ont déjà été étudiées précédemment. On sait également que la valorisation exige de tenir compte de la valeur telle que définie par le bénéficiaire. Celle-ci comporte un élément objectif et un élément subjectif. Le bénéficiaire sait ce qu'il désire mais il ne sait pas ce qu'il veut en matière de gestion faute de pouvoir déterminer avec précision la manière dont il convient de valoriser les biens. C'est pour cette raison qu'il fait appel à un tiers avec lequel il s'accorde sur la manière de procéder à l'avenir. Cet accord est l'expression d'une volonté commune contenue dans le contrat de gestion. La valeur est comme la volonté contractuelle stable alors que le patrimoine et son environnement évoluent au fil du temps. Le bénéficiaire n'abandonne pas ses biens au gestionnaire et doit pouvoir exprimer son point de vue sur la gestion, celui-ci doit être pris en compte car c'est à lui qu'il revient de décider de la valeur qu'il convient de conférer au patrimoine géré. Ceci explique qu'il puisse être tenté d'influer sur la valorisation non seulement en donnant son point de vue sur celle-ci et sur l'évolution des circonstances mais en s'immisçant dans la gestion. De plus, la gestion à titre habituel se conçoit dans la durée et lorsque la confiance entre les parties est grande, il peut arriver qu'une communauté de gestion s'installe et que de ce fait, ni le gestionnaire, ni le bénéficiaire ne s'aperçoivent de

l'immixtion faute notamment de pouvoir déterminer le point de départ de celle-ci.

Compte tenu de ces difficultés, il est utile de distinguer l'information de l'immixtion.

674. L'information est une donnée tandis que l'immixtion est une action. Le bénéficiaire peut exprimer son point de vue, par définition subjectif, sur la gestion sans se prononcer sur les actions qu'il convient d'entreprendre afin de valoriser le bien. Il peut en outre réagir à une information communiquée par le gestionnaire, qu'elle soit objective, telle qu'un fait, ou subjective, telle qu'un avis sur l'évolution de la gestion sans pour autant gérer ses biens à la place de ce dernier. L'immixtion est plus aisément perceptible sur la durée car il est possible de se rendre compte de son résultat. Lorsqu'il apparaît que le gestionnaire n'apprécie plus l'opportunité de certaines actions qu'il entreprend alors il n'exerce plus son pouvoir de direction ; Il y a probablement immixtion.

L'information est ponctuelle tandis que l'immixtion influe sur le caractère habituel de la gestion. On pourrait estimer que le gestionnaire peut s'immiscer une ou plusieurs fois dans celle-ci. Toutefois, lorsqu'il gère des biens à titre habituel, le gestionnaire est amené à accomplir différents actes juridiques ou matériels de manière habituelle. Par conséquent, lorsque le bénéficiaire accomplit un acte habituellement accompli par le gestionnaire dans le cadre de sa mission, il y a ici un indice d'immixtion, qu'elle fût répétée ou non.

Au contraire de l'immixtion, l'information est donnée dans l'instant et ne peut se substituer à l'action du bénéficiaire.

Après avoir distingué l'information de l'immixtion du bénéficiaire dans la gestion, il est intéressant d'examiner la persistance de l'élément subjectif de la valeur.

b) La persistance de l'élément subjectif de la valeur

675. L'obligation d'information qui incombe au bénéficiaire permet de prendre en considération l'élément subjectif de la valeur. Il a précédemment été montré que l'intérêt pouvait être apprécié de manière objective. La valeur des biens ne se confond pas avec l'intérêt du bénéficiaire. La première est conférée par le bénéficiaire alors que le second est recherché par le gestionnaire. Il est de ce fait indispensable que lors du compte rendu et de manière ponctuelle en cours de gestion, le bénéficiaire puisse formuler ses attentes en indiquant en quoi l'évolution du patrimoine au regard des circonstances concrètes auxquelles doit faire face le gestionnaire lui convient. S'il ne peut définir la valeur de manière abstraite, il doit se prononcer sur sa réalisation concrète. Comme on le voit,

l'élément subjectif de la valeur ne disparaît pas. L'obligation d'information à la charge du bénéficiaire est la manifestation juridique de la persistance de celui-ci.

Après avoir étudié le contenu de l'obligation d'information, il convient d'examiner l'obligation de réception du compte rendu.

2/ L'obligation de réception du compte rendu

676. Bien qu'incombant au bénéficiaire, la réception du compte rendu concerne également le gestionnaire (a), comme le montre l'étude de l'utilité pratique du compte rendu (b).

a) Une obligation concernant également le gestionnaire

677. L'obligation de réception du compte rendu requiert l'attention des deux parties. En effet, Mme Ayache observe qu'en pratique certains gestionnaires ne se rendent pas compte qu'ils sont en train de présenter un compte rendu qui les engage dès lors que le processus est informel. Il y a, d'après l'auteur, une « dimension stratégique »¹⁰⁰² de la reddition des comptes, entendue au sens large. Les observations faites par Mme Ayache concernent cependant davantage le compte rendu que la reddition des comptes au sens strict et juridique du terme.

L'enjeu du compte rendu pour le gestionnaire apparaît clairement lors de l'étude de son utilité pratique.

b) L'utilité pratique du compte rendu

678. Le gestionnaire utilise le compte rendu afin de promouvoir son action auprès du supérieur, rassurer celui-ci sur l'efficacité et la qualité de sa gestion qui est adéquate quelle que soit la situation et bien sûr conserver des preuves en cas de problème.¹⁰⁰³ Cette étude de terrain de la gestion du point de vue économique menée par Mme Ayache conforte l'analyse selon laquelle le pouvoir de direction concerne l'appréciation de l'opportunité d'une action et se conçoit dans la durée. Le gestionnaire cherche ici à démontrer la pertinence de son appréciation de l'opportunité d'une action, d'une part et d'autre part, à conserver des éléments permettant de retracer non seulement l'évolution de la gestion sur la durée mais aussi l'approbation de la gestion par le bénéficiaire.

1002 Expression de l'auteur.

1003 Confer M. Ayache, ouvrage cité plus haut, pp. 44 et suivante.

Après l'étude du contenu des obligations vient celle de leur sanction.

B La sanction des obligations

679. De nombreux développements ont déjà été consacrés à la sanction de différentes obligations, qu'elles soient d'origine contractuelle ou extracontractuelle. On se contentera ici d'évoquer cette question en examinant la gestion dans la durée. Une telle approche met en évidence le risque lié à un bénéficiaire trop présent (1), d'une part et celui lié à un bénéficiaire trop distant, d'autre part (2).

1/ Un bénéficiaire trop présent

680. Lorsque le bénéficiaire est trop présent, la gestion risque d'être incohérente (a). Ceci est une source d'insécurité juridique (b).

a) Une gestion incohérente

681. Lors de la conclusion du contrat de gestion, les parties déterminent la procédure à suivre avant de faire produire à des actes juridiques et matériels des effets déterminés à l'avance. Le contrat de gestion crée de ce fait une « situation juridique », selon l'expression de Paul Roubier. Les contrats ultérieurs précisent concrètement la valeur que le bénéficiaire entend donner à ses biens et la manière dont le gestionnaire réalisera le projet de valorisation durant une période déterminée. Lorsque le bénéficiaire est trop présent, la cohérence de la gestion risque d'être amoindrie. D'après le contrat de gestion, les rôles sont clairement répartis : le bénéficiaire confère sa valeur au patrimoine, le gestionnaire la réalise. Un gestionnaire trop présent risque de ne plus s'en tenir à son rôle, ce qui est une source d'insécurité juridique.

Il faut maintenant voir en quoi une gestion incohérente est une source d'insécurité juridique.

b) Une source d'insécurité juridique

682. L'incohérence est une source d'insécurité juridique pour les parties au contrat de gestion tout d'abord. En effet, une trop grande présence du bénéficiaire peut être la manifestation concrète d'une immixtion dont le point de départ peut être difficile à déterminer. Ainsi le bénéficiaire peut-il par exemple se voir reconnaître la qualité d'associé d'une société créée de fait.

À l'égard des tiers ensuite, une telle situation soulève une difficulté dans la mesure où ceux-ci ne

savent pas exactement quelle est la qualité de la personne à laquelle ils ont affaire dans le cadre de la gestion. Afin de protéger leurs droits, le droit positif leur permet de se prévaloir par exemple de la théorie de l'apparence. Ce qui a pour but d'éliminer l'insécurité juridique liée à l'immixtion du gestionnaire comme il a été montré précédemment. Néanmoins, cette clarification se fait au détriment du bénéficiaire qui, d'après le contrat de gestion, n'est pas responsable des actes accomplis par le gestionnaire dans le cadre de sa mission.

Après avoir étudié le cas du bénéficiaire trop présent, il faut s'intéresser à celui du bénéficiaire trop distant.

2/ Un bénéficiaire trop distant

683. Une trop grande distance du bénéficiaire à l'égard de la gestion contribue à la disparition de l'élément subjectif de la valeur (a) et porte atteinte à la crédibilité du bénéficiaire (b).

a) La disparition de l'élément subjectif de la valeur

684. Il a été montré que l'obligation d'information incombant au bénéficiaire était la manifestation juridique de l'élément subjectif de la valeur. Lorsqu'il ne se préoccupe pas de la valorisation de ses biens en n'indiquant pas au gestionnaire certains éléments dont il aurait connaissance et qu'il juge de nature à influencer sur la gestion, il faut en conclure que ceux-ci ne lui paraissent pas pertinents. S'il n'exprime pas lors du compte rendu l'élément subjectif de la valeur qu'il entend conférer à ses biens, le gestionnaire ne peut le deviner et continuera à gérer conformément à l'intérêt du bénéficiaire. Cependant, l'intérêt ne se confond pas avec la valeur. Un bénéficiaire distant contribue à la disparition de l'élément subjectif de la valeur.

La disparition de l'élément subjectif de la valeur porte atteinte à la crédibilité du bénéficiaire au sujet de la valeur.

b) L'atteinte portée à la crédibilité du bénéficiaire

685. Le bénéficiaire peut désirer conférer une certaine valeur, le désir n'est cependant pas une volonté productrice d'effets juridiques. Il ne pourra pas par conséquent expliciter cet élément subjectif de la valeur en cas de litige faute d'éléments de preuve convaincants. Chacun sait qu'en droit, ce qui n'est pas prouvé n'est pas. On pourrait rétorquer qu'il a également été vu que la valeur

se saisissait par l'intuition et que le juge en avait une dont il usait sans en faire état dans la motivation de sa décision. L'argument doit être rejeté. L'intuition doit se fonder sur des faits établis et non sur un sentiment. Dans le cas contraire, une grande place serait faite à l'arbitraire.

Après avoir étudié le contenu et la sanction des obligations en cours de gestion, il faut s'intéresser à la fin des relations contractuelles dans le paragraphe suivant.

Paragraphe II En fin de gestion

686. Quelle que soit l'origine de la fin des relations contractuelles, il est nécessaire d'envisager l'avenir car la gestion à titre habituel se conçoit dans la durée, indépendamment du début ou de la fin du contrat de gestion. Dans la mesure où le bénéficiaire est le principal intéressé et se préoccupe de l'avenir de ses biens qui ne cesseront pas d'exister du seul fait de la fin du contrat de gestion, il est logique de faire figurer ce paragraphe parmi les obligations du bénéficiaire.

Dans le but de bien comprendre la fin des relations contractuelles, il est intéressant d'examiner la fin du contrat en raison de la personne du gestionnaire (A) puis de celle du bénéficiaire (B). Procéder dans cet ordre est opportun car si le gestionnaire est la partie la plus active du contrat en cours d'exécution, son contractant reprend les rênes de la gestion à la fin de celle-ci.

A La fin du contrat de gestion en raison de la personne du gestionnaire

687. Afin de bien cerner celle-ci, il est intéressant de revenir sur le rôle actif du bénéficiaire tout au long de la gestion (1) avant de s'intéresser à l'aménagement contractuel de la fin de la gestion (2).

1/ Le rôle actif du bénéficiaire

688. La maîtrise des biens par le bénéficiaire (a) sera étudiée avant la manifestation juridique du rôle actif de celui-ci (b).

a) La maîtrise des biens gérés par le bénéficiaire

689. Le bénéficiaire s'est fait très discret pendant la gestion, même s'il n'a pas manqué de faire valoir son point de vue sur la valeur qu'il convenait de conférer à ses biens et de porter à la connaissance du gestionnaire tous les éléments qu'il estimait pertinents. Il est propriétaire de ses

biens et a à ce titre la maîtrise de ceux-ci. Par conséquent, il lui appartient de prendre en considération la fin du contrat et de préparer l'avenir.

Cette activité est manifeste d'un point de vue juridique.

b) La manifestation juridique de l'activité du bénéficiaire

690. Le rôle actif du bénéficiaire dans la gestion se manifeste par la réception du compte de gestion ainsi que par la réception du compte rendu qui ont été étudiées précédemment.

Après l'étude du rôle actif du bénéficiaire de la gestion, il convient d'envisager l'aménagement contractuel de la fin du contrat.

2/ L'aménagement contractuel de la fin de la gestion

691. Certaines clauses paraissaient inutiles (a) tandis que d'autres peuvent être intéressantes (b).

a) Les clauses inutiles

692. Les clauses de sauvegarde ne sont probablement pas nécessaires car elles peuvent nuire à la souplesse de la gestion. De plus, l'insertion d'une telle clause suppose de déterminer un élément caractéristique sur lequel porterait la renégociation, par exemple un prix. Ceci n'est pas utile quand l'ensemble d'une situation complexe évolue. En revanche, lorsque la gestion dépend grandement d'un élément déterminé et que les caractéristiques de celui-ci varient de manière aisément déterminable, alors une clause de sauvegarde peut être utile.

Il convient maintenant d'aborder les aménagements intéressants de la fin de la gestion.

b) Les clauses utiles

693. Puisque mettre fin au contrat suppose d'envisager l'avenir, il peut être intéressant de déterminer par avance une procédure de renégociation et d'obliger ainsi les parties à renégocier. Si cette procédure n'est pas respectée, le non-respect de cette clause est sanctionné par l'attribution de dommages et intérêts. Lorsque l'on s'interroge sur l'efficacité de ce dispositif, la question du

préjudice à indemniser¹⁰⁰⁴ est très importante car il est impossible de forcer les parties à parvenir à un accord. Il n'est toutefois pas inutile d'inciter les parties à envisager l'avenir. Dans cette optique, le bénéficiaire peut aussi prendre soin d'insérer dans le contrat une clause prévoyant le respect d'un préavis contractuel avant la rupture.

Par ailleurs, dans la mesure où le contrat de gestion repose sur un très fort *intuitus personae*, il peut être utile d'envisager une clause prévoyant l'incessibilité des obligations ou l'accord préalable à une cession. La cession de créances suppose en droit commun la seule information du débiteur de la créance cédée et non son autorisation préalable. Par conséquent, une clause prévoyant celle-ci peut être utile.

De même, une clause d'agrément peut être opportune s'il y a cession de droits sociaux au sein d'une personne morale gérant les biens.

Après avoir examiné la fin du contrat en raison de la personne du gestionnaire, il faut s'intéresser à la fin du contrat en raison de la personne du bénéficiaire.

B La fin du contrat en raison de la personne du bénéficiaire

694. Il convient ici de distinguer le décès du bénéficiaire (1) de la rupture contractuelle (2).

1/ Le décès du bénéficiaire

695. L'étude du cas de décès du bénéficiaire suppose d'exposer brièvement la situation des ayants cause capables (a) afin de la distinguer de celle où ces derniers sont protégés par un régime d'incapacité au sens large (b).

a) Les ayants-cause capables

696. En cas de décès du bénéficiaire, les actions sont transmises aux ayants cause. La question de

¹⁰⁰⁴ Il y a très peu de décisions sur la question. Le juge apprécie la bonne foi de celui qui n'a pas renégoié ainsi que l'attitude de l'autre partie cherchant à minimiser le préjudice. Cette clause met en évidence le comportement fautif de celui qui est à l'origine de la rupture alors qu'une difficulté importante survient. Confer CA Dijon, Ch. Civ. B, 9 janvier 2007, n° 06/01121. En l'espèce, le contrat prévoit qu'au-delà d'un taux de déchets de production, les parties doivent renégoier. L'acheteur fait établir que le taux est supérieur à cette limite et rompt le contrat sans renégoier alors que le producteur d'oignons lui envoie trois lots conformes. L'acheteur est condamné en outre à indemniser son cocontractant du prix de la production conforme impayée.

l'incessibilité ne se pose pas de la même manière qu'en cas de décès du gestionnaire. Le bénéficiaire propriétaire des biens attache beaucoup d'importance à la désignation du gestionnaire et à la personnalité de celui-ci. Ceci explique que le contrat de gestion peut être marqué par un fort *intuitus personae* et justifie la restriction de la cessibilité du contrat de gestion. Néanmoins, le bénéficiaire décédé a précisément pris soin de confier la gestion de ses biens à une personne qu'il estimait compétente pour organiser la transmission du patrimoine géré. Dans ce cas de figure, il n'y a pas lieu de prévoir l'incessibilité du contrat.

Après avoir envisagé la situation du devenir du contrat de gestion en présence d'ayants-cause capable, il faut s'intéresser à la situation dans laquelle un ou plusieurs ayants-cause font l'objet d'une protection par le biais d'une mesure d'incapacité au sens large.

b) Les ayants-cause incapables au sens large

697. L'incapacité au sens large désigne à la fois le mandat à effet posthume et les cas où l'incapacité est entendue comme la condition d'ouverture de la tutelle. Dans ce dernier cas, il appartiendra aux organes compétents de se prononcer sur le sort du contrat de gestion et d'apprécier l'opportunité de tous les actes relatifs à la gestion du patrimoine de l'incapable. Le cas du mandat à effet posthume est plus intéressant car il est tout à fait possible de désigner le gestionnaire mandataire dans le cadre d'un tel mandat. Dans ce cas de figure, il peut continuer la gestion des biens comme précédemment mais engage sa responsabilité sur le fondement de ce mandat et non plus sur celui du contrat de gestion. Il ne faut cependant pas oublier que la personne protégée peut refuser la succession afin que le mandat ne s'applique pas.

Il est également possible de recourir à un legs mais alors la propriété du patrimoine géré est transmise et le contrôle de l'action du gestionnaire au regard de son opportunité, principal intérêt du contrat de gestion, n'est plus possible.

Après avoir envisagé l'hypothèse du décès du bénéficiaire, il convient de s'intéresser à celle de la rupture du contrat de gestion.

2/ La rupture contractuelle

Il convient de distinguer la rupture non conflictuelle (a) de la rupture conflictuelle (b).

a) La rupture non conflictuelle

698. Il est possible d'envisager une rupture par le biais d'une révocation. Elle ne doit cependant pas être abusive sans quoi elle entraîne la responsabilité du bénéficiaire qui doit alors verser des dommages et intérêts. Il faut ici faire attention car si le contrat de gestion est un contrat à durée indéterminée, le contrat ultérieur qui est en cours au moment de la rupture peut-être un contrat à durée déterminée par conséquent la rupture de celui-ci avant terme peut également entraîner le versement de sommes correspondants à la rémunération du gestionnaire pour la période déterminée. On rappellera brièvement que le contrat de gestion n'est pas, selon nous, un mandat d'intérêt commun qui peut, de toute façon être rompu par le bénéficiaire, même si la rupture s'accompagne du versement de dommages-intérêts.

Après avoir étudié la rupture non conflictuelle, il faut s'intéresser à l'hypothèse inverse.

b) La rupture conflictuelle

699. Lorsque les relations se dégradent, il peut être tentant de demander l'exécution forcée des obligations du gestionnaire. Cependant, dans la mesure où le contrat de gestion crée une situation juridique, il semble difficile de demander l'exécution forcée des obligations qu'il contient. Les contrats ultérieurs en revanche ne posent aucune difficulté de ce point de vue car ils contiennent des obligations plus précises destinées à la réalisation de la valeur. L'exécution de ces dernières est l'objet du compte rendu dont l'étude révèle la nécessité de coopération afin de valoriser efficacement les biens. M. Roque s'interroge sur la nature de la coopération dont doit faire preuve le mandant dans le cadre de la relation contractuelle qui l'unit au mandataire. Se rangeant derrière l'opinion de M. Chazal, l'auteur estime qu'il s'agit d'un devoir car les obligations sont précisément déterminées, notamment par une créance et une dette tandis qu'un devoir figure uniquement au passif de celui qui doit s'en acquitter.¹⁰⁰⁵ Théoriquement intéressante, cette distinction entre devoirs et obligations apparaît surtout lorsque le juriste peine à définir l'objet de l'obligation en question. Au-delà de la terminologie, la question qui se pose tant d'un point de vue théorique que pratique est de savoir à quoi le gestionnaire et le bénéficiaire sont engagés en matière de coopération. Aborder la gestion sous l'angle de la direction incite précisément à dépasser cet obstacle terminologique afin de s'intéresser au compte rendu et à ses implications pratiques.

700. Le bénéficiaire peut aussi invoquer l'exception d'inexécution afin par exemple de ne pas

1005 J. Roque, *Les obligations du mandant*, J.-L. Respaud (dir.), th. Avignon, 2007, n° 203.

verser la rémunération qu'il doit au gestionnaire. La jurisprudence impose cependant que l'exception d'inexécution soit légitime¹⁰⁰⁶ et que le trouble illicite à l'origine de l'inexécution soit suffisamment grave¹⁰⁰⁷. Il faut en outre que le temps de l'inexécution ne soit pas passé lorsque l'exception est invoquée.¹⁰⁰⁸

701. Au cours de ce paragraphe, il a été vu que le droit commun des contrats et les techniques contractuelles couramment utilisées en pratique pouvaient être des solutions intéressantes aux difficultés qui pouvaient survenir lors de la gestion, à condition de l'envisager dans la durée.

702. Au cours de la présente section, il a été vu que le bénéficiaire avait l'obligation d'informer le gestionnaire et de recevoir le compte rendu de la gestion. Ces obligations permettent au bénéficiaire de préciser l'élément subjectif de la valeur au cours de la gestion et imposent à son cocontractant de le prendre en considération. On comprend que l'élément subjectif de la valeur ne disparaît jamais.

Conclusion du Chapitre II

703. Au cours de ce chapitre consacré à la direction au stade de l'exécution du contrat, il est apparu que la valorisation se concevait dans la durée, qu'elle consistait en l'affirmation de la personne du bénéficiaire et qu'elle comportait un élément subjectif discuté lors du compte rendu.

1006 Confer notamment Cass., Civ. III, 10 sept. 2008, n° 07-16205.

1007 Confer sur ce point Cass., Com., 29 janvier 2013, n° 11-28576 et 11-28979, *Contrats Concurrence Consommation*, avril 2013, p. 4.

1008 Confer sur ce point Cass, Civ I, 12 juin 2012, n° 11-13764, note B. Fages, *RTD Civ.* 2012, p. 527.

Conclusion du Titre II

704. Ce titre consacré à l'exécution du contrat de gestion a permis de montrer que le gestionnaire devait organiser les différents rapports susceptibles de se nouer au cours de sa mission en vue d'accroître la valeur conférée par le bénéficiaire. Il apprécie l'opportunité d'une action au regard de cet objectif au moyen du pouvoir de direction.

Conclusion de la Partie II

705. Au cours de la partie précédente, il a été vu que la gestion pouvait être analysée au moyen de la distinction entre l'organisation et la direction. La première désigne le pouvoir de maintenir la continuité de la gestion, la seconde se comprend comme le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action. Cette conclusion a permis au cours de cette partie d'envisager l'élaboration d'un cadre contractuel destiné non seulement à suivre l'évolution de la gestion dans la durée mais également de s'assurer de l'opportunité des actions accomplies par le gestionnaire. Le contrôle de l'opportunité dans le cadre du contrat de gestion se traduit par celui de l'exercice du pouvoir de direction.

La distinction entre organisation et direction a l'avantage de présenter une grande sécurité juridique en ne portant pas atteinte aux droits des tiers. En effet, les actes accomplis à l'égard des tiers demeurent valables mais leur opportunité peut être remise en cause par le bénéficiaire. Le droit positif constitué de textes épars relatifs aux différentes techniques de gestion et les solutions jurisprudentielles peuvent être présentés de manière cohérente grâce à l'étude du pouvoir d'organisation du gestionnaire. En ce qui concerne la direction, la démonstration de l'opportunité d'une action ne repose sur aucun mécanisme complexe et ne nécessite aucune modification du droit positif.

La direction de la gestion repose sur la neutralisation du conflit d'intérêts, d'une part et sur la recherche par le gestionnaire de l'intérêt du bénéficiaire, d'autre part. L'intérêt est purement objectif, contrairement à la valeur qui comporte un élément objectif et un autre subjectif. Le juriste français habitué aux concepts abstraits et à l'analyse objective des faits est en mesure de cerner plus facilement la valorisation en l'abordant par le biais de l'intérêt. Néanmoins, il apparaît à la suite de cette partie que la valeur se saisit par l'intuition. Ceci n'est pas un obstacle à une bonne compréhension de la gestion à titre habituel car il a été montré que la jurisprudence et la doctrine lui accordaient une certaine place. Il n'est de ce fait pas nécessaire d'envisager une quelconque modification du droit positif. Quoi qu'il en soit, accepter l'élément subjectif de la valeur en renonçant à la tentation de la définir de manière abstraite est indispensable à un encadrement juridique efficace de la gestion à titre habituel. Il est possible de parvenir à ce résultat en créant au moyen du contrat de gestion une « situation juridique », selon l'expression de Paul Roubier, afin de déterminer de manière abstraite les conséquences des événements qui se produiront au cours de la gestion. L'élément subjectif de la valeur ne rend pas le contrat de valorisation inapplicable en

pratique, il impose au contraire de fonder la valeur sur des éléments concrets.

L'intérêt de l'analyse de la gestion au moyen de la distinction entre l'organisation et la direction réside dans la modification qu'elle induit de la perception de la valorisation ; elle amène le juriste à se poser des questions théoriques ; les réponses qu'il y apporte fondent les solutions concrètes retenues par les parties au contrat de gestion ; elle les met à l'épreuve du temps et les inscrit dans la durée.

Conclusion générale

706. La gestion à titre habituel est celle qui est menée par un propriétaire sans tenir compte de la fin qu'il ne peut pas prédire. Il s'agit de l'hypothèse la plus courante de gestion de biens, celle dans laquelle le propriétaire tente d'accroître la valeur de son patrimoine avant de le transmettre éventuellement à ses enfants.

Ce cas de figure d'une apparente banalité pose deux difficultés majeures lorsqu'un propriétaire souhaite confier la gestion de ses biens à autrui. Le gestionnaire doit en permanence veiller à l'organisation efficace de la gestion en nouant des relations avec divers intervenants. Il ne se contente pas d'exécuter les instructions du bénéficiaire mais donne sa cohérence à un ensemble de moyens matériels et humains destiné à accroître la valeur des biens qu'il gère. Il dispose d'un pouvoir d'organisation qui lui permet de coordonner les actions de ceux qui interviennent à quelque titre que ce soit lors de la gestion. Ce pouvoir est celui d'accomplir une action, qu'il s'agisse d'un acte ou d'une série d'actes juridiques ou matériels, sans en apprécier l'opportunité.

707. Afin de créer de la valeur, le gestionnaire noue des liens de dépendance réciproque avec des commettants ou des fournisseurs par exemple. Dans le premier cas, un lien de subordination est instauré, pas dans le second. Envisager de telles relations sous l'angle du pouvoir d'organisation permet de rendre simplement compte d'une réalité qui peut parfois être complexe en tenant compte de la jurisprudence sans laquelle il est impossible de proposer une analyse applicable à un cas concret.

708. La valorisation se conçoit dans la durée. La valeur est à la fois objective et subjective. Il est de ce fait nécessaire de tenir compte de l'aspect subjectif déterminé par le bénéficiaire. La valeur est la manifestation réelle, au sens juridique du terme, d'une personne et de ses aspirations.

Puisqu'au stade de la formation du contrat, l'avenir est incertain, le gestionnaire doit disposer du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action au regard des circonstances auxquelles il doit faire face à un moment donné. L'opportunité est appréciée conformément à la volonté du bénéficiaire. Le déroulement de la gestion s'apprécie sur la durée en examinant l'évolution de la valeur au fil du temps.

709. L'encadrement conventionnel de la gestion à titre habituel suppose de conférer au gestionnaire le pouvoir d'organisation ainsi que celui de direction. Il apparaît à la suite de l'examen

des techniques de gestion existantes mené en première partie que seules répondent à cette exigence, les techniques fiduciaires d'une part et celles définies par rapport au mandat d'autre part. La fiducie présente l'avantage d'une gestion fondée sur la propriété et est de ce fait proche de celle du propriétaire gérant ses biens. Les pouvoirs étendus conférés par le droit de propriété sont intéressants. Il est toutefois difficile de déterminer la direction de la gestion au moyen de la fiducie, ceci est pourtant essentiel dans le cas d'une gestion pour autrui. Cette technique doit par conséquent être écartée. L'étude des *trusts* anglais a cependant permis de se rendre compte de manière concrète de la nécessité de suivre le déroulement de la gestion au fil du temps tout en veillant à l'intérêt du bénéficiaire.

En ce qui concerne les techniques qui sont définies par rapport au mandat, la représentation n'est pas souhaitable car les actes du gestionnaire s'imputent systématiquement sur le patrimoine du bénéficiaire même si on ne peut exclure que le gestionnaire conclue un mandat avec un tiers dans le cadre de sa mission. Il est de ce fait impossible d'écarter définitivement cette technique. Une telle conclusion serait de plus infondée d'un point de vue technique car il a été vu que le recours au mandat en droit positif français ne s'explique pas nécessairement par la volonté d'utiliser la représentation dont les effets sont souvent écartés par le biais de dispositions spéciales. Parfois même le recours à la représentation est sans incidence.

Le mandat de droit romain, plus précisément le *mandatum incertum*, centré sur l'intérêt du mandant est conforme à notre conception du droit de la propriété héritée du droit romain et ne repose pas sur la représentation. Il peut pour ces raisons servir à l'élaboration d'un cadre conventionnel qui repose à la fois sur l'organisation et la direction de la gestion.

710. La seconde partie distingue la formation de l'exécution du contrat. Au stade de la formation du contrat, l'organisation consiste notamment à anticiper la reddition de compte qui est le reflet de la gestion tant du point de vue temporel que comptable. Le gestionnaire gère non seulement au jour le jour, comme le montre le compte de gestion, mais également dans la durée. La reddition de compte est utile en ce qu'elle aide à cerner très rapidement l'évolution concrète du patrimoine au fil du temps. Puisque l'on envisage une reddition de compte périodique, il est nécessaire de s'intéresser à la suite de celle-ci à la rémunération du gestionnaire dont le versement intervient en pratique à la même période. Il est utile de l'aborder sous un angle nouveau qui tient compte de l'écoulement du temps et de l'intérêt du bénéficiaire. La conception classique de la rémunération comme contrepartie de l'exécution des obligations du gestionnaire n'est pas remise en cause, elle est complétée par cette approche nouvelle qui conçoit la rémunération comme un moyen de faire converger l'intérêt du

gestionnaire et celui du bénéficiaire.

711. La question de l'intérêt du bénéficiaire amène à s'interroger sur la direction. Le gestionnaire dispose du pouvoir d'apprécier l'opportunité une action conformément à l'intérêt du bénéficiaire. Ceci pose une difficulté en matière de valorisation car la valeur comporte un aspect subjectif dont il faut tenir compte. Il est dangereux de faire reposer le contrat de valorisation sur des éléments subjectifs difficilement déterminables. C'est la raison pour laquelle la direction au stade de la formation du contrat se comprend comme la poursuite de l'intérêt du bénéficiaire. L'intérêt est défini objectivement comme la qualité de ce qui modifie la situation d'un individu ou la perception qu'il a de celle-ci. Le caractère objectif de cette définition satisfait à l'exigence de sécurité juridique. Les parties doivent déterminer les critères selon lesquels la valeur sera examinée. L'action opportune est celle qui tend à accroître la valeur recherchée par le bénéficiaire. L'aspect subjectif de la valeur ne disparaît pas.

712. Au stade de l'exécution du contrat, l'organisation consiste en la coordination des rapports qui naissent en raison de l'intervention des tiers dans la gestion. Analyser ces relations sous l'angle de l'organisation permet de donner une vision globale et cohérente de la gestion quelle que soit la nature des rapports et des liens juridiques créés, qu'il y ait ou non subordination, qu'il s'agisse de mandat ou de contrat d'entreprise, qu'une procédure collective ait été ou non ouverte. La responsabilité du bénéficiaire et celle du rédacteur du contrat de gestion à titre habituel sont également examinées.

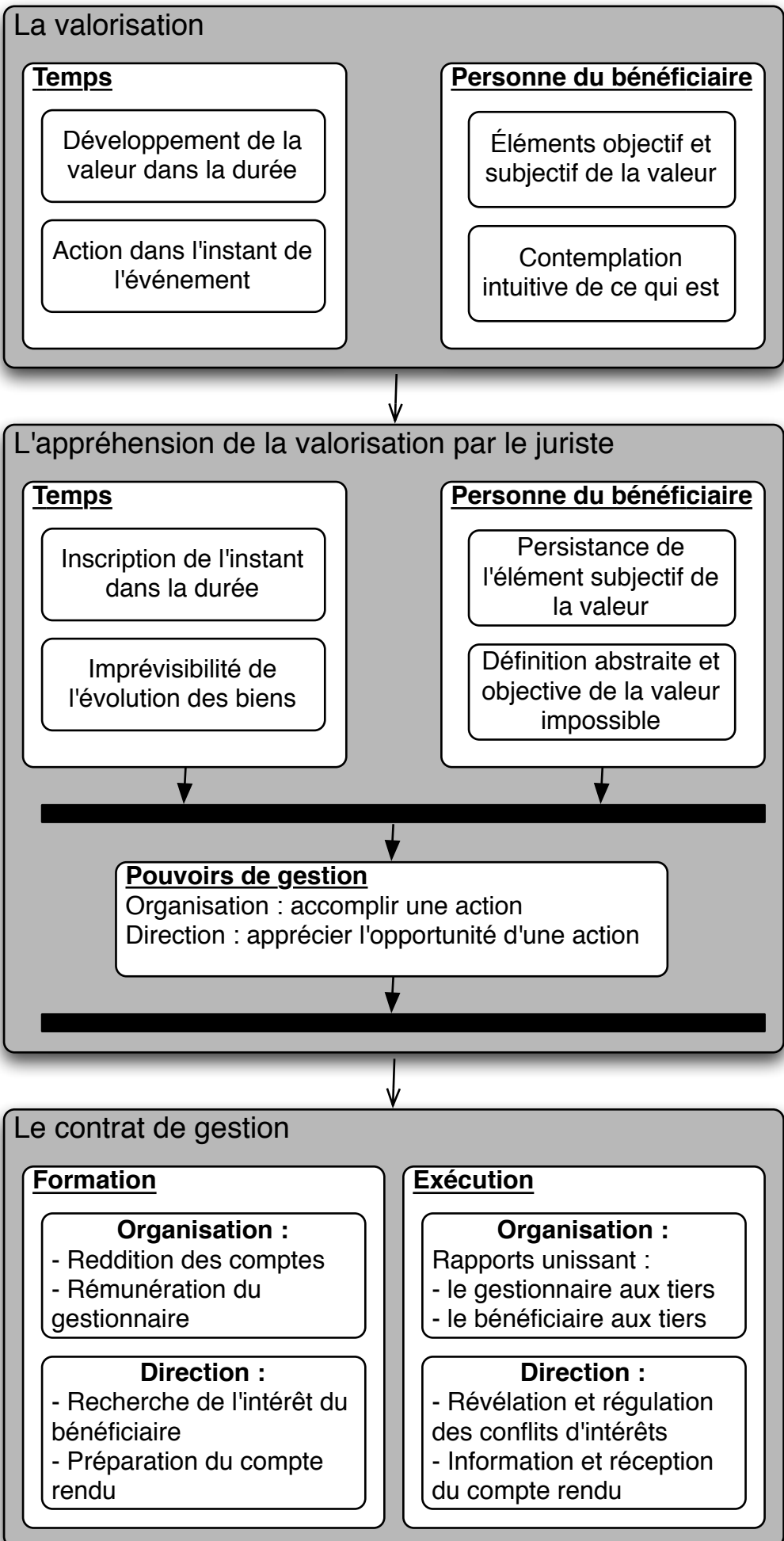
La direction consiste en la déclaration d'éventuels conflits d'intérêts en début de mission, en leur régulation au cours de celle-ci et en la prise en considération de l'aspect subjectif de la valeur lors du compte rendu. Comme le bénéficiaire ou ses ayants droit ont un rôle prépondérant en fin de gestion, notamment parce qu'il est alors nécessaire d'envisager l'avenir, la fin des relations contractuelles est étudiée dans le cadre des développements relatifs à la direction et vient clore ce travail.

À la témérité d'une réforme législative soucieuse de faire advenir un droit qui n'est pas encore, nous préférons l'audace d'une analyse constante destinée à tirer le meilleur parti du droit tel qu'il est. Il doit être ainsi éclairé malgré sa fragmentation et son volume en constante augmentation qui contribuent à une certaine incohérence que nous ne cherchons ni à dissimuler, ni à dénoncer. Le droit patrimonial n'a pas tant besoin d'une réforme que d'une nouvelle vision d'ensemble permettant de le cerner dans sa globalité. Tenter de la faire émerger de la multitude de textes législatifs et

réglementaires pourrait passer pour un amusement de juriste si la recherche d'un cadre conventionnel adapté à la gestion de biens à titre habituel n'en faisait pas ressortir la nécessité pratique. Le juriste ne peut proposer un tel cadre juridique ou le discuter de manière pertinente que s'il accepte de se poser les questions concrètes qu'une personne qui ne maîtrise pas le droit est susceptible de lui soumettre. Ce travail a pour objectif de l'y aider en apportant des réponses aux difficultés qui se sont posées hier, qu'il doit résoudre aujourd'hui et qu'il lui faudra aborder demain sous un angle différent.

Annexe

Diagramme de valorisation conventionnelle



Bibliographie

Sites Internet utiles

Cardiff Index to Legal Abbreviations : <http://www.legalabbrevs.cardiff.ac.uk>
Index établi et maintenu à jour par l'Université de Cardiff. Particulièrement utile lors de la recherche d'abréviations de titres de revues juridiques anglo-saxonnes.

The Latin Library : <http://www.thelatinlibrary.com>
Recueil de textes en latin sans traduction ni analyse. Les interpolations des textes juridiques ne sont pas discutées.

OUVRAGES GÉNÉRAUX

Paul-Henri Antonmattei, Jacques Raynard, *Droit civil, contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007

Annick Batteur, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, Manuel, 3^e éd., LGDJ, 2007

Alain Bénabent, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Montchrestien, 2005

Edward Burn, Graham Virgo, *Maudsley & Burn's Trusts & Trustees Cases & Materials*, 7^e éd., Oxford University Press, 2008

Rémy Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 10^e éd, Dalloz, 2013

Edward Coke, Lord Chancellor Nottingham (Annotateur), Lord Chief Justice Hale (Annotateur), *The first part of the institutes of the laws of England, or, A commentary upon Littleton: not the name of the author only, but of the law itself*, Francis Hargrave et Charles Butler (éd.), R.H. Small, 1812

François Collart-Dutilleul, Philippe Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis, Série Droit privé, 8^e éd, Dalloz, 2007

Victor Alexis Désiré Dalloz, Armand Dalloz, Henri Thiercelin, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Bureau de la Jurisprudence générale du royaume, 1849

Isabelle Depardieu, *Gestion de patrimoine : développer et gérer un patrimoine*, Collection Patrimoine, SEFI éd., 2001

Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1827

Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Yvonne Flour, Éric Savaux, *Les obligations. 3. le rapport d'obligation La preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction*, 3^e édition, A. Colin, 2004

Jacques Flour, Gérard Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e édition, A. Colin, 2001

Michel Gervais, *Contrôle de gestion*, Gestion, Economica, 2009

Jacques Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations Les effets du contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992

Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Jean-Philippe Lévy (préf.), 8^e éd. revue et mise à jour par Félix Senn, Dalloz, 2003

Pierre-Marie Guillon, *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*, Immobilier finances, Economica, 1996

Karl Güterbock, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle ages*, Brinton Coxe (trad.), J. B. Lippincott & co., 1866

Jeffrey Hackney, *Understanding Equity and Trusts*, 6^e éd., Fontana, 1987

Oliver Wendell Holmes, *The common law*, Little, Brown, and Company, 1909

Jérôme Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Jacques Ghestin (dir.) LGDJ, 1996

John Anthony Jolowicz, *Droit anglais*, 2^e éd., Dalloz, 1992

Institut de formation du crédit agricole mutuel, *Gestion globale du patrimoine privé*, IFCAM-CA, 1993

Pierre Legrand, *Le droit comparé*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 2006

Jean Macqueron, *Histoire des Obligations — Le droit romain*, Publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine. Série mémoires et travaux n° 1, 2^e éd., Association Auguste Dumas, 1975

Jean Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Centre régional de documentation pédagogique, Service des éditions, 1964

Frederic William Maitland, *Equity, also the forms of action at common law; two courses of lectures*, Cambridge University Press, 1916

Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Defrénois, 2010

Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les biens*, Droit civil, Defrénois, 2003

Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, *Cours de droit civil*, 13^e éd., Cujas, 1999

Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Précis Dalloz. Série Droit privé, 6^e éd., Dalloz, 2004

Antonio Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*, t. I, G. Giappichelli, 2009

Antonio Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*, t. II, G. Giappichelli, 2012

Ben McFarlane, *The Structure of Property Law*, Hart Publishing, 2008

Philippe Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. XI, 5, H. Tarlier,

Raymond Monier, *Droit romain approfondi : essai sur l'apparition et le développement de la notion de propriété en droit romain : doctorat : 1946-1947*, Les cours de droit, 1946

Raymond Monier, *Droit romain, licence, 2^e année 1953-1954*, Cours de droit, 1953

Bruno Pays, *La gestion de patrimoine*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 1992

James E. Penner, *The Law of Trusts*, Core Text Series, 6^e éd., Oxford University Press, 2008

Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, F. Pichon, 1904

Sir Frederick Pollock, Frederic William Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, Cambridge University Press, 1898

Robert Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, t. V, Jean-Joseph Bugnet, Cosse, 1861

Sophie Schiller, *Droit des biens*, 5^e éd., Dalloz, 2011

Jean Rivero, Hugues Moutouh, *Libertés publiques*, t. I, 9^e éd., PUF, 2003

François Terré, Philippe Simler, *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, 6^e édition, Dalloz, 2011

François Terré, Yves Lequette, Philippe Simler, *Droit civil : les obligations*, Précis Dalloz. Série Droit privé, Dalloz, 2005

Franck Teyssonier, Karim Kheirat, Coralie Smette, *Conseil et gestion de fortune*, Collection Gestion. Série Politique générale, finance et marketing, Économica, 2005

Arnaud Thauvron (dir.), *Gestion de patrimoine : stratégies juridiques, fiscales et financières*, Dunod, 2009

Jean-Louis Thireau, *Histoire du droit de la famille*, L'Essentiel sur, l'Hermès, 1998

Charles-Bonaventure-Marie Toullier, Jean-Baptiste Duvergier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. IV, Jules Renouard, 1837

Robert Villers, *Rome et le droit privé*, L'Évolution de l'humanité, Albin Michel, 1977

Alan Watson, *Contract of mandate in Roman law*, Clarendon Press Oxford University Press, 1961

OUVRAGES SPÉCIAUX

Monographies et thèses

Albert W. Alschuler, *Law without values : The life, work, and legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, 2000

Béatrice Balivet, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Blandine Mallet-Bricout (dir.), Th. Lyon III, 2004

Annick Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, Jacques Héron (dir.), th. Caen, 1989

Adolf Augustus Berle, Gardiner Coit Means, *The modern corporation and private property*, The Macmillan Company, 1933

Julien Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille : ses destinées dans le droit civil contemporain*, E. de Boccard, 1928

Julia Bouveresse, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, Jean-Patrice Stork (dir.), th. Strasbourg, 2006

Baron John Campbell, *The lives of the chief justices of England*, t. III, F. D. Linn & company, 1878

Jean Carbonnier, *Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Julien Bonnecase (dir.), th. Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932

Jean Carbonnier, Pierre Catala, Jean de Saint Affrique, Georges Morin, *Des libéralités : une offre de loi*, Répertoire du notariat Defrénois, 2003

Guillaume Chastenet de Géry, *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière : contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion*, Alain Ghozi (dir.), th. Paris IX, 1998

Emmanuelle Chevreau, *Le temps et le droit : la réponse de Rome : l'approche du droit privé*, Michel Humbert (dir.), Romanité et modernité du droit, De Boccard, 2006

Cicéron, *Partitiones Oratoriae*, Les Belles Lettres, 2002

Pierre-François Cuif, *Le contrat de gestion*, Laurent Aynès (préf.), Recherches juridiques, Economica, 2004

Anne Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, Genviève Viney (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004

Philippe Didier, *De la représentation en droit privé*, Yves Lequette (préf.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000

Marie-Pierre Dumont, *L'opération de commission*, Jean-Marc Mousseron (préf.), Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2000

Ilia Folliero, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano (Excerptum thesios ad Doctoratum in Iure Civili)*, Pontificia Università Lateranense, 2003

Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Gérard Cornu (préf.), Collection Droit civil. Série Etudes et recherches, Economica, 1985

Jean Gatsi, *Le contrat-cadre*, Bibliothèque de droit privé, Martine Béhar-Touchais (préf.), LGDJ, 1996

Marc Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Pierre Mayer (préf.), Bibliothèque de droit

privé, LGDJ, 2001

Oliver Wendell Holmes, *The occasional speeches of Justice Oliver Wendell Holmes*, Belknap Press of Harvard University Press, 1962

Mark DeWolfe Howe, *The Pollock-Holmes letters*, Cambridge University Press, 1942

Philippe Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, Jacques Ghestin (dir.), th. Paris I, 2002

Hermann Kantorowicz, *The definition of law*, Cambridge University Press, 1958

Max Kaser, Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, Juristische Kurz-Lehrbücher, C. H. Beck, 2005

Karim Kheirat, Franck Teyssonier, *Conseil et gestion de patrimoine : méthode et stratégies du patrimoine privé et professionnel*, Techniques bancaires, Économica, 2002

Catherine Krief-Semitko, *La valeur en droit civil français: Essais sur les biens, la propriété et la possession*, Editions L'Harmattan, 2009

Étienne de La Boétie, *La servitude volontaire (Texte précédé d'une « Notice bio-bibliographique » sur l'auteur écrite par le Dr J.-F. Payen)*, Firmin Didot Frères, 1858

Marie Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants.*, Jacques Mestre (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006

Louis Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II : Le système des différentes valeurs, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991 mentionné sous la forme L. Lavelle, t. II en note de bas de page

Louis Lavelle, *Traité des valeurs*, t. I : Théorie générale de la valeur, 2^{de} éd., Presses universitaires de France, 1991 mentionné sous la forme L. Lavelle, t. I en note de bas de page

André Magdelain, *Les actions civiles*, Sirey, 1954

Marcel Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile: 1804-1904*, Marcel Planiol (dir.), th. Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1904

Claire Ogier, *Le conflit d'intérêts*, Pascal Ancel (préf.), th. Saint-Étienne, 2008

Dominique Pagneux, *Peugeot: l'aventure automobile*, ETAI, 2002

Louis Pasteur, *Œuvres de Pasteur réunies par Pasteur Vallery-Radot*, t. VI, Masson et C^{ie}, 1933

Philippe Pétel, *Les obligations du mandataire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988

Bénédicte Piganeau, *L'assistance aux personnes en difficulté*, Les Grandes thèses du droit français, Presses universitaires de France, 1993

Virginie Renaux-Personnic, *L'avocat salarié : entre indépendance et subordination*, Daniel Berra (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1998

Jean-Louis Respaud, *L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution*, Didier Ferrier (dir.), th. Montpellier, 2000

- Richard Robinson**, *Definition*, Oxford University Press, 1950
- Julien Roque**, *Les obligations du mandant*, J.-L. Respaud (dir.), th. Avignon, 2007
- Paul Roubier**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005
- Philippe Stöffel-Munck**, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, Roger Bout (préf.), L.G.D.J., 2000
- Léopold Thézard**, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Auguste Durand, 1866
- Karim Torbey**, *Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés : étude de droit français et de droit libanais*, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2002
- Lloyd L. Weinreb**, *Legal reason*, Cambridge University Press, 2005
- Claude Witz**, *La Fiducie en droit privé français*, Dominique Schmidt (préf.), Economica, 1981
- Marguerite Yourcenar**, *Mémoires d'Hadrien*, Folio, Gallimard, 1977

Articles de périodique, pages de site Internet, contributions à des mélanges, chapitres d'ouvrage

Le numéro de page renvoie au numéro de la première page de la publication.

Afin de faciliter la recherche des publications anglo-saxonnes dans les bases de données, le numéro de volume apparaît le cas échéant à gauche du titre du périodique écrit en italiques. À droite de celui-ci figure le numéro de la première page.

Kelli A. Alces, « The Equity Trustee », 42 *Arizona State Law Journal* 717 (2010)

Jean-Jacques Alexandre, « La responsabilité des concepteurs de montages juridiques », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 71, p. 92

Bernard Alibert, « La gestion : Essai de définition juridique », *Les petites affiches*, 1997, n° 25, p. 10

Iman Anabtawi, Lynn Stout, « Fiduciary Duties for Activist Shareholders », 60 *Stanford Law Review* 1255 (2007)

Pascal Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 771

James S. Ang, Rebel A. Cole, James Wuh Lin, « Agency Costs and Ownership Structure », 55 *The Journal of Finance* 81 (2000)

Apple Inc., *Frequently Asked Questions*, <http://investor.apple.com/faq.cfm>

Françoise Auque, « L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce »,

Gazette du Palais, 2009, n° 155, p. 64

Magali Ayache, « Le rendu des comptes dans l'entreprise : théories et perceptions » in *Rendre des comptes: nouvelle exigence sociétale*, Hervé Dumez (dir.), Dalloz, 2008, p. 27

Laurent Aynès, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 261

Laurent Aynès, « Rapport de synthèse du colloque « Durées et contrats » », *Revue des contrats*, 2004, n° 1, p. 201

Laurent Aynès, Pierre Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2559

Hervé Barreau, « L'éthique des valeurs chez Louis Lavelle » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, p. 89

Yoram Barzel, « The Entrepreneur's Reward for Self-policing », *Economic Inquiry*, 1987, n° 1, p. 103

Edmund G. Berry, « Holmes, Pollock, and the Classics », 39 *The Classical Weekly* 22 (1945)

Peter Birks, « The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership », 1985 *Acta Juridica* 1 (1985)

Peter Birks, « The Content of Fiduciary Obligation », 34 *Israel Law Review* 3 (2000)

Nicolas Boileau Despréaux, « L'art poétique (Chant premier) » in *Œuvres*, Th. Desoer, 1823

Louis Boré, « L'obscurité de la loi » in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 27

Roger Bout, « La convention dite d'assistance » in *Études offertes à Pierre Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 157

Magali Bouteille, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *Lamy Droit Civil*, 2010, n° 74, p. 63

Christophe Bouton, « Le devenir temporel de la liberté dans les philosophies de Bergson et de Lavelle » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, p. 37

Christophe Bouton, « Temps et esprit chez Hegel et Louis Lavelle (essai de chronodécouverte) », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2001, n° 1, p. 81

William W Bratton, « Berle and Means Reconsidered at the Century's Turn », 26 *Journal of Corporation Law* 737 (2000)

Christopher M. Bruner, « Corporate Governance Reform in a Time of Crisis », 36 *Journal of Corporation Law* 309 (2010)

Bureau de la Traduction, *Rappel linguistique — Junior*, 2010, <http://www.btb.gc.ca/btb.php?lang=fra&cont=1430>

John Butt, « « Bleak House » in the Context of 1851 », 10 *Nineteenth-Century Fiction* 1 (1955)

Benjamin Cardozo, « Mr. Justice Holmes (Mélanges) », 44 *Harvard Law Review* 684 (1930)

Pierre Carli, « Exactitude et probité - Le mandat notarié de protection future, instrument de la pérennité de gestion de patrimoine », *La Semaine Juridique (édition Notariale et immobilière)*, 2009, n° 28, p. 1233

Centre Français des Fonds et Fondations, *Documents utiles sur la gouvernance*, <http://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/gerer-ou-faire-vivre-un-fonds-ou-une-fondation/gouvernance>

Robert Chambers, « Liability for Breach » in *Breach of Trust*, Peter Birks (ed.), Arianna Pretto (ed.), Hart Publishing, 2002

Gaël Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat », *Revue des contrats*, 2010, n° 1, p. 347

François Collart-Dutilleul, « La durée des promesses de contrat », *Revue des contrats*, 2004, n° 1, p. 15

Matthew Conaglen, « The nature and function of fiduciary loyalty », *Law Quarterly Review*, 2005, p. 452

Brian L Connelly, Robert E Hoskisson, Laszlo Tihanyi, S. Trevis Certo, « Ownership as a Form of Corporate Governance », *Journal of Management Studies*, 2010, n° 8, p. 1561

Pierre-François Cuif, « Le conflit d'intérêts : Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *Revue trimestrielle de droit commercial*, n° 2005, p. 1

Harold Demsetz, « The Structure of Ownership and the Theory of the Firm », 26 *Journal of Law & Economics* 375 (1983)

Harold Demsetz, « Toward a Theory of Property Rights », 57 *The American Economic Review* 347 (1967)

Grégory Denglos, « Création de valeur et gouvernance de l'entreprise — Les exigences de l'actionnaire s'opposent-elles à l'intérêt « social » ? », *Revue des Sciences de Gestion*, 2007, n° 224-225, p. 103

Grégory Denglos, « Faut-il rejeter le principe de maximisation de la valeur actionnariale ? », *Revue française de gestion*, 2008, n° 184, p. 71

Marc Deschamps, Frédéric Marty, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *Revue de la recherche juridique*, p. 2541

Paul Didier, « Théorie économique et droit des sociétés » in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Le Droit des affaires, Litec, 1997, p. 227

Paul Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *Mélanges François Terré*, Dalloz, 1999, p. 635

Jean-Philippe Dom, « La fiducie-gestion et le contrat de société : Eléments de comparaison », *Revue des sociétés*, 2007, p. 481

Guido Donatuti, « Mandato Incerto », *Bulletino dell'Instituto di Diritto Romano*, 1923, n° 33, p. 167

Ciaran Driver, « Varieties of Governance », *Recherches économiques de Louvain*, 2008, p. 425

Matthieu Dubertret, « Introduction » in *La fiducie en action : Actes du colloque*, Paris Europlace et Caisse des Dépôts, 2012, p. 11 et ss. Disponible sur le site de la Caisse des Dépôts à l'adresse suivante :

<http://www.caissedesdepots.fr/actualites/toutes-les-actualites/toutes-les-actualites-hors-menu/la-fiducie-en-action-les-actes-du-colloque-en-ligne.html> .

Hervé Dumez, « De l'obligation de rendre des comptes ou accountability » in *Rendre des comptes: nouvelle exigence sociétale*, Hervé Dumez (dir.), Dalloz, 2008, p. 3

Thierry Fossier, « L'objectif du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2005, n° 1, p. 3

Mitchell Franklin, « Bracton, Para-Bracton(s) and the Vicarage of the Roman Law », *42 Tulane Law Review* 455 (1967)

Natalie Fricéro, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation » in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 181

Jason Fry, Simon Greenberg, « Le tribunal arbitral : application des articles 7 à 12 du Règlement d'arbitrage de la CCI dans les affaires récentes », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, 2009, n° 2, p. 13

Emmanuel Gaillard, Pierre de Lapasse, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 175

Lionel Galliez, Florence Pouzenc, « La fiducie-sûreté : modes d'emploi », *Droit et patrimoine*, 2011, n° 206, p. 32

Julie Gaté, « Le lien de préposition révélé : collaborateur occasionnel du service public et responsabilité », *Lamy Droit Civil*, 2008, n° 51 (supplément), p. 57

André Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Libr. Dalloz, Sirey, 1961

Joshua Getzler, « Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law », *10 Theoretical Inquiries in Law* 355 (2009)

Joshua Getzler, Mike Macnair, « The Firm as an Entity before the Companies Acts: Asset Partitioning by Private Law » in *Adventures of the law : proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference*, Four Courts, 2005, p. 268

Simone Glanert, « La langue en héritage : réflexions sur l'uniformisation des droits en Europe », *Revue internationale de droit comparé*, 2006, n° 4, p. 1231

Xavier Godin, « La procédure de cassation au XVIIIe siècle », *Histoire, économie & société*, 2010, n° 3, p. 19

John Goldsworth, « Trust Practice: A Better Definition of Trusts », *Trusts & Trustees*, 2000, n° 4, p. 34

Toby Graham, Peter Steen, « Recognition and enforcement of orders of the Family Division

against offshore trustees », 17 *Trusts & Trustees* 334 (2011)

George L. Gretton, « Trusts without Equity », 49 *The International and Comparative Law Quarterly* 599 (2000)

Thomas C Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », 41 *Stanford Law Review* 787 (1988)

Michel Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *La Semaine Juridique (édition Notariale et immobilière)*, 2006, n° 51, p. 2419

Christophe Grzegorzcyk, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? » in *Les biens et les choses en droit*, Sirey, 1979, p. 259

Bénédicte Guideroni, « La gestion d'affaires ou l'alternative à la convention d'assistance bénévole », *Revue de la recherche juridique*, 2004, p. 745

Henry Hansmann, Ugo Mattei, « The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis », 73 *New York University Law Review* 434 (1998)

Jonathan Harris, « Jurisdiction and judgments in international trusts litigation—surveying the landscape », 17 *Trusts & Trustees* 236 (2011)

Sophie Hocquet-Berg, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gazette du Palais*, 1996, n° 10, p. 7

Jean Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *Actualité Juridique Famille*, 2007, p. 198

David Hayton, « Developing the obligation characteristic of the trust », *Law Quarterly Review*, 2001, n° 117, p. 96

Jennifer G Hill, « Then and Now: Professor Berle and the Unpredictable Shareholder », 33 *Seattle University Law Review* 1005 (2009)

Oliver Wendell Holmes, « Codes, and the Arrangement of the Law », 5 *American Law Review* 1 (1870)

Oliver Wendell Holmes, « The Path of Law », 78 *Boston University Law Review* 699 (1998)

Jean-François Humbert, « Les mandats », *Lamy Droit Civil*, 2006, n° 33 (supplément), p. 16

Jean Imbert, « Les « gens de mainmorte » avant l'édit d'août 1749 », *Cahier des Annales de Normandie*, 1992, n° 1, p. 337

Marie-Laure Izorche, « A propos du « mandat sans représentation » », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 369

Michael C. Jensen, William H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure » in *The theory of the firm: critical perspectives on business and management*, Nicolai J. Foss (ed.), t. I, Routledge, 2000, p. 248

Neil G. Jones, « The Use Upon a Use in Equity Revisited », 33 *Cambrian Law Review* 67 (2002)

Frédérique Julienne, « La gestion des biens pour autrui : contribution à l'élaboration d'une théorie générale », *Revue de la recherche juridique*, 2008, n° 3, p. 1323

- Daniel Kahneman, Amos Tversky**, « Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk », 47 *Econometrica* 263 (1979)
- Anne Karm**, « La gestion du patrimoine du majeur en curatelle », *Droit et patrimoine*, 2009, n° 180, p. 86
- Penina Kessler Lieber**, « 1601-2001: An Anniversary of Note », 62 *University of Pittsburgh Law Review* 731 (2000)
- Elie Kleiman, Julie Spinelli**, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité », *Gazette du Palais*, 2011, n° 27, p. 9
- James Koessler**, « Is There Room for the Trust in a Civil Law System? The French and Italian Perspectives », *SSRN eLibrary*, 2012
- Daniel Kornstein**, « Icons Beget Iconoclasts », *The American Lawyer*, 2001, p. 38
- Peter Koslowski**, « The limits of shareholder value », 27 *Journal of Business Ethics* 137 (2000)
- Françoise Labarthe**, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion » in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001
- Jacqueline Lucienne Lafon**, « France » in *The Global expansion of judicial power*, C. Neal Tate (ed), Torbjorn Vallinder (ed), New York University Press, 1995, p. 289
- Vincent Lamanda**, « Introduction — Discours prononcé le 23 octobre 2008 pour l'ouverture du colloque « Évocation et cassation » », *Histoire, économie & société*, 2010, n° 3, p. 5
- Louis Lavelle**, *Notes sur le temps*, Site de l'Association Louis Lavelle, <http://association-lavelle.chez-alice.fr/inedit1.htm>
- Law Commision**, *The Rights of Creditors against Trustees and Trust Funds -*, <http://www.justice.gov.uk/lawcommission/areas/rights-of-creditors-against-trustees-and-trusts-funds.htm>
- William Lazonick**, « The explosion of executive pay and the erosion of american prosperity », *Entreprises et histoire*, 2009, p. 141
- Fabrice Leduc**, « Réflexions sur la convention de prête-nom : contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 283
- Fabrice Leduc**, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise » in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 593.
- Rebecca Lee**, « In Search of the Nature and Function of Fiduciary Loyalty: Some Observations on Conaglen's Analysis », 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 327 (2007)
- Frédéric Lefèvre**, « « Radio-dialogue » entre Frédéric Lefèvre et Louis Lavelle, Enregistrement Radio Paris, 15 février 1938 » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Éditions L'Harmattan, 2006, p. 143
- Jean-Jacques Lemouland**, « Les actes du tuteur : typologie et classification », *Droit de la famille*, 2007, n° 5, p. 27
- Jérôme Leproux**, « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future

et du mandat à effet posthume », *Revue Juridique Personnes Familles*, 2006, n° 9, p. 6

Jérôme Leprovaux, « Le mandat de protection future », *La Semaine Juridique (édition Notariale et immobilière)*, 2006, n° 36, p. 47

Hugues Letellier, « Les avantages de l'EIRL », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 77

Rémy Libchaber, « Feu la théorie du patrimoine », *Bulletin Joly Sociétés*, 2010, n° 4, p. 316

Rémy Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie I) », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2007, n° 15, p. 1094

Valérie Lion, « Interview de Nicolas G. Hayek », *L'Express*, 2009, p. Document disponible sur le site Internet du groupe Swatch dans la section consacrée aux interventions du fondateur et à l'adresse suivante :
http://www.swatchgroup.com/en/services/archive/2009/nicolas_g_hayek_s_interview_for_the_magazine_l_express

Guido Longo, « Sul mandato incerto » in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, (E ; N. ser. 23), t. II, Vita e pensiero, 1948, p. 138

François-Xavier Lucas, « Les dangers de l'EIRL », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 81

Andrew C. W Lund, « Say on Pay's Bundling Problems », *99 Kentucky Law Journal* 120 (2010)

Mike Macnair, « Equity and Conscience », *27 Oxford Journal of Legal Studies* 659 (2007)

André Magdelain, « « Jus respondendi » » in *Jus imperium auctoritas*, t. CXXXIII, École Française de Rome, 1990, p. 103

Philippe Malaurie, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2006, n° 23, p. 1801

Blandine Mallet-Bricout, « Le fiduciaire propriétaire ? », *La Semaine Juridique (édition Entreprise et Affaires)*, 2010, n° 8, p. 13

Anne Marchand, « Concurrence : le Rapport de la Cour de cassation pour 2005 », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, n° 8, p. 147

Jacques Massip, « Le mandat de protection future », *Les petites affiches*, 2009, n° 129, p. 11

Ronald Maudsley, « Incompletely constituted trusts » in *Perspectives of law : Essays for Austin Wakeman Scott*, Roscoe Pound (ed.), Erwin N. Griswold (ed.), Arthur E. Sutherland (ed.) Little, Brown, 1964, p. 240

Denis Mazeaud, « Autorité du commettant et responsabilité : approche de droit civil », *Lamy Droit Civil*, 2008, n° 51 (supplément), p. 33

Jacques Mestre, « Rapport introductif du colloque « Durées et contrats » », *Revue des contrats*, 2004, n° 1, p. 5

Anthony Molloy, « Trustee duties to beneficiaries in the exercise of dispositive discretion: the legal framework », *13 Trusts & Trustees* 75-95 (2007)

Alfonso Murillo Villar, « La responsabilidad del mandatario en el mandatum incertum », *Revista*

jurídica del Notariado, 2007, n° 62, p. 193

Alfonso Murillo Villar, « De communium rerum alienatione : A propósito de la enajenación de las cosas comunes efectuada por uno solo de los condóminos » in *φιλία : scritti per Gennaro Franciosi*, t. III, Satura, 2007, p. 1797

Alfonso Murillo Villar, « Nuevas perspectivas para la enseñanza del Derecho Romano en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) », *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2008, n° 1, p. 268

Estelle Naudin, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Les petites affiches*, 2007, n° 129, p. 21

Marc Nicod, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil . - À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille*, 2006, n° 11, p. 14

Benoît Nuytten, « L'abus de délais est dangereux pour le contrat ! », *Revue des contrats*, 2004, n° 1, p. 211

Anthony I. Ogus, « The Trust as Governance Structure », 36 *University of Toronto Law Journal* 186 (1986)

Eric W. Orts, « Shirking and Sharking: A Legal Theory of the Firm », 16 *Yale Law & Policy Review* 265 (1997)

François Ost, « Essai sur la fonction qu'exerce la non d'intérêt en droit privé » in *Droit et intérêt*, t. II, Entre droit et non-droit: l'intérêt, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990

Mark Pawlowski, « Purpose trusts : obligations without beneficiaries ? », 9 *Trusts & Trustees* 10 (2002)

Nathalie Peterka, « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *La Semaine Juridique (édition Générale)*, 2010, n° 1, p. 45

Nathalie Peterka, « La gestion du patrimoine du majeur en tutelle », *Droit et patrimoine*, 2009, n° 180, p. 79

Nathalie Peterka, « Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Gazette du Palais*, 2006, n° 313, p. 4

Theodore F. T Plucknett, « Holmes: The Historian », 44 *Harvard Law Review* 712 (1930)

Nicholas Le Poidevin, « Jurisdiction and the English court », 17 *Trusts & Trustees* 264 (2011)

Jean Prieur, « EIRL ou société : quels critères de choix ? », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 64

Jean Prieur, Marcel Clermon, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *La Semaine Juridique (édition Notariale et immobilière)*, 2006, n° 38, p. 1297

Philippe Reutin, « Le mandat de protection future : approche pratique », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 180, p. 94

Thierry Revet, « La prise d'effets du contrat », *Revue des contrats*, 2004, n° 1, p. 29

Cédric Riot, « L'exercice « subordonné » de l'art médical », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 111

- Christophe de la Rivière**, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 190, p. 63
- Stéphane Robilliard**, « La valeur et l'acte : un débat du spiritualisme » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006, p. 67
- Judith Rochfeld**, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *Revue des contrats*, 2004, n° 1, p. 47
- Usha Rodrigues**, « Corporate Governance in an Age of Separation of Ownership from Ownership », *95 Minnesota Law Review* 1822 (2010)
- Alain Ronanza**, « Clauses de rendement et contrats-cadres de distribution », *La Semaine Juridique (édition Entreprise et Affaires)*, 1996, p. 535
- Ariel Rubinstein**, « Dilemmas of an Economic Theorist », *74 Econometrica* 865 (2006)
- Bernard Saintourens**, « Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2005, p. 704
- Gérard Sautel**, « L'histoire du contrat de commission jusqu'au Code de commerce » in *Le contrat de commission : études de droit commercial*, (Publications de l'Institut des sciences juridiques et financières appliquées aux affaires de la Faculté de droit de Paris), Dalloz, 1949, p. 31
- Sophie Schiller**, « L'évolution dans la composition du patrimoine affecté », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 84
- Alain Sériaux**, « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance » in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 299
- Lionel Smith**, « Trust and Patrimony », *28 Estates, Trusts and Pensions Journal* 332 (2009)
- Lionel Smith**, « Constructive fiduciaries ? » in *Privacy and loyalty*, Peter Birks (ed.), Oxford University Press, 1997, p. 249
- Lionel Smith**, « The Motive, Not the Deed » in *Rationalizing Property, Equity And Trusts: Essays In Honour Of Edward Burn*, Joshua Getzler (ed.), Butterworths, 2003 La version utilisée dans le cadre de ce travail est accessible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016417 .
- Fenner Jr Stewart**, « Berle's Conception of Shareholder Primacy: A Forgotten Perspective for Reconsideration during the Rise of Finance », *34 Seattle University Law Review* 1457 (2010)
- Philippe Stöffel-Munck**, « L'après-contrat », *Revue des contrats*, 2004, n° 1, p. 159
- William Swadling**, « Explaining Resulting Trusts », *2008 Law Quarterly Review* 72
- Silvestre Tandeau de Marsac**, « Réflexions générales d'un praticien », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 191, p. 82
- Isabelle Tardy-Joubert**, « L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ? », *Droit de la famille*, 2007, p. 39
- Joshua Topolsky**, *Steve Jobs live from D8 (Retranscription d'un entretien accordé par Steve Jobs à Kara Swisher et Walt Mossberg)*, Engadget, 2010, <http://www.engadget.com/2010/06/01/steve->

jobs-live-from-d8/

Frédéric Tort, « La gestion des durées par le juriste », *Revue des contrats*, 2004, p. 207

Stéphane Trébuçq, « De l'idéologie et de la philosophie en gouvernance d'entreprise », *Revue française de gestion*, 2005, n° 158, p. 49

André Tunc, « Le gouvernement des sociétés anonymes : Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume Uni », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, n° 1, p. 59

André Tunc, « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », *Revue internationale de droit comparé*, 1975, n° 4, p. 817

Kaius Tuori, « The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 2004, p. 295–337

Mark Tushnet, « Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court, The », 63 *Virginia Law Review* 975 (1977)

Jean-Jacques Uetwiller, « Avocat et fiducie », *Droit et patrimoine*, n° 179, p. 26

Bernard Vareille, « Le mandat à effet posthume », *Les petites affiches*, 2007, n° 129, p. 16

Frédéric Vauvillé, « Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2010, n° 15, p. 1649

Jean-Louis Vieillard-Baron, « Présentation » in *Autour de Louis Lavelle: philosophie, conscience, valeur*, Editions L'Harmattan, 2006

Damien Viguié, « Du patrimoine d'affectation et de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 195, p. 24

Belen Villalonga, Raphael Amit, « How do family ownership, control and management affect firm value? », *Journal of Financial Economics*, 2006, n° 2, p. 385

Louise Weinberg, « Holmes' Failure », 96 *Michigan Law Review* 691 (1997)

G. Edward White, « Holmes's Life Plan: Confronting Ambition, Passion, and Powerlessness », 65 *New York University Law Review* 1409 (1990)

Frédéric Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 305

Notes de jurisprudence

Benoît Le Bars, « Obligation de révélation des liens de l'arbitre avec l'avocat d'une des parties : il va falloir attendre encore un peu. Note sous Cass., Com., 10 octobre 2012 », *La Semaine Juridique (édition Générale)*, 2012, n° 48, p. 1268 et suivantes

Bernard Beignier, « Divergences de gestion entre administrateur légal et mandataire posthume, Note sous Civ. I, 12 mai 2010 », *Droit de la famille*, 2010, n° 6, p. 40

Jean-Paul Béraudo, « Du champ d'application de la compétence exclusive en matière immobilière prévue par la convention de Bruxelles, Note sous CJCE, 17 mai 1994 », *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, p. 123

Odette-Luce Bouvier, « Le champ de compétence du juge fixant les honoraires de l'avocat : une extension limitée par la Cour de cassation. Commentaire de Civ. II, 26 mai 2011 », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2057

Adrian Briggs, « Trusts of land and the Brussels Convention », 110 *Law Quarterly Review* 526 (1994)

Paul Le Cannu, « Note sous Cass. Com., 28 février 2008 », *Bulletin Joly Sociétés*, 2008, n° 8, p. 657

Alexis Constantin, « Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi. Note sous Cour de cassation (crim.), 12 décembre 2000 », *Revue des sociétés*, 2001, p. 323

Philippe Delebecque, « L'immunité du préposé. Observations au sujet de l'arrêt d'Assemblée plénière du 25 février 2000 », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 467

Xavier Delpech, « Responsabilité civile de l'expert comptable établissant la déclaration fiscale de son client, Obs. sous Cass., Com., 6 février 2007 », *Dalloz Actualité*, 2007

Dorothée Gallois-Cochet, « Absence d'abus dans le refus d'augmenter la rémunération du gérant et rejet de la fixation judiciaire. Commentaire de Cass. Com., 31 mars 2009 », *Droit des sociétés*, 2009, n° 6, commentaire 116

Patrice Jourdain, « La société responsable du fait de son gérant sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5 : un retour en arrière (Civ. 2e, 15 mai 2008, Boiteux c/ société Les Zelles, n° 06-22.171, FS-P+B) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 680

Trevor Hartley, « Rights in rem: trusts », 19 *European Law Review* 547 (1994)

Marc Henry, « L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare », *Les petites affiches*, 2009, n° 144, p. 4

Sébastien de La Touanne, « Le notaire n'a pas à répondre des aléas financiers liés à la conjoncture boursière acceptés par ses clients. Obs sous Cass., Civ. I, 8 décembre 2009 », *Dalloz Actualité*, 2009

Alain Lienhardt, « Affaire « Cœur Défense » : spectaculaire cassation », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 919

Jacques Massip, « Note sous Cass., Civ. I, 18 octobre 1994 », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 529

Jacques Massip, « Conflit entre le mandataire posthume et l'administrateur légal des biens d'un mineur, Note sous Civ. I, 12 mai 2010 », *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 2010, n° 14, p. 1583

Philippe Stöffel-Munck, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques. Note sous Cass., Com., 29 juin 2010 », *La Semaine Juridique (édition Entreprise et Affaires)*, 2010, n° 37, p. 1790

Entrées d'encyclopédie

Henri Angevin, V° Circonstances aggravantes définies par le Code pénal, *Juris Classeur Pénal Code*, Fasc. 20

Olivier Barret, V° Promesse de vente, *Répertoire de droit civil*, Dalloz

Thierry Bonneau, V° Compte, *Répertoire de droit civil*, Dalloz

Michel Boudot, V° Apparence, *Répertoire de droit civil*, Dalloz

Anne-Sophie Choné, V° Abus de position dominante — Notion de position dominante, *Juris Classeur Concurrence - Consommation*, Fasc. 560

Nicolas Dissaux, V° Fonds de commerce. – Généralités, *Juris Classeur Commercial*, Fasc. 201

Bruno Dondero, V° Société de fait, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz

Guy Duranton, V° Agent immobilier, *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz

Yves Guyon, V° Corporate governance, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz

Mustapha Mekki, V° Mandat, *Juris Classeur Civil Code*, Fasc. 10

Xavier Pin, V° Quasi-contrats, *Juris Classeur Civil Code*, Fasc. 10

Christophe Radé, V° Droit à réparation — Responsabilité du fait d'autrui — Responsabilité des commettants, *Juris Classeur Civil Code*, Fasc. 143

Guy Raymond, V° Administration légale et tutelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz

Anne-Marie Romani, V° Enrichissement sans cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz

François Sauvage, V° Exécuteur testamentaire, *Répertoire de droit civil*, Dalloz

Michel Storck, V° Sociétés de gestion de portefeuille, *Juris Classeur Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 2210

Philippe Le Tourneau, V° Mandat, *Répertoire de droit civil*, Dalloz

Béatrice Vial-Pedroletti, V° Bail d'habitation — Locations soumises à la loi du 6 juillet 1989..., *Juris Classeur Bail à loyer*, Fasc. 120

Rapports

Paul-Henri Antonmattei, Jean-Christophe Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008

François Colcombet, Rapp. n° 2697, Assemblée Nationale, 1992

Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2006

Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2005

Philippe Marini, Rapp. n° 442, Sénat, 2009

Ministère de la justice et des libertés, *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*

Jean-Marc Sauvé (dir.), *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique : rapport au Président de la République la Commission de réflexion pour la prévention des conflits dans la vie publique*, Collection des rapports officiels, 2011

Xavier de Roux, Rapp. n° 3655, Assemblée Nationale, 2007

Index alphabétique

Action (droit social).....	
— Rémunération du dirigeant : 419 et suivants	
— Responsabilité du dirigeant : 557 et suivants, 645 et suivants	
Administrateur de biens.....	283, 311 et suivant
Administrateur provisoire de sociétés.....	47 et suivant
Administration légale des biens du mineur.....	
— Famille : 307	
— Mandat de protection future : 306	
— Régime : 39, 305	
<i>Agency theory</i>	25 et suivants
Agent commercial.....	322 et suivants
Agent de voyages.....	181 et suivants
Agent immobilier.....	144, 148 et suivant, 180
<i>Benchmarking</i>	521
Capital.....	
— <i>Corporate governance</i> : 25 et suivant, 419 et suivants, 427 et suivants	
— Droit du bénéficiaire d'un <i>trust</i> : 10	
<i>Chancery</i>	
Chancelier.....	7
Lord Eldon.....	220
Commandite.....	557
Commettant (lien de préposition).....	541 et suivants
<i>Common Law</i>	
En opposition à <i>Equity</i>	7, 225, 399
Entendu comme tradition juridique des pays anglo-saxons.....	9, 193, 198 et suivants
Communauté matrimoniale.....	12, 373
Compétence (en matière de gestion).....	
— Compétences du commettant (lien de préposition) : 545	
— Incompétence de l'héritier en matière de gestion : 100	
— Reconnaissance judiciaire des compétences du <i>fiduciary</i> : Rappr. 234 et 407	
— Supériorité du gestionnaire sur le bénéficiaire : 516 et suivants, 625 et suivant	
Compte de gestion.....	
— Effets : 396 et suivants	
— Nature et forme : 393	
— Reddition : 394 et suivant	
Compte rendu.....	
— Appréciation de l'opportunité d'une action : 655 et suivants	
— Présentation et définition : 658	
— Prise en considération de l'élément subjectif de la valeur : 675	
— Réception : 677 et suivants	
Contrat d'entreprise.....	
— Absence de direction : 160	
— Incidence de la représentation : 161 et suivants	
— Régime : 157 et suivants	
Contrat de commission.....	
— Incidence de la représentation : 161 et suivants	
— Régime : 156	
Convention d'assistance.....	

D'origine prétorienne.....	118 et suivants
D'origine conventionnelle.....	165
Curatelle.....	37 et suivant
Déontologie.....	
— Détermination de la prestation : 519	
— Prévention des conflits d'intérêts : 646	
Dépendance.....	
— Dépendance du gestionnaire à l'égard des tiers : 541 et suivants	
— Dépendance et représentation : 586	
— Dépendance et subordination : 546	
— Dépendance et valorisation : 370 et suivants	
— Indépendance du gestionnaire : 223	
— Indépendance et contrat d'entreprise : 161 et suivants, 318 et suivants	
Direction.....	
— Administration légale des biens du mineur : 305	
— Administrateur de biens : 311 et suivant	
— Agent commercial : 322	
— Contrat de gérance-mandat : 320	
— Contrat d'entreprise : 160	
— Définition : 30	
— Durée : 471	
— Fiducie : 257 et suivants	
— Fonction : 493 et suivants	
— Intérêt de la distinction entre organisation et direction : 65 et suivants	
— Mandat : 295 et suivants	
— Mandat notarié de protection future : 304 et suivants	
— Société de gestion de portefeuille : 318	
— Tutelle : 42	
— <i>Trusts</i> : 226 et suivants	
— Valeur : 502 et suivants	
Enrichissement sans cause.....	125, 138, 140, 436
<i>Equity</i>	7 et suivants
Exécuteur testamentaire.....	
— Régime : 80 et suivant, 84, 99	
— Temps : 88, 92	
Expérience.....	199
Fidécummis.....	
— Régime : 78, 83	
— Temps : 87, 91	
Fiducie.....	240 et suivants
Fondation.....	6
Gain.....	
— Opportunité d'une action : 661 et suivants	
— <i>Trusts</i> : 229 et suivants	
— Valeur actionnariale : 423	
Gestion d'affaires.....	123 et suivant, 663
Oliver Wendell Holmes.....	193 et suivants
Immixtion du bénéficiaire.....	598, 614, 673 et suivant, 681 et suivant
Impartialité.....	636 et suivants
Intérêt.....	511 et suivants, 650 et suivants
En droit anglais des <i>trusts</i>	227 et suivants
Intuition.....	

- En droit français : 508
- En droit des pays de *Common Law* : 198 et suivants
- Et appréciation de l'opportunité d'une action : 657
- Et valeur : 466, 505

Liberté.....	
Du bénéficiaire.....	367, 468, 473, 476, 484
Du gestionnaire.....	
— Administration légale du patrimoine du mineur : 39	
— Agent commercial : 324	
— Contrats d'entreprise et de mandat : 586	
— Contrat de gérance-mandat : 320, 331 et suivant, 341 et suivant	
— Dirigeant social : 645	
— Gestion de portefeuille : 329	
— Exécuteur testamentaire : 81	
— Fiducie : 272 et suivant	
— Mandat de droit romain : 528	
— Représentation : 161 et suivants, 183, 341 et suivants, 586	
— Tutelle : 51	
— Utilité pratique : 624	
Lord Mansfield.....	199
Mandat apparent.....	126 et suivants, 594
Mandat à effet posthume.....	
— Famille : 109	
— Direction : 100	
— Organisation : 100	
— Régime : 100	
— Représentation : 107	
Mandat de droit commun.....	
— Critère de distinction entre mandat et louage d'ouvrage : 157	
— Direction : 296 et suivants	
— Organisation : 279 et suivants	
— Reddition de comptes : 288 et suivants, 397 et suivants	
— Représentation : 161 et suivants	
Mandat de droit romain.....	
— Présentation : 20 et suivants	
— Reddition de comptes : 399	
— Utilité en matière de valorisation de patrimoine : 528	
Mandat de protection future.....	
Par acte authentique.....	
— Direction : 305 et suivant	
— Famille : 306 et suivants	
— Reddition de comptes : 291 et suivants	
Sous seing privé.....	
— Famille : 109	
— Régime : 101 et suivant	
— Représentation : 107	
Opportunité.....	
— Appréciation en opportunité et responsabilité professionnelle : 612 et suivants	
— Fiducie : 255, 264 et suivants	
— Gestion de portefeuille : 329	
— Importance pratique de l'appréciation en opportunité : 27	
— Intérêt du bénéficiaire : 652 et suivants	

— Mandat de droit commun : 298 et suivants, 404 et suivants	
— Méthodes économiques de gestion de patrimoine : 456 et suivants, 461	
— Représentation : 346	
— Temps : 4, 366, 471, 652	
— <i>Trusts</i> : 15, 220, 230 et suivants	
— Valeur : 471	
Organisation.....	
— Administrateur provisoire de sociétés : 48	
— Convention prétorienne d'assistance : 121	
— Définition : 30	
— Enrichissement sans cause : 125	
— Exécuteur testamentaire : 99	
— Fiducie : 241 et suivants	
— Gestion d'affaires : 124	
— Importance de l'organisation : 285 et suivants	
— Mandat apparent : 144 et suivants	
— Mandat à effet posthume : 100	
— Mandat de protection future sous seing privé : 101 et suivant	
— <i>Trusts</i> : 221 et suivants	
— Utilité du concept d'organisation : 648	
Portefeuille de valeurs mobilières.....	
— Cadre juridique de la gestion : 329 et suivants	
— Influence du secteur de la finance sur l'économie : 428 et suivants	
Promotion immobilière.....	171 et suivants
Propriété.....	
— Clause de réserve de propriété : 577 et suivants	
— <i>Corporate governance</i> : 25 et suivants, 419 et suivants, 430	
— Des créances : 24	
— Droit romain : 18, 401	
— Et valeur : 23	
— Fiducie : 254, 255 et suivants	
— Fidéicommiss : 78 et suivant, 87, 91, 96, 254	
— Passage de la propriété à la gestion : 7 et suivants, 420 et suivant, 426 et suivants	
— Procédure collective : 573 et suivants	
— Propriété immobilière : 23, 401	
— Reddition des comptes : 396	
— <i>Trusts</i> : 7 et suivants, 399, 505	
Raisonnement.....	
Analogie.....	17, 205 et suivants
Cartésien.....	206, 307
Concept.....	64, 196, 200, 484, 514, 561
Déductif.....	206 et suivants
Empirique.....	199
Inductif.....	198, 206 et suivant
Reddition de comptes.....	
— Analyse économique : 386 et suivants	
— Effets : 394 et suivants	
— Exécuteur testamentaire : 84	
— Fiducie : 245	
— Gestion d'affaires : 123	
— Mandat de droit commun : 288 et suivants	

- Mandat de droit romain : 399
- Mandat notarié de protection future : 291 et suivants
- Nature et forme : 397
- *Trusts* : 221
- Tutelle : 84
- Utilité pratique : 168, 277

Rémunération.....

- Conflit d'intérêts : 415, 430, 626
- Contrôle de la rémunération des dirigeants sociaux : 443 et suivants
- *Corporate governance* : 423 et suivants, 626
- Enrichissement sans cause : 657
- Exception d'inexécution : 700
- Rémunération variable : 416 et suivants
- Révision judiciaire : 412
- Société créée de fait : 410
- *Trusts* : 407 et suivants

Représentation.....

- Contrat de commission : 156
- Contrat de promotion immobilière : 175
- Critère de distinction entre mandat et louage d'ouvrage : 157
- Curatelle et tutelle : 49 et suivants
- Intérêt pratique de l'absence de représentation : 50
- Mandat de droit commun : 161 et suivants, 186, 344 et suivant, 585 et suivants
- Utilité pratique du recours à la représentation : 74, 176, 335 et suivants

Société créée de fait..... 410, 595, 597 et suivant, 664

Subordination.....

- Agent commercial : 324
- Lien de préposition : 541 et suivants
- Perception culturelle de la subordination : 157

Temps.....

Durée.....

- Compte rendu : 677
- Conflit d'intérêts : 638 et suivant, 652
- Contrat de société : 272 et suivant, 372, 501
- Définition : 372
- Direction : 168, 272
- Exécuteur testamentaire : 89
- Fidéicommiss : 88, 92
- Fiducie : 261, 272 et suivant
- Immixtion du bénéficiaire : 673 et suivant
- Mandat de droit romain : 22
- Méthodes économiques de gestion de patrimoine : 456
- Opportunité : 657
- Perception du temps : 2, 4, 372
- Propriété : 23, 87
- Reddition des comptes : 389 et suivants
- *Trusts* : 229
- Valorisation : 23, 471, 515

Instant.....

- Définition : 372
- Et efficacité du contrat 613
- Et évolution du contrat : 374 et suivants

- Fonction : 360 et suivants
- Méthodes économiques de gestion de patrimoine : 462
- Perception du temps : 2, 4, 372
- Reddition des comptes : 390, 392
- Valorisation : 364 et suivant, 369, 471

Trusts.....

- Droit international privé : 13 et suivant
- *Duty* : 15, 227 et suivants
- *Fiduciary* : 15, 230
- Origines : 7 et suivant
- *Power* : 15
- Propriété : 9 et suivants, 16, 399 et suivant, 505
- Reddition des comptes : 221
- *Three certainties* : 218 et suivants

Tutelle.....

- Direction : 42 et suivants
- Régime : 38, 42
- Représentation : 71 et suivant

Usufruit.....

- Administration légale du patrimoine du mineur : 307
- Valorisation : 12, 23

Valeur.....

Actionnariale.....	423
Élément objectif.....	483 et suivants, 495, 500, 510
Élément subjectif.....	
— Caractère concret : 487	
— Disparition : 684 et suivant	
— Liberté : 476 et suivants	
— Présence : 488, 500	
— Persistance : 675	
Partenariale.....	514

Table des matières

Introduction générale.....	8
PARTIE I EXAMEN DES TECHNIQUES DE GESTION EXISTANTES.....	45
Titre I Les techniques reposant uniquement sur l'organisation de la gestion.....	46
Chapitre I La gestion habituelle non surveillée par le bénéficiaire.....	47
Section I La gestion d'origine légale et judiciaire.....	47
Paragraphe I La conception traditionnelle de la gestion.....	47
A L'analyse de la distinction fondée sur la gravité de l'acte du point de vue du tuteur.....	47
1/ Le tuteur comme archétype du gestionnaire du patrimoine de l'incapable.....	47
a) La parenté essentiellement technique entre le tuteur et le curateur..	48
b) La parenté essentiellement symbolique entre le tuteur et d'autres gestionnaires.....	49
2/ L'intérêt de différencier entre la gravité et la finalité de l'acte.....	50
a) Le tuteur, un gestionnaire dépourvu de pouvoir de direction.....	50
b) Une analyse en adéquation avec la pratique.....	50
B La référence traditionnelle à la représentation.....	52
1/ Les différentes techniques organisées autour de la notion de représentation.....	52
a) L'administrateur provisoire de société.....	52
b) L'examen de la tutelle et la curatelle.....	54
2/ La remise en question de l'intérêt de la représentation.....	56
a) La difficile justification théorique du recours à la représentation.....	56
b) L'intérêt limité de la représentation par-delà les apparences.....	57
Paragraphe II L'évolution récente de cette conception.....	59
A La redéfinition des pouvoirs du gestionnaire du patrimoine de l'incapable.....	59
1/ Les sources de l'extension de la catégorie des actes d'administration..	59
a) La loi.....	59
b) La jurisprudence.....	60
2/ Les limites de la distinction entre acte d'administration et acte de disposition.....	60
a) L'attention insuffisante à la volonté du législateur.....	61
b) L'attention insuffisante à la cohérence de la jurisprudence.....	62
B L'intérêt de la distinction entre organisation et direction.....	63
1/ L'appréhension plus aisée des questions de temps et d'intérêt du bénéficiaire de la gestion.....	63
a) La question du temps.....	63
b) La question de l'intérêt du bénéficiaire.....	65
2/ Les difficultés soulevées par la représentation.....	65
a) Leur analyse.....	65
b) La solution.....	66
Section II La gestion selon la volonté du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer.....	68
Paragraphe I La prépondérance de la transmission du patrimoine.....	68
A Le régime des techniques anciennes de gestion du patrimoine du défunt.	68
1/ Le régime ancien.....	68
a) Le fidéicommiss.....	69
b) L'exécuteur testamentaire.....	70
2/ Le droit positif.....	72
a) Le fidéicommiss.....	72
b) L'exécuteur testamentaire.....	72
B L'exécution de la volonté de transmettre.....	73

1/ Le temps de l'exécution.....	73
a) Le temps long.....	73
b) Le temps court.....	74
2/ La portée de la volonté.....	74
a) Gérer pour transmettre.....	74
b) Organiser la transmission.....	75
Paragraphe II L'évolution récente de la conception traditionnelle.....	76
A Les modifications récentes des techniques de gestion du patrimoine du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer.....	76
1/ Les techniques reposant sur un transfert de propriété.....	76
a) L'assouplissement notable de l'ordre public successoral.....	76
b) Une marque d'indécision du législateur.....	77
2/ Les techniques ne reposant pas sur un transfert de propriété.....	78
a) L'exécuteur testamentaire.....	78
b) Les nouvelles techniques de gestion destinées à faire face à une incapacité <i>lato sensu</i>	79
B La gestion du patrimoine du défunt ou du bénéficiaire incapable de gérer : entre continuité et rupture.....	83
1/ Les éléments s'inscrivant dans la continuité du droit antérieur.....	84
a) La transmission de patrimoine.....	84
b) L'attachement du législateur à la représentation.....	85
2/ Les éléments relevant d'une rupture du droit positif avec le droit antérieur.....	85
a) La place incertaine de la famille.....	85
b) De la transmission à la gestion au moyen de l'organisation.....	86
Conclusion du Chapitre I.....	87
Chapitre II La gestion ponctuelle.....	88
Section I La gestion d'origine quasi-contractuelle et prétorienne.....	88
Paragraphe I Le régime de ces techniques.....	88
A La convention d'assistance d'origine prétorienne et les quasi-contrats nommés.....	88
1/ La convention d'assistance d'origine prétorienne.....	88
a) Les questions soulevées par cette création prétorienne.....	89
b) Une technique reposant uniquement sur l'organisation.....	90
2/ Les quasi-contrats nommés.....	92
a) La gestion d'affaires.....	92
b) L'enrichissement sans cause.....	94
B La théorie du mandat apparent.....	94
1/ Une technique de gestion au fondement discuté.....	95
a) Un fondement discuté en doctrine.....	95
b) Le principe de cette technique de gestion.....	95
2/ L'insuffisance du critère de la normalité.....	96
a) Le critère de la normalité exposé.....	96
b) Le critère de la normalité critiqué.....	97
Paragraphe II La prépondérance de l'organisation.....	98
A La prépondérance de l'organisation en matière de convention prétorienne d'assistance et de quasi-contrats nommés.....	98
1/ Le rôle de l'organisation.....	98
a) La convention prétorienne d'assistance.....	98
b) Les quasi-contrats nommés.....	99
2/ L'absence de direction.....	99
a) La convention prétorienne d'assistance et les quasi-contrats nommés.....	100
b) La gestion d'affaires.....	100

B La prépondérance de l'organisation en matière de mandat apparent.....	100
1/ Le rôle de l'organisation.....	101
a) L'insuffisance de la distinction fondée sur la gravité d'un acte.....	101
b) La pertinence de l'organisation.....	102
2/ L'absence de direction.....	103
a) La possibilité d'accomplir un acte de disposition.....	103
b) L'impossibilité d'apprécier l'opportunité d'un acte.....	104
Section II La gestion d'origine contractuelle.....	104
Paragraphe I Les techniques anciennes écartant la représentation parfaite.....	104
A Le contrat de commission et le contrat d'entreprise.....	105
1/ Leurs régimes.....	105
a) Le régime du contrat de commission.....	105
b) Le régime du contrat d'entreprise.....	106
2/ Deux techniques reposant sur la seule organisation.....	109
a) L'absence de direction.....	109
b) L'incidence apparente de la représentation.....	110
B L'intérêt de l'absence de représentation parfaite.....	110
1/ La prétendue inadéquation de la représentation parfaite.....	111
a) Le fondement culturel de cette prétendue inadéquation.....	111
b) Le fondement technique de cette prétendue inadéquation.....	113
2/ Le rejet de la prétendue inadéquation de la représentation parfaite....	114
a) L'absence d'incidence de la représentation sur la liberté du gestionnaire.....	114
b) L'impossibilité de gérer à titre habituel en l'absence de direction....	115
Paragraphe II Les techniques modernes mêlant mandat et contrat d'entreprise	116
A Le contrat de promotion immobilière reposant sur un régime unique.....	116
1/ Une technique prenant en compte la globalité de l'opération immobilière.....	117
a) Une technique de gestion.....	117
b) L'intérêt du contrat de promotion immobilière.....	117
2/ L'utilité limitée de la représentation.....	118
a) Un contrat d'entreprise avant tout.....	118
b) La spécificité de la promotion immobilière.....	118
B Les contrats hybrides combinant deux régimes distincts.....	119
1/ Le régime des contrats d'agent immobilier et d'agent de voyages.....	119
a) L'agent immobilier.....	119
b) L'agent de voyages.....	120
2/ L'utilité factice de la représentation.....	121
a) Une utilité technique contestable.....	121
b) L'incidence de ce recours artificiel à la représentation.....	122
Conclusion du Chapitre II.....	124
Conclusion du Titre I.....	125
Titre II Les techniques reposant sur l'organisation et la direction de la gestion.....	126
Chapitre I Les techniques fiduciaires.....	126
Section I Les <i>trusts</i> anglais.....	126
Paragraphe I L'opposition des raisonnements.....	127
A Le raisonnement empirique décrit par Oliver W. Holmes fils.....	127
1/ La vie d'Oliver W. Holmes.....	128
a) Son éducation.....	128
b) Sa carrière.....	129
2/ L'œuvre d'Oliver W. Holmes.....	130
a) Son œuvre théorique.....	130
b) Son œuvre judiciaire.....	136

B Une conception incompatible avec la tradition romano-germanique.....	137
1/ L'analogie.....	137
a) Le processus intellectuel fondant l'analogie.....	137
b) La spécificité de l'analogie.....	139
2/ La notion de définition.....	141
a) La comparaison des notions de définition anglo-saxonne et française.....	141
b) La distinction entre formulation factuelle d'une règle abstraite et raisonnement par analogie.....	142
Paragraphe II L'approche empirique de la gestion : les <i>trusts</i>	143
A Les éléments permettant l'organisation.....	143
1/ L'organisation dans le cadre des <i>trusts</i>	143
a) Les éléments révélant l'existence d'un <i>trust</i>	143
b) L'exercice de l'organisation.....	149
2/ L'intérêt des <i>trusts</i> en matière d'organisation.....	150
a) L'indépendance du gestionnaire.....	151
b) L'organisation et le financement de la gestion.....	152
B Les éléments permettant la direction.....	153
1/ Les deux règles encadrant la direction.....	154
a) L'interdiction des conflits d'intérêts.....	154
b) L'interdiction de tirer profit du <i>trust</i>	155
2/ L'intérêt des <i>trusts</i> en matière de direction.....	157
a) Le contrôle direct de la recherche par le <i>trustee</i> de l'intérêt du bénéficiaire.....	157
b) La prise en considération de la situation de biens gérés par-delà les règles abstraites.....	161
Section II La nouvelle fiducie.....	163
Paragraphe I Les éléments permettant l'organisation.....	163
A Dans les rapports entre le constituant et le fiduciaire.....	163
1/ L'organisation au moyen de la reddition des comptes.....	164
a) Une technique originale reposant sur un « patrimoine d'affectation ».....	164
b) L'incidence de cette originalité sur la reddition de comptes.....	165
2/ L'organisation au moyen de l'isolement du patrimoine fiduciaire.....	165
a) Le rôle de l'isolement du patrimoine fiduciaire en matière d'organisation de la gestion.....	166
b) L'effet de l'isolement du patrimoine fiduciaire sur la procédure collective du constituant.....	166
B Dans les rapports avec les tiers.....	166
1/ La protection limitée du patrimoine fiduciaire à l'égard des procédures collectives.....	167
a) La protection du patrimoine fiduciaire à l'égard des procédures collectives.....	167
b) Une protection très limitée du patrimoine fiduciaire.....	168
2/ L'organisation au moyen des prérogatives accordées au fiduciaire.....	168
a) Une gestion non fondée sur la gravité des actes accomplis.....	168
b) L'importance de l'organisation de la gestion.....	169
Paragraphe II Les éléments permettant la direction.....	169
A Le transfert de propriété en vue de la direction.....	169
1/ La nature du transfert des biens en fiducie.....	170
a) Le transfert de propriété au vu de l'article 2011 du Code civil.....	170
b) Le droit de propriété du fiduciaire au vu de ses limites.....	171
2/ Une direction indéterminée de la gestion du patrimoine fiduciaire.....	172
a) L'orientation de la gestion.....	172
b) Une direction indéterminée.....	173

B Une trop grande rigidité entravant la direction.....	174
1/ Une comparaison entre contrat de société et fiducie.....	174
a) L'impossibilité pour le constituant de choisir librement le fiduciaire	
.....	174
b) La nécessité pour le fiduciaire de mentionner qu'il agit en qualité de	
fiduciaire.....	175
2/ La rigidité liée à lourdeur administrative de la fiducie.....	176
a) La rigidité lors de la constitution de la fiducie.....	176
b) La difficulté liée à la modification du contrat.....	177
Conclusion du Chapitre I.....	181
Chapitre II Les techniques se définissant par rapport au mandat.....	182
Section I Les techniques s'appuyant sur le mandat de droit commun.....	182
Paragraphe I Les éléments permettant l'organisation.....	183
A La possibilité d'accomplir des actes d'administration.....	183
1/ L'extension du domaine des actes d'administration.....	183
a) En matière de mandat de droit commun.....	183
b) En matière d'administrateur de biens.....	184
2/ L'importance croissante de l'organisation.....	185
a) La distinction entre la gravité et la finalité d'un acte.....	185
b) L'essor de l'organisation par l'action du législateur.....	185
B La reddition des comptes.....	186
1/ La reddition des comptes fondée sur le droit commun du mandat...186	
a) Son fondement.....	187
b) L'organisation de la gestion.....	187
2/ La reddition des comptes en matière de mandat notarié de protection	
future.....	187
a) La particularité de la reddition des comptes en matière de mandat	
notarié de protection future.....	188
b) Un contrôle particulier justifié par l'impératif de protection du	
bénéficiaire.....	188
Paragraphe II Les éléments permettant la direction.....	189
A Le mandat de droit commun permettant au bénéficiaire d'exercer la	
direction.....	189
1/ La révocation du mandataire en vue d'exercer la direction.....	189
a) L'incidence de la représentation sur la direction de la gestion.....	189
b) L'utilité de la révocation du mandataire.....	190
2/ La direction aménagée.....	190
a) L'utilité d'un mandat spécial.....	191
b) La difficulté de distinguer entre autorisation préalable et immixtion	
.....	192
B Les mandats spéciaux ne permettant pas au bénéficiaire d'exercer la	
direction.....	193
1/ Le mandat notarié de protection future.....	193
a) La direction de la gestion.....	193
b) La place accordée à la famille.....	196
2/ L'administrateur de biens.....	199
a) Un régime exigeant à l'égard de l'administrateur.....	199
b) Un régime imposant à l'administrateur d'exercer son pouvoir de	
direction.....	200
Section II Les contrats ne s'appuyant pas sur le mandat de droit commun.....	201
Paragraphe I Les faux mandats fondés sur l'indépendance du gestionnaire...201	
A Quels sont ces contrats ?.....	201
1/ Leurs régimes.....	203
a) Le contrat de gérance-mandat.....	203

b) L'agent commercial.....	204
2/ Leur caractère : de vrais contrats d'entreprise.....	204
a) La distinction entre l'entremise et la conclusion d'actes juridiques.....	204
b) Une distinction non pertinente du point de vue de la qualification juridique.....	205
B Des contrats d'entreprise spéciaux permettant l'organisation et la direction de la gestion.....	205
1/ L'organisation et la direction de la gestion par un gestionnaire indépendant.....	205
a) L'irrésistible recours au mandat en cas de gestion complexe.....	206
b) L'unité de moyens permettant l'organisation et la direction.....	206
2/ Les limites de cette unité de moyens d'organisation et de direction....	207
a) Une limite apparente tenant à l'indépendance du gestionnaire.....	207
b) Une limite réelle tenant à la détermination de la direction.....	208
Paragraphe II L'absence de nécessité du recours à la représentation.....	208
A L'incidence réduite de la représentation dans de nombreux mandats spéciaux.....	209
1/ L'atténuation des effets de la représentation.....	209
a) Au moyen de dispositions spéciales.....	209
b) Par la modification de l'étendue de la responsabilité du bénéficiaire.....	209
2/ L'incidence discutable de la représentation sur le régime du contrat de gérance-mandat.....	210
a) Une technique de gestion intéressante inspirée à première vue du mandat.....	210
b) L'incidence discutable de la représentation.....	210
B La possibilité de s'assurer de la conformité de la gestion en l'absence de représentation.....	211
1/ L'intérêt limité de la représentation en matière de gestion.....	211
a) Le rôle de la représentation dans la partition des techniques de gestion.....	212
b) L'intérêt du bénéficiaire en grande partie masqué par la représentation.....	212
2/ La nécessité de disposer d'outils d'organisation et de direction afin de s'assurer de la conformité de la gestion.....	213
a) Le temps et l'intérêt du bénéficiaire, lignes de force de la gestion....	213
b) L'organisation et la direction nécessaires à la valorisation.....	214
Conclusion du Chapitre II.....	216
Conclusion du Titre II.....	217
Conclusion de la Partie I.....	218

PARTIE II ENCADREMENT CONTRACTUEL DE LA GESTION SANS

REPRÉSENTATION.....	219
Titre I La formation du contrat.....	219
Chapitre I L'organisation.....	219
Section I La nécessité d'inscrire la gestion dans la durée.....	219
Paragraphe I Les rapports de la durée et de l'instant.....	220
A L'insuffisance de l'instant au regard de la valorisation.....	220
1/ La fonction de l'instant distincte de la valorisation.....	220
a) Les limites de l'instant en matière de rapports contractuels.....	220
b) La justification de la construction de la valeur.....	223
2/ L'incidence du temps sur la valorisation.....	226
a) Le conflit entre l'instant et la permanence et ses implications juridiques.....	226
b) La prise en considération des liens de dépendance permettant de créer de la valeur au fil du temps.....	228
B La possibilité d'encadrer la gestion au moyen de la durée et de l'instant.....	233
1/ L'indépendance des notions de durée et d'instant.....	233
a) Les possibilités d'évolution offertes par un contrat à exécution instantanée.....	233
b) La possibilité de préparer l'avenir au moyen d'un contrat à exécution instantanée.....	234
2/ L'absence d'incompatibilité entre la durée et l'instant.....	235
a) L'impossibilité apparente d'appréhender la durée au moyen d'un contrat à exécution instantanée.....	235
b) Le rejet de cette impossibilité apparente.....	236
Paragraphe II L'importance d'anticiper la reddition des comptes.....	239
A L'analyse économique et les implications de la reddition des comptes.....	239
1/ L'analyse économique de la reddition des comptes.....	239
a) La définition.....	239
b) La méthode.....	240
2/ Les implications juridiques de la reddition des comptes.....	242
a) La nature et la forme du compte de gestion.....	242
b) La reddition de compte.....	242
B Les effets de la reddition du compte de gestion.....	244
1/ Les obligations du gestionnaire.....	244
a) Les droits personnels.....	244
b) Les droits réels.....	244
2/ Les obligations du bénéficiaire.....	247
a) L'obligation de rembourser les dépenses effectuées par le gestionnaire.....	247
b) Le fondement de l'obligation de rémunérer le gestionnaire.....	250
Section II Les modalités de la rémunération.....	255
Paragraphe I L'assiette.....	255
A L'intérêt de la rémunération variable.....	256
1/ Accorder de l'importance à la valeur.....	256
a) La mise en évidence de la valeur.....	256
b) Le passage de la propriété à la valeur.....	257
2/ Tenir compte du choix du bénéficiaire.....	257
a) L'importance du choix.....	258
b) La difficulté du choix.....	258
B L'influence de la rémunération variable.....	259
1/ Une évolution récente.....	259
a) Le lien entre propriété et gestion.....	259
b) Le relâchement de ce lien.....	260

2/ La nécessité d'une analyse <i>in concreto</i>	260
a) Le rapport d'intérêts du gestionnaire et du bénéficiaire.....	261
b) L'analyse <i>in concreto</i>	262
Paragraphe II Le temps.....	263
A L'importance accordée à cette modalité.....	263
1/ Une modalité constante.....	263
a) La rémunération judiciaire.....	263
b) La rémunération conventionnelle.....	264
2/ Source d'une préoccupation récente.....	264
a) La cause retenue.....	265
b) Les éléments débattus.....	265
B L'intérêt d'une nouvelle approche de la rémunération.....	266
1/ Sa nature et son utilité.....	266
a) La nature.....	266
b) L'utilité.....	267
2/ Sa complémentarité avec l'approche traditionnelle.....	267
a) L'insuffisance de l'approche traditionnelle.....	267
b) La pertinence de l'approche traditionnelle.....	268
Conclusion du Chapitre I.....	269
Chapitre II La direction.....	271
Section I Les facteurs à prendre en compte.....	271
Paragraphe I L'écoulement du temps.....	272
A Méthodes de gestion au regard du temps.....	272
1/ L'examen des possibilités d'évolution du patrimoine.....	272
a) La structure du patrimoine.....	272
b) La prise en compte du temps.....	273
2/ La personne du bénéficiaire.....	276
a) L'instant du bilan patrimonial.....	277
b) La recherche de l'opportunité d'une action.....	277
B L'affirmation de la personne du bénéficiaire au fil du temps.....	278
1/ La valeur conférée par le bénéficiaire.....	278
a) L'absence de valeur du monde réel.....	278
b) L'action nécessaire du bénéficiaire.....	279
2/ La volonté constante du bénéficiaire.....	280
a) La manifestation de la personne du bénéficiaire.....	280
b) L'exigence de constance.....	281
Paragraphe II La création de la valeur.....	282
A Précisions préliminaires au sujet de la valorisation.....	283
1/ Remarques d'ordre conceptuel.....	283
a) De l'importance de la liberté en matière de valorisation.....	283
b) La distinction entre préférence et choix.....	284
2/ Le processus de création de la valeur et son incidence sur la gestion.....	284
a) Le processus de création de la valeur.....	284
b) Son incidence sur la gestion.....	285
B L'implication du bénéficiaire dans la valorisation.....	285
1/ Le lien indissoluble entre le sujet et la valeur.....	285
a) La distinction entre la valeur et le prix.....	285
b) La détermination de la valeur au moyen de la liberté contractuelle.....	287
2/ La valeur extérieure au sujet.....	288
a) L'élément subjectif de la valeur vu sous l'angle de la substituabilité.....	288
b) La nécessité de relever la valeur de manière concrète.....	289
Section II Les caractères du pouvoir de direction.....	290
Paragraphe I Une réflexion nécessaire.....	291

A Les fonctions envisagées.....	291
1/ La recherche de qualités substantielles d'un bien.....	291
a) Leurs limites.....	291
b) L'exigence de réalisation caractérisant la valorisation.....	292
2/ La recherche de l'utilité ou de la finalité d'un bien.....	294
a) L'utilité.....	294
b) La finalité.....	295
B Le problème théorique rencontré.....	297
1/ L'impossibilité de définir la valeur de manière abstraite.....	297
a) La raison de l'impossibilité d'une définition abstraite.....	297
b) La nécessité d'une approche intuitive de la valeur.....	298
C La solution proposée.....	300
1/ La possibilité d'appréhender la valeur en droit français.....	300
2/ La tentation du raisonnement juridique fondé sur une définition abstraite de la valeur.....	302
Paragraphe II Un objectif : l'intérêt du bénéficiaire.....	303
A Les difficultés pratiques et les solutions proposées par les sciences de gestion.....	303
1/ Les difficultés.....	303
a) L'indicibilité de la valeur.....	303
b) La méconnaissance de la valeur par le bénéficiaire.....	305
2/ Les solutions proposées.....	305
a) Les solutions indépendantes de la relation contractuelle.....	305
b) Les solutions dépendantes de la relation contractuelle.....	307
B L'encadrement juridique de la direction.....	308
1/ La nature de l'engagement des parties.....	308
a) La distinction du contrat de gestion des contrats ultérieurs.....	308
b) Le fondement théorique des effets du contrat de gestion.....	310
2/ Les obligations des parties.....	312
a) Les obligations du gestionnaire.....	312
b) Les obligations du bénéficiaire.....	312
Conclusion du Chapitre II.....	313
Conclusion du Titre I.....	314
Titre II L'exécution du contrat.....	315
Chapitre I L'organisation.....	315
Section I Les rapports entre le gestionnaire et les tiers.....	315
Paragraphe I Les rapports entre le gestionnaire et les tiers en l'absence de procédure collective.....	315
A Les obligations nées d'un lien de subordination.....	315
1/ Les obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers.....	316
a) La dépendance du gestionnaire à l'égard des tiers.....	316
b) Les limites incertaines de la responsabilité du gestionnaire à l'égard des tiers.....	319
2/ Les obligations des tiers vis-à-vis du gestionnaire.....	320
a) L'immunité du tiers subordonné.....	320
b) La distinction entre dépendance et subordination.....	321
B Les obligations nées en l'absence d'un lien de subordination.....	323
1/ Les obligations du gestionnaire vis-à-vis des tiers.....	323
a) Le gestionnaire et la société.....	323
b) Le gestionnaire et les coassociés.....	328
2/ Les obligations des tiers vis-à-vis du gestionnaire.....	331
a) Le gestionnaire et les coassociés.....	332
b) Les obligations des tiers à l'égard du gestionnaire en l'absence de société.....	333

Paragraphe II Les rapports entre le gestionnaire et les tiers en cas de procédure collective.....	334
A Les droits personnels.....	334
1/ Les règles communes à toutes les procédures collectives.....	334
a) Le principe de préservation des droits des tiers.....	335
b) La réalité de la situation des créanciers du débiteur en procédure collective.....	336
2/ La prise en compte de la séparation de patrimoine.....	336
a) Le principe.....	336
b) Les tempéraments.....	337
B Les droits réels.....	339
1/ Les effets de la procédure collective sur les droits réels en général....	339
a) Les effets de la procédure collective sur les droits réels et les sûretés.....	340
b) L'intérêt de la propriété à titre de sûreté.....	340
2/ Les effets de la procédure collective sur la clause de réserve de propriété.....	341
a) Une reconnaissance progressive de l'efficacité de la clause de réserve de propriété mobilière.....	341
b) Les difficultés subsistantes.....	342
Section II Les rapports entre le bénéficiaire et les tiers.....	343
Paragraphe I L'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire.....	344
A Le principe.....	344
1/ Le fondement de ce principe.....	344
a) Le sens technique de l'absence de représentation.....	344
b) La signification concrète de l'absence de représentation.....	346
2/ La portée du principe d'irresponsabilité du bénéficiaire du fait du gestionnaire.....	347
a) Les limites de ce principe.....	347
b) l'opportunité de ce principe.....	347
B L'exception.....	349
1/ Le fondement de cette exception.....	349
a) L'apparence.....	349
b) La société créée de fait.....	349
2/ La portée de cette exception.....	350
a) Les effets de cette exception.....	350
b) L'opportunité de cette exception.....	350
Paragraphe II La responsabilité du rédacteur du contrat de gestion à l'égard du bénéficiaire.....	351
A Le régime de responsabilité.....	352
1/ Un degré d'exigence variable selon la profession exercée par le rédacteur.....	352
a) Le notaire.....	352
b) Les autres professions.....	353
2/ Un contenu variable au fil de la rédaction.....	353
a) Au stade des pourparlers.....	353
b) Au stade de la rédaction proprement dite.....	354
B Les effets de la responsabilité.....	354
1/ La nécessité pour le rédacteur d'inscrire le contrat dans la durée.....	354
a) Les clauses probatoires.....	354
b) La nécessaire attention au déroulement de la relation contractuelle naissante.....	355
2/ L'étendue de la responsabilité.....	355
a) Les aménagements conventionnels de la responsabilité du rédacteur.....	356

b) Le préjudice indemnisable.....	356
Conclusion du Chapitre I.....	358
Chapitre II La direction.....	360
Section I L'exécution des obligations du gestionnaire.....	360
Paragraphe I L'obligation de révéler d'éventuels conflits d'intérêts en début de mission.....	361
A Le substrat et le fondement de cette obligation.....	361
1/ La confiance, substrat de cette obligation.....	361
a) La prudence du bénéficiaire.....	361
b) L'audace du bénéficiaire.....	362
2/ Le fondement de l'obligation de révélation.....	365
a) La similitude de l'obligation de révélation du gestionnaire et de l'arbitre.....	365
b) L'inadéquation du fondement issu du droit de l'arbitrage.....	366
B Le contenu et la sanction de cette obligation.....	369
1/ Le contenu.....	369
a) L'importance du milieu professionnel et culturel.....	369
b) La pertinence des informations révélées.....	369
2/ La sanction.....	370
a) L'analyse de la jurisprudence relative au conflit d'intérêts.....	371
b) L'incidence de l'obligation de révélation sur la gestion.....	375
Paragraphe II Le gestionnaire face aux conflits d'intérêts en cours de gestion.....	376
A L'obligation de les réguler.....	377
1/ La régulation <i>in abstracto</i>	377
a) Les listes d'actes autorisés.....	377
b) Les règles de déontologie.....	378
2/ La régulation <i>in concreto</i>	378
a) La régulation au moyen de la responsabilité du gestionnaire.....	378
b) Deux exemples de régulation <i>in concreto</i>	379
B La recherche de l'intérêt du bénéficiaire.....	380
1/ Le contrôle de la recherche de l'intérêt.....	380
a) La détermination de l'intérêt.....	380
b) La procédure de contrôle.....	383
2/ La sanction de la recherche de l'intérêt.....	389
a) Le fondement.....	389
b) L'aménagement contractuel de la sanction.....	391
Section II L'exécution des obligations du bénéficiaire.....	392
Paragraphe I En cours de gestion.....	393
A Le contenu des obligations.....	393
1/ L'obligation d'information.....	393
a) La distinction entre information et immixtion dans la gestion.....	393
b) La persistance de l'élément subjectif de la valeur.....	394
2/ L'obligation de réception du compte rendu.....	395
a) Une obligation concernant également le gestionnaire.....	395
b) L'utilité pratique du compte rendu.....	395
B La sanction des obligations.....	396
1/ Un bénéficiaire trop présent.....	396
a) Une gestion incohérente.....	396
b) Une source d'insécurité juridique.....	396
2/ Un bénéficiaire trop distant.....	397
a) La disparition de l'élément subjectif de la valeur.....	397
b) L'atteinte portée à la crédibilité du bénéficiaire.....	397
Paragraphe II En fin de gestion.....	398
A La fin du contrat de gestion en raison de la personne du gestionnaire.....	398

1/ Le rôle actif du bénéficiaire.....	398
a) La maîtrise des biens gérés par le bénéficiaire.....	398
b) La manifestation juridique de l'activité du bénéficiaire.....	399
2/ L'aménagement contractuel de la fin de la gestion.....	399
a) Les clauses inutiles.....	399
b) Les clauses utiles.....	399
B La fin du contrat en raison de la personne du bénéficiaire.....	400
1/ Le décès du bénéficiaire.....	400
a) Les ayants-cause capables.....	400
b) Les ayants-cause incapables au sens large.....	401
2/ La rupture contractuelle.....	401
a) La rupture non conflictuelle.....	402
b) La rupture conflictuelle.....	402
Conclusion du Chapitre II	403
Conclusion du Titre II	404
Conclusion de la Partie II	405
Conclusion générale	407
Annexe	411
Bibliographie	412
Index alphabétique	430
Table des matières	436