



HAL
open science

La propriété fiduciaire : nature et régime

Antoine Arzac

► **To cite this version:**

Antoine Arzac. La propriété fiduciaire : nature et régime. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013. Français. NNT : 2013PA010253 . tel-01616127

HAL Id: tel-01616127

<https://theses.hal.science/tel-01616127>

Submitted on 13 Oct 2017

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.

UNIVERSITE DE PARIS-I (PANTHEON-SORBONNE)

LA PROPRIETE FIDUCIAIRE : NATURE ET REGIME

Thèse pour le doctorat en droit

présentée et soutenue publiquement

devant le jury de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Le 25 juin 2013

par

Antoine ARSAC

JURY

Directeur de recherches : **Monsieur Philippe DELEBECQUE**
Professeur à l'Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

Membres du jury : **Monsieur Philippe DUPICHOT**
Professeur à l'Université de Paris-XII
Rapporteur

Monsieur Antoine GAUDEMET
Professeur à l'Université de Rennes-I
Rapporteur

Monsieur Thierry REVET
Professeur à l'Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

Monsieur Alain CERLES
Avocat à la Cour

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	9
GENESE DE LA FIDUCIE	14
Le droit romain.....	15
La fiducie dans le droit des personnes	18
La fiducie en vue de modifier l'état des personnes	18
La fiducie en vue d'acquérir la capacité.....	22
La fiducie dans le droit des biens	23
La « <i>fiducia cum amico</i> »	23
La « <i>fiducia cum creditore</i> »	24
Points communs entre la « <i>fiducia cum amico</i> » et la « <i>fiducia cum creditore</i> »	28
Le fidéicommis.....	32
La fiducie et le fidéicommis dans l'ancien droit français.....	35
Le fidéicommis.....	35
La fiducie dans l'ancien droit français	36
La fiducie sous la Révolution Française et le Code civil	37
La convention de La Haye relative sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1 ^{er} juillet 1985.....	46
Le projet de loi n°2583 visant à introduire la fiducie dans le Code civil	49
Histoire du droit de propriété	55
Droit romain	55
La propriété de la chute de l'Empire romain à la Révolution Française	61
La propriété pendant la période franque.....	62
La propriété à l'époque féodale.....	64
La propriété du XVI ^{ème} siècle au XVIII ^{ème} siècle,	70
La Révolution Française.....	71
Le Code civil	74
Le droit de propriété depuis le Code civil jusqu'en 1914	75
Le droit de propriété de 1914 à nos jours	77
Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 1 ^{er} du protocole n°1 de la convention européenne des droits de l'Homme en 1948.....	78
La décision 81-132 du Conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1982 rendue à l'occasion de la loi de nationalisation	79

1. PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE LA PROPRIETE FIDUCIAIRE	82
1.1 Etude de droit comparé.....	82
a. L'Italie	83
i. Fiducie en Italie.....	83
ii. Trust en Italie	85
b. Les Pays-Bas	86
c. La Suisse.....	91
i. La fiducie en Suisse.....	91
ii. Trust en Suisse	97
d. La fiducie du Liechtenstein	98
e. Le Luxembourg	99
i. La fiducie au Luxembourg	99
ii. Le trust au Luxembourg	102
f. La Belgique	103
i. Trust en Belgique	103
ii. Fiducie en Belgique.....	105
g. Le Québec.....	108
h. L'Allemagne.....	114
i. Le Liban	117
j. La Colombie.....	119
1.2 La fiducie en droit français.....	121
1.2.1 Les fiducies innommées	121
1.2.1.1 Le gage espèces.....	123
1.2.1.2 La cession Dailly.....	127
1.2.1.3 Les fiducies consacrées par le droit des marchés financiers.....	134
1.2.1.3.1 Les contrats portant transfert temporaire de la propriété de titres financiers ...	135
1.2.1.3.2 Les sûretés avec transfert de propriété consacrées par le droit des marchés financiers.	145
1.2.2 La loi du 19 février 2007 : la consécration officielle	151
1.2.2.1 Un transfert de propriété sur le bout des lèvres	151
1.2.2.2 Nature du droit de propriété transféré au fiduciaire.....	154
1.2.2.2.1 Tentatives de qualification du contrat de fiducie.....	156
1.2.2.2.2 Le droit de propriété serait transféré au fiduciaire.....	165
1.2.2.2.3 L'éclatement du droit de propriété par la fiducie	183
1.2.2.3 La fiducie ne transfère pas la propriété de l'article 544 du Code civil	194
1.2.2.4 Un débat relancé à l'occasion d'un amendement.....	199

1.2.3	Nos conclusions.....	208
1.2.3.1	Analyse économique.....	208
1.2.3.2	Analyse comptable.....	210
1.2.3.3	Analyse fiscale.....	212
1.2.3.4	Analyse pratique.....	215
1.2.3.5	Notre analyse juridique.....	217
1.2.3.5.1	Une analyse construite sur une conception unitaire du droit de la propriété.....	217
1.2.3.5.2	La fiducie ne provoque pas un démembrement du droit de propriété.....	221
1.2.3.5.3	La fiducie transfère le droit de propriété dans son intégralité.....	224
2	SECONDE PARTIE : LE REGIME DE LA PROPRIETE FIDUCIAIRE.....	235
2.1	Le régime de la propriété fiduciaire à la constitution : une propriété transférée dans un patrimoine d'affectation.....	236
2.1.1	La fiducie à l'origine de la création d'un nouveau patrimoine.....	236
2.1.1.1	La théorie subjective du patrimoine.....	240
2.1.1.2	La théorie objective du patrimoine.....	245
2.1.2	Le patrimoine fiduciaire : une nouvelle personne morale ?.....	257
2.1.2.1	Les auteurs, partisans de la personnalisation du patrimoine d'affectation en général et de la fiducie en particulier.....	257
2.1.2.1.1	Les partisans de la personnalisation du patrimoine d'affectation.....	257
2.1.2.1.2	Les partisans de la personnalisation de la fiducie.....	260
2.1.2.2	L'intérêt de reconnaître la personnalité morale à la fiducie.....	262
2.1.2.3	La reconnaissance de la personnalité morale par les tribunaux.....	265
2.1.2.4	Application des critères jurisprudentiels à la fiducie.....	281
2.1.3	La technique contractuelle doit être maîtrisée afin de contrôler les conséquences de la mise en place de la fiducie.....	291
2.1.3.1	La crainte de l'absence de maîtrise de la propriété par le fiduciaire.....	291
2.1.3.2	La technique contractuelle à l'aide de la fiducie.....	300
2.1.3.2.1	La réalisation d'un audit préalable.....	301
2.1.3.2.2	Quelques exemples de clauses à maîtriser.....	302
2.2	Le régime de la propriété fiduciaire pendant l'exécution de la fiducie : une propriété au service d'une mission.....	310
2.2.1	Les conséquences du transfert de propriété à l'égard du fiduciaire.....	310
2.2.1.1	Obligations initiales déclaratives et de publicité.....	311
2.2.1.2	Obligations en cours d'exécution de la fiducie.....	313
2.2.1.2.1	Mission de conservation effectuée par le fiduciaire.....	315
2.2.1.2.2	Mission de gestion effectuée par le fiduciaire.....	316
2.2.1.3	Responsabilité du fiduciaire.....	319

2.2.1.3.1	Principes directeurs à suivre par le fiduciaire.....	319
2.2.1.3.2	La responsabilité civile du fiduciaire.....	326
2.2.1.3.3	La responsabilité pénale du fiduciaire	330
2.2.1.4	Possibilités offertes au fiduciaire pour limiter sa responsabilité	333
2.2.2	La nécessité d’organiser la fonction de fiduciaire	341
2.2.2.1	Obtention d’un agrément de fiduciaire	343
2.2.2.2	Création d’un corps d’experts indépendants.....	351
2.2.2.3	Code de bonne conduite.....	352
2.3	Le régime de la propriété fiduciaire au dénouement de la fiducie : un nouveau transfert	357
2.3.1	Les causes de dénouement d’une fiducie	358
2.3.1.1	Les causes tenant aux parties : dénouement accidentel	358
2.3.1.2	Les causes tenant à l’opération : le dénouement naturel.....	362
2.3.1.2.1	Réalisation du but poursuivi et la survenance du terme	362
2.3.1.2.2	Non remboursement du financement garanti par une fiducie-sûreté.....	364
2.3.2	La nature de l’obligation du fiduciaire	367
2.3.3	Les modalités du transfert par le fiduciaire	372
2.3.3.1	Les modalités du retour de l’actif dans le patrimoine du constituant	372
2.3.3.2	Les modalités de transfert en cas de non remboursement du financement garanti par la fiducie.....	376
2.3.3.2.1	Les modalités de vente et d’appropriation lorsque le fiduciaire est créancier... 376	
2.3.3.2.2	Les modalités de transfert ou de vente par le fiduciaire non créancier.....	378
2.3.3.2.3	Les modalités communes	378
2.3.4	Conséquences du transfert.....	380
2.3.4.1	Conséquences du retour de l’actif chez le constituant	380
2.3.4.2	Conséquences de l’appropriation du bien par le créancier	382
2.3.4.3	Conséquences du transfert du bien par le fiduciaire à un tiers.....	385
	CONCLUSION	390
	BIBLIOGRAPHIE	393

Principales abréviations

al.= alinéa

ALD = Actualité juridique Dalloz

AJPI = Actualité Juridique de la propriété immobilière

Bull. cass. ass.plén. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)

Bull. civ. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

Bull. com. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre commerciale)

Bull. Joly Sociétés = Bulletin mensuel Joly Sociétés

CA = arrêt de Cour d'appel

Cass. Ass. Plen. = arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. Ch. mixte = arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. Ch. Réunies = arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation

Cass. civ = arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Com = arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation

Cass. soc.= arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Cah. dr. entr. = Cahiers de droit de l'entreprise

C. Civ = Code civil

C.Com = Code de commerce

Cf.= se reporter à

C. Pénal = Code pénal

CMF = Code monétaire et financier

Circ.= Circulaire

Contrats, conc., consom.= Contrats, concurrence, consommation

D. = Dalloz

D. Aff.= Dalloz affaires

Dalloz Jur. Gén. = Dalloz jurisprudence

Defrénois = Répertoire général du notariat Defrénois

DH = recueil Dalloz hebdomadaire

Dig.= digeste

Dr et patr.= Droit & Patrimoine

Dr. sociétés = Droit des sociétés

EIRL = entrepreneur individuel à responsabilité limitée

EURL = entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

GAJ civ = Grands arrêts – jurisprudence civile

Gaz. Pal.= Gazette du Palais

GDCC = Grandes décisions du Conseil constitutionnel

D.D.H. = Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen (1789)

J.-Cl. Civil = JurisClasseur civil

J.-Cl. Com = JurisClasseur commercial

JCP E = JurisClasseur Périodique (semaine juridique) édition entreprises

JCP G = JurisClasseur Périodique (semaine juridique) édition générale

JCP N = JurisClasseur Périodique (semaine juridique) édition notariale

JO = Journal officiel de la République française (lois et règlements)

JOAN Q/JO Sénat Q = Journal officiel de la République française (questions écrites au ministre, Assemblée nationale, Sénat)

JO déb. = Journal officiel de la République française (débat parlementaires)

LPA = Les Petites Affiches

L. = Loi

Obsv.= observations

Op. cit = *opere citato* = dans l'ouvrage

Ord.= Ordonnance

PA = Petites Affiches

PUF = Presses universitaires de France

RD bancaire et bourse = Revue de droit bancaire et de la bourse

RDC = Revue des contrats

Rep. Civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit civil

Rep. Com. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit commercial

Rev. Proc. Coll = Revue des procédures collectives

Rev. Sociétés = Revue des sociétés

RJ com= Revue de jurisprudence commerciale

RJDA = Revue de jurisprudence de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)

RTD civ = Revue trimestrielle de droit civil

RTD com = Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique

S. = Recueil Sirey

SA = société anonyme

SARL = société à responsabilité limitée

SAS = société par actions simplifiée

SNC = société en nom collectif

Somm.= sommaire

T. com = jugement d'un tribunal de commerce

T. corr = jugement d'un tribunal de grande instance, chambre correctionnelle

TGI = jugement d'un tribunal de grande instance

Th.= thèse

INTRODUCTION

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 a introduit la fiducie de manière générale en droit français aux articles 2011 et suivants du Code civil. La fiducie est définie comme « (...) *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* »¹.

Malgré les attentes de nombreux professionnels, il a fallu attendre une année avant d'assister à la création des deux premières opérations de fiducie. Ces fiducies organisées aux fins de sûreté ont été mises en place en février 2008 et nous avons été les acteurs de l'une d'entre elles en qualité de fiduciaire. La gestion de ce dossier dans lequel nous avons rencontré de nombreuses difficultés de tout ordre (juridique, fiscale, financière, etc.) a fait apparaître de multiples questions relatives à cette propriété transférée au fiduciaire et c'est dans ce contexte que nous avons décidé d'entreprendre nos recherches sur le thème de la propriété fiduciaire. Aujourd'hui plus de six années après le vote de la loi n°2007-211 du 19 février 2007, il existerait plus d'une centaine de fiducies constituées².

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 n'a pas créé la fiducie mais l'a plutôt fait renaître et remise au goût du jour car elle n'a jamais été complètement inconnue du droit français puisque des lois éparses l'avaient admise sans la nommer³. En effet, la fiducie existait déjà sous le droit romain et sa pratique à Rome présentait déjà l'une de ses principales

¹ Article 2011 du Code civil

² Sur le fondement de renseignements obtenus oralement auprès de la personne en charge du registre national des fiducies. Cette estimation du nombre de fiducies réalisées a été confirmée également récemment par Stéphanie de Silguy dans la cadre de son article « *La fiducie, une réussite ?* » Revue Lamy Droit civil, n°104, mai 2013, p.59. Madame Stéphanie de Silguy a obtenu ce chiffre auprès de Matthieu Dubertret, membre de l'Association Française des Fiduciaires.

³ « *Longtemps qualifiée de « belle juridique au bois dormant » (Champaud Cl., la fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français) « La propriété du fiduciaire : une modalité externe du droit de propriété » Magali Bouteille, n°74, septembre 2010, revue Lamy droit civil. Michel Grimaldi rappelle que « Pendant longtemps, la fiducie est restée une institution méconnue et mystérieuse : absent du Code civil, le mot l'est demeuré de la législation postérieure ; il a disparu de la terminologie jurisprudentielle depuis le milieu du XIXème siècle : la doctrine l'évoque à peine dans les grands traités de la première moitié de ce siècle. Bref, il ya peu encore, on 'en parlait plus, ou presque » « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre » Defrénois, 15 septembre 1991, n°17, p.897, paragraphe 2*

caractéristiques : le transfert de la propriété d'une chose d'un constituant à un fiduciaire. C'est dans la fiducie que le trust puise son origine⁴. Mais à la chute de l'empire romain, la fiducie a disparu de notre environnement juridique.

Malgré cette disparition, il était cependant possible de déceler des institutions qui s'appuyaient sur le mécanisme de la fiducie sans toutefois l'admettre officiellement.

Tout au long de cette longue période, le droit français issu du droit romain, a été substantiellement modifié, notamment par la Révolution Française et l'introduction du Code civil. Le double domaine a disparu pour faire place à la conception moniste du droit de propriété et le caractère exclusif du droit de propriété a été affirmé. De plus, notre système juridique a adopté depuis plus d'un siècle la théorie classique du patrimoine élaborée par Aubry et Rau qui a posé au rang de dogme les principes d'unité et d'indivisibilité du patrimoine.

La fiducie repose sur un transfert de propriété entre d'une part le constituant et d'autre part le fiduciaire. Ce dernier n'utilise pas librement son droit de propriété mais doit suivre les directives qui lui sont assignées. Il n'en profite pas personnellement car il doit l'exercer pour le compte d'autrui, ce qui fait dire à certains auteurs que le fiduciaire n'est pas riche de cette propriété⁵.

Le professeur Demogue et le doyen Savatier, en 1937, avaient déjà mis en avant les principales caractéristiques de la fiducie : d'une part, le transfert de la propriété au profit du fiduciaire et d'autre part, les conditions de l'exercice de ce droit de propriété par le fiduciaire.

Le doyen Savatier avait alors défini la fiducie⁶ en s'appuyant sur la législation de la province du Québec qui avait identifié les principaux éléments composant la fiducie. « *Le premier est la transmission au fiduciaire de la propriété des biens compris dans la fiducie. (...) Le second caractère propre à la fiducie consiste en ce que le fiduciaire, au lieu d'administrer dans son intérêt personnel les biens dont la propriété lui est ainsi transmise, les gère en réalité dans*

⁴ « En effet, dans le trust, comme dans la fiducie, un settlor transfère la propriété d'un ou plusieurs biens à un trustee à charge de les administrer et de les restituer au settlor ou à un bénéficiaire. Cependant, le trust s'est séparé de la fiducie à plusieurs points de vue » « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie - Propos critiques » Christian Larroumet, Recueil Dalloz 2007, n°20

⁵ « (...) jamais le fiduciaire n'est riche des actifs fiduciaires : jamais il ne peut les aliéner à son profit ni fait siens leurs fruits ; sa propriété n'accroît pas son capital ni ne lui procure de revenus » « Théorie du patrimoine et fiducie » Miche Grimaldi, Revue Lamy Droit civil, 2010, n°77

⁶ « La fiducie est la transmission de la propriété d'un patrimoine à une ou plusieurs personnes (fiduciaires) chargées de l'administrer dans l'intérêt d'un autre (bénéficiaire), à qui elles devront rendre ce patrimoine à l'expiration du temps fixé pour la fiducie ». Travaux de la semaine internationale de droit international: Paris « La fiducie en droit moderne »

l'intérêt d'autrui. (...) le troisième caractère de la fiducie. Celle-ci est en principe temporaire. »⁷. Quant au professeur Demogue, celui-ci avait insisté sur l'usage de la propriété par la fiduciaire et avait rappelé que « *si le fiduciaire est propriétaire, (...) il l'est dans des conditions particulières : il est propriétaire mais non comme un propriétaire ordinaire, qui est tel pour lui-même et pour son avantage, il est propriétaire dans l'intérêt d'autrui (...)* »⁸

Non seulement la nature et l'exercice de la propriété par le fiduciaire sont particuliers, mais celui-ci doit détenir ces actifs dans un patrimoine séparé de son propre patrimoine : créé à cet effet et nommé patrimoine d'affectation, ce qui porte atteinte à la théorie de l'unité du patrimoine. Cela représente une particularité de la fiducie nommée du Code civil par rapport aux autres fiducies « *innommées* ». C'est également une différence notable avec la fiducie romaine, le fiduciaire devenait pleinement propriétaire des biens qui lui étaient confiés, ils intégraient son patrimoine personnel ce qui nécessitait d'avoir confiance dans le fiduciaire.

De plus, les dispositions qui régissent la fiducie sont relativement peu nombreuses et il est nécessaire de s'inspirer de contrats voisins pour envisager les droits réels et personnels découlant de ce nouvel instrument juridique situé à la confluence de plusieurs contrats spéciaux. Ainsi, comme le souligne Pascal Puig « *Si l'on cherche à l'insérer dans la summa divisio traditionnelle opposant les contrats translatifs et les contrats de service, force est d'observer qu'elle se rattache aux deux grandes familles à la fois* »⁹. En effet, la fiducie organise un transfert de propriété, ce qui nous pousse naturellement à la comparer à la vente alors que les obligations à la charge du fiduciaire nous rappellent celles assumées par les mandataires.

Ainsi, plus de six années après sa réintégration dans notre droit, la fiducie soulève encore des discussions doctrinales¹⁰, principalement sur la nature et les modalités d'exercice de la

⁷ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, rapport général de M. Savatier -France-, Sirey 1937. Comme le rappelle Claude Witz dans son rapport introductif au colloque « *Opérations fiduciaires* » qui s'est tenu au Luxembourg le 20 et 21 septembre 1984 « *la semaine internationale de droit qui s'était déroulée en 1937 à Paris, à l'exposition universelle avait retenu plusieurs thèmes en raison de leur «actualité pressante» ou de leur «intérêt constant». Parmi ces sujets, figurait «la fiducie» en droit moderne, qui a donné lieu à sept rapports nationaux émanant de pays souvent fort éloignés les uns des autres, tant sur le plan géographique qu'au point de vue juridique* ».

⁸ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, exposé de M. Demogue, page 126

⁹ « *La fiducie et les contrats nommés* » Pascal Puig, Droit & Patrimoine, 2008 n°171 dans le cadre du dossier « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* »

¹⁰ « *Venue du passé et venue d'ailleurs, elle commence à peine à briller au firmament des contrats spéciaux qu'elle mobilise déjà l'attention de la communauté scientifique séduite et intriguée par l'originalité et la complexité inédites du phénomène* » « *La fiducie et les contrats nommés* » Pascal

propriété transférée au fiduciaire au cours de la fiducie c'est-à-dire lors de la mise en place, pendant le déroulement et au dénouement de la fiducie. La propriété transférée au fiduciaire est particulière car celle-ci est affectée au but de la fiducie¹¹, elle n'est qu'un « (...) *instrument au service d'une finalité économique bien définie* »¹². En raison de ces singularités, celle-ci est dénommée « *propriété fiduciaire* »¹³ et a reçu de nombreux qualificatifs de la part de la doctrine : « *propriété dérogatoire* »¹⁴, « *propriété éphémère* »¹⁵, « *propriété imparfaite* »¹⁶, « *propriété amoindrie* »¹⁷, « *propriété affectée* »¹⁸, « *propriété bien peu digne de l'article 544, (...) pseudo-propriété* »¹⁹, « *une apparence de propriété* »²⁰ etc. Comme l'indique Blandine Mallet-Bricout, « *ce déchainement linguistique est sans doute révélateur de la gêne généralement éprouvée à l'égard de ce concept étrange de propriété fiduciaire dont on éprouve certaines difficultés à cerner le contenu* »²¹.

Le rappel de ce contexte nous permet de mieux comprendre les difficultés rencontrées lors de la réintégration de la fiducie en droit français.

Puig, , Droit & Patrimoine, 2008 n°171 dans le cadre du dossier « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* »

¹¹ « *La reconnaissance de la fiducie constitue une consécration de la propriété affectée. Même si le législateur s'est efforcé de ne pas utiliser le mot propriété pour ne pas attirer des susceptibilités savantes, il a bien remis en question la vision de la propriété réduite à son émolument et admis implicitement que l'exclusivité suffit à faire la propriété* ». « *Les biens* » Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet, 3^{ème} édition, 2008, paragraphe 253

¹² « *Le fiduciaire propriétaire ?* » Blandine Mallet-Bricout, JCP N, n°6, 12 février 2010, 1073, paragraphe 8. L'auteur ajoute que « *La propriété devient ainsi l'instrument de rapports d'obligations dominants, au risque de perdre sa substance même* »

¹³ Ce concept de propriété fiduciaire n'a pas été consacré par la loi. Pourtant, un amendement à la proposition de loi 2009-1255 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers avait tenté de modifier l'article 2011 en y ajoutant que le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs dans le patrimoine fiduciaire.

¹⁴ « *Fiducie et propriété* » in « *Liber amicorum Christian Larroumet* », Blandine Mallet-Bricout, Economica, 2010, page 297. Christian Atias, qui définit le concept de propriété fiduciaire, déclare en ce qui concerne la propriété fiduciaire « *qu'il n'est pas sur qu'il s'agisse encore de propriété* », « *Droit Civil Les biens* » LexisNexis, Litec, 2011, paragraphe 80

¹⁵ Sylvio Ravenne Professeur à la faculté de droit de l'université Laval, « *La notion de modalité de la propriété* » Sylvio Normand in « *Mélanges Offerts au Professeur Frenette – Etude portant sur le droit patrimonial* », PUL, 2006, p.255 et suivants

¹⁶ Op cit. Sylvio Ravenne

¹⁷ « *La réception du trust à travers la fiducie* » François Barrière, Thèse Université Paris (II), 2001

¹⁸ « *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération* », Laurent Kaczmarek, recueil Dalloz, 2009, p.1845, paragraphe 11

¹⁹ « *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007* » Rémy Libchaber, 1^{ère} partie, Defrénois, 30 août 2007, paragraphes 23 & 24

²⁰ « *Fiducie et propriété* » in « *Liber amicorum Christian Larroumet* » Blandine Mallet Bricout, Economica, 2010, page 297, paragraphe 13

²¹ « *Le fiduciaire propriétaire ?* » Blandine Mallet-Bricout JCP E n°6, 12 février 2010, 1073

Par conséquent, dans le cadre nos recherches sur la nature et le régime de la propriété fiduciaire, il est nécessaire à titre préliminaire de comprendre les raisons précises pour lesquelles la fiducie bouscule le droit de propriété. Pour ce faire, il est nécessaire de revenir sur les grandes étapes de l'évolution au cours de l'histoire, d'une part de la fiducie et, d'autre part du droit de propriété.

Une fois ce rappel historique effectué, nous analyserons dans le cadre de la première partie de notre étude la nature de la propriété fiduciaire en commençant par une étude de droit comparé sur la nature du droit de propriété confié au fiduciaire dans chaque système juridique. Puis en nous concentrant sur le système juridique français, nous étudierons dans un premier temps la propriété fiduciaire dans le cadre des fiducies innommées puis dans une seconde étape nous nous pencherons sur la nature de la propriété fiduciaire telle qu'introduite par la loi n°2007-211 du 19 février 2007.

Au cours de la seconde partie de nos recherches, nous analyserons le régime de la propriété fiduciaire c'est-à-dire les conséquences du transfert de la propriété fiduciaire au cours de chacune des étapes de la fiducie : la constitution qui se singularise par la création d'un patrimoine d'affectation, le déroulement qui est caractérisé par la mission du fiduciaire et de la responsabilité qu'il encourt et enfin, le dénouement étape ultime, qui se matérialise par la transformation de la propriété fiduciaire en propriété pleine et absolue au profit soit du constituant, soit du bénéficiaire ou d'un tiers.

GENESE DE LA FIDUCIE

Même si la fiducie est un outil juridique récent introduit dans notre droit par la loi n°2007-211 du 19 février 2007, elle n'était pas complètement inconnue de notre système juridique lors de son intégration au droit français puisqu'elle trouve ses origines dans le droit romain²².

Elle disparaît sous le règne de l'empereur Justinien et refait son apparition lors de la renaissance du droit romain au Moyen Age et présente alors des caractéristiques différentes de celles qu'elle avait à Rome.

Elle sera condamnée par la Révolution Française car elle constituait l'un des symboles de l'Ancien Régime puisque cet outil avait permis de conserver les actifs au sein de la même famille. Néanmoins cela ne l'a pas empêchée d'une part, de faire des apparitions en jurisprudence et d'autre part, d'être l'objet de travaux d'auteurs de la doctrine.

Enfin, même si notre législation a accepté d'intégrer la fiducie, cette dernière n'était pas complètement ignorée par notre système de droit. En effet, il existait des applications récentes du mécanisme fiduciaire que certains auteurs appellent les « *fiducies innommées* » (notamment les dispositions de la loi 81-1 du 2 janvier 1981 dite loi Dailly²³ codifiée par les articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier²⁴, les sûretés opérant transfert de propriété consacrées par le droit des marchés financiers).

Comme l'indiquait, Berthold Sprung, « *l'histoire de la propriété avec ses variations et secousses historiques, demeure une source pour la compréhension totale du problème, et la*

²² Claude Witz rappelle que l'« *On rencontre cette figure (la fiducie) à toute époque et dans toute contrée, que ce soit dans l'Egypte des pharaons, dans la Grèce antique, dans le vieux droit musulman, au Japon 500 avant Jésus Christ ou à Rome* » « *Rapport introductif – Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe* » in « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Colloque organisé le 29 janvier 1990, Bulletin Joly, 1991 n°4bis, p.9

²³ Loi facilitant le crédit aux entreprises.

²⁴ Cette loi comme le rappelle Claude Witz permet aux « *banquiers français de donner à la cession de créance à titre de garantie un essor comparable à celui de la Globalzession du droit allemand. (...). Etant précisé que d'une part, le législateur français avait déjà antérieurement à la loi Dailly consacré la cession de créance à titre de garantie et d'autre part que la pratique bancaire recourt de longue date à cette technique dans le cadre des opérations de pension* ». Intervention intitulée « *les transferts fiduciaires à titre de garantie* » de Claude Witz dans le cadre du colloque intitulé « *Les opérations fiduciaires* », qui s'est tenu à Luxembourg le 20 et 21 septembre 1984. Ces journées ont été publiées dans la collection FEDUCI publiée chez LGDJ, 1985

fiducie, comme elle se répercute dans certains domaines du droit, demeure une spécialité dans la formation juridique du droit de propriété »²⁵.

Claude Witz a rappelé que la fiducie « *ne doit pas être étudiée, de manière statique mais évolutive. La fiducie participe, en effet, au développement des techniques concurrentes. (...) Ce caractère non statique mais évolutif de l'institution caractérise également son régime juridique* ». ²⁶

C'est pourquoi, il est nécessaire afin de mieux comprendre les questions soulevées par la fiducie à l'heure actuelle de revenir à sa source, le droit romain, et de suivre son évolution à travers sa pratique.

Le droit romain

Isidore Glard déclare que la fiducie « *est née d'une raison économique, la nécessité de constituer une sûreté réelle au profit d'un créancier* ». L'auteur rappelle que d'une part, (...), le gage n'était pas connu, parce que la possession n'était pas encore protégée aux mains du non-propriétaire, d'autre part les modes solennels de dation, la mancipation et l'in jure cessio, transféraient la propriété à titre incommutable, perpétuel et n'admettaient aucune condition résolutoire. (...) Mais l'esprit pratique des Romains peut suppléer à l'insuffisance de la loi : le débiteur aliénait solennellement son bien au créancier, et il était convenu qu'après paiement de la dette, le créancier, par une nouvelle datio, retransférait le bien au premier propriétaire; l'acquéreur le promettait sur sa foi. Cet arrangement, c'est la fiducie»²⁷. Cet engagement de la part de l'acquéreur est le pacte de fiducie (« *pactum fiduciae* ») tendant à imposer à ce dernier l'obligation de restituer la chose ou la quantité reçue²⁸ et donc

²⁵ Ce problème, selon l'auteur, était lié d'une part, à la difficulté de définir la fiducie et d'autre part, aux restrictions à l'exercice du droit de propriété dans le cadre d'une fiducie, Intervention de Berthold Sprung, Docteur en droit de l'université de Vienne, page 131, intervention au congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937

²⁶ Rapport introductif de Claude Witz dans le cadre du colloque intitulé « *Les opérations fiduciaires* », qui s'est tenu à Luxembourg le 20 et 21 septembre 1984. L'auteur indique que plus d'un siècle de fonctionnement a permis à la « *Treuhand* » du droit allemand d'acquérir un régime juridique se distinguant à maints égards de la fiducie de droit français

²⁷ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 20

²⁸ « *Le pacte de fiducie est un pacte adjoint à une mancipatio ou à une in jure cessio, et par lequel l'accipiens s'engage sous sa foi (fide fiduciae) à se dessaisir, à l'époque fixée d'après la convention, de la chose ou du droit à lui transféré, soit par une retranslation, soit par un affranchissement. (...) Il revêt la forme la forme d'un pacte accessoire, ou, si l'on veut d'une clause secrète, passée par acte séparé ; c'est pour cela qu'il s'appuie principalement sur la fides de la partie obligée.* » « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Génys, 1885, page 13

d'anéantir l'effet de la dation opérée. Le pacte de fiducie révèle ainsi le but recherché par les parties qui ont organisé le transfert au moyen de la « *mancipatio* » ou de l'« *in jure cessio* ». Comme le précise l'auteur, ce mécanisme conventionnel « *allait à l'encontre des anciennes règles qui prohibent l'aliénation ad tempus, procédant par suite timidement, cette nouvelle institution nous apparaît donc comme une contre-lettre, une clause probablement secrète entre les parties à son origine, clause qui tend à atténuer les effets rigoureux d'un acte solennel qui l'a précédée par l'exécution d'un autre acte juridique en sens inverse, amenant ainsi une sorte de restitution dans le statu quo ante, après que le résultat a été atteint. (...). Naturellement les Romains ne s'en tinrent pas à cette application, et quand la fiducie fut entrée dans la pratique comme moyen-type nouveau, ils y recoururent toutes les fois qu'une contre-lettre pouvait servir utilement à limiter les effets d'une aliénation, par la réserve d'un droit de retour. Dès lors on conçoit a priori, que, si simple qu'il était d'abord, le but de la fiducie devint double, en d'autres termes que son usage put servir à une double fin générale : suppléer à la loi ou la tourner, remédier à ses lacunes, ou en éluder les dispositions les plus restrictives, plus explicitement éviter les effets trop absolus d'une aliénation sincère, ou s'assurer les conséquences d'une aliénation fictive en quelque sorte, quoique réalisée. En d'autres termes, l'opération fiduciaire s'analyse en un transfert de propriété accompagné d'une promesse de retour* »²⁹.

Isidore Glard, en essayant d'englober toutes les utilisations de la fiducie³⁰, a défini celle-ci comme « *une convention fondée sur la bonne foi ayant pour cause un acte juridique solennel translatif d'un droit de propriété ou de puissance et pour objet un acte juridique inverse tendant à anéantir les effets du premier en obligeant l'acquéreur à se dessaisir de la chose ou de la personne reçue, soit par un transfert de propriété ou de puissance en sens inverse, soit par un affranchissement.* »³¹ Ainsi, l'acquéreur contractait l'obligation de se dessaisir de la chose ou du droit transféré(e) et engageait ainsi sa responsabilité en cas d'inexécution³².

²⁹ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, pages 21 et 22

³⁰ L'auteur rappelle que le terme de fiducie « *prend divers sens dans les textes : il désigne tantôt le pacte de fiducie, tantôt l'aliénation fiduciaire elle-même ou la chose qui en est l'objet, tantôt encore un mode spécial de sûreté réelle* » « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 18

³¹ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 22

³² « *Dans toutes ces applications, le pacte de fiducie nous apparaît à l'époque classique, comme un acte reconnu par le droit et sanctionné par une action de bonne foi, l'actio fiduciae (...). Mais il ne nous semble pas que cette action ait existé de tout temps à Rome (...) Une semblable convention ne pouvait à l'époque ancienne, être autre chose qu'un acte entièrement ignoré du droit, reposant sur la fides de l'obligé et dépourvu de toute sanction juridique. (...). Il est probable que pour suppléer au défaut de la sanction juridique d'une action, celui qui s'obligeait par la fiducie engageait*

La question de la date de l'introduction de la fiducie en droit romain reste entière et discutée mais d'après Isidore Glard, celle-ci trouverait sa source dans la loi des XII tables (450 avant Jésus Christ) et son usage daterait au moins du IV^{ème} siècle de Rome³³.

Ainsi, comme le constate Claude Witz, le transfert de propriété de biens dont l'acquéreur est prié d'opérer le retransfert constitue non seulement l'armature de la fiducie mais également du fidéicommiss³⁴. C'est pourquoi, il est nécessaire d'étendre nos réflexions au fidéicommiss.

Pour avoir une idée de l'importance de la fiducie en droit romain, il est nécessaire de lister les différentes utilisations qui étaient faites de la fiducie. Cependant, comme le souligne François Gény, « *aucun des textes connus de nous ne présente une théorie complète de la fiducia. Cette théorie, les interprètes modernes ont dû, à l'aide de fragments épars et souvent disparates, chercher à le reconstituer* »³⁵, cependant nous sommes certains qu'il existait d'une part, des

spécialement sa foi (fides, fiducia). Si cela nous semble étrange, il faut nous représenter l'idée que les romains se faisaient de la fides. A Rome, la fides n'était pas seulement un lien moral mais encore un lien religieux. Divinité (...) la fides avait à Rome plusieurs temples, (...) la religion romaine considérait encore la fides comme un attribut de Jupiter honoré sous le nom de Dius Fidius. Le Dius Fidius vengeait les offenses à la bonne foi et la rupture des promesses faites sous la garantie de la fides. (...) Il suffit de parcourir les poètes et les auteurs littéraires pour voir combien la foi promise était respectée dans les premiers âges de Rome. (...) Cette absence de protection juridique pour les rapports nés du pacte de fiducie n'eut pas d'inconvénient sensible, tant que les mœurs et la religion suppléant la loi, la parole donnée sous la garantie de la foi était respectée à l'égal d'un engagement civil. Le culte de la fides et du dius fidius fut de plus en plus abandonné ». Une action délictuelle sanctionnant la violation grave du pacte de fiducie fut introduite, puis comme celle-ci était considérée comme manifestement trop rigoureuse et était aussi insuffisante, celle-ci fut remplacée par une action de bonne foi. « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Gény, 1885, page 15 et suivantes

³³ Acarias (« *Précis de droit romain* ») pense que la fiducie remonte exactement à la loi des XII tables tandis que Mommsen (« *Zitsch, des Sarig. Stiftung* ») prétend voir l'origine de la fiducie dans une stipulation qui peu à peu a dégénéré en simple convention.

³⁴ « *La fiducie en droit privé français* » Claude Witz, édition Economica, 1981, paragraphe 20

³⁵ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Gény, 1885, page 2. L'auteur rappelle qu'avant le XIX^{ème} siècle, « *on n'était guère renseigné sur la fiducie que par les passages d'un petit nombre d'écrivains littéraires tels que Cicéron (...), Boèce (...), Saint Isidore de Séville (...). Quant aux jurisconsultes, (...) Paul seul donnait quelques détails sur la fiducia. A côté de ces sources, nous en possédons aujourd'hui d'autres qui nous permettent d'avoir de la fiducia une idée plus exacte. Les institutes de Gaius ont fait mieux comprendre le rôle du pactum fiduciae dans la matière des droits de la famille (...). Enfin, une plaque de bronze, dont l'inscription est relative à une mancipatio avec pacte de fiducie, découverte en 1868 au sud de l'Andalousie, dans l'ancienne province de Bétique a fourni de précieux renseignements pour l'étude de la fiducia en général, et celle de la fiducia cum creditore en particulier.* » L'auteur précise également qu'il est assez « difficile de retrouver les diverses hypothèses où la fiducie était employée en pratique, à raison du soin que les compilateurs ont mis à faire disparaître de l'œuvre législative de Justinien, toutes les traces de cette institution ».

applications dans le droit des personnes et d'autre part, des applications dans le droit des choses³⁶.

La fiducie dans le droit des personnes

Comme le présente, René Jacquelin, « *l'étude des applications de la fiducie dans le droit des personnes, qui à la vérité devaient occuper une grande place dans la pratique journalière de Rome, est sans doute curieuse en ce qu'elle nous fait connaître tout un côté des mœurs et du caractère romains, mais elle n'est pas très importante au point de vue juridique. (...) Le but de l'opération a une importance capitale, c'est lui qui nous donne l'idée dominante de cette étude. (...) Ce but est d'ailleurs très varié mais peut être rangé en deux grandes catégories principales* »³⁷. Celles-ci sont d'une part, les fiducies ayant pour vocation de modifier l'état des personnes et d'autre part, les fiducies permettant à une personne d'acquérir la capacité.

La fiducie en vue de modifier l'état des personnes

La fiducie utilisée en vue de modifier l'état des personnes connaissait quatre applications (l'acquisition de la cité³⁸, la mancipation fiduciaire, l'émancipation et l'adoption).

- La fiducie était un moyen pour atteindre un but très particulier : l'acquisition de la cité. Jusqu'à l'édit de Caracalla³⁹, les Latins sous Rome étaient les mieux traités des peuples faisant partie de l'empire romain. A ce titre, ils avaient la possibilité d'acquérir la cité romaine en venant s'établir à Rome mais à la condition de laisser dans leur patrie (« *municipe* ») un ou plusieurs descendants.
« *Or le père latin qui voulait, tout en devenant romain, faire bénéficier également son fils du droit de cité, c'est-à-dire se soustraire à la condition imposée* »⁴⁰ utilisait la fiducie de la manière suivante. Le latin avant de s'installer à Rome procédait à la mancipation de ses

³⁶ Nous reprenons la distinction effectuée par René Jacquelin dans sa thèse « *Droit romain de la fiducie* », Faculté de droit de Paris, 1891, page 224

³⁷ « *Droit romain de la fiducie* » thèse de René Jacquelin, page 225

³⁸ « *Jus civitas* » c'est-à-dire la citoyenneté romaine

³⁹ « *La Constitution antoninienne, appelée édit de Caracalla, accorde en 212 le droit de cité romaine à tous les habitants libres de l'Empire qui ne l'avaient pas encore. Les raisons de cette constitution impériale (décision de l'empereur qui a force de loi) sont mal connues : fiscales (élargir l'assiette de l'impôt), politiques (rallier les provinciaux à Caracalla, après l'assassinat de son frère, Geta, par l'empereur lui-même), philosophiques (stoïcisme de l'entourage impérial) ou administratives (simplification des procédures en unifiant les statuts individuels). La portée d'une telle mesure est en revanche considérable, même si certains effets sont discutés. Les implications politiques notamment sont faibles, la citoyenneté romaine sous l'Empire étant constituée d'une série de droits plus civils que proprement politiques* ». Encyclopédie Universalis

⁴⁰ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, op. cit, page 55

enfants qu'il laissait chez lui ou chez un romain. Cette cession (« *datio* ») était assortie d'un pacte d'affranchissement fiduciaire qui ne devait recevoir son exécution qu'après l'acquisition du droit de cité « *jus civitatis* » par le latin lui-même (celui qui avait acquis la cité).

Grâce à ce moyen, les enfants du latin qui avait acquis la cité étaient affranchis par la personne qui avait la mancipation et devenaient eux aussi des citoyens romains.

- La mancipation fiduciaire d'un « *alieni juris* ». Isidore Glard rappelle que la « *patria potestas* » était un pouvoir souverain, une véritable propriété, allant jusqu'au droit de vie et de mort, il est probable que le père, à l'origine, recourait au *mancipium* de ses enfants pour se procurer des ressources, mais il est également prévu que cette aliénation n'était que pour un temps, en ce sens qu'il était simplement convenu, par fiducie sans doute, entre le père et l'acquéreur, que ce dernier affranchirait l'enfant ou le remanciperait au père à l'époque fixée »⁴¹.
- La fiducie pouvait être utilisée dans le cadre d'une émancipation⁴². Cette opération consistait à sortir un « *alieni juris* » de sa famille et le rendre ensuite « *sui juris* ».

Isidore Glard résume assez bien cette utilisation de la fiducie en déclarant que « l'émancipation est une opération double ; il faut éteindre la puissance du « *pater familias* » sur son « *alieni juris* », puis faire un « *sui juris* » de cet « *alieni juris* » »⁴³.

Ainsi, le « *pater familias* »⁴⁴ procédait à la mancipation du « *filius familias* » ou d'un autre enfant au profit d'un tiers⁴⁵.

⁴¹ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, op. cit, page 48. L'auteur rappelle que ces mancipations devaient être fréquentes car il existait une preuve indirecte dans la loi des XII tables qui, pour éviter les abus, déclare le père de famille déchu de la « *patria potestas* » après trois ventes successives ou une vente de sa fille et de ses petits-enfants

⁴² C'est-à-dire que par un acte volontaire, il faisait cesser sa puissance sur ses descendants. Cette institution n'a pas été employée sur une grande échelle.

⁴³ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, op. cit, page 49

⁴⁴ Le *pater familias* (père de famille) exerce la « *patria potestas* » (puissance paternelle. Le groupe familial forme une petite monarchie avec, à sa tête, un maître absolu (...). C'est autour du « *pater familias* », vivant ou mort, que gravitent trois cercles : la « *domus* », « l'agnation » et la « *gens* » « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Collection Précis Dalloz*, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 59.

⁴⁵ « *La domus se compose avant tout d'un pater familias, seule personne du groupe à être, au sens juridique, pleinement capable, « sui juris » (ce qui peut se traduire par : ayant lui-même son droit). Ses sujets, qui sont tous les autres membres de la « domus » sont des « alieni juris » soumis au droit d'autrui, au pouvoir du « pater » : ce sont sa femme, ses descendants, par les mâles, fils, filles non mariées, les enfants des fils ; les brus aussi à l'égard desquelles la puissance paternelle se combine avec la puissance maritale. (...) L'arbitraire du pater familias a été peu à peu restreint, et la capacité de ses descendants (pour simplifier on dira le fils de famille) a été étendue. Ces résultats ont été les fruits d'un effort incessant. Les premières mesures ont été l'œuvre du préteur, et concernant le*

A noter qu'il était nécessaire d'effectuer trois mancipation successives afin que la « *patria potestas* » puisse s'éteindre lorsqu'il s'agissait d'un « *filiusfamilias* »⁴⁶.

Cette troisième mancipation au profit du tiers avait lieu « *cum fiducia* », c'est-à-dire que le pacte de fiducie faisait au tiers une obligation d'affranchir l'enfant, « *l'alieni juris* ».

Parfois, le « *pactum fiduciae* »⁴⁷ qui était employé prévoyait que le tiers, au lieu d'affranchir le fils de famille sur qui il avait acquis le « *mancipium* », procéderait à une nouvelle mancipation au profit de son père naturel, en rendant au « *pater familias* » son ancien fils (« *filius familias* »)⁴⁸. Dans ce dernier cas, où le tiers remancipait « à son ancien *paterfamilias*, à son père par le sang, (c'était alors ce dernier redevenu titulaire du « *mancipium* » sur son « *alieni juris* », non plus de la « *patria potestas* ») qui réalisait l'affranchissement et rendait ainsi « *sui juris* » son ancien « *filiusfamilias* » sur lequel il avait encore un « *mancipium* »⁴⁹.

Dans les deux cas, il convient de rappeler que « *L'affranchissement une fois accompli produisait tous ses effets ordinaires, en rendant « sui juris » celui qui en avait été l'objet et notamment d'après le droit civil le « filius familias » perdait tout droit sur la succession de son ancien « pater familias »* »⁵⁰.

François Géný rappelle que « *le pacte fiduciaire de remancipation perdit toute sa raison d'être et cessa définitivement d'être en usage, que le jour où Justinien, complétant une réforme d'Anastase décida que l'émancipation, accomplie désormais par simple déclaration devant le magistrat, aurait de plein droit les effets de l'émancipation contracta fiducia* »⁵¹.

patrimoine : la capacité du fils de famille est accrue et, dans certains cas, le père est obligé d'exécuter les contrats passés par ce fils. (...) La législation du Haut-Empire vient protéger la personne des alieni juris contre le droit de vie et de mort du pater. Elle octroie aussi une autonomie patrimoniale au fils de famille militaire. Le Bas-Empire multipliera les mesures.» Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphes 59 et 64.

⁴⁶ Isidore Glard précise que pour éteindre la puissance du *paterfamilias*, il était nécessaire d'effectuer deux mancipation successives suivies de deux affranchissements et une troisième mancipation pour les fils, par une seule mancipation pour les autres descendants. « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 49

⁴⁷ C'est-à-dire la convention de fiducie

⁴⁸ Comme le précise René Jacquelin, « *Dans le premier cas, le « pactum fiduciae » apparaît avec le caractère de dessaisissement, dans le second cas il se montre sous la forme d'un pacte de restitution.»* thèse « *Droit romain de la fiducie* », Faculté de droit de Paris, 1891, page 228

⁴⁹ « *Droit romain de la fiducie* » thèse de René Jacquelin, Faculté de droit de Paris, 1891, page 228

⁵⁰ « *Droit romain de la fiducie* » thèse de René Jacquelin, op. cit, page 229

⁵¹ « *Etude sur la fiducie* » François Géný, Thèse de la faculté de droit de Nancy, , 1885, page 53

- La fiducie pouvait servir à réaliser une adoption⁵² : Le « *pater familias* » mancipait son enfant soit à l'adoptant, soit à un tiers quelconque qui l'affranchissait. Ainsi, l'adopté conservait sa qualité d'« *alieni juris* » mais changeait de famille. Par conséquent, l'adoption a un « *double but : éteindre la « patria potestas du père naturel, la faire acquérir au père adoptif* »⁵³.

Comme dans le cadre de l'émancipation, à l'égard du fils, il était nécessaire de faire disparaître la « *patria potestas* » du père naturel. Pour ce faire, il convenait de réaliser trois mancipation suivies les deux premières d'un affranchissement en exécution d'un pacte de fiducie (« *pactum fiduciae* »).

Ainsi, comme l'indique Isidore Glard, « *il fallait avoir recours à une véritable aliénation, réelle ou fictive pour atteindre le but proposé, et non une simple reconnaissance de droit (...)* »⁵⁴.

Cette aliénation était donc complétée du « *pactum fiduciae* (ou appelé « *pactum conventum* »⁵⁵ c'est-à-dire le pacte fiduciaire). Deux scénarii pouvaient se présenter « *Ou le pacte oblige l'acquéreur à retransférer au pater familias naturel le mancipium sur son enfant, et il l'exécute au moyen d'une remancipation, après quoi le père naturel opère directement en vue de l'adoption ; ou le pacte oblige simplement l'acquéreur à laisser consommer l'adoption. Celle-ci s'opère dans tous les cas au moyen d'une in jure cessio* »⁵⁶.

Ainsi, soit le père adoptif se rapprochait du « *pater familias* » et ce dernier céda l'enfant via l'« *in jure cessio* », soit c'était l'acquéreur qui en tant que titulaire du « *mancipium* » céda l'enfant au père adoptif via l'« *in jure cessio* ».

René Jacquelin rappelle que même si « *l'intervention d'un pactum fiduciae est un point universellement admis, (...) le pactum fiduciae pouvait être tacite, il était une clause*

⁵² « *La terminologie romaine réservait ce terme au cas d'un adopté « alieni juris », qui ne faisait que changer de « pater familias. Lorsqu'un sui juris était adopté, et passait ainsi de la pleine capacité à l'incapacité, on employait le mot d'adrogation* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 133

⁵³ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 50

⁵⁴ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 35

⁵⁵ Isidore Glard rappelle que la fiducie n'est pas une convention mais un pacte. En droit romain, « *la convention des parties ne suffisait pas pour engendrer l'obligation civile ; seuls les contrats avaient ce pouvoir (...). Or la fiducie ne rend dans aucun de ces types, et primitivement elle n'a aucune sanction, c'est donc un pacte* ».

⁵⁶ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 51

secrète qui le figurait même pas d'une façon apparente dans l'acte solennel auquel il était adjoint (..) »⁵⁷.

Le plus souvent, comme l'indique René Jacquelin⁵⁸, il n'y avait pas trois mancipations successives⁵⁹, et par conséquent la « *patria potestas* » du « *pater familias* » n'était pas éteinte. Par conséquent, le second acquéreur le remancipait à son ancien « *pater familias* » en vertu du « *pactum fiduciae* » de restitution. Ce pacte de fiducie revêtait donc alors le caractère d'un pacte de restitution.

Comme le précise Nathalie Cordier-Dumonnet, cette utilisation de l'adoption pourrait être « *qualifiée a posteriori, de « détournements d'institutions »*⁶⁰.

La fiducie en vue d'acquérir la capacité

La fiducie (« *coemptio fiducia causa* ») fut utilisée pour permettre d'une part, aux femmes « *sui juris* » d'écarter la tutelle perpétuelle des agnats et d'autre part, aux femmes ingénues de pouvoir tester sans devoir obtenir le consentement d'une quelconque personne⁶¹. En ce qui concerne cette dernière application, l'empereur Adrien décida qu'elles étaient capables de tester avec l'« *auctoritas tutoris* » sans avoir besoin de recourir à la fiducie.

Dans le cadre du changement de tutelle, René Jacquelin décrit le pacte fiduciaire en trois parties : « la « *coemptio fiduciae causa* », c'est-à-dire la conclusion d'une « *coemptio* » avec « *manus* » purement fictive et contenant ou impliquant une clause de dessaisissement au profit d'un tiers ou d'affranchissement au profit de la femme elle-même ; la « *remancipatio fiducia causa* »⁶² c'est-à-dire la dation de la femme en « *mancipium* », contenant ou impliquant une cause fiduciaire d'affranchissement ; enfin l'affranchissement ».⁶³

⁵⁷ « *Droit romain de la fiducie* », thèse de René Jacquelin, Faculté de droit de Paris, 1891, page 233

⁵⁸ « *Droit romain de la fiducie* », thèse de René Jacquelin, Faculté de droit de Paris, 1891, page 228

⁵⁹ Comme c'était le cas pour l'émancipation et conformément à la loi des douze tables, il était nécessaire d'effectuer trois mancipations car comme le rappelle René Jacquelin, l'adoption a comme l'émancipation a un double but « *faire d'abord sortir l'enfant de la famille à laquelle il appartient, lui donner un rang dans une autre famille* »

⁶⁰ Thèse « *Le détournement d'institution* » Nathalie Cordier-Dumonnet, 2010, paragraphe 12

⁶¹ Dans cette première phase, la femme « *sui juris* » devient « *alieni juris* » et se placera sous l'autorité de cet acquéreur

⁶² Isidore Glard « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 52

⁶³ « *Droit romain de la fiducie* », thèse de René Jacquelin, Faculté de droit de Paris, 1891, page 247

La fiducie dans le droit des biens

Comme l'indiquent, Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, « *il existe, en droit romain, quatre contrats réels de bonne foi : la fiducie, le dépôt, le commodat et le gage. (...) La fiducie a peut-être anciennement couvert à elle seule tous ces besoins, et permis tout à la fois, le dépôt, le prêt à usage (commodat) et le gage. L'accipiens devenait propriétaire de la chose mais prenait l'engagement de la restituer* »⁶⁴. Ainsi, comme le rappelle François Génys, de nombreux auteurs « *admettent sans difficulté qu'on employait d'abord pour faire un dépôt, un prêt à usage, ou un gage, la mancipation accompagnée d'une clause de fiducie. Par la suite, on aurait fait disparaître la formalité inutile de la mancipation, pour se contenter de la simple remise de la chose. Ainsi auraient été créés des actions vulgaires spéciales pour le prêt à usage, le dépôt et la remise d'un gage* »⁶⁵.

La fiducie dans le droit des choses se manifestait par deux applications, la « *fiducia cum amico* » et la « *fiducia cum creditore* » Cette distinction est issue des travaux du jurisconsulte Gaius⁶⁶.

La « fiducia cum amico »

La « *fiducia cum amico* » a des rôles multiples et n'était pas limitée au seul rôle de dépôt. « *C'est l'opération fiduciaire qui, supposant entre les parties des relations d'affection, a pour objet de procurer un service d'ami, soit au constituant, soit au fiduciaire, que cette opération fiduciaire intervienne elle-même à titre principal dans une intention libérale, ou qu'elle intervienne seulement à titre accessoire dans l'exécution d'une libéralité* »⁶⁷.

⁶⁴ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 923.

⁶⁵ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Génys, 1885, page 58. L'auteur ne pense pas que la fiducie a préexisté à ces contrats (dépôt, prêt à usage, gage) et repousse « (...) le fondement théorique de cette opinion, qui repose sur une interprétation erronée, (...) du texte de la loi des douze tables » Pour ce dernier, les contrats sus-visés et la fiducie ont coexisté, « *la preuve que la fiducie était bien distincte du dépôt, du commodat et du gage, c'est que même à une époque plus récente, à côté de ces rapports érigés en contrats réels nommés, nous retrouvons encore l'aliénation fiduciaire employée dans le même but* ».

⁶⁶ Institutes, II, 60. Claude Witz l'a rappelé dans le cadre de son rapport introductif du colloque intitulé « *Les opérations fiduciaires* », colloque qui s'est tenu à Luxembourg le 20 et 21 septembre 1984. Ces journées ont été publiées dans la collection FEDUCI chez LGDJ, 1985

⁶⁷ « *Droit romain de la fiducie* », Thèse de René Jacquelin, page 353, Faculté de droit de Paris, 1891

On peut distinguer les fiducies « *cum amico* » ayant pour but de suppléer à l'insuffisance de la loi de celles qui ont pour objectif principal de contourner les prohibitions de la loi.

- Avant que le contrat de commodat ne soit reconnu comme tel par le droit romain, la personne qui voulait prêter à usage l'un de ses biens à son ami n'avait qu'un seul moyen, utiliser la « *fiducia cum amico* ».

Cette application avait pour but de rendre un service d'ami au fiduciaire. Il en est de même pour le contrat de dépôt qui permettait à un constituant⁶⁸ de confier pour un certain temps à un ami ses biens en lui transférant leur propriété.

- Le droit romain interdisait les donations entre époux, hormis les donations à cause de mort. La femme donne un de ses fonds de terre en fiducie à son mari, à la charge fiduciaire de le rendre après sa mort à leur fils commun. La femme s'est alors servie de son mari comme d'un exécuteur de ses volontés⁶⁹. Cette opération est valable et le mari aura de son vivant pu jouir du bien dont sa femme a voulu le gratifier⁷⁰.

Ainsi, on peut constater qu'en droit romain la « *fiducia cum amico* » correspondait à un contrat de dépôt ou de prêt à usage.

La « *fiducia cum creditore* »

La « *fiducia cum creditore* » a eu dans le droit romain une influence considérable et c'est cette application de la fiducie que l'on rencontre dans le plus grand nombre de textes interpolés⁷¹. C'est aussi celle qui nous connaissons le mieux. Enfin, contrairement à la « *fiducia cum amico* », la « *fiducia cum creditore* » a une fonction économique.

Comme le rappelle Claude Witz, la « *fiducia cum creditore* » est l'une des premières sûretés apparue en droit romain⁷². Afin de constituer cette sûreté, le débiteur transfère

⁶⁸ Les vaincus d'un parti étaient condamnés à prendre la fuite et dans ces circonstances transmettaient leurs actifs à un ami « puissant » « *Droit romain de la fiducie* », Thèse de René Jacquelin, page 358, Faculté de droit de Paris, 1891

⁶⁹ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Gény, 1885, page 54. Ainsi l'auteur rappelle que « *Quand la convention in manum per coemptio n a pas lieu sérieusement matrimonii causa, mais en vue d'é luder certaines prescriptions gênantes, on dit qu'elle est faite fiduciae causa.* » Ainsi dans ce cadre, le pacte de fiducie est « *un moyen imaginé par les jurisconsultes pour faire fraude à la loi* ».

⁷⁰ « *Droit romain de la fiducie* », Thèse de René Jacquelin, page 362, Faculté de droit de Paris, 1891

⁷¹ « *Droit romain de la fiducie* », Thèse de René Jacquelin, page 254, Faculté de droit de Paris, 1891

⁷² « *La fiducie en droit privé français* » Claude Witz, édition Economica, 1981

également la propriété d'un de ses biens à son créancier, à charge pour lui de la restituer une fois que la dette sera remboursée. Ainsi cette application de la fiducie a servi « à satisfaire les nécessités du commerce juridique en procurant une sûreté réelle au créancier qui ne consentait à mettre sa confiance que dans un bien et non dans une personne ».

Ce transfert de propriété ne se faisait pas à titre gratuit, mais à un prix minimum purement nominal. François Géný explique les raisons de la fixation de ce prix car le « but de l'aliénation fiduciaire est de donner au créancier une sûreté réelle gratuite. S'il (le créancier) avait dû payer pour cette sûreté au prix sérieux, le but voulu n'était pas atteint ». En effet, l'auteur rappelle que si le créancier avait payé le bien à sa valeur vénale, contre restitution du bien au remboursement de sa créance, « cela aurait fait de l'aliénation fiduciaire une véritable vente à pacte de rachat »⁷³.

François Géný indique que les juristes romains avaient constaté que « le créancier nanti de la possession n'avait pas même un droit de rétention efficace. Sa garantie était donc tout à fait insuffisante. Reconnaître un droit réel spécial, permettant au créancier non payé à l'échéance de faire vendre la chose et de se rembourser sur le prix, eût été plus contraire encore aux idées juridiques de cette époque. A part les servitudes, on ne connaissait en fait de droit réel, que la propriété. Les Romains usèrent ici d'un procédé qui leur était familier. Plutôt que de créer de toutes pièces une forme juridique nouvelle, ils préféraient adapter une forme existante à un but pour lequel elle n'avait pas été faite, en l'appropriant à ce but. Pour donner une chose en garantie à un créancier, il suffisait de lui transférer la propriété, en l'obligeant à la restituer, une fois la dette payée. L'idée trouvée, le moyen de la réaliser fut fourni par la mancipatio ou l'in jure cessio, accompagnée d'un pactum fiduciae »⁷⁴.

⁷³ « Etude sur la fiducie » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 73. L'auteur rappelle les différences opposant la fiducie à la vente à réméré (page 80). « Dans la vente à réméré, le rachat est pour le vendeur une faculté, non une obligation. (...) Le vendeur qui peut à son gré racheter ou non la chose n'hésitera pas, si cette chose est perdue ou détériorée, à la laisser chez l'acheteur (...) Au contraire, l'acheteur à réméré acquiert définitivement tous les fruits ; mais aussi les dépenses qu'il fait sur la chose restent à sa charge. »

⁷⁴ « Etude sur la fiducie » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 65. L'auteur rappelle que cette « idée d'employer un transfert de propriété pour constituer une sûreté réelle n'est pas particulière au droit romain. C'est qu'en effet, elle se rattache au principe de l'économie des formes juridiques, principe commun à toutes les législations primitives. Chez les Grecs, l'hypothèque a été précédée de la vente à pacte de rachat, une institution analogue se retrouve chez les Slaves et dans les anciennes lois de la Norvège et de l'Islande. Le mort-gage de l'ancien droit normand et celui du droit anglais, ne sont pas autre chose qu'une aliénation de propriété en faveur du

Le fiduciaire était donc le seul à détenir des droits sur la chose, objet de la fiducie. Le bien, quant à lui, était sorti du gage général des créanciers du débiteur⁷⁵.

Comme l'indique François Géný, « *l'acquéreur fiduciaire devenait propriétaire. En cette qualité, il pouvait user de la chose, en jouir, la revendiquer, et même en disposer. Les droits qu'il conférait sur elle aux tiers étaient irrémédiablement acquis* »⁷⁶. Ce n'était que la conséquence du transfert de propriété. Mais ce droit de propriété est limité car le « *créancier ne doit user de ses droits que dans la mesure nécessaire à la sûreté de sa créance. Non seulement il ne peut contrairement à son obligation principale (mancipatio ou l'in jure cessio), rendre la restitution impossible, mais il doit toujours, dans l'exercice de ses droits, avoir en vue l'intérêt du débiteur* »⁷⁷ car il est responsable de tous les actes contraires à la convention.

Cependant, conformément au pacte de fiducie, le fiduciaire avait pris l'obligation de transférer la chose de la façon convenue et ainsi « *l'acquéreur ne peut évidemment sans manquer au pacte, rendre la restitution impossible par la destruction ou l'aliénation de cette chose* »⁷⁸.

L'auteur insiste à de nombreuses reprises pour mettre en exergue l'originalité de la conception romaine de la fiducie. Cette particularité découle de « *l'emploi du pacte de fiducie, qui comme nous l'avons vu, est distinct et séparé de la dation solennelle, sorte de contrelettre destinée à révéler et à assurer l'intention des parties relativement à l'aliénation opérée. C'est ce pacte qui donne le sens et, pour ainsi dire, la clef de l'acte entier, c'est lui qui fait de l'aliénation une constitution de garantie réelle et qui comportant l'insertion des clauses les plus variées, a été le moyen pratique par lequel s'est développée toute l'institution.* »⁷⁹.

Il faut noter qu'en raison de l'existence dans la plupart des fiducies d'une clause de précaire, il n'était pas nécessaire que le débiteur se dépossède du bien dont il avait

créancier, avec faculté pour le débiteur de dégager la chose. (...) On peut voir quelque chose d'analogue dans la satzung de l'ancien droit germanique. »

⁷⁵ « *Le débiteur perd la propriété de sa chose qui passe au créancier. Il n'en peut plus en disposer : les aliénations qu'il en ferait sont nulles. Il ne peut donc l'engager fiduciairement à un second créancier. Il n'a même plus le droit de la revendiquer contre les tiers, à la différence de celui qui a donné une chose en gage. A l'inverse le créancier devient propriétaire à l'égard de tous, même à l'égard de l'Etat. Son nom remplace, sur les registres publics du cens, celui du débiteur. Lui seul désormais peut aliéner la chose et par conséquent la donner à titre de fiducie à son propre créancier* »
« *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 75

⁷⁶ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 36

⁷⁷ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 75

⁷⁸ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 38

⁷⁹ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 67

transféré la propriété. En effet, la clause de « *precarium* » ou de « *locatio* », est une stipulation par laquelle le créancier propriétaire donnait immédiatement la jouissance de la chose à bail ou à précaire⁸⁰.

Cette clause de « *precarium* » ou de « *locatio* », consentie dans l'intérêt du débiteur avait l'avantage de permettre au débiteur de continuer à percevoir les fruits de la chose transférée dans le cadre de la fiducie, ce qui n'est pas le cas lorsque le créancier conserve la jouissance de la chose⁸¹. Comme les fruits ne correspondent pas forcément aux intérêts de la somme prêtée, les praticiens ont eu l'idée de fixer le montant du loyer sur celui des intérêts devant être perçus par le créancier. Enfin, cette clause protège le créancier car le débiteur est empêché d'« *usurecipere* » c'est-à-dire de reconquérir la propriété de la chose par une possession d'un an sans juste titre ni bonne foi. Il ne peut « *l'usurecipere* » tant que sa dette n'est pas payée. Enfin, compte tenu du fait, que le créancier pouvait à volonté révoquer la concession, on compléta cette convention par la clause de bail.

Par la suite, l'insertion de la « *lex commissoria* » a permis au créancier de devenir « propriétaire incommutable »⁸². La « *lex commissoria* » est une clause qui prévoit qu'à défaut de paiement, la chose devient la propriété incommutable (définitive) du créancier, en ce sens qu'il n'aura plus à craindre aucune réclamation postérieure du débiteur. Cette clause annule tout simplement le « *pactum fiduciae* »⁸³.

Il est intéressant de constater que cette clause (La « *lex commissoria* ») fut dans la plupart des fiducies, associée au « *pactum fiduciae* ». Dans la pratique, la chose remise au créancier était d'une valeur supérieure au montant de la créance. C'est la raison pour laquelle l'empereur Constantin interdit cette clause en 326. Cependant si exceptionnellement la valeur de la chose était inférieure au montant de sa créance, en s'attribuant la chose, le créancier perdait sa créance et ne pouvait prétendre à une quelconque action à l'encontre du débiteur.

⁸⁰ « *Droit romain de la fiducie* », Thèse de René Jacquelin, page 278, Faculté de droit de Paris,

⁸¹ Comme l'indique François Gény, « le débiteur n'avait peut être d'autre bien que la chose donnée en fiducie ; perdant la jouissance de cette chose, il pouvait être réduit à la misère et sans espoir d'acquitter sa dette. En même temps, le créancier ne souciait pas toujours de donner ses soins à une chose qu'il devait restituer. » « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Gény, 1885, page 68

⁸² « *La fiducie en droit privé français* » Claude Witz, édition Economica, 1981

⁸³ En effet avant l'usage de la *lex commissoria*, le créancier bien que propriétaire était obligé en vertu du pacte de fiducie à restituer la propriété et « ne pouvait pas vendre la chose donnée en fiducie, sans s'exposer à l'*actio fiduciae*. Tout ce qu'il pouvait, c'était poursuivre sans pitié le paiement de sa créance ». Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Gény, 1885, page 68

En outre, le créancier pouvait se faire concéder par le débiteur le droit de vendre la chose en cas de non paiement par le débiteur⁸⁴. En vendant la chose, le créancier réalisait cette vente à ses risques et périls et pouvait voir sa responsabilité engagée par le débiteur aux termes d'une action dénommée « *actio fiducia directa* ».

La clause « *pactum vendendo* », est la clause par laquelle le débiteur renonce à exercer cette action et donc par conséquent s'engage à ne pas rechercher la responsabilité du créancier impayé qui aurait vendu la chose⁸⁵.

Enfin, le créancier qui vendait la chose confiée en fiducie devait garantir à l'acheteur, selon François Géný. Puisque le créancier « *est propriétaire en son propre nom, il faut donc (...) reconnaître à sa charge l'obligation de garantie* »⁸⁶. En cas d'appel de l'action en garantie par l'acheteur à l'encontre du créancier fiduciaire, il semble selon l'auteur que le créancier aurait disposé d'un recours envers son débiteur⁸⁷.

Points communs entre la « *fiducia cum amico* » et la « *fiducia cum creditore* »

Dans les deux types de fiducie, il y a un transfert de propriété (« *datio* ») du fiduciaire au fiduciaire qui était constitué par la mancipation ou « *in jure cessio* » et non par la tradition (« *traditio* »).

⁸⁴ Cette faculté est de droit, à l'époque des juriconsultes, malgré une convention contraire.

⁸⁵ René Jacquelin rappelle que « *Le créancier non payé à l'échéance n'a pas toujours eu de plein droit la faculté de vendre le bien que son débiteur lui avait donné pour sûreté de sa créance, et de se payer sur le prix : pendant longtemps il fallut à cet effet une convention entre les parties. Pourtant dans la fiducia cum creditore, le créancier est propriétaire de la « res fiduciaria » ; de quelle utilité est donc le pactum vendendo ici, le créancier n'est-il pas libre de vendre et d'aliéner le bien qu'il a reçu en fiducie, indépendamment de toute clause ? A la vérité si le créancier aliène la res fiduciaria au profit d'un tiers, en dehors de toute clause l'autorisant à opérer cette aliénation, celle-ci vaudra néanmoins comme telle, car le fiduciaire est propriétaire de la res fiduciaria, tandis qu'au contraire par la mancipatio ou l'in jure cessio le « fiduciae dans » a perdu sur elle tout droit réel ; mais le débiteur pourra intenter l'action fiduciae directa et la responsabilité du créancier sera engagée. L'effet du pactum de vendendo est de dégager le créancier de cette responsabilité vis-à-vis du débiteur. Comme l'a dit M. Gide, le droit que cette clause confère au créancier n'est point un droit réel sur le gage, c'est un droit personnel vis-à-vis du débiteur » « *Droit romain de la fiducie* », Thèse de René Jacquelin, page 272, Faculté de droit de Paris, 1891*

⁸⁶ Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 78

⁸⁷ Selon François Géný « *Le créancier fiduciaire qui a succombé dans l'action en garantie intentée contre lui par l'acheteur, a-t-il un recours contre le débiteur, qui lui a donné en fiducie la chose d'autrui ? Il semble juste de le lui accorder, (...) Mais quel sera ce recours ? On ne peut penser à l'actio auctoritatis, puisque le mancipatio fiduciae causa été faite, ainsi que nous l'avons vu, pour un prix nominal. D'ailleurs cette action n'eut été ouverte, si l'aliénation fiduciaire avait eu lieu par in jure cessio. Peut être peut-on dire que, la satisfaction procurée au créancier par la vente ayant disparu par suite de poursuite judiciaire par l'acheteur, son ancienne action de créance revit. Mais cette actio n'était pas suffisante, si le créancier avait dû, en qualité d'auctor (garant), payer le double à l'acheteur évincé. Aussi pensons-nous que le créancier trouvait un recours plus complet dans l'actio fiduciae contraria, qu'on ne devait pas hésiter à lui accorder ici.* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 78

- L'« *in jure cessio* » a la particularité d'effectuer un transfert de propriété en justice. Le vendeur et l'acquéreur signent dans un premier temps un contrat. Puis, les parties à la convention se présentent devant un magistrat (prêteur) où l'acquéreur revendique la chose et le vendeur silencieux abandonne son droit. Le magistrat constate cette situation et n'a plus qu'à adjuger la propriété à l'acquéreur.

Cette procédure applicable à toutes les choses (« *res Mancipi* » et « *res nec Mancipi* ») était réservée aux citoyens romains uniquement. Cette procédure est tombée en désuétude car elle nécessitait un déplacement devant un magistrat. Elle disparut sous l'Empire.

En effet, la mancipation ainsi évoquée était le mode de transfert exclusif de la propriété des « *res Mancipi* ». Mais ce mode de transfert de propriété formaliste aux rites archaïques a connu un déclin au cours de l'histoire romaine. Elle existait encore sous le code théodosien (IV^{ème} siècle après Jésus Christ) mais a disparu du Code Justinien.

Ces deux modes de transfert (« *mancipatio, in jure cessio* ») avaient pour particularité commune d'opérer un transfert de « *propriété à titre incommutable, perpétuel et n'admettaient aucune condition résolutoire* »⁸⁸.

- Le « *pactum fiduciae* » dit le pacte adjoint vise les engagements du fiduciaire de rendre le bien à l'issue de la fiducie et à utiliser le bien conformément aux instructions du fiduciaire.

Il est intéressant de constater que ces deux formalités, le transfert et le pacte adjoint, étaient indissociables⁸⁹ ce qui montrent bien que la propriété transmise au fiduciaire n'était pas libre mais devait être utilisée : il s'agissait d'une propriété finalisée⁹⁰.

En outre, le formalisme relativement lourd de cette convention lié au transfert de propriété et la protection insuffisante du débiteur⁹¹ ont eu pour effet de pousser les juristes à

⁸⁸ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 21

⁸⁹ Isidore Glard s'est posé la question suivante : « *la convention de fiducie faisait elle corps avec la datio solennelle ? En était-elle contraire ou distincte ?* ». L'auteur avait répondu à cette question en déclarant que « *nous croyons donc plus conforme au principe si romain de la simplicité des actes juridiques, de voir avec M. de Ihering, dans la fiducie, une convention distincte de la datio, placée près d'elle, mais comme un accessoire nettement séparé. (...) Au total, la fiducie se présente comme un arrangement subordonné à l'existence d'une datio antérieure mais distinct de celle-ci, et indépendant d'elle dans sa formation comme dans ses effets* ». « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 33

⁹⁰ « *La réception du trust à travers la fiducie* » François Barrière, Thèse de l'Université Paris (II), 2001

⁹¹ « *Le fiduciaire est plein propriétaire de la chose donnée en fiducie, il peut en disposer à son gré, entre-vifs ou à cause de mort, sauf évidemment plus tard à sa voir attaqué, lui ou ses héritiers, par*

chercher des sûretés alternatives, car l'aliénateur fiduciaire (le débiteur) ne disposait d'aucune action réelle à l'encontre des sous acquéreurs du fiduciaire, ce transfert de propriété ne pouvant être remis en cause.

Le constituant disposait néanmoins d'une action personnelle à l'encontre du fiduciaire, une action de bonne foi, civile, « *in jus* », il s'agit de l'« *actio fiduciae directa* ». Cette action permet d'engager la responsabilité du fiduciaire, en cas de dol, faute lourde et faute légère « *in concreto* », le cas fortuit le libère⁹². Par conséquent, « *tout acte par lequel le fiduciaire, quoique propriétaire, rendrait cette restitution impossible, entraîne pour lui une certaine responsabilité. (On exigeait de lui) la même diligence qu'il apporte à ses propres affaires* »⁹³.

Le constituant, se trouvait ainsi privé de tout droit réel et donc de droit de suite sur les biens faisant l'objet d'une fiducie. Cependant, compte tenu du caractère provisoire du transfert de propriété, le constituant « *conserve entre tous les germes de son droit de propriété, germes suffisants pour lui faire supporter les risques dans ses rapports avec le fiduciaire et lui permettre certains actes dans ses rapports avec les tiers* »⁹⁴. Ainsi l'aliénateur fiduciaire pouvait vendre l'actif mis en fiducie même s'il appartenait au fiduciaire. « *La vente romaine en effet n'était que productive d'obligations et rien n'empêchait cette vente de la chose d'autrui ; mais la vente ainsi consentie par le « fiduciae dans » n'aura son effet complet que lorsqu'étant lui-même redevenu propriétaire, il pourra livrer la chose à l'acheteur* »⁹⁵.

De plus, cette sûreté impliquait le dessaisissement de la propriété du bien de la part du constituant (en l'absence de clause de « *precarium* » ou de « *locatio* »). En outre, le bien ayant été donné une fois en fiducie ne pouvait être apporté en garantie d'une autre dette, le crédit du constituant était ainsi épuisé. La fiducie n'était pas susceptible de se fractionner au profit de plusieurs créanciers titulaires de créances différentes⁹⁶.

l'actio fiduciae, en exécution du pacte de fiducie » « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 95

⁹² « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 137

⁹³ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 134

⁹⁴ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 101

⁹⁵ « *Droit romain : De la fiducie* » Isidore Glard, Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894, page 95

⁹⁶ Voir ce sens, René Jacquelin dans sa thèse « *Droit romain de la fiducie* », Faculté de droit de Paris, 1891, page 255

Comme le rappelle Claude Witz, la fiducie telle que pratiquée à Rome comportait déjà « *les traits essentiels de l'institution telle qu'on peut la retrouver dans tous les pays de la famille romano-germanique* :

- *Le fiduciaire devient pleinement propriétaire du bien qui lui est confié ;*
- *Le transfert de propriété effectué à son profit a lieu dans un but de gestion ou de garantie nécessitant, en règle générale, un retransfert du bien à l'issue de l'opération ;*
- *Etant propriétaire, le fiduciaire a des pouvoirs plus étendus que ne l'impliquerait normalement une mission de gestion ou la constitution d'une sûreté* »⁹⁷.

Pour M. Demogue, « *la fiducie personnelle ou à la romaine (...) ne crée pour le fiduciaire qu'une obligation purement personnelle, fiducie personnelle, fiducie fragile, qui n'a comme garantie pratique que l'honnêteté et la solvabilité du fiduciaire (...)* »⁹⁸.

De cette présentation de la fiducie en droit romain, il est aisé de comprendre le développement du gage (« *pignus* ») qui permettait d'une part, au créancier d'avoir la possession du bien et d'autre part, au débiteur de conserver la propriété du bien⁹⁹. Enfin, comme la fiducie, le droit de vendre devint successivement la nature puis l'essence du gage.

L'hypothèque a été également très utilisée car un bien immobilier pouvait faire l'objet de plusieurs hypothèques garantissant plusieurs créanciers, ce qui n'était pas le cas de la fiducie¹⁰⁰. Malgré ses défauts, la fiducie présentait des avantages pour le créancier car elle était la seule sûreté lui permettant d'acquérir la propriété d'un actif¹⁰¹. En outre, le

⁹⁷ Rapport introductif de Claude Witz dans le cadre du colloque intitulé « *Les opérations fiduciaires* », qui s'est tenu à Luxembourg le 20 et 21 septembre 1984. Ces journées ont été publiées dans la collection FEDUCI chez LGDJ, 1985

⁹⁸ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Rapport général de M. Demogue, Sirey 1937, page 5

⁹⁹ François Géný insiste sur le fait que « *les développements successifs de la fiducia cum creditore ne proviennent pas ainsi que certaines personnes l'ont prétendu, d'emprunts faits à la théorie du gage ou de l'hypothèque. Ce sont plutôt ces institutions qui ont emprunté à la fiducie des principes, que les nécessités pratiques, merveilleusement comprises par les jurisconsultes, avaient introduits dans celle-ci* » « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 71

¹⁰⁰ François Géný, rappelle « *qu'on a quelque fois considéré l'hypothèque comme ayant remplacé d'une façon définitive et faire disparaître complètement la fiducia cum creditore* ». Cette conclusion est pour l'auteur inexacte et selon ce dernier la fiducie a continué à être appliquée même après l'introduction de l'hypothèque, plus longtemps que l'on ne croit généralement. « *Enfin, trop souvent on s'attache seulement à mettre en regard des avantages de l'hypothèque les inconvénients de la fiducie sans indiquer les avantages que celle-ci avait sur l'hypothèque* ». « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 63

¹⁰¹ Voir ce sens, René Jacquelin dans sa thèse « *Droit romain de la fiducie* », Faculté de droit de Paris, 1891, page 255

« *pactum fiduciae* », était susceptible de recevoir des modifications multiples de la volonté des parties, ce pacte permit de transformer l'acte translatif qu'il accompagnait en une véritable constitution de sûreté réelle¹⁰².

Enfin, la disparition des transferts solennels de propriété au Bas-Empire a également participé à la désuétude de la fiducie à cette époque. Les compilations de Justinien « consacrent officiellement la disparition des diverses applications de la fiducie dans le dernier état du droit romain »¹⁰³. Cependant François Géný précise que « (...) cette conclusion n'est exacte que pour l'Empire d'orient. Dans l'occident, et particulièrement en Italie, le droit romain des jurisconsultes avait poussé de plus profondes racines. Les invasions des barbares l'avaient altéré mais ne l'avaient pas détruit. (...). » Selon l'auteur, la « *fiducia cum creditore* » a continué d'être pratiquée ainsi mais « sans doute sous certaines modifications en rapport avec les changements opérés dans la législation ». Ainsi François Géný rappelle que l'on a constaté que même après cette époque, « dans les lois barbares d'abord et plus tard jusqu'au douzième siècle, dans les documents publics ou privés, la mention d'un acte qui, s'il n'était plus, à proprement parler, la *fiducia* telle que nous l'avons étudiée, en avait du moins conservé le nom (...)»¹⁰⁴.

Le fidéicommiss

Henri Anquetil définissait le fidéicommiss comme « *une disposition de volonté dernière par laquelle on charge le gratifié de rendre à un tiers tout ou partie des biens formant l'objet de la libéralité. Celui qui est chargé de restituer s'appelle fiduciaire ou grevé, et celui qui doit profiter de la restitution s'appelle fidéicommissaire. Le fidéicommiss est*

¹⁰² François Géný déclare que lorsqu' « on observe les perfectionnements successifs de la théorie de la fiducie, on est presque tenté de regretter que les Romains n'aient pas suivi ce progrès jusqu'au bout ; au lieu de délaissier presque entièrement l'aliénation fiduciaire pour s'attacher à l'hypothèque » « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, page 71

¹⁰³ « *La fiducie en droit privé français* » Claude Witz, édition Economica, 1981

¹⁰⁴ « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, François Géný, 1885, pages 109 et 110. L'auteur rappelle que la fiducie n'a pas disparu immédiatement sous Justinien et rappelle que l'on a identifié « la *fiducia* du Bréviaire d'Alaric, un acte juridique, différent sans doute de l'aliénation fiduciaire, telle que nous l'avons trouvée chez les Romains à l'époque classique, mais issue de cette institution et ayant conservé de son origine plusieurs traits caractéristiques. » Enfin l'auteur ajoute que l'on rencontre chez les Lombards et dans le centre de l'Italie des vestiges de la *fiducia cum creditore* du septième siècle au douzième siècle.

*généralement pur et simple, c'est-à-dire que le fiduciaire doit restituer aussitôt après avoir reçu, mais il peut aussi être fait à terme ou sous condition »*¹⁰⁵.

A l'origine, il s'agissait d'une simple prière¹⁰⁶ par laquelle le disposant demande à l'institué qui reçoit la portion héréditaire de donner ou d'accomplir quelque chose en faveur d'un tiers. Le recours à cette technique s'explique par le fait d'échapper aux règles de fond et de forme qui gouvernent l'institution d'héritier et l'attribution de legs¹⁰⁷.

Le fidéicommiss était un « *moyen de déroger à certaines incapacités (relatives) de recevoir un testament : ainsi le testateur disposait de ses biens au profit d'une personne capable, le fiduciaire ou le grevé, chargé de les transmettre à l'incapable véritable destinataire* »¹⁰⁸.

Ainsi, un romain désireux de gratifier à cause de mort un tiers frappé d'incapacité de recevoir d'un tiers, faisait appel à la confiance (« *fides* ») de celui qui héritera de tout ou partie des biens du défunt pour qu'il transmette le bien au destinataire final¹⁰⁹.

L'objet d'un fidéicommiss était large car tout peut faire l'objet d'un fidéicommiss. « *Son domaine est encore plus vaste que celui des legs. Il peut consister dans l'affranchissement d'un esclave, et alors qu'un legs ne peut porter au maximum que sur une part de la succession, le fidéicommiss peut porter sur sa totalité : c'est le fidéicommiss d'hérédité (Gaius, 2, 247 à 259)*»¹¹⁰.

Comme la fiducie, le fidéicommiss repose sur la bonne foi et la confiance du fiduciaire (ou appelé le « *grevé de fidéicommiss* ») qui va recevoir le bien en vue de le transmettre au destinataire final. Le grevé de fidéicommiss comme le fiduciaire va acquérir un bien dont il

¹⁰⁵ « *Droit romain des fidéicommiss* » Henri Anquetil, Thèse, de la Faculté de droit de Caen, 1884, page 6

¹⁰⁶ Comme le précisent Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, « *à la différence du legs, le fidéicommiss n'est soumis à aucune règle de rédaction* » « *Histoire du droit civil* » Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 923

¹⁰⁷ Comme l'indiquent Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Gaius distingue d'une part, les fidéicommiss d'hérédité et d'autre part, les fidéicommiss particuliers. L'auteur définit le « *fidéicommiss est une disposition rédigée en termes quelconques et précatifs (comme une prière) et qui peut être mise à la charge de l'héritier ou d'un légataire. L'héritier ou le légataire sont ainsi grevés d'un fidéicommiss et, en pratique, on dira pour les désigner : le grevé. Le bénéficiaire final est le gratifié* » « *Histoire du droit civil* » Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 922

¹⁰⁸ JurisClasseur Code civil fascicule « *Libéralités – dispositions générales – substitutions prohibées* », Sara Godechot-Patris, paragraphe 3

¹⁰⁹ « *Gaius pense que leur origine se trouve dans la volonté de gratifier des pèlerins, qui n'avaient pas la testamenti factio et ne pouvaient être institués héritiers ; on leur aurait fait parvenir les biens par l'intermédiaire d'un héritier grevé d'un fidéicommiss* » « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 922

¹¹⁰ Jean-Philippe Lévy et André Castaldo Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 924

est chargé de retransférer la propriété¹¹¹. Cependant comme le rappelle le professeur Demogue même si la ressemblance est grande entre les deux institutions, il existe une différence fondamentale entre les deux. En effet, « *tandis que dans la substitution, le disposant vise à la fois les intérêts du grevé et de l'appelé, la fiducie ne fonctionne que dans l'intérêt du bénéficiaire, le fiduciaire devant sans rémunération, s'il n'en est pas été prévu, gérer les biens dans le seul intérêt et pour le seul profit du bénéficiaire* »¹¹².

Le fidéicommiss fut de moins en moins respecté, ce qui nécessita l'intervention des pouvoirs publics. Les interventions ponctuelles ont cédé la place à une organisation permanente qui se matérialise par la mise en place d'une juridiction permanente composée de deux prêteurs fidéicommissionnaires¹¹³. Ainsi, le grevé de fidéicommiss fut obligé d'effectuer la restitution du bien directement entre les mains des prêteurs fidéicommissionnaires¹¹⁴.

Le fidéicommiss a fait l'objet de plusieurs réformes car il remplissait de nombreuses fonctions et les interventions du législateur ont eu pour objectif de protéger le grevé de fidéicommiss et le bénéficiaire du fidéicommiss contre les risques de leur insolvabilité réciproque.

Le fidéicommiss s'était développé à Rome en raison de l'incapacité de certaines personnes de recevoir des biens d'autres personnes et « *ainsi pour échapper aux causes nombreuses d'incapacité, chez les personnes que l'on voulait gratifier (...) on eut recours à la bonne*

¹¹¹ « *Plus tard il fut admis que l'obligation de transmission ne soit pas immédiate : le fidéicommiss se voyait alors confier en plus de la charge de transmettre le bien, la charge de le conserver un certain temps, voire sa vie durant. C'était le fidéicommiss à terme. Par la suite, le testateur fut autorisé à mettre en place un fidéicommiss graduel, sur plusieurs générations. En prolongeant indéfiniment un tel schéma, on en était venu à créer des fidéicommiss perpétuels. Mais les romains n'en firent jamais un usage aussi développé que dans l'ancienne France* » JurisClasseur Code civil fascicule « *Libéralités – dispositions générales – substitutions prohibées* », Sara Godechot-Patris, paragraphe 3

¹¹² Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Rapport général de M. Demogue, Sirey 1937, page 4

¹¹³ Comme le précise, Henri Anquetil « *ce prêteur statuait extra ordinem au lieu de renvoyer les parties devant le judex, parce que le fidéicommiss ne conférait aucune action civile qui put être soumise à la procédure ordinaire des actions* », « *Droit romain des fidéicommiss* » Henri Anquetil, thèse, faculté de droit de Caen, 1884, page 7

¹¹⁴ « *Longtemps, l'obligation du grevé n'avait d'autre sanction que purement morale ou sociale : celui qui n'observait pas le fidéicommiss était déconsidéré. Mais dans un vaste empire, une sanction aussi faible ne suffisait plus. Le premier, l'empereur Auguste, par des mesures occasionnelles et isolées, invita les consuls à le faire respecter (...). (L'empereur) Claude institua à cette fin une magistrature nouvelle, la préture fidéicommissaire* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 923

foi de l'héritier et on le chargea par d'autres actes que le testament de restituer tout ou partie de l'hérédité »¹¹⁵.

L'empereur Justinien fit disparaître toutes les incapacités que les fidéicommissaires voulaient contourner « *ainsi, il ne resta plus rien de l'utilité des fidéicommissaires comme moyen de gratifier les incapables, soit parce que les empereurs étendirent aux fidéicommissaires les incapacités propres aux légataires, soit parce que ces incapacités furent elles mêmes supprimées : ce qui resta, ce fut la forme du fidéicommissaire* »¹¹⁶.

Dans le cadre des réformes de Justinien, les legs et les fidéicommissaires ont fusionné, leur donnant « *même liberté de formes, mêmes effets et mêmes sanctions. L'institution du fidéicommissaire, en tant que telle, n'a pas survécu au droit romain. Mais elle survivra, sous une forme assez différente, celle des substitutions fidéicommissaires* »¹¹⁷.

La fiducie et le fidéicommissaire dans l'ancien droit français

Le fidéicommissaire

Les applications du fidéicommissaire étaient le « *fidéicommissaire tacite* » et les « *substitutions fidéicommissaires* ».

- Le « *fidéicommissaire tacite* » n'est autre que l'outil qui permettait à un testateur de léguer un bien à une personne incapable de recevoir en faisant un legs à une personne capable dans l'espoir que celle-ci transmette le bien à l'incapable. Cette application étant caractérisée par la volonté de contourner les dispositions légales. « *L'obligation de conserver qui pèse sur le grevé permet ainsi au disposant de se prémunir contre la tendance à la prodigalité du gratifié* »¹¹⁸.
- La « *substitution fidéicommissaire* » était une application licite du fidéicommissaire et avait pour but de conserver les biens dans la famille malgré les successions.

¹¹⁵ « *Droit romain des fidéicommissaires* » Henri Anquetil, Thèse de la Faculté de droit de Caen, 1884, page 6

¹¹⁶ « *Droit romain des fidéicommissaires* » Henri Anquetil, Thèse de la Faculté de droit de Caen, 1884, page 8

¹¹⁷ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo Collection Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, paragraphe 924

¹¹⁸ JurisClasseur Code civil fascicule « *Libéralités –dispositions générales – substitutions prohibées* », Sara Godechot-Patris, paragraphe 3

Cette institution fut utilisée pour écarter un successible de l'exercice des droits féodaux sur un fief. Dans ce cas, si un seigneur était en conflit avec son fils aîné, cet outil lui permettait de transmettre ses pouvoirs directement à son petit fils. Là où ne régnait pas la loi salique, la substitution fidéicommissaire était également utilisée car elle permettait d'écarter une fille aînée (donc le gendre) en confiant la seigneurie à son fils cadet à charge pour lui de restituer à un enfant de la fille écartée du pouvoir seigneurial. Ainsi, comme le rappellent, Claude Champaud et Didier Danet « *Jusqu'à la Révolution, la substitution fidéicommissaire pu apparaître comme une institution féodale primordiale car régulatrice des lois du hasard et de la nécessité qui gouvernaient les aléas génétiques que la primauté du lignage faisait peser sur la transmission du pouvoir politique et de la propriété foncière dont la confusion était et fut durant plus d'un millénaire, le principe sociétal de base de notre ordre juridique* »¹¹⁹.

Ainsi, la substitution fidéicommissaire a notamment permis à la noblesse « *d'assurer le droit d'aînesse, l'avenir de la branche aînée et partant la conservation du patrimoine familial* »¹²⁰.

La fiducie dans l'ancien droit français

La doctrine a réutilisé l'institution dénommée fiducie dans le cadre des libéralités à cause de mort alors que la fiducie de droit romain se réalisait dans le cadre de transfert d'actifs entre vifs.

La fiducie était ainsi constituée lorsque l'héritier ou le légataire était choisi en vue d'accomplir une mission. D'autres avaient une conception encore plus étroite de la fiducie, pour certains une fiducie était constituée lorsque le bénéficiaire final était l'enfant mineur du testateur. De plus, si la mission confiée au grevé de fiducie consistait à exercer la tutelle d'une personne incapable, une fiducie était constituée.

¹¹⁹ « *Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée société de la fiducie en tant que technique juridique de substitution fidéicommissaire* » Claude Champaud, Didier Danet, RTD Com 2007, p.728

¹²⁰ JurisClasseur Code civil fascicule « *Libéralités –dispositions générales – substitutions prohibées* », Sara Godechot-Patris, paragraphe 3. « *Par cette voie (substitution fidéicommissaire), se trouve maintenue à coté du trône une aristocratie riche et puissante. De ce fait, rien de surprenant à ce que le pouvoir royal ait tenté de limiter les substitutions, d'autant plus qu'elles rendaient la propriété incertaine, la mettaient en suspens et constituaient des pépinières à procès.* »

Enfin, ce qui sépare encore la fiducie de l'ancien régime de la fiducie du droit romain est le fait que le bénéficiaire final se voyait investi de la propriété des biens dès le décès du testateur, le fiduciaire n'était qu'un administrateur pour le compte du bénéficiaire final et ce dernier n'était pas le propriétaire.

Ainsi depuis les compilations justiniennes, la fiducie a suivi une lente mutation au cours de l'Ancien Régime. Il nous reste à examiner les conséquences de la Révolution Française puis du Code civil sur la fiducie et ses utilisations.

La fiducie sous la Révolution Française et le Code civil

Il est clair que l'objectif des auteurs du Code civil a notamment été de vouloir supprimer toute référence aux applications du fidéicommiss et plus particulièrement les substitutions fidéicommissaires.

En effet, le décret du 25 octobre 1792 interdit le recours par voie contractuelle à cette institution. « *Ce fut un acte politique essentiel et raisonné, destiné à priver le régime féodal de l'un de ses piliers juridiques en interdisant le recours par voie contractuelle à un droit d'ainesse d'autant plus exécré qu'il est constant que la Révolution fut faite en grande partie par des cadets passablement frustrés*¹²¹ »

L'article 896 du Code civil disposait que « *les substitutions fidéicommissaires sont prohibées* ».

Cependant, Napoléon introduit une institution successorale très proche dénommée « majorats »¹²². Cette institution était mise en place afin d'assurer la pérennité de la noblesse d'empire récemment mise en place.

Comme la substitution fidéicommissaire avait été maladroitement assimilée à la fiducie sous l'Ancien Régime, le Code civil en prohibant les substitutions fidéicommissaires, a également étendu cette interdiction à des institutions voisines.

Cependant les auteurs de la doctrine et la jurisprudence ont permis la « *survie de la fiducie* »¹²³.

¹²¹ « *Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée société de la fiducie en tant que technique juridique de substitution fidéicommissaire* » Claude Champaud, Didier Danet, RTD Com 2007, p.728

¹²² Bien inaliénable et indivisible qui a subsisté en France jusqu'en 1849 et consistait en une propriété immobilière, attachée à un titre de noblesse, transmis au fils aîné d'une famille. Institué par Napoléon I^{er} par les statuts du 1^{er} mars 1808, la constitution d'un majorat était indispensable pour rendre un titre de noblesse d'Empire transmissible à la descendance.

Au cours de cette période, la jurisprudence fit référence à la fiducie¹²⁴ tandis que la doctrine définit très précisément le terme de substitution fidéicommissaire. Il s'agit de deux libéralités successives dans le temps, le grevé de fidéicommiss doit conserver et rendre le bien à sa mort. Le fait de rendre le bien à la mort du grevé et non au bout d'une période de temps déterminée montre que les auteurs de la doctrine ne visent plus qu'un seul type de fidéicommiss alors que cette notion englobait sous l'Ancien Régime de nombreuses situations.

La doctrine a ainsi maintenu la différence entre le fidéicommiss et la fiducie qui existait sous l'Ancien Régime. Le légataire fiduciaire n'est nullement gratifié et n'est pas propriétaire des biens qui lui sont remis. Ils appartiennent déjà au bénéficiaire.

- L'examen en 1937 de la fiducie en droit moderne par les juristes de langue française dans le cadre des travaux de la semaine internationale de droit international est un témoignage historique montrant la place qu'occupait à l'époque la fiducie en France et dans les pays de droits continentaux.

Le rapport général de cette manifestation fut présenté par le professeur Demogue. Ce dernier exposa notamment ses réflexions sur les fiducies libéralités.

Dans cette rencontre, la fiducie a donné lieu à la rédaction de sept rapports donnant une idée de la fiducie telle qu'elle était pratiquée au Brésil, au Canada, en France, au Japon, en Pologne et en Suisse et à une discussion en séance le 23 juillet 1937¹²⁵.

La lecture de ces différents rapports et plus particulièrement les interventions effectuées par les auteurs de la doctrine française sont assez révélateurs de la place laissée à la fiducie. Elle semble être inexistante, pouvant parfois être assimilée à une institution interdite (substitution fidéicommissaire) et enfin bouscule des concepts fondamentaux du droit français (unicité du patrimoine telle que posée par Aubry et Ray, propriété exercée dans l'intérêt d'autrui)¹²⁶. Enfin, la fiducie est envisagée

¹²³ Expression de Claude Witz dans sa thèse « *La fiducie en droit privé français* » qui présente la survie de la fiducie grâce à la doctrine et la jurisprudence, paragraphe 45 et suivants

¹²⁴ « *Nombreuses furent les décisions jurisprudentielles qui, au cours de la première moitié du 19^{ème} siècle ont qualifié de « fiducie » des legs à charge de rendre adressés à des personnes uniquement choisies pour administrer les biens légués. La jurisprudence suivit fidèlement les développements doctrinaux relatifs à la nature juridique de la fiducie. Notamment l'analyse doctrinale des pouvoirs du fiduciaire réduits à ceux d'un simple administrateur dépourvu de la propriété des biens légués n'a jamais été démentie par la jurisprudence* » « *La fiducie en droit privé français* », Claude Witz, Economica, 1981, paragraphe 46

¹²⁵ La dite discussion a été organisée par l'association des juristes de langue française dont René Capitant était le président.

¹²⁶ Dans le cadre de son exposé qui s'est tenu dans la cadre de la discussion, Monsieur Demogue : « *il est propriétaire mais non pas comme un propriétaire ordinaire, qui est tel pour lui-même et pour son*

presque exclusivement dans le cadre des libéralités, ce qui semble restreindre son champ d'application.

Dans le cadre de cette rencontre, René Savatier¹²⁷ présenta la fiducie telle qu'elle existait en droit français¹²⁸. Ce dernier part d'un constat, le terme de fiducie « *ne se trouve ni dans le Code civil ni dans aucune loi française. Et ce silence paraît voulu* ». Le Code civil selon lui n'a fait que reprendre la volonté des auteurs de la Révolution Française de « *vouloir supprimer l'esprit conservateur de l'ancien droit* » et dans ce contexte a supprimé toutes les institutions (ce qui vise la fiducie) permettant la conservation de biens au sein d'une même famille. Il est intéressant de constater que l'auteur se limite à réfléchir sur la fiducie dans le cadre d'une utilisation au sein d'une succession.

Ainsi, le doyen Savatier constatait « *qu'il semble donc impossible d'admettre que la fiducie quoique presque oubliée par la pratique française, aurait encore en droit français une existence indépendante* ». Selon lui, « *la fiducie ne possède aucune valeur propre lui permettant de déroger aux règles de fond et de forme des institutions que la loi française institue limitativement pour la disposition des biens et le statut du patrimoine* »¹²⁹.

Selon cet auteur, la fiducie n'aurait donc pas d'existence propre en droit français car elle a principalement vocation à s'appliquer dans le cadre des libéralités qui sont soumises à des règles rigides en droit français.

avantage, il est propriétaire dans l'intérêt d'autrui, à tel point que aussi bien la loi japonaise que la loi du Québec nous donnent cette solution qu'en principe le fiduciaire ne reçoit aucun émolument, à moins qu'il en ait été prévu par avance. Mais s'il est propriétaire pour autrui, nous allons alors nous trouver en face d'une situation curieuse, qui va à l'encontre de la vieille conception défendue par Aubry et Rau, ce qui concerne le patrimoine. Nous allons être en face d'un fiduciaire qui aura deux et peut être plusieurs patrimoines : il a son patrimoine personnel, dont il dispose comme il l'entend et dans son seul intérêt, et il a ce patrimoine d'affectation, ce patrimoine dont il est propriétaire dans l'intérêt d'autrui où il va faire des actes dans l'intérêt d'autrui» Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Exposé de M. Demogue, Sirey 1937, page 126

¹²⁷ Doyen à la Faculté de droit de Poitiers

¹²⁸ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Rapport général de M. Demogue, Sirey 1937, page 57

¹²⁹ Par conséquent, l'auteur déclare « *qu'elle ne peut se glisser dans notre droit qu'en inconnue, et sous le manteau d'une de ces institutions. Il lui faut alors se rapetisser à la mesure de ce manteau, s'ajuster tant bien que mal dans un cadre où le législateur n'a nullement désiré qu'elle se trouvait à l'aise. Ce cadre ne pourra être, comme nous le verrons, que celui des libéralités avec charges* » Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Rapport général de M. Demogue, Sirey 1937, page 58

Il est intéressant de relever que le doyen Savatier s'appuie dans ses recherches en droit français sur la définition de la fiducie visée par les dispositions du Code civil de la province de Québec¹³⁰.

La fiducie pour le doyen Savatier est « *la transmission de la propriété d'un patrimoine à un ou plusieurs personnes (fiduciaire) chargées de les administrer dans l'intérêt d'un autre à qui elles devront rendre ce patrimoine à l'expiration du temps fixé pour la fiducie* ».

L'auteur désigne les « *trois principaux éléments (...) contenus dans cette définition. Le premier est la transmission au fiduciaire de la propriété des biens compris dans la fiducie. Il n'en est pas simplement dépositaire ou administrateur, mais propriétaire. Et, notamment il peut en disposer. Toutefois, comme il devra rendre le patrimoine compris dans la fiducie, ses actes de disposition ne pourront être qu'à titre onéreux. (...) le second caractère propre à la fiducie consiste en ce que le fiduciaire, au lieu d'administrer dans son intérêt personnel les biens, dont la propriété lui est ainsi transmise, les gère, en réalité, dans l'intérêt d'autrui. (...) le troisième caractère de la fiducie. Celle-ci est en principe, temporaire. La mission du fiduciaire comporte un terme extinctif, au bout duquel il rendra compte de son mandat et remettra le patrimoine administré par lui au bénéficiaire de la fiducie* »¹³¹.

La fiducie, telle qu'ainsi définie, se rapproche donc d'une institution connue mais condamnée par le Code civil : la substitution fidéicommissaire. Mais il existe une différence fondamentale entre les deux institutions. Le terme à l'issue duquel le fiduciaire devra remettre le bien au bénéficiaire en fiducie est en général indépendant de la durée de vie du fiduciaire. Dans les substitutions fidéicommissaires, c'est à la mort du grevé de fidéicommiss que le bien est transmis au bénéficiaire.

Le bénéficiaire d'une fiducie ne détient pas ses droits du fiduciaire, il n'est pas son héritier. C'est du constituant qu'il détient ses droits de bénéficiaire.

En ce qui concerne la validité des fiducies, le professeur Savatier relève qu'aucun texte français n'interdit les fiducies. En outre, leur légalité dépend principalement du

¹³⁰ Le Code civil du Québec disposait que « *toute personne capable de disposer librement de ses biens peut transporter des propriétés mobilières ou immobilières à des fiduciaires, par donation ou testament, pour le bénéfice des personnes en faveur desquelles elle peut faire des donations* »

¹³¹ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Rapport général de M. Demogue, Sirey 1937, page 59

respect par les dispositions de la convention des fiducies des règles de droit français régissant les libéralités avec charge.

Par conséquent, toute fiducie doit respecter les dispositions des legs. La jurisprudence a fixé trois conditions cumulatives. Dans un premier temps, le disposant doit avoir voulu transmettre la propriété des biens légués au légataire. Ensuite, il faut que la propriété des biens objet du legs ne soit pas soustraite à la libre circulation des biens. Enfin, il faut que la personne à qui le légataire (agissant comme fiduciaire) doit transmettre le bien ne soit pas frappée d'une incapacité de recevoir à laquelle le disposant voudrait faire fraude en lui assurant la transmission du legs par l'intermédiaire d'un tiers. C'est ce que l'on vise par l'expression « *d'interposition de personne* » qui est liée à celle de fraude à la loi.

Ainsi, le doyen Savatier estime que la fiducie en France présente une « *validité précaire* » et que les personnes qui y ont recours « *ne marchent pas sur un terrain très sûr* ».

Il constate que « *La fiducie, non interdite par le droit français, n'y possède guère cependant la possibilité de se développer : elle y étouffe* ». Pour qu'elle se développe, il faudrait tout simplement « *rompre le carcan* » dans laquelle elle est enfermée. Ce qui requiert de « *réformer toutes nos institutions héréditaires* ». Avec une vision assez juste sur le futur, le doyen Savatier conclut que ces réformes nécessaires « *seraient si graves qu'on peut même se demander si elles se trouveraient compatibles avec les bases de notre droit civil et les mœurs de la France d'aujourd'hui* ».

Pour le professeur Demogue qui est intervenu¹³² dans cette rencontre en tant que rapporteur général, la fiducie bouscule des concepts fondamentaux des droits continentaux. En effet, ce dernier insiste sur l'exercice par la fiducie de cette propriété d'affectation. Cette propriété est exercée par le fiduciaire pour le compte d'autrui¹³³.

Concernant cette propriété, le professeur Demogue rappelle que l'« *on s'est parfois ingénié à faire rentrer cette propriété si particulière dans les cadres habituels. Les uns*

¹³² Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, rapport général de M. Demogue, page 5 et Exposé de M. Demogue, Sirey 1937, page 122

¹³³ Il est intéressant de constater et très révélateur de l'état d'esprit de la doctrine de l'époque que le professeur Demogue évoque sommairement la fiducie à titre de sûreté. Celle-ci d'après ce dernier « *n'est nullement interdite dans le droit actuel, mais offre peu d'intérêt. Pourquoi, en effet concéder à un tiers un droit plus étendu qu'il n'est nécessaire ? Il suffisait donc de signaler cette autre forme de fiducie qui n'aura d'utilité que dans des cas très rares. C'est ce qui s'est présenté au Japon où l'insuffisance du système légal des sûretés a amené à pratiquer la fiducie à titre de garantie et à en admettre la validité* »

ont parlé de propriété sous conditions résolutoire, les autres d'une propriété relative, le fiduciaire n'étant pas propriétaire au regard du bénéficiaire, mais l'étant vis-à-vis des tiers »¹³⁴.

Ainsi pour l'auteur s'« *il est propriétaire pour autrui, nous allons alors nous retrouver en face d'une situation de curieuse, qui va à l'encontre de la vieille conception défendue par Aubry et Rau, en ce qui concerne le patrimoine. Nous allons être en face d'un fiduciaire qui aura deux et peut être plusieurs patrimoines : il a son patrimoine personnel, dont il dispose comme il l'entend et dans son seul intérêt, et il a ce patrimoine d'affectation, ce patrimoine dont il est propriétaire dans l'intérêt d'autrui, où il va faire des actes dans l'intérêt d'autrui »¹³⁵. Et ainsi le professeur Demogue se posait la question suivante « *Pouvons-nous soit au point de vue de notre droit positif actuel, soit au point de vue législatif, faire pénétrer cette idée nouvelle, avec laquelle nous ne sommes pas familiarisés, d'une personne ayant ainsi plusieurs patrimoines et un de ceux-ci lui étant donné dans l'intérêt d'autrui (...) »¹³⁶. Le professeur Demogue dans le cas de la question de l'introduction éventuelle de la fiducie dans notre droit, souligne qu'il faut avoir présent à l'esprit que « *la fiducie, là où elle fonctionne, fonctionne en quelque sorte, à l'ombre du tribunal, avec un certain contrôle, qui n'a rien d'excessif évidemment, mais est nécessaire de la part des juges »¹³⁷.***

Le Professeur Demogue estime que l'on pourrait envisager une voie plus modeste en réformant le rôle d'exécuteur testamentaire¹³⁸. En s'inspirant d'autres droits (italien, néerlandais), le droit français pourrait admettre que l'exécuteur testamentaire puisse exercer sa mission durant plus d'une année et aurait dans ce contexte les pouvoirs nécessaires pour remplir une mission définie de manière très large et non très limitée comme c'est le cas actuellement.

Ainsi, l'exécuteur testamentaire « *gèrera les biens. Ce sera toujours le légataire qui en sera le propriétaire, mais la gestion appartiendra à l'exécuteur testamentaire qui*

¹³⁴ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, rapport général de M. Demogue, page 5

¹³⁵ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Exposé de M. Demogue, Sirey 1937, page 126

¹³⁶ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Exposé de M. Demogue, Sirey 1937, page 126

¹³⁷ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Exposé de M. Demogue, Sirey 1937, page 128

¹³⁸ Ce dernier reprenant l'idée émise par le professeur Guisan, professeur à l'université de Lausanne, (Suisse) qui est intervenu dans le cadre des Travaux de la semaine internationale de droit international à Paris. Son intervention était intitulée « *La fiducie en droit suisse* » page 93

chaque année, dans les conditions convenues, emploiera les revenus ou les remettra au légataire universel lui-même »¹³⁹.

- Le colloque « *Les opérations fiduciaires* » qui s'est tenu le 20 & 21 septembre 1984¹⁴⁰ est également un témoignage des questions soulevées par la fiducie à cette époque. Comme dans le cadre du colloque organisé à Paris, en 1937, ce colloque avait une vocation internationale puisque celui-ci a fait intervenir des juristes d'origines géographiques diverses afin de présenter les traits communs aux fiducies pratiquées dans ces différents pays. Le colloque fut composé de plusieurs parties, une première partie consacrée aux rapports généraux sur des thèmes transversaux, puis une seconde partie dédiée aux rapports nationaux ayant pour objet la position du droit positif d'un pays au regard de la fiducie et une troisième et dernière partie, apportant une conclusion c'est-à-dire un rapport de synthèse. Dans le cadre de ce colloque, Dominique Schmidt et Claude Witz ont effectué le rapport national pour la France¹⁴¹. Ce document est très intéressant pour plusieurs raisons. D'une part, au niveau historique, car ce document a été rédigé en 1984, soit trois ans après l'introduction des dispositions de la loi du 2 janvier dite loi « Dailly »¹⁴². Par conséquent, les auteurs étaient en mesure d'affirmer que le droit français était favorable aux cessions de créances à titre de garantie mais restait hostile aux aliénations de biens corporels. Ainsi, les auteurs rappellent que ces aliénations de biens corporels à des fins de sûreté étaient des sûretés qualifiées « *à tort, de conventions de gage contrevenant à la prohibition du pacte comissoire ou à l'exigence d'une dépossession du constituant* »¹⁴³.

¹³⁹ Congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, Exposé de M. Demogue, Sirey 1937, page 129

¹⁴⁰ Le colloque a été retranscrit dans un ouvrage publié à la collection Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985

¹⁴¹ « *Les opérations fiduciaires en droit français* » Dominique Schmidt, Claude Witz avec le concours de Jean-Louis Bismuth, in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985, page 305

¹⁴² Loi 81-1 du 2 janvier 1981, « *facilitant le crédit aux entreprises* ». Cette loi fut abrogée et codifiée dans le Code monétaire et financier aux articles L.313-23 et suivants.

¹⁴³ Les auteurs ont réfuté l'argumentation consistant à rappeler le principe « *pas de privilège sans texte* » car ce principe ne peut pas être étendu aux sûretés conventionnelles, de même l'interdiction du pacte comissoire ne pouvait pas s'appliquer à la fiducie sûreté car elle concerne uniquement le gage et l'antichrèse. Enfin, en ce qui concerne la prohibition de la voie parée, celle-ci ne peut être invoquée car elle ne peut être appliquée hors des cas où elle est prévue par la loi

De plus en ce qui concerne la question du droit de propriété du fiduciaire, les auteurs étaient convaincus qu'il était « *absolument impérieux que les juristes de ce pays s'acclimatent à l'idée, pourtant simple, qu'entre une propriété dont les effets sont destinés à satisfaire les intérêts de l'acquéreur et une propriété simulée, créatrice d'une apparence à destination des tiers, il y a place pour une propriété fiduciaire qui ne saurait être régie par les règles de la simulation : les parties à un contrat de fiducie souhaitent que le fiduciaire soit réellement investi de la propriété des biens à gérer tant à l'égard des tiers que dans leurs rapports internes. Seul l'exercice des prérogatives du propriétaire fiduciaire se trouve limité par une série d'obligations afin que cette propriété puisse profiter, sur un plan économique, au fiduciaire ou à un tiers* »¹⁴⁴.

Concernant la nature réelle ou personnelle des obligations mises à la charge du fiduciaire, il est intéressant de constater que les auteurs avaient estimé qu'on ne pouvait pas « *exclure qu'un jour la jurisprudence, pour protéger le fiduciaire ou le tiers bénéficiaire, ne vienne limiter le droit de propriété du fiduciaire sur le terrain des droits réels. Mais cette évolution, dont personne ne sait si elle se produira, nécessite dans un premier temps, que la fiducie vive et prospère, en tant que figure juridique autonome* ».

Enfin, quelques mois avant l'introduction de l'EURL en droit français, les auteurs avaient rappelé le principe de l'unité du patrimoine et que par conséquent, en dehors des hypothèses légales, il n'était pas envisageable de scinder le patrimoine du fiduciaire. Néanmoins les auteurs avaient considéré que l'on pouvait prévoir que la jurisprudence, admettant les clauses d'inaliénabilité en matière de biens donnés ou légués, puisse être étendue aux fiducies¹⁴⁵.

Dans le cadre du rapport de synthèse, Pierre van Ommeslaghe¹⁴⁶ a dégagé les points de convergence et de divergence entre les différents ordres juridiques¹⁴⁷ sur la question

¹⁴⁴ « *Les opérations fiduciaires en droit français* » Dominique Schmidt, Claude Witz avec le concours de Jean-Louis Bismuth, in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985, page 309

¹⁴⁵ « *Les opérations fiduciaires en droit français* » Dominique Schmidt, Claude Witz avec le concours de Jean-Louis Bismuth, in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985, page 324

¹⁴⁶ « *Rapport de synthèse* » page 457, Pierre van Ommeslaghe, professeur à l'université de Bruxelles, avocat à la Cour de cassation de Belgique in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985,

¹⁴⁷ Droit français, droit suisse, droit allemand, droit néerlandais, droit belge, droit luxembourgeois et droit italien

de la fiducie qui ont été présentés par les différents intervenants dans le cadre de ce colloque.

L'intervenant constate qu'il ressort comme point commun de la confrontation des différentes interventions que la « *fiducie se caractérise par un transfert de propriété au profit du fiduciaire, sans démembrement de celle-ci. (...) Elle implique la conclusion d'une convention qui restreint les usages que le fiduciaire pourra faire de ce droit de propriété en tenant compte de l'objectif poursuivi.(...) Les avantages de l'institution résultent de cette double caractéristique : d'une part, l'on recourt à un droit réel bien connu, aux contours clairement circonscrits et à l'efficacité maximale : le droit de propriété. D'autre part, l'autonomie de la volonté, avec toute sa souplesse et sa flexibilité, permet d'assurer une adaptation parfaite de l'institution aux caractéristiques de chaque opération* »¹⁴⁸.

En ce qui concerne le transfert de propriété, l'auteur précise que celui-ci « *doit exister tant envers les tiers que dans les rapports entre les parties à l'opération fiduciaire. Il confère au fiduciaire la totalité des prérogatives attachées à la qualité de propriétaire, notamment dans les rapports avec les tiers –sous la seule réserve d'obligations à caractère purement personnel dérivant de la convention de fiducie* »¹⁴⁹. Enfin, l'auteur précise que « *le transfert de propriété peut s'accompagner de la livraison de la chose au fiduciaire et donc de la dépossession mais tel n'est pas nécessairement le cas. (...) Comme le transfert de propriété est complet et doit sortir ses effets erga omnes, il faut le cas échéant, accomplir les formalités de publicité nécessaires à cet effet* ».

L'auteur insiste sur la nécessité que les législations individualisent le patrimoine fiduciaire, ce qui n'était pas encore le cas dans les législations française, belge et suisse¹⁵⁰. Ainsi l'auteur estime que « *La première protection consiste à individualiser le patrimoine affecté à la fiducie au sein du patrimoine du fiduciaire et à limiter les recours des créanciers de celui-ci sur le patrimoine ainsi individualisé. Seuls les*

¹⁴⁸ Paragraphe 5 « *Rapport de synthèse* » page 457, Pierre van Ommeslaghe, in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985,

¹⁴⁹ Paragraphe 8 « *Rapport de synthèse* » page 457, Pierre van Ommeslaghe, in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985,

¹⁵⁰ Paragraphe 15. L'auteur en conclut que « (...) *les parties à l'opération doivent supporter toutes les conséquences du transfert de propriété* ». « *Rapport de synthèse* » page 457, Pierre van Ommeslaghe, in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985,

créanciers, dont les créances sont nées à propos des opérations fiduciaires disposent d'un tel recours ¹⁵¹».

La convention de La Haye relative sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985.

Cette convention était nécessaire car « *La multiplication des relations internationales a entraîné l'apparition, dans les Etats de droit civil, notamment en France, de trusts constitués régulièrement dans les pays de common law ce qui n'a pas manqué de susciter des difficultés* ¹⁵²».

Certes, cette convention concerne directement le trust mais celle-ci a poussé un certain nombre d'Etats signataires à revoir leur législation propre à la fiducie (Luxembourg, Suisse¹⁵³) ou tout simplement à introduire dans leur système juridique la fiducie (France).

Dans ce contexte, la convention de la Haye fut donc mise en place afin de donner effet dans les Etats signataires aux trusts d'une part et à toute les institutions analogues d'autre part. Cette convention avait « *pour but de déterminer la loi applicable au trust, permettant ainsi de trancher les conflits de lois et de régir les conditions de reconnaissance du trust en posant le principe que celui-ci doit être reconnu en tant que tel et non transposé dans des institutions équivalentes des droits internes* ¹⁵⁴».

L'objectif principal de la convention de la Haye, selon Claude Witz, est « *de faciliter le traitement du trust par les juges des pays qui ignorent l'institution. A cet effet, elle*

¹⁵¹ Paragraphe 15. Selon l'auteur « *Le droit luxembourgeois réaliser parfaitement cet objectif pour les opérations fiduciaires soumises au règlement du 19 juillet 1983 : aux termes de l'article 3 (i) de celui-ci, l'actif fiduciaire ne fait pas partie de la masse en cas de liquidation collective des biens du fiduciaire. Cet actif ne peut être saisi que par les créanciers dont les droits seraient nés à l'occasion de la gestion du patrimoine fiduciaire, à l'exclusion des créanciers personnels du fiduciaire* ». in « *Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985,

¹⁵² « *La fiducie ou du sens des mots* », Pierre Decheix, Recueil Dalloz 1997, p.35

¹⁵³ Comme le rappelle Luc Thévenoz, « (...) *il est plus facile d'offrir des services depuis un Etat dont la législation reconnaît explicitement et dans un cadre internationalement reconnu les effets des trusts régis par une loi étrangère.* » « *Enjeux de la ratification* » Luc Thévenoz, in colloque « *Trust et fiducie – la convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise* », colloque tenu au Luxembourg, le 11 décembre 2003, collection grands colloques, Montchrestien, page 51

¹⁵⁴ De Richemont (H.), sénateur « *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Monsieur Philippe MARINI instituant la fiducie* », annexe au procès verbal de la séance du 11 octobre 2006, rapport n°11, session ordinaire de 2006-2007, page 22

consacre une règle de rattachement propre, permettant d'éviter une dénaturation de l'institution par l'application d'une qualification inadaptée »¹⁵⁵.

Ainsi comme le précise Luc Thévenoz, « *l'objectif premier des travaux qui conduiront à l'adoption de la convention de La Haye sur les trusts est bien connu : fournir aux ordres juridiques dont le trust n'est pas une institution des règles de rattachement adéquates et favorisant la reconnaissance des effets juridiques caractéristiques des trusts. (...) Dans un monde que l'on dit globalisé, osons une métaphore mercantiliste : la convention favorise l'exportations des trusts vers des pays qui ne les connaissent pas* »¹⁵⁶.

En rappelant les mérites et la nécessité d'adhérer à la convention de La Haye, Luc Thévenoz rappelle les principales avancées de cette convention :

« 1° La Convention (de La Haye) vise le trust en tant que trust. Elle le reconnaît comme une institution distincte des contrats et des sociétés, et pour cela en donne une définition autonome qui évite ces assimilations qui forcent la nature des trusts.

2° Elle reconnaît pleinement le principe d'autonomie de la volonté en déclarant applicable la loi désignée par le constituant.

3° La loi du trust peut entrer en conflit avec de nombreuses autres lois applicables à une situation internationale (capacité, droits réels, successions). Sans les trancher a priori, la Convention (de La Haye) pose un cadre conceptuel qui permet l'examen de ces inévitables conflits de règles.

4° La Convention (de La Haye) incorpore des sauvegardes très générales en faveur des ordres juridiques qui ne connaissent pas les trusts comme institution indigène. Ces sauvegardes sont plus que suffisantes. Elles sont peut-être même excessives »¹⁵⁷.

L'une des forces principales de cette convention est d'apporter via son article 2, une définition du trust. Ainsi cet article dispose que « *le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de*

¹⁵⁵ « *Les caractères distinctifs de la fiducie* » Claude Witz, in colloque « *trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* » Colloque tenu à Paris le 13 et 14 juin 2007, collection Academy & Finance, Genève, page 61

¹⁵⁶ « *Enjeux de la ratification* » Luc Thévenoz, in colloque « *Trust et fiducie – la convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise* », colloque tenu au Luxembourg, tenu le 11 décembre 2003, collection grands colloques, Montchrestien, page 36

¹⁵⁷ « *Enjeux de la ratification* » Luc Thévenoz, in colloque « *Trust et fiducie – la convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise* », colloque tenu au Luxembourg, tenu le 11 décembre 2003, collection grands colloques, Montchrestien, page 44

mort-lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes :

- *Les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;*
- *Le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;*
- *Le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ».

Cette convention fut élaborée dans le cadre de la quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé en 1984¹⁵⁸.

Cette convention fut signée par la République Française le 26 novembre 1991, mais n'a toujours pas été ratifiée à ce jour. Le Sénateur Philippe Marini, a rappelé dans le cadre d'une question écrite au ministère de la justice¹⁵⁹ « *l'attention de Madame le Garde des Sceaux sur les perspectives de ratification par la France de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985* ». Comme le rappelait le sénateur, « *la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie a permis à notre pays de disposer d'un outil comparable au trust, qui a encore été amélioré par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. En outre, certains articles du Code général des impôts font explicitement référence au trust. Plusieurs conditions sont donc réunies pour parfaire la reconnaissance de cet instrument de tradition anglo-saxonne dans notre droit, et ainsi améliorer la sécurité juridique des opérateurs.* ». Madame la Garde des Sceaux répondit et fit « *connaître à l'honorable parlementaire que la chancellerie est attentive à la question de la ratification de la convention de La Haye*

¹⁵⁸ La convention de La Haye est entrée en vigueur en Australie, en Italie et au Royaume Uni (incluant notamment Hong-Kong, Guernesey, et Jersey) le 1^{er} janvier 1992. Par la suite le 1^{er} janvier 1996, la convention entra en vigueur notamment aux Pays Bas, au Canada et à Malte

¹⁵⁹ Question écrite n°06210, publiée dans le JO Sénat du 13 novembre 2008 à la page 2258. La réponse du Ministère de la Justice à cette question fut publiée le 8 janvier 2009 au JO Sénat du 8 janvier 2009, page 74

du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. En effet, la loi n°2007-211 du 19 février 2007 qui a instauré la fiducie a permis de doter la France d'un dispositif inspiré du trust anglo-saxon. Toutefois cet instrument fait encore l'objet de développements. Ainsi, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a, d'une part, ouvert la fiducie aux particuliers, et d'autre part, permis aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire. Cette loi a par ailleurs habilité le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, les mesures d'adaptation complémentaires rendues nécessaires par l'extension de la fiducie. Ces mesures devraient offrir au droit français un cadre favorable et attractif pour le développement d'opérations de financement international. Leur adoption définitive constitue donc un préalable à la ratification de la convention de La Haye. Elle permettra en outre d'évaluer avec pertinence les avantages et les inconvénients d'une telle ratification sur la base d'un dispositif interne aux contours clairement définis ».

Malgré la signature par la France de cette convention, il a fallu attendre l'année 1992, pour qu'un projet de loi vise à introduire la fiducie en droit français, ce fut le projet de loi n°2583.

Le projet de loi n°2583¹⁶⁰ visant à introduire la fiducie dans le Code civil

Le professeur Michel Grimaldi rappelait en 1991 qu'en vertu de la prochaine ratification par la France de la convention de La Haye qu'un « *trust valablement constitué au regard de la loi compétente sera reconnu comme tel en France ; de plus l'avènement du marché unique européen au 1^{er} janvier 1993 crée le risque de la délocalisation – le risque que l'on aille faire à Londres ce que l'on ne pourrait faire à Paris* »¹⁶¹.

L'exposé des motifs du projet de loi rappelle qu'« *au cours des de ces dernières années, en effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en faisait sentir, n'hésitaient pas à utiliser le mécanisme du trust, en effectuant en toute légalité leurs opérations juridiques dans des Etats connaissant l'institution* ».

Non seulement, il existait le risque que le trust puisse être utilisé à la place d'une fiducie si celle-ci n'était pas introduite en droit français, mais il faut également se

¹⁶⁰ Assemblée nationale IX^{ème} législature, ce projet a été distribué à l'assemblée nationale le 25 février 1992 et visait à introduire la fiducie dans un titre XVI bis du livre III du Code civil

¹⁶¹ « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre* » Michel Grimaldi, Defrénois, 15 septembre 1991, n°17 p.897.

rappeler le contexte juridique de l'époque. La directive du 15 décembre 1989¹⁶² avait consacré le libre établissement et la libre prestation des banques dans les pays membres de la C.E.E. dans le cadre d'un agrément bancaire unique afin d'établir les conditions d'une saine et loyale concurrence entre les établissements de crédit de la Communauté. Or, certains pays disposaient de la fiducie, ce qui n'était pas le cas de la France. Par conséquent et afin de défendre la compétitivité des établissements de crédit français, la transposition de cette directive en droit français était une raison supplémentaire à l'introduction de la fiducie en France. En outre, comme le constatait Norbert Tricaud, « *dans ce cadre international plus concurrentiel et afin d'éviter la délocalisation d'opérations de gestion de patrimoine d'affectation sous d'autres cieux accueillant le trust anglo-saxon ou la fiducie romano-germanique, la France devait se doter d'une institution juridique répondant notamment aux deux besoins suivants : un impérieux besoin économique de gestion de patrimoine pérennisé et redécoupé générant de multiples applications (I), des opportunités de simplification, voire de surmonter certaines difficultés d'ordre juridique et fiscal (II)* »¹⁶³.

Le 19 février 1992, le Conseil des ministres approuva cet avant-projet visant à introduire la fiducie dans le troisième livre du Code civil français. Ce projet fut élaboré par le Ministère de la justice dans le souci « *d'élargir la panoplie de nos instruments juridiques afin de les rendre compétitifs avec ce qui se fait ailleurs* »¹⁶⁴.

Ce texte composé de 14 articles¹⁶⁵, ne fit malheureusement pas l'objet d'un examen par l'Assemblée Nationale¹⁶⁶.

Selon Christian Larroumet, « *l'un des mérites de l'avant-projet de loi sur le contrat de fiducie est d'être fort peu contraignant. Il s'inscrit dans une perspective de liberté*

¹⁶² Directive (89/646/CEE) qui devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1993

¹⁶³ « *Introduction aux travaux – actualité des pratiques du trust et de la fiducie en France et en Europe dans un cadre plus concurrentiel* » Norbert Tricaud, dans le cadre du colloque organisée par l'office de coordination bancaire et financière le 28 mars 1991, intitulé « *Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe* »

¹⁶⁴ « *Les assises de la fiducie* » Metz 6 mars 1992, intervention de Madame J. de Guillenchmidt, Gaz. Pal. 1^{er} & 2 juillet 1992. Ce colloque permit pour la première fois d'effectuer la présentation de la version définitive du projet de loi sur la fiducie.

¹⁶⁵ Numérotés de 2062 à 2070-03

¹⁶⁶ Il convient de rappeler que cet avant-projet a été élaboré en 1990 à partir des diverses réflexions et suggestions des praticiens du droit. C'est un avant-projet qui a fait l'objet de perfectionnement jusqu'à sa présentation en Conseil des ministres le 19 février 1992. Ce premier projet avait fait l'objet d'un séminaire intitulé « *La fiducie ou le trust à la française* » organisé par MTF « *Marchés et Techniques Financières* » le 22 mai 1990. Madame de Guillenchmidt y avait fait une présentation de l'avant-projet.

*contractuelle redécouverte qui vient heureusement contredire la trop habituelle conception bureaucratique du droit*¹⁶⁷ ».

L'article 2062 de l'avant-projet dispose que « *la fiducie est un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé, au profit des bénéficiaires* ».

Ce texte de fiducie à la française s'était fondé sur les exemples de fiducies pratiquées par les autres pays de droit continental. Cependant, comme le rappelle Michel Grimaldi, « *l'avant-projet ne dit mot des textes antérieurs et annonciateurs, qui ont introduit dans notre droit plus ou moins clandestinement, des fiducies particulières*¹⁶⁸ ».

La fiducie était présentée comme un nouveau contrat spécialement règlementé et dont les utilisations pouvaient être regroupées en trois catégories : gestion, sûreté et libéralité.

L'insertion de ce texte dans les dispositions générales du Code civil constituait la volonté de ranger la fiducie parmi les institutions de droit commun.

Il est frappant de constater que les dispositions du Chapitre II intitulé Dispositions particulières de l'avant-projet visaient directement ou indirectement les différentes et nombreuses utilisations possibles de la fiducie (fiducie-sûreté, fiducie-libéralité, fiducie-gestion).

Selon l'avis de Madame J. de Guillenchmidt, magistrat¹⁶⁹, l'avant-projet reposait sur les grandes lignes directrices suivantes :

- La fiducie est un contrat conclu entre le constituant et le fiduciaire et non un acte unilatéral ou une décision de justice comme cela peut être le cas pour un trust. Ce contrat est mis en place au profit de tiers qui ne sont pas parties à ce contrat. Comme la fiducie est un contrat solennel, des mentions obligatoires doivent être respectées. Elles sont au nombre de six¹⁷⁰.

¹⁶⁷ « *La fiducie inspirée du trust* », Christian Larroumet, Recueil Dalloz 1990, p.190

¹⁶⁸ « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre* » II Aperçu du de l'avant-projet de loi sur la fiducie Michel Grimaldi, Defrénois, 30 septembre 1991, n°17 p.961

¹⁶⁹ Exerçant à cette époque les fonctions de chef de bureau de droit commercial au sein de la direction des affaires civiles du Ministère de la Justice

¹⁷⁰ L'indication des biens et droits transférés, la mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs, la désignation des bénéficiaires, l'indication du sort des biens à la fin du contrat, la durée, limitée à 99 ans, et l'exigence d'un écrit. Enfin, lorsqu'il est conclu à des fins de transmission à titre gratuit il est, à peine de nullité, passé devant notaire

- La fiducie bouscule le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine retenu par le droit français. L'article 2067 de cet avant-projet prévoyait que « *les biens et droits transférés au fiduciaire forment une masse séparée dans son patrimoine* ». Ainsi, il n'y a pas de confusion entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine propre du fiduciaire.

Pour ce faire, le fiduciaire doit prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter cette confusion¹⁷¹. Cependant comme le remarque Michel Grimaldi, « *le texte place cette masse distincte dans le patrimoine du fiduciaire, comme si elle formait un sous-ensemble, quitte à devoir ensuite préciser qu'elle ne fait pas partie de sa succession. Peut être est-ce le signe d'un souci persistant, mais vain, de maintenir en apparence l'unicité du patrimoine*»¹⁷². Cette rédaction s'inscrit dans la logique de la convention de La Haye dont l'article 11 prévoit que la reconnaissance en tant que trust « *implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee (...)* ».

Le statut particulier des biens qui font l'objet de la fiducie serait contraire à la fiducie romaine où les biens remis en fiducie intégraient le patrimoine du fiduciaire car l'institution en droit romain reposait sur la confiance que le constituant avait dans le fiduciaire. Il faut se rappeler que le terme de fiducie vient du mot « *fides* » ce qui signifie en latin confiance.

Christian Larroumet a soulevé cette incompatibilité de l'avant-projet vis-à-vis du droit romain et considérait que « *Le statut particulier dans le patrimoine du fiduciaire des biens qui font l'objet de la fiducie et sa conséquence selon laquelle ils ne font pas partie du droit de gage général des créanciers du fiduciaire sont parfaitement contraires à la fiducie romaine. Seule l'idée de trust peut les justifier, comme elle explique que le fiduciaire doit prendre des mesures pour éviter la confusion du patrimoine fiduciaire avec son patrimoine personnel*»¹⁷³.

- La fiducie s'affranchit de la conception de la propriété telle que définie par l'article 544 du Code civil. Dans un premier temps, la fiducie opère un

¹⁷¹ Alinéa 2 de l'article 2067 : « *Le fiduciaire doit prendre toutes mesures propres à éviter la confusion desdits droits et biens ainsi que des dettes s'y rapportant, soit avec ses biens personnels, soit avec d'autres biens fiduciaires* »

¹⁷² « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre* » II Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie Michel Grimaldi, Defrénois, 30 septembre 1991, n°17 p.961, paragraphe 45

¹⁷³ « *La fiducie inspirée du trust* », Christian Larroumet, Recueil Dalloz 1990, p.190

transfert de propriété au profit du fiduciaire. Mais le fiduciaire ne disposerait pas du « *droit de disposer des choses de la manière la plus absolue* »¹⁷⁴ et seulement titulaire d'un droit de propriété limité dans le temps et dans son exercice. Enfin ce droit de propriété doit être exercé dans l'intérêt d'un tiers, le bénéficiaire de la fiducie. Madame J. de Guillenchmidt qualifie la propriété confiée au fiduciaire de « propriété fiduciaire » en la distinguant de la propriété ordinaire qui elle, est perpétuelle et non limitée dans son exercice.¹⁷⁵

Par conséquent, « *il ne s'agit pas d'un transfert pur et simple mais un transfert avec charges. C'est pour cela que l'on a pu dire que le droit de propriété du fiduciaire est un droit asservi, un droit limité par des obligations particulières* »¹⁷⁶.

Selon Madeleine Cantin Cumyn, « *dans la mesure où la titularité du droit du fiduciaire ne vise qu'à lui permettre d'accomplir une mission, l'avant-projet paraît reproduire la conception de la common law qui associe titre et pouvoir plutôt que celle du droit civil où le droit subjectif se distingue du pouvoir d'agir juridiquement* »¹⁷⁷.

Ce texte n'a jamais été discuté en 1992 au parlement compte tenu de l'hostilité du Ministère de l'Economie et des Finances qui craignait que la fiducie ne devienne un outil de blanchiment d'argent et d'évasion fiscale. Dès lors, ce Ministère était hostile à cette réforme¹⁷⁸. Ce projet a été modifié en 1994. Aucune discussion au parlement n'a eu lieu également en 1994.

La question est ensuite longtemps restée en suspens, malgré une résolution du parlement européen prévoyant l'harmonisation des droits européens en matière de trusts (résolution du 15 novembre 2001).

Lorsque la Commission Grimaldi a travaillé sur la réforme des sûretés, celle-ci avait commencé à travailler en rédigeant des articles sur la fiducie puisqu'il n'était pas à l'époque prévu de texte général sur ce sujet et qu'il était donc du ressort de la commission d'insérer la fiducie dans le Code civil.

¹⁷⁴ Article 544 du Code civil « *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.* »

¹⁷⁵ « *Les assises de la fiducie – Metz 6 mars 1992* » intervention de Madame J. de Guillenschmidt, Gaz. Pal. 1^{er} et 2 juillet 1992, page 16

¹⁷⁶ Présentation de l'avant-projet par madame de Guillenchmidt séminaire intitulé « *La fiducie ou le trust à la française* » organisé par MTF « Marchés et Techniques Financières » le 22 mai 1990.

¹⁷⁷ « *L'avant-projet de la loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre atlantique* » Madeleine Cantin-Cumyn, Recueil Dalloz 1992, p.117, paragraphe 6

¹⁷⁸ Pierre Crocq « *Le cœur du dispositif fiduciaire* » Revue Lamy Droit civil, 20 740

Mais soudainement avant même que ce travail ne fut terminé, la chancellerie lui a demandé d'arrêter ses travaux sur la fiducie-sûreté au motif qu'un autre projet relatif à la fiducie en général allait être préparé sous l'égide de la Chancellerie et du Ministère de l'Economie et des Finances à partir d'une proposition antérieurement déposée par Philippe Marini, Sénateur de l'Oise¹⁷⁹.

Le Sénateur Marini a alors déposé, le 8 février 2005, une proposition de loi instituant la fiducie, qui s'est inspirée largement des principes directeurs du projet de 1992/1994. Cette proposition a finalement été adoptée par le Sénat, le 17 octobre 2006, après que le Gouvernement l'eut substantiellement amendée, puis par l'Assemblée nationale le 7 février 2007. La loi 2007-211 du 19 février 2007 introduisant la fiducie a été publiée au journal officiel le 21 février 2007¹⁸⁰.

Mais après avoir parcouru l'histoire de la fiducie, il est nécessaire de revenir sur l'histoire du droit de la propriété. En effet, il convient de revenir sur les fondations du droit de propriété afin de mieux comprendre pour quelles raisons la fiducie bouscule ce droit sur lequel notre Code civil s'est construit.

¹⁷⁹ Pierre Crocq « *Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés* » Recueil Dalloz 2007 p.1354

¹⁸⁰ J.O. 44 du 21 février 2007

Histoire du droit de propriété

On a tendance à présenter le droit des biens comme un droit immuable, or il n'en est rien car les formes de propriété ont varié dans le temps et l'espace et nous allons pouvoir le constater en rappelant l'évolution du droit de propriété depuis le droit romain¹⁸¹.

Pour mieux comprendre le droit de propriété, il est intéressant de rappeler l'étymologie du mot propriété, celui-ci vient du latin, « *proprius* » qui signifie propre, sans partage.

Droit romain

Il est intéressant de se tourner vers le droit romain qui a rayonné de 753 (avant Jésus Christ) jusqu'à la chute de l'empire romain d'occident en 476 (après Jésus Christ) et même au-delà car les compilations de Justinien ont été réalisées au VI^{ème} siècle après Jésus Christ (531 après Jésus Christ).

Avant la loi des XII tables 450 (avant Jésus Christ) qui a constitué une source fondamentale du droit privé romain, il est difficile de savoir si la propriété collective était antérieure à la propriété individuelle. Les historiens du droit pensaient que la propriété collective préexistait à la propriété individuelle mais il est impossible de pouvoir en faire la vérification.

Puis au fur et à mesure de l'extension de l'empire romain, sont apparues d'autres formes de propriétés à côté de la propriété quiritaire dont le contenu était différent.

- La propriété quiritaire

A compter de la loi des XII tables, la première forme de propriété connue est la propriété quiritaire. Comme le précisent Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, cette propriété quiritaire « *n'a à l'origine qu'un domaine relativement réduit, pour des motifs à la fois politique et technique, quant aux personnes qui peuvent en être titulaires, et quant aux termes sur lesquelles elle peut porter. Techniquement, elle dépend des formes d'acquisition devenues très vite surannées* » *La propriété quiritaire est le type même de la propriété. Elle est aussi le type droit réel, complet et total. Le terme technique qui la désigne à Rome est « dominium », terme abstrait qui apparaît – ainsi peut-être que la notion elle-même vers la fin de la République. L'expression complète est « dominium e liure quritium », traduite habituellement « propriété*

¹⁸¹ « *Histoire du droit des biens* » Jean Louis Halpérin, *Economica*, mars 2008

en vertu du droit des quirites » c'est-à-dire du droit romain. (...) Les étrangers n'y ont pas accès »¹⁸².

Il est nécessaire de remplir trois conditions cumulatives pour exercer la propriété quiritaire.

- La propriété est réservée principalement aux citoyens romains¹⁸³. Cette propriété est exclusive c'est-à-dire qu'elle n'a qu'un seul titulaire. Mais il existe deux exceptions, d'une part, la propriété indivise et d'autre part, les démembrements de la propriété¹⁸⁴. Du fait de cette condition d'ordre personnel, « la propriété quiritaire qui confère le droit réel le plus étendu, n'est pas à la portée de tout le monde, c'est un droit reconnu par la loi romaine à une minorité de privilégiés. »¹⁸⁵.
- Cette propriété doit être acquise selon des modes romains en respectant les formes de la mancipation pour le transfert des *res mancipi*.
- Enfin, cette propriété doit porter sur des choses romaines : des terres situées en Italie ou des meubles appartenant à des romains (*res mancipi*). Sont ainsi exclues, les choses extrapatrimoniales et les fonds de terre non italiques.
- Cette propriété quiritaire permet à son titulaire un complet pouvoir sur la chose, il en est le maître (« *dominus* »)¹⁸⁶. Il a le droit d'agir comme bon lui semble avec sa chose et le droit d'interdire aux autres de faire un acte quelconque sur ladite chose. Le terme de « *dominium* » est ainsi utilisé pour qualifier cette propriété quiritaire. Néanmoins, il « existait à Rome diverses limites aux prérogatives du propriétaire, les unes d'ordre privé, les autres dans l'intérêt public »¹⁸⁷.

¹⁸² « Histoire du droit civil » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphes 221 et 236

¹⁸³ Les latins, habitants du latium y ont accès car ils ont le « *commercium* » c'est-à-dire la possibilité d'effectuer des actes juridiques selon le mode romain

¹⁸⁴ « La propriété indivise « se caractérise par l'existence de plusieurs propriétaires ayant des droits égaux. Le fait est fréquent, notamment en cas de succession, lorsqu'il y a des cohéritiers (...) La propriété peut donner lieu à des droits constitués au profit de personnes autres que le propriétaire, donc sur la chose d'autrui (usufruit, servitude, gage, louage, etc.) (...) néanmoins ces droits ne sont pas la propriété et celle-ci (...) conserve sa vocation à prendre un jour la plénitude de son étendue » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 239

¹⁸⁵ « Histoire du droit privé 2/ Les biens » Paul Ourliac, J. de Malafosse, Presses Universitaires de France, 1971, paragraphe 44

¹⁸⁶ Il est intéressant de rappeler que la notion de propriété n'était pas définie par le droit romain. Les trois attributs du droit de propriété, c'est-à-dire l'abusus, l'usus et le fructus n'ont pas été présentés dans une seule énumération par les romains, mais plus tard au XIX^{ème} siècle. « Pour constituer cette trilogie, il a suffi de rapprocher d'usufructus quelques rares textes qui parlent d'abuti, c'est-à-dire d'abuser » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 237

¹⁸⁷ « Histoire du droit civil » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 238

Cette propriété repose donc notamment sur une distinction entre d'une part, les *res Mancipi* et d'autre part, les *res nec Mancipi*¹⁸⁸.

- Les « *res Mancipi* » sont en nombre limité. Il s'agit des fonds de terre sur le territoire romain en Italie, esclaves, bêtes de somme ou de trait, et d'une manière générale les quadrupèdes domestiqués par le dos ou par le cou¹⁸⁹. Les « *res Mancipi* étaient les choses qui au début de la République romaine, constituaient la richesse majeure. (...). Une fois posée, la liste des *res Mancipi* s'est figée dans le temps et ne s'est pas adaptée aux changements économiques »¹⁹⁰.
- Tous les autres biens sont des « *res nec Mancipi* » (notamment le petit bétail c'est-à-dire les porcs, moutons, chèvres, les ustensiles, les semences).
- Les « *res Mancipi* » sont à la fois des biens essentiels à l'exploitation agricole et des choses soumises à un pouvoir de commandement, appelé le « *Mancipium* ».

La mancipation (« *Mancipatio* » en latin ou acte « *per aes et libram* » par l'airain et la balance) est un mode d'acquisition extra-judiciaire de la propriété quiritaire. Il s'agissait d'une cérémonie réglée dans ses moindres détails par la loi et dont les participants sont l'acquéreur, le vendeur et les cinq témoins qui doivent être citoyens romains et d'âge pubère¹⁹¹.

Aux termes de cet acte, l'acquéreur affirme sa maîtrise sur la chose, après avoir donné au vendeur le versement du prix de la chose en lingots de bronze qu'il faut peser¹⁹². La présence

¹⁸⁸ « *Gaius et Justinien proposent trois classifications des choses mais il faut en ajouter encore trois autres. De ces six classifications, cinq sont de tous les temps, encore que leur importance respective puisse considérablement varier, tandis que l'une est demeurée spéciale au droit romain (res Mancipi, res nec Mancipi)* » « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 211.

La distinction « *Res Mancipi / Res nec Mancipi* » est la classification essentielle du droit romain. Mais cette distinction comme le précisent les professeurs Aynès et Malaurie « *aujourd'hui nous paraît bizarre* ». « *Les biens* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Collection droit civil, Defrénois, 3^{ème} édition, juin 2007, paragraphe 111

¹⁸⁹ « *La liste de ces res Mancipi a été arrêtée très tôt une fois pour toutes. (...) on s'interroge toujours sur la raison d'être de cette liste, qui n'est pas claire* » « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 212

¹⁹⁰ « *Les biens* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Collection droit civil, Defrénois, 3^{ème} édition, juin 2007, paragraphe 111. Pour montrer que la liste des *res Mancipi* n'a pas évolué, ces auteurs citent le cas de l'éléphant. Lorsque Rome connut les éléphants, ces derniers furent qualifiés de *res nec Mancipi*. Cette qualification fut conservée bien que les éléphants fussent des animaux plus précieux que les autres bêtes de somme (qui elles étaient des « *res Mancipi* »).

¹⁹¹ Il faut disposer d'une balance, qui doit être en airain et être portée par un spécialiste appelé le *libripens*.

¹⁹² La balance était utilisée à l'origine pour peser les pièces de monnaie primitive qui étaient en arain et ne constituaient pas des pièces frappées. Par la suite, compte tenu de l'utilisation de pièces frappées et plus particulièrement de lingots, la balance était utilisée symboliquement puisque la pesée n'était

de témoins assure la publicité et la preuve de l'opération vis-à-vis des tiers. La mancipation permet ainsi le transfert de la propriété quiritaire.

- Propriété prétorienne ou bonitaire¹⁹³

Dans le cas où la propriété d'une « *res mancipi* » n'a pas été transmise suivant la forme de la mancipation mais de la tradition, l'acquéreur ne peut pas revendiquer la propriété quiritaire, il n'est qu'un simple possesseur. Dans ce type de situation, il a été accordé à ces propriétaires, une action publicienne. Il s'agit de l'exemple type de propriété prétorienne mais on en décompte encore cinq autres cas¹⁹⁴.

Enfin, il faut comprendre que « *la propriété prétorienne permettait au magistrat de protéger des situations de fait qu'il estimait légitimes. Facteur essentiel de développement du droit, ce procédé conduisait normalement à la propriété du droit civil et en étendait le domaine d'application* »¹⁹⁵.

Ladite action trouve son origine du nom du prêteur Publicius qui a accordé et créé cette action spéciale. Le propriétaire prétorien dispose de droits à l'encontre du propriétaire quiritaire qui intenterait une action en revendication mais également à l'égard des tiers¹⁹⁶. Ainsi, le propriétaire exerce une maîtrise de fait sur la chose et espère devenir propriétaire quiritaire par usucapion (prescription acquisitive de courte durée) ou par usage. « *En définitive, les infériorités qui peuvent exister entre la propriété prétorienne et la propriété quiritaire sont presque formelles* »¹⁹⁷.

Cette action publicienne accordée au propriétaire prétorien a été étendue par la suite aux propriétaires de bonne foi qui ont acquis une chose d'un aliénateur qui se présentait comme le véritable propriétaire mais en réalité ne l'était pas. Ce possesseur ayant acquis « *a non*

plus nécessaire. En outre, il faut avoir présent à l'esprit qu'il s'agissait d'une vente au comptant et qu'elle se fait symboliquement pour les ventes à crédit.

¹⁹³ « *On dit aussi quelquefois propriété bonitaire, à l'imitation des Romains qui évitaient soigneusement de parler de propriété et qui employaient simplement l'expression in bonis habere (« avoir des biens »). Quant au fond, la réalité économique que désigne l'in bonis était protégée malgré le mépris des formalités « civiles » (au sens du jus civile)».* « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 254

¹⁹⁴ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 254

¹⁹⁵ « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 51

¹⁹⁶ Cette action a été introduite par Publicus, probablement vers le milieu du 1^{er} siècle avant J. C. Les effets de la propriété prétorienne sont forts non seulement à l'égard des tiers mais également à l'égard du propriétaire quiritaire. « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 28

¹⁹⁷ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 255

domino » c'est-à-dire à une personne qui ne disposait pas de la propriété quiritaire. Cependant « à la différence du propriétaire quiritaire ou prétorien, ce possesseur n'a cependant qu'un droit relatif et risque de ne pas l'emporter contre tous. Seulement, la charge de la preuve incombera à son adversaire ».

La propriété prétorienne ou bonitaire est fondée essentiellement sur la division entre « *res Mancipi* » / « *nec Mancipi* », qui va disparaître progressivement¹⁹⁸.

La distinction entre la propriété quiritaire et la propriété prétorienne s'efface progressivement en raison notamment de la suppression de la distinction entre les *res Mancipi* et *res nec Mancipi*. Les rites de la mancipation sont remplacés par la rédaction d'un écrit qui sert de preuve d'une mancipation fictive et de la validité du transfert de propriété. En outre, le transfert de propriété par tradition s'est étendu au transfert de l'ensemble de tous les biens. Le Code justinien supprime la mancipation et la distinction « *res Mancipi* » et « *res nec Mancipi* » et interdit d'utiliser le terme de droit des quirites.

- Propriété pérégrine

A Rome, les étrangers (pérégrins) ne pouvaient jamais acquérir la propriété quiritaire, même s'ils l'avaient acquise auprès d'un citoyen romain¹⁹⁹. Les étrangers ne pouvaient jamais acquérir le *dominium* sur un bien. Toutefois, ils pouvaient devenir propriétaires conformément à leur droit national²⁰⁰.

Suite à l'édit de Caracalla (212 après Jésus Christ), la propriété pérégrine disparaît puisque tous les habitants libres de l'empire romain à compter de la publication de cet édit, ont reçu la citoyenneté romaine et deviennent ainsi des citoyens romains.

- Propriété provinciale

Cette propriété concerne les terres prises à l'ennemi au fur et à mesure des conquêtes romaines. Ces terres étaient soumises à un régime juridique différent des terres situées en Italie et qui elles pouvaient faire l'objet de la propriété quiritaire. La plupart de ces terres

¹⁹⁸ « Plus on avance dans l'Empire, plus la distinction entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi* apparaît comme un survivance de la loi des XII tables, difficile à comprendre dès l'époque de Gaius ». « Histoire du droit des biens », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 32

¹⁹⁹ Ainsi, « la propriété n'est pas romaine car le sujet de du droit de propriété n'est pas romain. Le titulaire du droit est en effet un pérégrin c'est-à-dire un habitant des territoires conquis et les pérégrins n'ont pas le *commercium* ». En effet « la conquête de l'Italie avait posé le problème du statut des propriétés des étrangers à la citoyenneté romaine (appelés Pérégrins) qui étaient soumis à la domination des Romains » « Histoire du droit des biens », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 30

²⁰⁰ Ainsi son droit de propriété est « sanctionné par les juge de sa cité et éventuellement au dessus d'eux par le gouverneur romain de la province dont dépend la cité (...) »

conquises est laissée aux exploitants en échange du versement d'un « *impôt reconnaîtif de la propriété éminente de la cité romaine*²⁰¹ ». Les exploitants de ces terres ne peuvent pas exercer de « *dominium* » mais en payant cet impôt, ils conservaient le droit de jouir de ces terres dont ils étaient propriétaires avant la conquête de Rome.

Ils avaient la possibilité de transmettre cette propriété à cause de mort ou entre vifs. Cependant, cette propriété ne peut pas faire l'objet d'une prescription acquisitive et ne se transmet que par tradition. Ainsi « *le droit refuse cependant de reconnaître cette réalité ; il n'y voit pas une propriété mais un simple état de fait, que l'on désigne par des mots comme possessio, ususfructus ou usus. (...) Néanmoins le propriétaire provincial (...) devait pouvoir être protégé et la sanction a été trouvée par les gouverneurs des provinces lors de l'exercice de leur autorité judiciaire* »²⁰².

Cette propriété disparaîtra en 284 sous le règne de Dioclétien. « *Cette dernière suppression correspond à l'abolition de la distinction des res Mancipi / res nec Mancipi, dont faisaient partie les fonds provinciaux et les res Mancipi qui comprenaient, notamment les fonds Italiques* »²⁰³.

- L'unification des propriétés

Ainsi, au fur et à mesure, les propriétés d'un statut inférieur à la propriété quiritaire ont disparu et les compilations de Justinien ont établi un régime unique de propriété appelé *proprietas* ou *dominium* valable pour tous et pour tous les biens²⁰⁴.

En outre, « *Les nécessités économiques s'accommodent mal de son domaine d'application (de la propriété quiritaire) étroit (citoyen romain, choses romaines) et du formalisme de ses modes de transfert (mancipation, un jure cessio* »²⁰⁵

Ainsi, Jean-Louis Halpérin évoque ce phénomène en utilisant l'expression d'« *unification de la propriété romaine* » qui est la conséquence de la conquête effectuée par l'Empire romain. Dans ce contexte, « *les Romains ont procédé sous l'Empire à une entreprise considérable*

²⁰¹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 29

²⁰² « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 260

²⁰³ « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de Malafosse, Paul Ourliac, paragraphe 51, presses universitaires de France, 1971

²⁰⁴ « *Il semble bien que les deux termes, proprietas et dominium soient synonymes. (...) il faut le signaler parce que ces deux mots n'ont pas étymologiquement le même sens. Etymologiquement, en effet, un des deux mots entraîne l'idée d'exclusivité de totalité sur la chose, proprietas. Le mot dominium évoque simplement un idée de domination* » « *Histoire du Droit privé* » rédigées d'après le cours et avec l'autorisation de M. Grandclaude, 1933-1934, page 40

²⁰⁵ « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » J. de Malafosse, Paul Ourliac, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 44

d'assimilation des populations conquises en les intégrant progressivement dans la citoyenneté »²⁰⁶.

Il est intéressant de constater que le droit romain et même les compilations de Justinien ne donnent pas une définition du concept de « *dominium* » ou de « *proprietas* »²⁰⁷ car « *le législateur n'a pas jugé utile de donner une définition de ce pouvoir sur la chose dont chacun pouvait comprendre la force* »²⁰⁸.

- « *Le propriétaire a un pouvoir sur toute la chose qui s'étend, pour les terres, à la propriété du dessus et du sous sol. Il a la faculté de disposer de la chose à titre onéreux ou à titre gratuit. Il peut en principe, détruire ou abandonner son bien. Son droit a vocation à être perpétuel, sous réserve de la prescription extinctive, instaurée par Constantin puis Théodose II (...)* » Mais ce droit de propriété connaît des limites. En effet, le « *développement du pouvoir impérial l'a amené à intervenir dans la vie sociale et économique en restreignant les prérogatives des propriétaires* »²⁰⁹. Ainsi, comme le rappellent les professeurs Ourliac et de Malafosse, « *selon les compilateurs de Justinien, le propriétaire a une plena potestas sur la chose. Affirmation de principe d'un pouvoir absolu, qui va connaître une fortune singulière. Au Moyen Age, le droit savant la retrouve et la développe* »²¹⁰.
- « *Ayant les caractères de l'exclusivité, la propriété n'appartient en principe qu'à une seule personne. Pourtant les Romains connaissent depuis l'époque archaïque, des formes d'indivision successorale* »²¹¹.

La propriété de la chute de l'Empire romain à la Révolution Française

Au cours de cette période, la distinction biens meubles / biens immeubles du droit romain a été reprise et celle-ci a pris beaucoup plus d'importance²¹².

²⁰⁶ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 33

²⁰⁷ Le terme de « *proprietas* » « *relativement peu employé fait référence à un attribut de la chose, sa qualité, d'être propre à quelqu'un* » « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 32

²⁰⁸ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 33

²⁰⁹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 34. Deux exemples : prescriptions des empereurs interdisant au maître de tuer son esclave. Les règles de l'urbanisme sur la hauteur des constructions et leur solidité

²¹⁰ « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, Presses Universitaires de France, 1971, paragraphe 32

²¹¹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 33

Les biens meubles sont considérés comme des biens ne présentant qu'une faible valeur « *Res mobilis, res vilis* »²¹³. Le droit de propriété était à l'égard des choses mobilières individuel et absolu. Les propriétaires pouvaient, en user, jouir voire les détruire.

Si la propriété des biens meubles ne se distingue pas de celle qui existait sous l'Empire romain, ce n'est pas le cas de la propriété immobilière qui est bien différente et beaucoup plus complexe. En effet, « *dans le système de la propriété les immeubles (essentiellement les fonds de terre ou héritages) ont une double destination : ils sont sources de puissance politique et également des biens de production économique fondamentaux* »²¹⁴.

La propriété pendant la période franque

Cette période se caractérise par l'oubli du droit romain et la mise en place de règles coutumières quant à l'appropriation du sol.

Ainsi « *la chute de l'Empire, tourne au profit du grand propriétaire ; son autorité n'est plus contrebattue par les fonctionnaires impériaux et elle est subie durement par les habitants du domaine (...) Autorité de fait plus de droit : la démission de l'Etat fait du grand propriétaire le maître tout puissant et de sa propriété une « domination »* »²¹⁵.

La propriété personnelle des biens mobiliers est reconnue, par contre il existe de nombreuses restrictions à l'encontre de la propriété individuelle de la terre. Une personne peut être propriétaire mais il pèse sur elle des droits de la collectivité ou de la famille.

Cette époque est marquée par l'apparition de deux nouvelles sortes de tenures : le précaire et le bénéfice.

²¹² La distinction *res mancipi / res nec mancipi* a disparu à la fin de l'empire romain. « *Ainsi à part la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi*, l'ancien droit a conservé toutes les distinctions romaines. Mais il a donné à celles des meubles et des immeubles, une importance extraordinaire et a ajouté, par rapport au droit romain, deux distinctions nouvelles (biens nobles et biens roturiers, propres et acquêts ; ces distinctions sont d'ailleurs secondaires par rapport à la *summa divisio* » « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 213*

²¹³ « *L'importance économique des immeubles dans un pays d'économie surtout agricole était considérable (...). L'organisation sociale et politique du pays renforçait par ailleurs l'importance de l'immeuble. Les immeubles et les meubles seront dès lors, quant à l'aliénation, au régime matrimoniale, à la dévolution héréditaire, soumis à des règles différentes* » « *Droit civil Les biens* » François Terré, Philippe Simler, Dalloz, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, paragraphe 30

²¹⁴ « *Droit des biens* » Alain Piédelièvre, Droit sciences économiques, paragraphe 24, Masson, 1977

²¹⁵ « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 65

- Le précaire (« *precaria* ») est un bien remis sur la prière d'une personne modeste à l'égard d'une personne puissante. « *Sur la prière (preces, d'où le nom du contrat, d'un humble (humilis) à un puissant (« potens »), un bien est remis par le second au premier, moyennant le paiement d'une redevance assez faible et fixe (« census », cens) »*²¹⁶. Cette concession est révocable à tout moment et a été beaucoup utilisée par l'Eglise pour faire valoir ses terres. L'exploitant tient sa terre du puissant qui en est le véritable propriétaire²¹⁷.
- Le bénéfice (« *beneficium* »²¹⁸) porte sur des terres plus étendues et constitue la contrepartie d'un service d'ordre militaire rendu notamment par un guerrier, un servant d'armes c'est-à-dire un vassal²¹⁹. Cependant le « *tenancier n'entend d'ailleurs pas les cultiver lui-même, mais les concéder à des sous-tenanciers, à titre généralement au début de précaires* »²²⁰.

*« Le bénéfice s'organise sous les Carolingiens, en même temps que son développement devient considérable. (...) le bénéfice n'est pas encore tout à fait dans le patrimoine du bénéficiaire, et sa situation n'est pas du tout consolidée : il est en effet lié à la fonction et, comme celle-ci est viagère, la terre revient au roi au décès du titulaire »*²²¹.

Ainsi, les bénéfices se multiplient à tous les niveaux de la société. Le roi tient à remercier la fidélité des grands en leur accordant des bénéfices qui à leur tour souhaitent consentir des concessions de terres à leurs fidèles.

Le bénéfice et le précaire sont également utilisés et obtenus par des propriétaires libres qui souhaitent se placer sous la protection d'un puissant. Ainsi « *la petite propriété*

²¹⁶ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 285

²¹⁷ A partir du VII siècle, « *le candidat remet à l'Eglise une « littera precaria » contenant sa requête. Celle-ci sera conservée dans les archives de l'institution ecclésiastique, afin de faire preuve en sa faveur de sa propriété sur le sol* » « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 286.

« *A la suite d'un échange de lettres entre celui sollicite une terre de l'Eglise, la concession d'un lot de terre est accordée à titre viager voire héréditaire* » « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 59

²¹⁸ « *Beneficium qui littéralement signifie bienfait. En récompense de services passés, un puissant (« senior ») remet à ses hommes un cadeau consistant en chevaux, en armes, en argent ou en terres* ».

²¹⁹ « *Vassal vient du mot vassus mot d'origine celtique « gwas », le gars, le jeune guerrier* » « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 59

²²⁰ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 287

²²¹ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 287

s'absorbe dans la grande ; le petit propriétaire abandonne la propriété de son champ à son voisin plus puissant pour obtenir sa protection (...) »²²².

Enfin le bénéfice va se transformer au cours des IX et X^{ème} siècles, lors de la décadence des carolingiens, les bénéfices ne sont plus viagers et deviennent héréditaires en raison de l'hérédité des fonctions²²³.

Cette privatisation des fonctions publiques associant le pouvoir à la détention de terres est à l'origine de l'apparition du fief et d'une manière plus large de la féodalité.

La propriété à l'époque féodale²²⁴

« *Sur les meubles, sauf rares exceptions, la propriété était libre* »²²⁵, en revanche il n'existe plus de propriété perpétuelle ni de propriété exclusive des terres.

L'alleu, terre sans seigneur ou propriété pleine et entière, par un homme libre disparaît en France²²⁶, tandis que le fief et les tenures roturières (la censive, la tenure servile) se développent. Il apparaît trois types de tenures féodales et qui sont les suivantes :

- Le fief

Le fief est une terre concédée par un seigneur (senior) à son vassal au cours d'une cérémonie symbolique (appelée investiture) pouvant suivre immédiatement la cérémonie publique de l'hommage et foi.

Quelle est la nature de la relation entre le vassal et le seigneur ? « *Au départ, l'accent était mis sur l'hommage, qui créait entre le seigneur et le vassal un lien personnel de subordination et de fidélité, et les bénéfices étaient accordés à titre viager. (...) L'hommage, dès le XII siècle, était porté en raison de tel fief, et l'accent va alors être mis sur l'aspect réel et patrimonial de l'opération.* »²²⁷

Au titre de la cérémonie publique de l'hommage et foi, le vassal s'engage à fournir des services nobles (c'est-à-dire l'aide et le conseil à son seigneur, l'exécution d'obligations

²²² « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 72

²²³ Capitulaire de Quierzy sur Oise (877)

²²⁴ Cette époque s'entend du XI au XVI siècle

²²⁵ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 287

²²⁶ « *La pleine propriété subsiste dans l'alleu, qui est une terre sans seigneur féodal. Dans les régions de droit coutumier, l'alleu tend à disparaître et une maxime règne généralement « Nulle terre sans seigneur » » « Histoire du droit civil » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 287*

²²⁷ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 289

militaires), Ce dernier devant lui accorder protection et entretien. La concession d'une terre est un moyen pour le seigneur de remplir son obligation d'entretien.

Il n'existe aucune obligation d'accorder un fief à la charge du seigneur, ce dernier peut assumer autrement l'entretien de son vassal.

Le fief est avant tout « *une forme de rémunération pour les services militaires du vassal, une tenure-salaire et une tenure militaire. Il fait l'objet d'une concession et non d'une donation, le seigneur restant propriétaire de la terre. (...) Le fief est une concession viagère et le fief revient entièrement au Seigneur à la mort du vassal comme à celle du Seigneur* »²²⁸.

Il existe deux types de fiefs. Lorsque le seigneur découpe ses propres terres pour constituer le fief de son vassal, il s'agit d'un fief d'attribution. Si le vassal apporte des terres à son seigneur, après avoir abandonné la propriété au profit du seigneur, il s'agit alors d'un fief de reprise²²⁹.

Le fief est insusceptible de partage ou d'aliénation par le vassal, « *celui-ci a été choisi en tant que tel par le seigneur qui n'a pas d'intérêt à ce qu'une autre personne –ou même plusieurs– soit substituée à l'auxiliaire fidèle* »²³⁰.

En cas de faute par le vassal (notamment en cas de trahison), le fief peut être repris, confisqué par le seigneur. De même, en cas de faute de la part du seigneur, le vassal peut le désavouer et demander à être rattaché à un seigneur en conservant son fief.

Mais le fief qui à l'origine prenait fin à la mort du seigneur ou du vassal a connu une patrimonialisation de la part des vassaux²³¹. Ainsi « *l'hérédité s'introduit assez tôt, puis l'aliénabilité. Dans le courant du XIIIème siècle, on admet que le fief peut être vendu à un bourgeois* »²³².

Ainsi, « *ces pratiques sont régularisées par la coutume qui ouvre une option au seigneur, a) ou il (le seigneur) refuse d'autoriser la vente faite et il doit alors retenir le fief pour le prix*

²²⁸ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 60

²²⁹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 60

²³⁰ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 61

²³¹ « *Mais dès l'époque carolingienne, la fidélité jurée au seigneur est normalement renouvelée à ses enfants et il paraît normal que le fils du vassal devienne vassal à son tour. Le désir de conserver le fief ne peut que renforcer cette tendance à l'hérédité, invincible en France dès le XIème siècle. Et l'hérédité, une fois admise vas réagir à son tour sur les droits des parties : 1° elle limite grandement le droit du seigneur qui ne peut qu'exiger le renouvellement de l'hommage à chaque mutation et dans un délai de quarante jours (...) 2° Corrélativement, l'hérédité consolide les droits du vassal. De l'hérédité en ligne directe on en vient à la succession collatérale et au droit d'aliéner le fief ; vers le XIème siècle l'acheteur devait être présenté au seigneur qui l'acceptait pour vassal, mais ne manquait pas de faire payer son consentement (...)* ». « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 78

²³² « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 289

qu'il doit payer à l'acquéreur qu'il évince (...) b) Ou le seigneur consent à recevoir l'hommage de l'acquéreur et il perçoit de l'acquéreur un droit de mutation que la coutume fixe au cinquième du prix, d'où le nom de droit de quint qui le désignera couramment (...) »²³³.

- La censive

Il s'agit d'une terre concédée à un censitaire, homme libre, en vue de son exploitation à condition que ce dernier verse soit une partie de la récolte : le champart ou une redevance pécuniaire : le cens annuel. Enfin, le tenancier s'engage à la réalisation de corvées au profit de la personne qui lui a concédé cette tenure.

D'un point de vue juridique, le tenancier use et jouit de la tenure dont il perçoit les fruits pour se nourrir, lui et sa famille. Le seigneur dispose d'un droit au retrait censuel c'est-à-dire le droit de récupérer la terre moyennant le versement d'une somme.

En payant, le paysan reconnaît qu'il n'est pas maître d'une terre qu'il tient du seigneur. En cas de non paiement de cette redevance, le seigneur peut confisquer la tenure.

Ainsi, la censive *« n'a jamais eu qu'une fonction économique (...). Contrairement à la concession de fief, où l'intuitu personae a été –du moins au départ– fondamental, aucun lien personnel n'a jamais existé entre le censitaire et son seigneur (...) »²³⁴.*

En ce qui concerne la nature des rapports entre le tenancier et le seigneur, il n'y a donc *« aucun rapport personnel » le cens n'est pas dû par le tenancier, mais par le fonds et il constitue un parfait exemple d'une dette réelle assignée sur le fonds et supportée par lui : le possesseur de la censive n'est tenu que propter rem »²³⁵.*

- La tenure servile

Le tenancier n'est pas un homme libre, il est un serf. Il doit s'acquitter de charges plus lourdes que le censitaire. Il est taillable et corvéable à merci. Il paye le chevage et la taxe successorale.

²³³ « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 78

²³⁴ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 290

²³⁵ « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 84

Ainsi la « *différence essentielle entre cette tenure et la censive tient non pas au statut de la terre mais à celui du tenancier qui est un serf. (...) Si le serf est affranchi, sa tenure est transformée en censive* »²³⁶.

Qu'il soit vassal, censitaire ou serf, le tenancier « *a la plupart des avantages que l'on peut retirer de la terre et, sous réserve des charges qu'il supporte, sa situation est assez proche de la propriété à la manière romaine. Il a l'usus, le fructus, (...) et celui-ci peut aliéner complètement son bien sous quelques réserves* »²³⁷.

Il est intéressant de constater qu'à compter du XI^{ème} et XII^{ème} siècle, les fiefs et les tenures roturières entrent dans le patrimoine du vassal ou du tenancier.

La consolidation du droit féodal qui se matérialise par la concrétisation des coutumes, est concomitante à la redécouverte du droit romain par les juristes au XII^{ème} siècle. Ces derniers poussent à rattacher le droit féodal au droit romain en analysant les rapports féodaux selon le prisme du droit romain.

Ainsi dans une première phase, les juristes (les glossateurs²³⁸) ont essayé de rapprocher le fief de l'emphytéose du droit romain. En droit romain, l'emphytéote n'est pas considéré comme un propriétaire mais est titulaire d'un droit perpétuel et héréditaire et dispose d'une action réelle, donnée à titre utile d'où le nom de domaine utile couramment employé²³⁹.

²³⁶ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 291

²³⁷ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 292

²³⁸ « *Libri feudorum* » « les livres des fiefs ». Ce recueil a été rédigé par deux auteurs principaux Obertus ab Orto et Jacques d'Ardizzone

²³⁹ « *Pour comprendre le sens de l'évolution du fief, il faut – à condition de ne voir là qu'une simple analogie et un procédé commode d'exposition – la rapprocher de l'évolution contemporaine du bail ; né d'un accord de volontés, conçu en 1804, comme un simple contrat, le bail est en voie de devenir une tenure ; le locataire tient la chose et essaye de la garder au-delà du temps fixé au contrat ; d'où la propriété commerciale le maintien dans les lieux, le droit de renouvellement reconnu au fermier. L'élément réel – la considération de la chose louée- en vient à modifier les droits des parties ; la propriété est, sinon démembrée, du moins diminuée en droit comme en fait ; la résiliation comme la commise, apparaît dans la plupart des cas comme une sanction trop lourde. Surtout la transmission héréditaire du bail, son aliénation par voie de cession et les marchandages qu'elle peut provoquer rappellent, trait pour trait, les premiers temps féodaux. Les civilistes enseignent que le locataire est titulaire du simple droit personnel né de son contrat ; mais ils sont bien forcés de reconnaître que, parfois, le droit personnel est « mélangé de réalité » (Carbonnier, tome II, page 37) » « *Histoire du droit privé 2/ Les biens* » Paul Ourliac, J. de Malafosse, presses universitaires de France, 1971, paragraphe 81*

Le vassal est comparé à l'emphytéote et on accorda ainsi au vassal une action réelle utile. Le seigneur, se voit reconnaître une action en revendication que l'on appela conformément au droit romain, l'action directe par opposition à l'action utile dont est titulaire le vassal²⁴⁰.

« Dans une deuxième phase, à la fin du XII^{ème} siècle, on passe très vite des actions aux droits »²⁴¹, les juristes s'accordent pour reconnaître sur la terre faisant l'objet du fief un domaine utile au vassal et un domaine direct au seigneur. Le domaine utile du vassal est conçu comme un « *dominium* » inférieur à celui du seigneur. Le seigneur dispose d'un « *dominium* » qui ne correspond pas à celui défini par le droit romain. Il est un droit à user d'une certaine manière, un démembrement du droit de propriété. Par conséquent, il y avait sur une même terre, deux propriétés, deux « *dominia* », le domaine direct du seigneur et le domaine utile du vassal.

« Quant au seigneur, il se trouve assimilé à un bailleur ou à un nu-propriétaire ; il conserve le *dominium par excellence*, sanctionné par l'action réelle que le droit romain accorde au propriétaire, l'action directe d'où le nom de domaine direct ou de domaine éminent, donné à son droit. Domaine utile et domaine direct portent sur la même chose ; ils sont parallèles et distincts et les glossateurs vont les analyser et, par là, mettre l'accent sur leur antinomie technique »²⁴².

Titulaire du domaine utile, le vassal dispose de droits similaires à ceux du propriétaire. Il peut ainsi concéder une concession. Ainsi, dans la chaîne féodale, le vassal d'un seigneur, sera titulaire, du domaine utile à l'encontre de son seigneur mais sera titulaire du domaine éminent à l'encontre de son propre vassal, ce dernier étant titulaire du domaine utile. Le juriste Jean Faure déclare que le vassal détient à la fois le domaine utile du fief à l'encontre du seigneur et le domaine direct vis-à-vis des paysans tenanciers. Ce phénomène correspond à la troisième phase où « on ne tarda pas à s'apercevoir que sur une terre, on ne trouvait pas seulement deux personnes qui possédaient des droits, le seigneur d'une part, le vassal ou le censitaire d'autre part. En effet, le vassal était souvent lui-même le seigneur d'un autre vassal (...).

²⁴⁰ Ainsi comme le rappelle, M. Grandclaude « on va donc chercher dans le droit romain, l'explication du droit né des faits, d'un droit de génie germanique, et on va donc essayer de donner un habit romain, à quelque chose qui n'est point du tout romain. Ce sera dans une matière assez délicate à expliquer, car nous allons avoir en réalité un effort pour fausser les textes romains de façon à leur faire dire des choses qui n'ont absolument rien de romain » « Histoire du Droit privé » rédigées d'après le cours et avec l'autorisation de M. Grandclaude, 1933-1934, page 218

²⁴¹ « Histoire du droit civil » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 294. Grandclaude rappelle que « puisque tous les censitaires, vassaux, emphytéotes, vectigales avaient une action réelle, on a conclu qu'ils avaient un droit réel » « Histoire du Droit privé » rédigées d'après le cours et avec l'autorisation de M. Grandclaude, 1933-1934, page 219

²⁴² « Histoire du droit privé, 2/ les Biens » J. de Malafosse, Paul Ourliac, paragraphe 80, presses universitaires de France, 1971

Dans le courant du XIII^{ème} siècle Jacques de Révigny et les post glossateurs de l'école française considéraient que chacun des personnages impliqués dans la hiérarchie féodale est doté d'un domaine direct vis-à-vis de son vassal et d'un domaine utile vis-à-vis de son seigneur. Il en résultait ainsi, mis à part les deux termes extrêmes de la hiérarchie, le roi et le serf, une cascade ininterrompue de domaines. Le dominium prenait donc un caractère essentiellement relatif, s'opposant à la propriété absolue du droit romain »²⁴³.

Quel est donc le vrai propriétaire au sens du droit romain? Celui qui dispose du domaine utile? Jacques d'Ableiges²⁴⁴, juriste français, deux siècles après la renaissance du droit romain en Italie reconnaît au tenancier un véritable *dominium*. Cette analyse conduit à une déformation de la notion romaine du droit de propriété puisque le tenancier ne dispose pas de l'exclusivité, l'essence même du droit de propriété. Ainsi ce dernier, lorsqu'il parle du censitaire, l'appelle le propriétaire.

Enfin pour mieux comprendre ces propriétés simultanées, il faut avoir présent à l'esprit que la « *propriété médiévale était complexe, et beaucoup plus que ne le faisait le droit romain, superposait sur une même chose des droits de natures différentes, souvent sans caractère féodal. Par exemple dans une même forêt, l'un pouvait avoir droit aux taillis, l'autre aux arbres de haute futaie, dans une prairie, l'un pouvait avoir droit aux premières herbes, l'autre au regain, dans un étang, l'un avait droit aux poissons quand il était en eau, l'autre à la culture quand il était sec* »²⁴⁵.

Il est intéressant de relever que le fief n'est plus le symbole de l'exercice de la souveraineté mais devient petit à petit une forme originale de propriété qui tend à opposer le domaine éminent au domaine utile.

Mais le domaine utile semble se rapprocher de plus en plus au droit de propriété (tel que défini par le droit romain) car les juristes tendent à supprimer aux seigneurs leurs prérogatives liées à leur qualité de titulaire du domaine éminent.

Ainsi, signe de cette évolution, « *à partir du XV^{ème} siècle, plus tôt même dans le midi, le domaine direct ne confère plus de tels droits (droit de supériorité qui dans les cas de commises permettait au seigneur de reprendre le fief sans avoir à obtenir un jugement, à raison de sa supériorité); le seigneur n'a plus la saisine au cas de décès du vassal ou*

²⁴³ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 294

²⁴⁴ *Jurisconsulte français de la fin du XIV^e s. Il rédigea le Grand Coutumier de France entre 1385 et 1389*

²⁴⁵ « *Les biens* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Collection droit civil, Defrénois, 5^{ème} édition, 1^{er} janvier 2013, paragraphe 406

d'aliénation du fief (...). Le fief ne fait retour au concédant que grevé des droits créés par le vassal ce qui marque bien qu'il n'y a pas de simple résolution d'un contrat, mais véritable transfert de propriété »²⁴⁶.

La propriété du XVIème siècle au XVIIIème siècle,

Au cours de cette période, les juristes s'interrogent sur les fondements de la propriété et les rapports entre le domaine utile et le domaine direct.

Marie-Hélène Renaut rappelle que *« parmi les juristes, deux courants de pensée se développent. Le premier voit dans le domaine utile, une servitude sur la chose d'autrui ; le second, qui considère le domaine éminent comme un parasite, reconnaît que celui qui tient une terre en fief ou en cens et qui possède par conséquent un droit réel et perpétuel doit être regardé comme le véritable propriétaire »²⁴⁷.*

Ainsi, *« pour Du Moulin, au XVIème siècle, le vassal a la véritable propriété de la chose et mérite seul d'être appelé propriétaire »²⁴⁸.*

Robert Joseph Pothier (1699-1772) publie en 1771-1772 un *« traité du droit de domaine de propriété »*. Cet ouvrage marque une avancée dans la conceptualisation du droit de propriété puisqu'il y est notamment envisagé la définition de ce droit.

Pour les tenures, Pothier reconnaît deux domaines, le domaine direct et le domaine utile. En revanche, il déclare que le *« domaine utile du tenancier s'appelle « domaine de propriété » et que le titulaire de ce droit se nomme propriétaire ou seigneur utile. Si, le domaine direct est le domaine ancien originaire et primitif, (...) il n'est plus qu'un domaine de supériorité. Aussitôt, il minimise l'importance de la directe seigneuriale. Celui qui possède le domaine direct ne peut être appelé propriétaire mais simplement seigneur »*. Pothier affirme clairement que les prérogatives seigneuriales se réduisent à une chose incorporelle et que le transfert de la propriété est effectué au profit du tenancier. Ainsi, *« Pothier est encore plus net dans une affirmation en français placée au début de son trait, sur le déclin des prérogatives seigneuriales (réduites à une chose incorporelle, le droit de seigneurie) et sur le transfert de*

²⁴⁶ *« Histoire du droit privé, 2/ les Biens »* J. de Malafosse, Paul Ourliac, paragraphe 81, presses universitaires de France, 1971

²⁴⁷ *« Histoire du droit privé -personnes et biens »* Marie Hélène Renaut, éditions ellipses, 2008, page 108

²⁴⁸ *« Histoire du droit civil »* Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 312

la vraie propriété aux tenanciers »²⁴⁹. « *Ainsi de la directe (c'est-à-dire le domaine direct), il ne reste plus des fantômes et des formes vides* »²⁵⁰.

Ainsi, Jean Louis Halpérin rappelle la définition du droit de propriété par Pothier : *ce droit de propriété, considéré par rapport à ses effets, doit se définir le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte aux droits d'autrui, ni aux lois (...)* »²⁵¹.

A cette époque, les « *physiocrates exaltent la propriété foncière, l'individualité et l'hérédité qui en sont les caractères: « ôtez la propriété, il ne reste plus de droits » (Lermercier de La Rivière en 1775 ; il est de l'essence de la propriété d'appartenir à un seul » (Mirabeau, «L'ami des hommes » 1756). Mais ils prônent également la liberté « annexe inséparable de la propriété ». De là l'ambiguïté de leur enseignement : les droits féodaux sont respectables en tant qu'ils constituent des propriétés, condamnés s'ils portent atteinte à la liberté naturelle « Il serait souhaitable que les terres fussent libres comme les hommes et comme les productions, qu'on ne connût plus ces distinctions bizarres et factices de fief et de censive » (Le Trosne)»²⁵².*

« *Mais si l'on continue jusqu'en 1789, à opposer le domaine éminent au domaine utile, le premier se trouve progressivement comme vidé de son contenu au profit du second* »²⁵³.

Cependant, même s'il existait une évolution vers la réduction voire la suppression du domaine direct (ou de la directe), il demeurait que « *pour le vassal et encore plus pour le censitaire le poids des charges féodales demeurait fort lourd. (...) Pour le vassal ou le censitaire, devenir propriétaire signifiait la suppression des charges et des vexations et un accroissement notable de la valeur du fonds, c'est cette libération qui va être votée par les assemblées révolutionnaires* »²⁵⁴.

La Révolution Française

L'abolition de la féodalité se concrétise notamment par la suppression des privilèges et l'abolition de la dîme dans la nuit du 4 août 1789²⁵⁵. Le double domaine est donc remplacé

²⁴⁹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 166

²⁵⁰ « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de MALAFOSSE, Paul OURLIAC, paragraphe 87, presses universitaires de France, 1971

²⁵¹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 166

²⁵² « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de Malafosse, Paul Ourliac, paragraphe 87, presses universitaires de France, 1971

²⁵³ « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de Malafosse, Paul Ourliac, paragraphe 81, presses universitaires de France, 1971

²⁵⁴ « *Histoire du droit privé 2/ les Biens* » J. Malafosse, Paul Ourliac Presses Universitaires de France, paragraphe 88

²⁵⁵ « *L'Assemblée Nationale détruit entièrement le régime féodal* » ce texte figure dans l'article premier du décret (...) voté entre le 5 et le 11 août 1789 pour mettre en ordre les délibérations des six

par le concept unitaire du droit de propriété. « *La Constituante*²⁵⁶ a distingué, selon l'heureuse expression employée par Laferrière au XIX^{ème} siècle²⁵⁷, la « féodalité dominante » et la « féodalité contractante ». Sont ainsi supprimés les droits « qui tiennent à la mainmorte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle » ; les vestiges du servage et des droits seigneuriaux proprement dits : droits de justice, banalités et corvées quand celles-ci sont personnelles et remontent à une usurpation du pouvoir de ban au Moyen-âge. Sont rachetables les droits réels qui sont les prix et la concession primitive de fonds (...) le cens et toutes redevances annuelles en argent ou en nature (...). Par ailleurs, toutes les rentes foncières (...) sont déclarées remboursables alors qu'elles étaient perpétuelles dans l'ancien droit²⁵⁸. ».

Ainsi en ce qui concerne les droits supprimés, on constate « qu'au total, il s'agissait d'assez peu de choses et souvent de droits qui étaient en voie de disparition »²⁵⁹.

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 reconnaît la propriété comme un « droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » (article 17). Le droit de propriété est « de ces droits naturels et imprescriptibles ».

Mais ces mesures ont rencontré des difficultés : « a) une difficulté d'abord politique : le peuple des campagnes avait pris à la lettre les déclarations de l'assemblée et celle-ci avait bien proclamé un principe mais sous l'action des feudistes, émue peut-être la résistance des nobles et du roi, (...) elle avait mis à sa concession des réserves (...) des mesures transitoires qui devaient décevoir les redevables. (...) b) Des difficultés d'ordre juridique ensuite : toute préoccupée de respecter la propriété légitime et les contrats anciennement conclus l'Assemblée va, dans bien des cas, ménager la preuve contraire (...) »²⁶⁰.

heures de la nuit du 4 août ». « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 182

²⁵⁶ « L'assemblée a constitué un comité des droits féodaux « où figurent des juristes aussi éminents que Tronchet et Merlin de Douai. Le travail de ce comité va aboutir au décret du 15 mars 1790, complété par divers textes ultérieurs » « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 320

²⁵⁷ Cette expression ne date pas de cette époque mais du second empire

²⁵⁸ Elles étaient maintenues sauf preuve contraire de leur origine usurpée.

²⁵⁹ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 320

²⁶⁰ « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de Malafosse, Paul Ourliac, paragraphe 90, presses universitaires de France, 1971

En outre, comme le rachat, organisé par un décret du 3 mai 1790 « *n'est une obligation ni pour le seigneur ni pour le tenancier*²⁶¹. Il suppose un accord dont les conditions sont cependant fixées par la Loi (...). Mais le taux de rachat est très bas, sauf quelques départements et beaucoup de paysans déçus par l'écart entre l'annonce de la destruction du régime féodal et la législation adoptée par la constituante font de la résistance passive en cessant de payer les droits féodaux maintenus »²⁶².

La loi des 20-25 août 1792 pose le principe que « *toute propriété foncière est réputée franche et libre de tout droit* ». Le seigneur doit prouver qu'il a concédé la terre par le titre primordial (remontant au Moyen Age) s'il souhaite percevoir les fruits, ce qui est dans la plupart des cas impossible et « *afin de donner à cette décision toute son importance la maxime « nulle terre sans seigneur » est abolie* »²⁶³.

La déclaration des droits du 24 juin 1793 proposa la définition suivante du droit de propriété : « *Il s'agit du droit qui appartient à tout citoyen de jouir et disposer à son gré de ses biens, de ses revenus du fruit de son travail et de son industrie* »²⁶⁴.

La loi du 17 juillet 1793 (appelée « *loi de colère* » selon Merlin de Douai) votée par la Convention sous la convention montagnarde supprime définitivement les droits féodaux en abolissant sans indemnité tous les droits féodaux et les « *redevances entachées de la plus légère marque de féodalité* ». Seules doivent subsister les redevances purement foncières qui, elles, sont rachetables²⁶⁵. Pour montrer cette volonté du législateur de l'époque de mettre fin à l'époque féodale, il est à noter que même l'emploi de tous les termes évoquant la féodalité est interdit et « *pour éteindre tout souvenir des droits féodaux, les « ci-devant seigneurs, les feudistes, notaires » doivent déposer dans les municipalités tous les titres constitutifs et recognitifs des droits supprimés et ceux-ci doivent être brûlés le 10 août. Ceux qui auraient soustrait, caché ou recelé des actes ou simplement leurs copies devaient être punis de cinq années de fer* »²⁶⁶.

²⁶¹ « *Le rachat ne pouvait intéresser que les plus riches puisque aucun crédit n'était prévu en faveur des redevables* » « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de Malafosse, Paul Ourliac, paragraphe 90, presses universitaires de France, 1971

²⁶² « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 183

²⁶³ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 320

²⁶⁴ « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de MALAFOSSE, Paul OURLIAC, paragraphe 138, presses universitaires de France, 1971

²⁶⁵ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 183

²⁶⁶ « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » J. de MALAFOSSE, Paul OURLIAC, paragraphe 92, presses universitaires de France, 1971

Ainsi, au cours de cette période révolutionnaire, *« on assiste à une translation considérable de la propriété ; d'une part les droits de l'exploitant sont entièrement confortés par la disparition du domaine éminent (il (l'exploitant) devient un vrai propriétaire, d'autre part la redistribution des biens nationaux opère un transfert énorme de biens à une nouvelle catégorie sociale, la bourgeoisie, instigatrice et bénéficiaire par conséquent de la Révolution »*²⁶⁷.

Le Code civil

La propriété est la « colonne vertébrale » du Code civil. Le livre II est consacré aux biens et aux modifications de la propriété, le livre III porte sur les différentes manières dont on acquiert la propriété.

La propriété du Code civil se rapproche de la propriété du droit romain mais connaît des différences. Elle est définie comme un droit absolu, exclusif et perpétuel. Ainsi, l'article 544 du Code civil définit la propriété comme *« le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu que l'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements »*²⁶⁸.

L'ajout du superlatif appliqué à l'adjectif absolu bien qu'impropre grammaticalement montre la volonté des auteurs du Code civil d'imposer le caractère absolu²⁶⁹. *« La formulation redondante de cet article visait très probablement à consacrer définitivement l'abolition de la féodalité et l'abandon du double domaine au profit d'une conception unifiée de la propriété qui avait triomphé depuis 1789. L'exercice du droit de propriété « de la manière la plus absolue » apparaît incompatible avec le démembrement du domaine utile et du domaine direct (...). L'article 544 est à mettre en relation avec d'autres dispositions du Code civil destinées à éviter le retour de ce qui pourrait évoquer l'ancien système des tenures et des redevances dues aux seigneurs »*²⁷⁰.

La propriété est également un droit exclusif et illimité dans l'espace. La maîtrise du droit de propriété s'étend à tous les aspects du bien, ce qui condamne ainsi la juxtaposition de droits de propriété, comme c'était le cas sous l'Ancien Régime.

²⁶⁷ « *Droit des biens* » Alain Pièdelièvre, Droit sciences économiques, paragraphe 24, Masson, 1977

²⁶⁸ Cette définition *« trouve ses origines dans le projet de Code civil présenté en 1801 par la commission gouvernementale de quatre membres (Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu et Maleville) chargée par Bonaparte de préparer la codification »* « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 193

²⁶⁹ Le juriste Demolombe au milieu du XIX^e siècle disait que la propriété conférait un pouvoir souverain, un despotisme complet

²⁷⁰ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 194-195

La propriété est un droit perpétuel. Il existe cependant une exception, l'expropriation pour cause d'utilité publique. L'article 545 du Code civil dispose que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique* »²⁷¹. Cette procédure était déjà connue sous l'antiquité et était pratiquée sous l'Ancien Régime. Ainsi, le Code civil a certainement confirmé la répudiation de toute idée du domaine éminent de l'Etat sur la propriété individuelle²⁷². La souveraineté de l'Etat est dorénavant contrôlée. Dès lors, ce dernier peut exproprier des particuliers sous réserve de les indemniser et ce de manière préalable.

Ainsi, même si les caractères du droit de propriété (absolu, exclusif, perpétuel), ne sont pas clairement visés par les dispositions du Code civil, leurs concepts sont présents en 1804 et la doctrine les a systématisés quelques dizaines d'années plus tard²⁷³.

Le droit de propriété depuis le Code civil jusqu'en 1914

Dès les années 1840, « *les juristes français ne peuvent ignorer le développement de courants socialistes qui s'attaquent, de manière plus ou moins frontale, à la propriété privée* »²⁷⁴. Mais il existait un courant conservateur qui a défendu la propriété individuelle en France. L'homme politique Thiers et le magistrat Troplong en furent le symbole²⁷⁵.

A partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les pouvoirs du propriétaire vont être limités²⁷⁶. Ainsi Portalis affirmait « *qu'il faut des lois pour diriger les actions relatives à l'usage des biens comme il en est pour diriger celles qui sont relatives à l'usage des facultés personnelles* ».

²⁷¹ Les constitutions de 1791 et 1793 ne l'admettaient qu'en cas de « *nécessité publique* », ce qui était encore plus limité

²⁷² « *Droit civil Les biens* » François Terré, Philippe Simler, Dalloz, Précis Dalloz, 2010, 8^{ème} édition, paragraphe 81

²⁷³ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 323

²⁷⁴ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 218. L'auteur rappelle les thèses anti-individualistes de Saint Simon (mort en 1825) et les projets associatifs de Fourier (mort en 1837 qui préconisait la constitution de phalanstères avec une propriété fédéraliste constituée d'apports en argent et d'action ouvrière pour rémunérer le travail), le manifeste de Pierre-Joseph Proudhon en 1840 « *Qu'est ce que la propriété ? C'est le vol* », le manifeste du parti communiste de Marx et d'Engels en 1848 réclamant l'abolition de la propriété bourgeoise.

²⁷⁵ Dans son ouvrage intitulé « *De la propriété* » Thiers considérait que la propriété a mené « *l'homme du désert à la cité, de la cruauté à la douceur, de l'ignorance au savoir, de la barbarie à la civilisation.* » Le magistrat Troplong affirmait dans son ouvrage (« *De la propriété d'après le Code civil* ») que la propriété est un droit naturel, consubstantiel à l'homme indépendant de tout contrat social ou de toute création législative

²⁷⁶ « *Droit civil Les biens* », François Terré, Philippe Simler, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, paragraphe 84

Les magistrats commencent au cours de cette période à contrôler l'exercice du droit de propriété par son titulaire²⁷⁷. Ainsi, par exemple :

- Un propriétaire qui a construit une fausse cheminée dans le but de nuire à son voisin abuse de son droit (Cour de Colmar, 2 mai 1855).
- Un propriétaire condamné à blanchir un mur qu'il avait peint en noir uniquement pour nuire à son voisin (tribunal civil de Péronne, 2 décembre 1836).
- Un propriétaire hostile aux ballons dirigeables de son voisin avait hérissé des hautes piques Affaire Clément Bayard (tribunal civil de Compiègne en 1913, Cour de Cassation, 1^{er} juillet 1914).

L'évolution de la législation relative à l'expropriation est également une autre illustration de la transformation progressive du droit de propriété. « *La loi du 8 mars 1810 confie à l'autorité judiciaire gardienne naturelle de la propriété privée le soin de prononcer l'expropriation. En 1833, on décide de faire fixer l'indemnité par un jury composé de propriétaires, en même temps contribuables (...). Toute cette législation est refondue dans la loi du 3 mai 1841 qui (...) multiplie les garanties (pour le propriétaire)* »²⁷⁸.

Le législateur a aussi porté atteinte à la propriété exclusive du propriétaire dans le domaine de l'exploitation des mines. La loi du 21 avril 1810 distingue la propriété du sol de celle du tréfonds. L'Etat est détenteur d'un droit prééminent sur le sous sol minier et lui seul autorise

²⁷⁷ « *Le droit cesse où l'abus commence* » selon la célèbre formule de Planiol. Louis Josserand lui donne une grande importance dans « *De l'abus de droit* » publiée en 1905. Ce dernier dans cet ouvrage critique l'idée de droits subjectifs absolus et approuve la condamnation civile des titulaires de ces droits les utilisant dans un but antisocial, » « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 218.

A noter que la théorie de l'abus de droit développée par Josserand a été critiquée « *autant par les défenseurs de la souveraineté du droit subjectif comme Ripert que par les partisans de droits socialement limités jugeant la formule ou inexacte comme Planiol pour qui « le droit cesse où l'abus commence » ou inutile comme H. L. Mazeaud qui y voient une variante de la faute.* ». « *Histoire de la propriété* » Marie-Hélène Renaut, éditions Ellipses, 2004, page 88

²⁷⁸ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 337.

A noter que cette loi du 7 juillet 1833 et une autre du 3 mai 1841 créent un jury de propriétaires, présidé par un magistrat, qui évaluera les biens expropriés. « *L'expérience n'aboutit pas au résultat escompté. L'expropriation n'est plus un sacrifice pour le propriétaire et elle est de plus en plus coûteuse pour l'Etat. Alors que l'expropriation doit être une exception au caractère absolu et perpétuel de la propriété, elle devient chose courante jusqu'en 1935 où est aboli le jury de propriétaires par le décret du 8 août 1935, époque du début de l'affaiblissement constant des propriétaires* » Marie-Hélène Renaut, éditions Ellipses, 2004, page 92

l'exploitation. Le concessionnaire bénéficie d'un véritable droit de propriété perpétuel sur la mine concédée. Le propriétaire du terrain reçoit une indemnité versée par le concessionnaire. La réglementation en matière d'urbanisme constitue également un bon exemple de limitation du droit de propriété. Le décret du 26 mars 1852 permet à l'administration d'exproprier la totalité d'une zone (y compris des zones non touchées directement par le percement des artères mais qui peuvent donner lieu à des constructions une fois les travaux publics réalisés) pour permettre la mise en place de grandes artères à Paris. Cette disposition sera l'instrument juridique du baron Haussmann qui lui permettra de faire ses grands travaux à Paris²⁷⁹.

Cependant, même si le droit de propriété a fait l'objet d'évolutions imposées par le législateur ou les tribunaux de 1804 à 1914, celles-ci ne l'ont pas dénaturé. Ainsi comme le rappelle Jean-Louis Halpérin, « *le socle d'une propriété privée unifiée, reconnue comme un droit exclusif, voire absolu, est resté un des éléments stables de la constitution civile de la France à travers la succession des régimes politiques* »²⁸⁰.

Le droit de propriété de 1914 à nos jours

Comme le rappelle Jean-Louis Halpérin, la France est « *restée fidèle à l'économie de marché et au droit des biens du Code Napoléon fondé sur la propriété individuelle, le France est aussi un pays caractérisé par une tradition d'interventionnisme étatique (...) et un bon exemple du recul des prérogatives des propriétaires depuis le début de la première guerre mondiale jusqu'aux années 1980* »²⁸¹. Certains auteurs parlent même de « *progressive dégradation* »²⁸².

Ainsi, les propriétaires voient leurs prérogatives se réduire vis-à-vis des locataires du fait de l'intervention du législateur notamment dans les domaines des baux d'habitation et dans celui des baux commerciaux. En ce qui concerne les baux d'habitation, un moratoire des loyers est voté par le parlement dans le cadre d'une loi générale. La loi du 9 mars 1918 octroie aux locataires touchés par la guerre des délais, des réductions voire des exonérations. Elle prévoit la prorogation des baux aux mêmes conditions pendant deux ans après la date de cessation des hostilités.

²⁷⁹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 230

²⁸⁰ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 226

²⁸¹ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 303

²⁸² « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 338. Les auteurs tempèrent néanmoins leurs propos en rappelant qu'au cours de cette période le droit de propriété a fait l'objet de mesures de protection (notamment les lois sur la réparation de dommages de guerres, ou les mesures pour faciliter l'accession à la propriété du logement).

Dans le même esprit, l'ordonnance du 11 octobre 1945 a autorisé la réquisition de logements pour une durée maximale d'un an. La loi du 1^{er} septembre 1948 instaure un secteur protégé pour les locataires. Ce derniers sont protégés notamment par un droit au maintien dans les lieux sans limitation de durée²⁸³. En outre, les loyers de ces baux d'habitation sont peu élevés. Les lois postérieures (loi Quillot du 22 juin 1982, Loi Méhaignerie du 23 décembre 1986) n'ont fait que renforcer les droits du locataire aux dépens de ceux du propriétaire.

En matière des baux commerciaux, les locataires obtiennent le droit au versement d'une indemnité d'éviction par le bailleur en cas de non renouvellement du bail, la propriété commerciale vient de naître. Nous pourrions y voir un démembrement du droit de propriété²⁸⁴. Ces règles ont été reprises par le décret du 30 septembre 1953 et existent dorénavant sous les dispositions des articles L.145-1 et suivants du Code de commerce.

Les nationalisations qui sont intervenues après la fin de la seconde guerre mondiale, sont intervenues dans la majorité des cas dans un souci d'intérêt général et dans certains très rares cas, en vue de punir des actes de collaboration²⁸⁵.

Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 1^{er} du protocole n°1 de la convention européenne des droits de l'Homme en 1948

L'article 17-1 de la déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 1^{er} du protocole n°1 de la convention européenne des droits de l'Homme en 1948 donnent une « *assise*

²⁸³ Les propriétaires « *se voient opposer un droit au maintien dans les lieux au profit du locataire, de ses héritiers ou même de tout occupant. Tandis que la locataire est assuré de rester dans le logement, le propriétaire ne peut exercer le droit de reprise qu'en relogant le locataire ou en justifiant dans des conditions très restrictives l'insuffisance de son propre logement* » « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 306

²⁸⁴ Selon Marie-Hélène Renaut, « *La propriété commerciale est un droit personnel que détient le commerçant contre le propriétaire. Après la grande guerre, les commerçants se plaignent de la rareté des locaux, de l'augmentation des pas-de-porte, de l'enrichissement abusif des propriétaires qui congédient le locataire du fonds de commerce pour profiter de la plus-value d'un bon placement. La loi du 30 juin 1926, en donnant au locataire le droit au renouvellement au bail, assure l'emprise du commerçant. Le propriétaire n'est plus libre de reprendre son bien à l'expiration du bail. S'il refuse la reconduction du bail, il doit verser une indemnité destinée à réparer le préjudice causé au locataire. Le droit de propriété vient de reculer une deuxième fois devant l'intérêt catégoriel des locataires-commerçants. Sur un même bien coexistent deux maîtrises : la propriété civile et la propriété commerciale* » « *Histoire du droit privé - Personnes et biens* » Collection Ellipses, 2008

²⁸⁵ Avant la seconde guerre mondiale, le front populaire a lancé également des nationalisations, ont été effectuées non dans le cadre d'une révolution sociale mais dans un souci de défense de la république (nationalisation des usines tournées vers la fabrication de guerre). La création de la SNCF est intervenue aux termes d'un décret-loi du 31 août 1937.

Les nationalisations après la seconde guerre mondiale ont porté notamment sur la Banque de France, quatre banques de dépôts, neuf grandes compagnies d'assurances et la Régie Renault

*internationale*²⁸⁶ » au droit de propriété. Ainsi, l'article 1^{er} du protocole n°1 dispose que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* »²⁸⁷. Cependant ce texte reconnaît aux Etats la possibilité de porter atteinte au droit de propriété afin « *de régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ». Cette réserve fait dire à certains que « *la propriété n'est pratiquement plus mise en rang des droits de l'Homme* »²⁸⁸, celle-ci serait donc en retrait.

La décision 81-132 du Conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1982 rendue à l'occasion de la loi de nationalisation

Le texte de loi de la nationalisation telle qu'adopté par le parlement le 18 décembre 1981 a fait l'objet d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel. Cette loi a organisé la nationalisation de cinq groupes industriels importants, les banques qui avaient échappé aux mesures après la libération et également de deux compagnies financières.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par plus de soixante parlementaires sur d'une part, la procédure législative de cette loi, et d'autre part, sur le respect par cette loi des dispositions de la constitution. C'est ce dernier point qui nous intéresse le plus particulièrement.

Le Conseil constitutionnel rappelle les dispositions de l'article 2 et de l'article 17 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. L'article 2 proclame que « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

L'article 17 proclame que « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* »²⁸⁹.

Le Conseil constitutionnel rappelle que « *aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et*

²⁸⁶ « *Droit civil Les biens* » François Terré, Philippe Simler, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, paragraphe 86

²⁸⁷ « Ces affirmations ne sont pas seulement platoniques elles sont bien vagues, bien ternes ». « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 342

²⁸⁸ « *Histoire du droit civil* » Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, Précis Dalloz, 2002, paragraphe 342

²⁸⁹ Paragraphe 13 de la décision 81-132 du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982

aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 »²⁹⁰.

Le Conseil constitutionnel affirme « *que si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes même énoncés par la déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression ; qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique »²⁹¹.*

Cependant, le Conseil Constitutionnel considère que l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946 qui dispose que « *Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ; que cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de rendre inapplicables aux opérations de nationalisation les principes sus rappelés de la Déclaration de 1789 ».*

Le Conseil constitutionnel rappelle qu'il est de la compétence du législateur de décider des nationalisations d'entreprises et les transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé mais cela ne le dispense pas de respecter les principes et les règles de valeur constitutionnelle, dont fait partie le droit de propriété.

En outre, le Conseil constitutionnel est allé rechercher les intentions du législateur en étudiant les travaux préparatoires de cette loi et il en ressort que « *le législateur a entendu fonder les nationalisations opérées par ladite loi sur le fait que ces nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »²⁹².*

Ainsi le Conseil Constitutionnel, a vérifié si le législateur n'a pas réduit de « *manière inconsidérée l'aire de la propriété privée »²⁹³ et a considéré que « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci*

²⁹⁰ Paragraphe 15 de la décision 81-132 du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982

²⁹¹ Paragraphe 16 de la décision 81-132 du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982

²⁹² Paragraphe 19 de la décision 81-132 du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982

²⁹³ « *Histoire du droit des biens* », Jean Louis Halpérin, Economica, 2008, page 328

dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 »²⁹⁴.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur a respecté le droit de propriété et plus particulièrement le droit de la propriété privée tel qu'affirmé par la déclaration des droits de l'homme de 1789²⁹⁵ mais a censuré les dispositions sur le calcul de l'indemnisation versé aux actionnaires des sociétés nationalisées en 1981.

En consultant le recueil établi par le Conseil constitutionnel intitulé « *Jurisprudence du Conseil constitutionnel* »²⁹⁶, il est rappelé que le Conseil constitutionnel s'assure que les « *limites apportées à ce droit (droit de propriété) doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* »²⁹⁷. Le seul défaut que l'on puisse trouver à cette jurisprudence est l'absence d'indication de seuil, ce qui impose donc au législateur de devoir justifier toute atteinte au droit de propriété au regard de l'intérêt général et de l'objectif qu'il poursuit.

Ainsi, nos travaux portant principalement sur la propriété fiduciaire et plus particulièrement sur le transfert par la fiducie du droit de propriété et son exercice par le fiduciaire, il nous semblait nécessaire afin de mieux appréhender les conséquences de la fiducie dans notre droit, de revenir sur les évolutions de la fiducie et de la propriété depuis le droit romain.

Ce rappel historique étant effectué, nous allons pouvoir réfléchir dans un premier temps sur la nature du droit de propriété exercé par le fiduciaire puis dans un second temps sur les conséquences de ce transfert de propriété au fiduciaire.

²⁹⁴ Paragraphe 20 de la décision 81-132 du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982

²⁹⁵ D'autres dispositions de cette loi, sur d'autres fondements juridiques ont été déclarées non conformes à la Constitution. Il s'agissait des dispositions 4, 6, 13-I, 16, 18, 30 et 32 de la loi de nationalisation,

²⁹⁶ Recueil mis à jour régulièrement et Disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel à l'adresse http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/Tables/tables_analytiques.pdf suivante :

²⁹⁷ Ce principe a été rappelé dans des décisions récentes (2010-60 QPC ; 2011-141 QPC, 2011-208 QPC)

1. PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE LA PROPRIETE FIDUCIAIRE

La fiducie n'est pas une particularité française car elle existe dans de nombreux pays européens mais également sur d'autres continents. Il nous semble donc nécessaire, afin de mieux définir les particularités de la propriété fiduciaire en droit français, de débiter nos travaux par une étude de droit comparé sur la fiducie dans différents pays. Après la revue de ces différentes législations nationales, nous reviendrons au droit français afin de présenter des applications de la fiducie qui existaient avant l'introduction officielle²⁹⁸ de la fiducie en droit français.

Cette présentation de ces fiducies qui n'en portent pas le nom nous permettra d'analyser les effets de la fiducie en portant nos réflexions sur la nature du droit de propriété exercé par le fiduciaire au moyen de l'examen de la nature des obligations à la charge du fiduciaire. Enfin, en nous fondant sur le traitement économique comptable, fiscal, de la fiducie et notre expérience pratique de ce nouveau contrat, nous arriverons à la conclusion que la fiducie transfère au fiduciaire le droit de propriété de l'article 544 du Code civil.

1.1 Etude de droit comparé

Comme l'indiquait Claude Witz, chaque fiducie est un modèle unique et dispose de ses propres contours, ainsi selon l'auteur, « *il n'existe pas une fiducie mais des fiducies, (...). Fondamentalement, il y a autant de fiducies que de systèmes de tradition civiliste (...)* »²⁹⁹. D'une manière générale, les fiducies qui existent en Europe continentale ont leurs racines dans la fiducie romaine.

Dans la plupart des cas, les pays qui disposent de la fiducie (et non du trust) ont ratifié la convention de La Haye du 2 juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance. En outre, même si la fiducie et le trust sont assis sur des fondements juridiques qui leur sont exclusifs, la question de la ratification de la convention de La Haye a suscité des réflexions internes (Suisse), mais également le vote de lois visant à introduire la

²⁹⁸ Loi 2007-211 du 19 février 2007 ayant introduit les articles 2011 et suivants du Code civil

²⁹⁹ Claude Witz, « *Les caractères distinctifs de la fiducie* » « *Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* », Actes du colloque tenu à Paris, les 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008

fiducie (France) ou des mécanismes juridiques qui s'en approchent (Italie). En outre, la fiducie et le trust soulèvent les mêmes questions (notamment la dissociation du contrôle juridique du bénéfice économique³⁰⁰).

Nous pourrions constater dans notre étude que la fiducie a prospéré dans de nombreux pays de droit civil, notamment ceux qui sont les héritiers du droit romain. Certains ont reçu la fiducie à l'initiative du législateur, d'autres l'ont acceptée de façon coutumière ou jurisprudentielle.

Nous allons donc présenter pour chacun des pays sa position au regard de la fiducie et du trust (notamment la question de la ratification de la convention de La Haye).

a. L'Italie

i. Fiducie en Italie

Comme le rappelle Aldo Berlinguer³⁰¹, l'Italie connaissait la fiducie indirectement puisque certaines institutions étaient fondées sur elle. C'est le cas du « *pactum fiduciae* », qui est une convention aux termes de laquelle les parties prévoient le transfert de propriété d'un bien au fiduciaire afin que celui-ci puisse la transmettre, soit au constituant, soit à une troisième personne.

Bien que l'élément fiduciaire soit existant, cet accord est inopposable aux tiers, il manque comme l'écrit Aldo Berlinguer, « *l'effet typique du trust, c'est-à-dire l'affectation (du bien)* ».

La loi du 23 novembre 1939 ne définit pas la notion de fiducie mais elle règlemente l'activité des sociétés fiduciaires, ne la caractérisant qu'en tant que « *gestion d'actifs pour le compte de tiers* ». Toute société exerçant cette activité doit demander une autorisation préalable du Ministère du Développement Economique. Il est à noter que la société fiduciaire en droit italien est celle de la fiducie germanique.

La société fiduciaire n'est pas titulaire de droits réels. En effet, les droits réels demeurent sur le chef du fiduciaire, mais elle a la légitimation d'exercer les droits afférents aux actifs qui lui sont confiés³⁰². Cette situation est logique compte tenu du fait que, selon la doctrine italienne,

³⁰⁰ « *Trusts en Suisse : Adhésion à la convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* » Luc Thévenoz, Schulthess, Zurich, 2001

³⁰¹ « *Trust et fiducie en Italie* » Aldo Berlinguer, Recueil Dalloz 2008, p.600

³⁰² « *Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Italie* » Paolo Panico, in Actes du colloque tenu à Paris le 13 & 14 juin 2007 intitulé « *Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* » Page 195

le contrat fiduciaire est un contrat de mandat sans représentation³⁰³. Il n'y a donc pas de transfert de propriété.

Aldo Berlinguer rappelle qu'il existe en droit italien des outils juridiques pouvant être comparés au trust. Il s'agit du « *mandato senza rappresentanza* (article 1707 du Code civil italien), du *fondo patrimoniale* (article 168 du Code civil italien) et de la *sostituzione fidecomissaria* (article 168 du Code civil)». En ce qui concerne cette dernière institution, « *Il s'agit donc d'une espèce de propriété transitoire qui opère de manière automatique sans obligations fiduciaires attribuées à des tiers. Enfin, l'esecutore testamentario* (art. 700 c. civ.), désigné par le de cuius, prend possession des biens et les administre. Il peut accomplir tous actes de disposition, y compris la vente. Il y a une sorte d'obligation fiduciaire et aussi une particulière forme d'affectation des biens. Toutefois, l'exécuteur ne devient jamais propriétaire des biens et il ne reste qu'un simple administrateur pro tempore »³⁰⁴.

La loi n°51 du 23 février 2006 introduit une ébauche de fiducie en Italie et plus particulièrement dans le Code civil italien dans un le but de « *promouvoir des institutions permettant certains effets du trust* »³⁰⁵. C'est l'hypothèse des actes de destination (article 2645 ter du Code civil italien) et des patrimoines affectés à un objet particulier (article 2447 bis du Code civil italien).

L'article 2645 ter³⁰⁶ du Code civil italien prévoit la possibilité de transcrire une « *charge d'affectation* »³⁰⁷. L'article 2645 ter³⁰⁸ dispose que « *les actes authentiques établis dans un but déterminé relatifs à des biens meubles ou immeubles voués, pour une durée maximum de quatre vingt dix ans ou pour la durée de vie de la personne physique bénéficiaire, à la sauvegarde d'intérêts légitimes tels que la protection des personnes handicapées, des administrations publiques, ou d'autres personnes physiques ou morales, peuvent être transcrits afin de les rendre opposables aux tiers, le constituant lui-même peut agir pour la réalisation de ces buts déterminés, mais il peut également confier la gestion de ces biens à un trustee* ».

³⁰³ Comme le rappelle Paolo Panico, le modèle de contrat fiduciaire est « *calqué sur la discipline du mandat du Code civil italien. Par conséquent, le fiduciaire peut révoquer à tout moment le contrat fiduciaire et la société fiduciaire n'exerce sur les actifs que les pouvoirs qui lui sont confiés* »

³⁰⁴ « *Trust et fiducie en Italie* » Aldo Berlinguer, Recueil Dalloz 2008, p.600

³⁰⁵ « *Trust et fiducie en Italie* » Aldo Berlinguer, Recueil Dalloz 2008, p.600

³⁰⁶ Relatif aux actes de destination (*atti di destinazione*)

³⁰⁷ « *Vincolo di destinazione* »

³⁰⁸ Relatif aux actes de destination (*atti di destinazione*)

Cette disposition prévoit donc la possibilité pour le constituant de créer une masse patrimoniale distincte au sein de son propre patrimoine au bénéfice d'un tiers et destinée à la réalisation d'un but précis et pour une durée déterminée.

Cependant, les biens objet du contrat ne font pas l'objet d'un transfert de propriété et font toujours partie du patrimoine du constituant. Néanmoins cette charge d'affectation est opposable aux tiers et en particulier aux créanciers du constituant dont les créances ne découlent pas de l'opération susvisée, sauf en cas de fraude.

Le constituant ne prend aucune obligation fiduciaire. Il n'y a pas de création d'un droit réel au profit d'un tiers bénéficiaire comme cela est le cas dans le trust.

L'article 2447 bis³⁰⁹ du Code civil italien dispose qu'une société peut affecter 10% au maximum de son patrimoine net à une opération particulière. Ce patrimoine n'est pas saisissable par les créanciers de la société et n'est pas susceptible, sauf circonstances exceptionnelles, d'être inclus dans sa faillite.

Ces deux institutions, comme le rappelle Aldo Berlinguer, ne sont que des interventions ponctuelles répondant à des problèmes spécifiques. Paolo Panico ajoute en ce qui concerne les dispositions de l'article 2645 ter du Code civil italien « *qu'il s'agit d'une version réduite de trust (voire un « fragment » de trust) prévu par le droit italien, qui permet d'atteindre les mêmes effets d'un trust proprement dit dans des cas relativement simples, sans faire recours à une « trust law » étrangère* ».

Il n'y a donc pas en Italie une institution comparable à la fiducie.

ii. Trust en Italie

L'Italie a signé la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance et a été l'un des premiers pays à l'avoir ratifiée. La loi du 16 octobre 1989 n°364 de ratification de la convention de La Haye est entrée en vigueur le 1er janvier 1992³¹⁰.

Par la suite, les juges italiens ont reconnu la validité de certains trusts en admettant la possibilité de faire produire en Italie les effets juridiques de trusts étrangers. Ainsi, en Italie,

³⁰⁹ Relatif aux patrimoines affectés à un objet particulier (« *patrimoni dedicati ad uno specifico affare* »)

³¹⁰ Selon André Prüm, l'Italie s'est toute fois contentée d'une ratification sèche sans autres précisions. « *Trust et fiducie au Luxembourg* » in « *Le trust en droit international privé* » Perspectives suisses et étrangères, actes de la 17^{ème} journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, édition Schulthess, 2005, p.63

une jurisprudence constante³¹¹ a admis la transcription du trust étranger³¹². Comme le rappelle Paolo Panico « *bien qu'aucune disposition de droit interne n'ait été instituée par le législateur italien de manière à intégrer le trust dans le système national, une interprétation doctrinale désormais presque unanime a fait découler de la ratification de la convention de La Haye la faculté pour tout ressortissant italien de créer un trust sur des biens situés en Italie, les confiant le cas échéant à un trustee italien* »³¹³. Le seul élément étranger de l'opération est forcément le droit applicable (« *proper law* ») qui fait l'objet du libre choix du constituant (« *settlor* ») suivant les critères de la Convention de La Haye. Une opération remplissant les critères susvisés est connue comme un « *trust interno* ».

b. Les Pays-Bas

Pour les Pays-Bas, il ne convient pas de présenter séparément la fiducie et le trust mais plutôt d'articuler l'étude de cette législation avant et après l'introduction du nouveau Code civil, le 1^{er} janvier 1992. Cette date marque la décision officielle d'introduire dans le droit le trust ou un outil qui lui serait comparable.

- Avant le 1er janvier 1992

Anne Meinertzbagen-Limpens déclarait que « *le rôle joué par les opérations fiduciaires en droit néerlandais est considérable* ». Pour ce professeur, « *on parle de relations fiduciaires lorsqu'une personne est, au sens de la technique juridique, détentrice d'un droit, alors que ce droit appartient, dans un sens socio-économique, à une autre personne* »³¹⁴. La technique utilisée s'apparente aux principales créations du droit romain, la « *fiducia cum amico* » et la « *fiducia cum creditore* ».

Le transfert fiduciaire à titre de garantie a été officiellement validé par la Cour suprême néerlandaise (« *Hoge Raad* ») à l'occasion de deux arrêts rendus la même année 1929.

Dans la première affaire, les juges estimèrent que le transfert (en l'espèce un fonds de commerce de brasserie au profit de Heineken) avait été effectué en vue de garantir une dette

³¹¹ Soixante-cinq arrêts dont l'un rendu par la Cour de cassation en matière pénale, selon Paolo Pinacoères

³¹² « *Italie- L'article 2645 ter du Code civil italien et la loi du 19 février 2007 relative à la fiducie au regard du trust* » Clotilde Dapei, Université Paris X Nanterre, 10 mars 2008

³¹³ « *Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Italie* » page 195, Actes du colloque tenu à Paris le 13 & 14 juin 2007 intitulé « *Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* »

³¹⁴ « *Les opérations fiduciaires en droit néerlandais* » Actes du colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985

et n'avait rien de répréhensible et que, dès lors, le gage avec dépossession était pour des raisons évidentes inefficace et donc exclu.

Dans la seconde affaire, à l'occasion d'une cession fiduciaire d'une voiture de location par un professionnel de la location automobile, les juges ont rappelé que les règles du gage n'empêchent pas les parties de chercher une autre solution lorsque ces règles ne contreviennent pas aux relations envisagées.

En ce qui concerne la question de la propriété du patrimoine fiduciaire, la solution dépendait de la technique utilisée.

Dans le cadre de la fiducie-gestion³¹⁵ et plus particulièrement dans la certification, la majorité des auteurs déclarait que la propriété appartenait au bureau d'administration. Ainsi, le patrimoine fiduciaire pouvait faire l'objet d'une saisie de la part des créanciers du bureau d'administration. Ce patrimoine était donc porté à l'actif du bilan du bureau d'administration. Il n'y avait donc pas la création d'un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine propre du bureau d'administration.

Pour les patrimoines fiduciaires affectés à titre de garantie, le problème était plus délicat. Le propriétaire fiduciaire apparaissait plus comme un titulaire d'un droit réel sur un bien appartenant à autrui plutôt que comme un propriétaire à « *part entière* ». La doctrine était sur cette question partagée.

Selon certains, la propriété fiduciaire devrait être considérée comme un droit accessoire attaché à la créance principale qui se transmettait avec elle. Cette propriété fiduciaire ne pouvait pas se transmettre sans la créance.

Pour d'autres, la propriété fiduciaire se situait entre le droit de gage sans dépossession et le droit de propriété. Il s'agissait d'un transfert de propriété sous la condition résolutoire de l'extinction de la dette du débiteur à l'encontre du bénéficiaire.

S'étant interrogée sur la nature des droits du fiduciaire, la doctrine avait également réfléchi sur la nature du droit dont disposent les bénéficiaires. La solution variait également suivant le type de fiducie.

Pour la fiducie-gestion, le bénéficiaire disposait d'une action personnelle à l'encontre du fiduciaire. Par contre, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté aurait bénéficié d'une action réelle.

³¹⁵ A titre d'illustration, la fiducie-gestion pouvait prendre la forme de la certification. En droit néerlandais, il existe fréquemment entre une société anonyme et le public un bureau d'administration (« *administratiekantoren* ») qui est propriétaire de tout ou partie des actions de la société. Le bureau émet au lieu et place de ces actions, des certificats au porteur qui sont acquis par le public. Le bureau se comporte comme un propriétaire fiduciaire et exerce les droits de vote. Les porteurs de certificats émis par le bureau ne disposent que d'un droit de créance.

- Depuis le 1^{er} janvier 1992

Depuis l'introduction du Nouveau Code civil Néerlandais le 1^{er} janvier 1992, comme le rappellent, André Prüm, Thierry Revet et Claude Witz³¹⁶, le système juridique néerlandais contient des principes qui interdisent le trust et la fiducie.

A ce titre, il faut avoir présent à l'esprit que durant les 45 ans nécessaires à la préparation de ce nouveau code, la question de l'introduction en droit néerlandais d'un mécanisme équivalent au trust a été discutée³¹⁷.

Le nouveau Code civil néerlandais dispose d'une norme (article 3.84 alinéa 3 du Nouveau Code Civil Néerlandais) qui condamne les transferts de propriété à titre de garantie ainsi que de manière générale, les transferts de propriété qui ont pour but d'opérer une scission entre la propriété juridique et la propriété économique.

Comme le rappelle, Alfred E. Von Overbeck, « *beaucoup d'auteurs considèrent cette disposition comme une restriction indésirable de la fiducie* »³¹⁸.

Aux termes de l'article 3.84 alinéa 3 du Nouveau Code Civil Néerlandais, « *ne constitue pas un titre valable de transfert l'acte juridique qui vise à transférer le bien aux fins de sûreté ou qui n'a pas pour objet de le faire tomber dans le patrimoine de l'acquéreur* ». Avant même l'introduction de ce nouveau Code civil Néerlandais, Anne Meinertzbagen-Limpens³¹⁹, considérait que « *la cession à titre de garantie céderait ainsi la place au gage sans dépossession*³²⁰ *qui permettrait aux yeux des rédacteurs du nouveau code civil, un résultat analogue tout en se prêtant moins à ses simulations aux fins d'échapper aux saisies et la fiducie-gestion céderait la place à la gestion* ».

La fiducie-sûreté est ainsi remplacée par un gage sans dépossession soumis à publicité³²¹ et la fiducie-gestion par le « *Bewind* » (administration du bien d'autrui) mais qui est limité à des

³¹⁶ « *La ratification de la convention de la Haye par le Grand Duché de Luxembourg* », Acte du Colloque Trust & Fiducie, 11 décembre 2003, collection Grands Colloques, Montchrestien

³¹⁷ M.E. Koppenol-Laforge « *The institution of the trust and dutch law* » la fiducie face au trust dans les rapports d'affaires » sous la direction de Madeleine Cantin Cumyn, XV^{ème} congrès international de droit comparé

³¹⁸ « *La ratification de la convention de La Haye sur le trust par les Pays bas : un exemple pour la Suisse ?* » Alfred E. Von Overbeck, Etudes de droit international privé pour Gerardo Broggin, page. 373, Milano Dott. A Giuffrè Editore, 1997

³¹⁹ « *Les opérations fiduciaires en droit néerlandais* » Actes du colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985

³²⁰ Le gage sans dépossession tel qu'ainsi organisé concerne les biens mobiliers et les droits au porteur. Il est établi par acte authentique, soit par acte sous seing privé enregistré et peut grever tant des biens présents que des biens futurs.

³²¹ Articles 237 et 239 du Code civil néerlandais. M.E Koppenol-Lafarge a relevé que des arrêts rendus (depuis l'introduction du Code civil) par la Cour suprême néerlandaise a reconnu la validité de certains

cas particuliers. « Dans ce dernier cas, il n'y a pas de transfert de propriété, les biens sont soustraits à la gestion de leur titulaire qui est confiée à un bewindwoerder. Il y a une dissociation des prérogatives de la propriété, les pouvoirs de gestion étant détachés de la propriété »³²²

Alfred E. Von Overbeck rappelle que l'article 3.84 alinéa du nouveau code civil néerlandais « a suscité une controverse pour savoir s'il empêchait ou non de reconnaître la séparation du patrimoine du trust de celui du trustee, lorsque le droit néerlandais était applicable en tant que *lex rei sitae*. Les uns soutenaient que la *lex rei sitae* devait parfois le céder à d'autres lois et que la genèse de la convention montrait que l'on ne voulait pas viser la structure même du droit de propriété. D'autres au contraire voyaient un conflit entre l'article 3.84 alinéa 3 et la convention. Ces hésitations ont conduit la Commission d'Etat néerlandaise pour le droit international privé à se demander s'il fallait accompagner la ratification de dispositions d'application. Elle a conclu que cela n'était pas strictement nécessaire, mais désirable. Un des motifs invoqués était de rassurer les intéressés étrangers sur l'effet de la convention dans la sphère juridique néerlandaise, spécialement en ce qui concerne la séparation des biens du trust. Le gouvernement a suivi cet avis et a soumis au parlement un projet de *Wet conflictenrecht trusts* (« WTC ») qui est entré en vigueur en même temps que la Convention »³²³.

Ainsi l'article 4 de la loi néerlandaise du 4 octobre 1995³²⁴ dispose que « les dispositions du droit néerlandais en matière de transfert de propriété, de sûretés ou de protection des

montages de fiducies sûretés mais ces décisions prêtent à discussion et ne semblent pas constituer les fondations d'une nouvelle jurisprudence semblable aux arrêts de 1929.

³²² Claude Witz, « Rapport introductif : les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe » Colloque du 29 novembre 1990 « La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens » Bulletin Joly, 1991, n°4 bis

³²³ « La ratification de la convention de La Haye sur le trust par les Pays bas : un exemple pour la Suisse ? » Alfred E. Von Overbeck, *Etudes de droit international privé* pour Gerardo Broggin, page. 373, Milano Dott. A Giuffrè Editore, 1997

³²⁴ L'article 11 de la convention de La Haye prévoit le principe de reconnaissance d'un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre II et plus spécialement par les articles 6 et 7.

Article 6 :

« Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable »

Article 7 :

« Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment :

créanciers en cas d'insolvabilité n'affectent pas les conséquences juridiques de la reconnaissance d'un trust décrites à l'article 11 de la convention de la Haye»³²⁵. Cette norme met à l'écart les difficultés liées à ce fameux article 3.84 al.3 du Code civil.

Alfred E. Von Overbeck estime que cet article 4 a été généralement approuvé. La plupart des auteurs estime que cette disposition résout les questions qui pouvaient être soulevées par l'article 3.84 alinéa 3 du Code civil.

Ainsi, Alfred E. Von Overbeck pense que la WTC et le traitement approfondi de la convention de La Haye dans la doctrine permettront une application sans problème de la Convention de La Haye.

Pour M.E. Koppenol-Laforge³²⁶, l'attitude du législateur néerlandais est contradictoire car d'une part, il interdit l'introduction du trust en droit néerlandais et d'autre part, il a introduit ce fameux article 4 de la WCT qui a permis la ratification de la convention de La Haye. Ainsi, les Pays Bas en ayant accepté les effets d'un trust, peuvent constituer un exemple pour les pays qui ne connaissent pas le trust.

-
- a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant ;
 - b) de la situation des biens du trust ;
 - d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis. »

L'article 11

« Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment :

- a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust ;
- b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci ;
- c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee ;
- d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

³²⁵ Loi qui a ratifié la Convention de La Haye et pris effet le 1^{er} février 1996

³²⁶ "The institution of the trust and dutch law" dans le cadre de « La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires » sous la direction de Madeleine Cantin Cumyn, XV^{ème} congrès international de droit comparé, Bristol, 1998, édition Bruylant, Bruxelles, 1999

c. La Suisse

i. La fiducie en Suisse

En Suisse, il existe deux types d'application de fiducie, les placements fiduciaires et l'acte fiduciaire. Les placements fiduciaires constituent l'utilisation la plus courante des opérations fiduciaires et constituent l'un des produits financiers les plus connus de la place bancaire suisse. En ce qui concerne, la convention de fiducie, comme nous pourrions le constater, même si ce mécanisme contractuel connaît une grande imperfection (absence de patrimoine d'affectation), il fait preuve d'une grande flexibilité dans le domaine de la fiducie-gestion et de la fiducie-sûreté. En ce qui concerne, la transmission des entreprises, son rôle est resté marginal.

a. Les placements fiduciaires

La fiducie en Suisse connaît un vif succès et y est largement pratiquée notamment dans le domaine des placements fiduciaires auprès des banques. Comme le rappelle Mario Giovanoli³²⁷, « *les opérations fiduciaires semblent indissolublement liées à l'image que l'on se fait à l'étranger de la place financière suisse* ».

En 2009³²⁸, le montant des placements fiduciaires effectués par les banques suisses (ce qui ne comprend pas les crédits fiduciaires) s'élevait à 248 milliards de francs suisses³²⁹.

L'une des annexes de l'ordonnance sur les banques définit juridiquement les placements fiduciaires de la manière suivante : « *Par opération à titre fiduciaire, il faut entendre : les placements et les crédits que la banque effectue ou accorde en son propre nom pour le compte et aux risques du client sur la base d'un ordre écrit. Le mandant supporte le risque de change, le risque de transfert et le risque d'insolvabilité du débiteur et il lui revient la totalité du rendement de l'opération ; la banque ne perçoit qu'une commission* »³³⁰.

Ainsi, les placements fiduciaires se matérialisent économiquement par des placements de liquidités (en franc suisse ou en monnaie étrangère) généralement à court terme et à taux fixe,

³²⁷ « *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse* » Mario Giovanoli, « *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Bulletin Joly, 1991 n°4bis

³²⁸ Source : Association des Banques Suisses (ASB), « *La gestion de fortune en Suisse* » Février 2011. Les placements fiduciaires sont des placements à court terme, libellés essentiellement en USD et en Eur et intéressent surtout les clients étrangers (82% des placements répertoriés)

³²⁹ Comme les autres opérations de banque en Suisse, les opérations fiduciaires doivent respecter les dispositions relatives au secret bancaire, l'entraide internationale en matière pénale et la répression des fonds d'origine criminelle

³³⁰ Annexe II de l'ordonnance d'exécution du 17 mai 1972 de la loi sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934

et effectués par les banques suisses pour le compte de leurs clients, personnes physiques ou personnes morales³³¹.

Le placement fiduciaire est donc un placement effectué par une banque suisse en son nom propre (et non au nom du client) mais la banque opère pour le compte du client qui en recueille le bénéfice et en supporte tous les risques. Dans ce cadre, les banques suisses effectuent des placements et des crédits auprès de banques à l'étranger³³² et dans quelques cas, il s'agit des filiales de la banque suisse à l'étranger.

Le crédit ou le prêt fiduciaire se distingue par le fait que la banque suisse ne désigne pas auprès de la banque étrangère le nom du client qui va bénéficier du financement consenti par la banque. C'est une opération proche d'une convention de prête-nom car le client ne souhaite pas faire apparaître son identité pour une raison ou une autre.

La signature d'un contrat fiduciaire écrit par le client est impérative et ce pour des raisons fiscales. Il existe deux modèles de contrat de placement fiduciaire.

Le premier est un mandat autorisant la banque à effectuer plusieurs placements fiduciaires selon sa libre appréciation. Dans ce cas, le contrat est complété d'un mandat de gestion.

Le second modèle est un contrat aux termes duquel le client choisit lui-même le placement qu'il veut faire effectuer par sa banque et désigne donc la contrepartie.

Ces opérations connaissent un grand succès en Suisse car elles ne sont pas comptabilisées dans le bilan des banques et par conséquent ne sont pas prises en compte dans le calcul des fonds propres exigés des banques sur le plan prudentiel ainsi que pour la détermination du montant des liquidités prescrites.

Par conséquent, elles évitent donc aux banques d'allouer des fonds propres correspondants car la banque ne supporte aucun risque dans ces opérations. En effet, la banque ne supporte ni risque de contrepartie, ni risque de transfert, ni risque de change.

Mais comme le rappelle, Mario Giovanoli, ce type d'opération n'est pas sans risque. En effet, la banque répond des diligences qu'elle réalise pour le compte du client selon les règles du mandat³³³.

³³¹ Dans la pratique, les placements fiduciaires s'adressent aux clients qui désirent placer des liquidités à court terme (1 à 12 mois). Ce type de placement peut être effectué en francs suisses ou en devises étrangères, en bénéficiant des conditions du marché monétaire. La limite inférieure d'investissement peut varier d'une banque à l'autre (en règle générale, elle se situe à CHF 100 000). Le risque de l'investisseur varie selon le type de placement choisi.

³³² Par conséquent, la rémunération est fonction du degré du risque de contrepartie que représente la banque qui va bénéficier des fonds qui lui sont prêtés au titre du placement fiduciaire.

³³³ Les banques suisses ont subi d'importantes pertes au cours des dernières décennies en liaison avec les placements fiduciaires « *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse* » Mario Giovanoli, « *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Bulletin Joly, 1991 n°4

La seconde raison du développement des placements fiduciaires en Suisse est d'ordre fiscal. Les intérêts des dépôts bancaires ou des valeurs mobilières appartenant à une personne habitant en Suisse sont frappés par un taux de 35% (« impôt anticipé »). Compte tenu du fait que le placement fiduciaire est effectué par la banque suisse auprès d'une banque étrangère sur la base d'un ordre écrit, les intérêts de ce placement ne sont pas soumis à la fiscalité suisse. Le client suisse échappe donc à l'impôt anticipé et autres taxations (tels que le droit de timbre)³³⁴. Mais le droit suisse s'est construit sur un grand principe qui est l'unité du patrimoine. Comme le rappelle Aude Peyrot « *Le principe établit que chaque individu ne possède qu'un seul patrimoine sur lequel il répond de l'ensemble de ses dettes (..). En matière de fiducie, il signifie que les actifs que le fiduciaire reçoit en cette qualité intègrent pleinement son patrimoine sans distinction aucune avec ses biens propres dont ils partagent le sort. Une stricte application du principe conduit, en cas d'insolvabilité du fiduciaire, à saisir les actifs fiduciaires ou à les adjoindre à sa masse en faillite, à l'exclusion de toute distraction en faveur du fiduciaire. Dans un tel cas, faute de bénéficiaire d'un privilège quelconque, ce dernier est renvoyé à concourir à droits égaux avec les autres créanciers chirographaires du fiduciaire (...)* »³³⁵.

Par la suite et uniquement dans le cadre de la législation sur les opérations fiduciaires et les fonds de placement, le législateur en 1994 et 1996 (et non la jurisprudence) a mis en place un droit de distraction aux clients investisseurs de la banque et aux porteurs de parts de fonds³³⁶. Ces derniers bénéficient d'un droit de distraction en vertu d'une disposition expresse de la loi³³⁷. En pratique, les actifs concernés sont en principe automatiquement ségrégués par l'administration de la faillite et cette séparation est d'autant plus aisée que les banques et les fonds de placement ont l'obligation de comptabiliser ces fonds de manière séparée.

³³⁴ Il est à noter que cet agrément fiscal tombe si la banque garantit les droits du client. De plus cet agrément fiscal impliquerait pour la banque l'obligation de faire figurer le placement fiduciaire dans son bilan.

³³⁵ « *La fiducie en droit suisse* » Aude Peyrot, Revue Lamy droit des affaires, 2010 n°47

³³⁶ « *Les fonds de placement contractuels sont l'équivalent des fonds communs de placement, à cette grande différence que les valeurs ne sont pas détenues en copropriété, mais précisément selon un régime fiduciaire et ce depuis la loi sur les fonds de placement du 1^{er} juillet 1966. Les investisseurs acquièrent une ou plusieurs parts d'un fonds de placement qui leur confère(nt) le droit de participer aux bénéfices et aux pertes réalisés par celui-ci. Les actifs et valeurs du fonds appartiennent juridiquement à la direction du fonds mais la propriété est détenue à titre fiduciaire pour le compte de porteurs de parts* » « *La fiducie en Suisse* » Aude Peyrot, Revue Lamy droit des affaires, 2010 n°47

La ségrégation des patrimoines de chaque fonds par rapport au patrimoine social de la direction du fonds est assurée par le recours à une banque dépositaire, par des règles comptables strictes et elle est garantie en cas de faillite par une distraction automatique de l'actif net au profit des investisseurs.

³³⁷ Pour les clients des banques, il s'agit des dispositions des articles 16 et 37d de la loi sur les banques. Pour les fonds de placement, il s'agit des dispositions des articles 25 et suivants de la loi sur les placements collectifs de capitaux.

b. La convention de fiducie

Même si la fiducie en Suisse est un outil souvent utilisé, elle ne repose pas sur un texte législatif mais seulement sur une création jurisprudentielle. Son origine se trouve dans un arrêt du tribunal fédéral de Suisse de 1905³³⁸. La jurisprudence a confirmé par la suite à de nombreuses reprises que les actes fiduciaires sont licites (quel que soit leur mobile) et a développé le régime juridique de l'acte fiduciaire.

La fiducie en Suisse est un contrat aux termes duquel, le fiduciaire devient « *propriétaire au plein sens du terme investi d'une compétence complète à l'égard des tiers, tenu par de simples obligations envers le fiduciaire (ou le bénéficiaire)* »³³⁹. Comme le souligne Aude Peyrot, « *Son titre de propriété s'impose non seulement à l'égard du monde extérieur mais aussi à l'encontre du fiduciaire lui-même* »³⁴⁰. Il est à noter que les tribunaux helvétiques ont fait application au contrat de fiducie des règles propres au contrat de mandat. Cela s'explique en raison de la conception large du mandat en droit suisse.

Le mandat en droit suisse, contrairement au droit français, ne se conçoit pas uniquement en terme de représentation en vue de conclure des actes juridiques³⁴¹. Le mandat en Suisse couvre de vastes activités de service et également tous les travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats³⁴².

La réglementation a imposé la rédaction d'une convention écrite pour l'établissement d'un acte fiduciaire qui se décompose en deux actes. Le premier est l'acte translatif de propriété et le second est la convention de fiducie.

L'acte fiduciaire est licite sauf s'il ne respecte pas les dispositions du Code suisse des obligations. En effet, tout contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou

³³⁸ Gruring Dutoit c.Kappeler, ATF 31 II 105

³³⁹ Luc Thévenoz, « *Trusts en Suisse, adhésion à la convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* », p.145, Schulthess, Zurich, 2001

³⁴⁰ « *La fiducie en droit suisse* » Aude Peyrot, Revue Lamy droit des affaires, 2010 n°47

³⁴¹ Pour Luc Thévenoz, l'application des règles du mandat à la fiducie est une faiblesse, car le fiduciaire doit à tout moment pouvoir le résilier. Cette résiliation pouvant intervenir à tout moment nuit à l'indépendance et l'impartialité de l'activité du fiduciaire qui sont nécessaires afin d'assurer une bonne gestion des actifs fiduciaires « *Trusts en Suisse : Adhésion à la convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* » p.145, Luc Thévenoz, Schulthess, Zurich 2001

³⁴² « *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse* » Paragraphe 8, Mario Giovanoli, « *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Bulletin Joly, 1991 n°4

contraire aux mœurs. La fraude à la loi est également une limite à la validité de tout acte fiduciaire³⁴³.

Aux termes de l'acte translatif de propriété, le fiduciaire transfère la propriété des biens, et ces derniers entrent dans le patrimoine du fiduciaire qui en est propriétaire vis-à-vis des tiers.

Le fiduciaire n'a donc plus aucun droit réel opposable aux tiers sur les actifs mis en fiducie. Il est privé de tout droit direct sur les actifs fiduciaires.

Comme le précise Jacques Rossi, le tribunal fédéral a rappelé à certaines occasions que « *selon la conception juridique suisse, le propriétaire fiduciaire doit être considéré comme un propriétaire complet* » ou « *propriétaire à tous égards* ».

La convention de fiducie est la convention par laquelle le fiduciaire s'engage à n'exercer les droits dont la pleine titularité lui a été confiée que selon les termes de la convention. Ce sont des engagements « internes » pris par le fiduciaire à l'encontre du fiduciaire.

La conséquence de cette conception est de n'accorder au fiduciaire qu'une action personnelle à l'encontre du fiduciaire et non une action réelle car il a transféré la propriété dont il était titulaire. Le fiduciaire est pleinement titulaire des droits vis à vis des tiers, ce qui exclut toute idée de représentation du fiduciaire par le fiduciaire. « *La pleine titularité du fiduciaire est en quelque sorte l'instrument qui lui permet d'exécuter ses engagements envers le fiduciaire* ³⁴⁴ ».

Luc Thévenoz tente de comparer le trust à la fiducie et estime que la fiducie comme le trust « *dissocie la propriété des actifs fiduciaires (qui est acquise au fiduciaire), de son bénéfice économique qui revient exclusivement au fiduciaire ou à d'autres bénéficiaires* ». « *Dans la fiducie-sûreté, le fiduciaire est propriétaire du bien en même temps que bénéficiaire de la garantie, de sorte que le bénéfice économique est partagé entre le fiduciaire (dans l'hypothèse où la dette reste impayée) et le fiduciaire (qui obtient le bien en retour lorsque son créancier est désintéressé)* » ³⁴⁵.

Cependant, les avoirs fiduciaires ne constituent pas un patrimoine d'affectation, séparé du patrimoine personnel du fiduciaire.

L'inconvénient majeur de cette absence de mise à l'écart des actifs fiduciaires est de permettre aux créanciers du fiduciaire de saisir les actifs fiduciaires. Les avoirs fiduciaires suivent par conséquent le sort du patrimoine du fiduciaire en cas d'ouverture de procédure

³⁴³ « *La pratique de la fiducie et du trust en Suisse* » Jacques Rossi, Colloque « *Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe* », 28 mars 1991, office de coordination bancaire et financière

³⁴⁴ « *Les opérations fiduciaires en droit suisse* » Claude Reymond et Jacques Revaclier, Colloque du Luxembourg du 20 et 21 septembre 1984 « *Les opérations fiduciaires* », FEDUCI, LGDJ, 1985

³⁴⁵ « *Trusts en Suisse : Adhésion à la convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* » p.142, Luc Thévenoz, Schulthess, Zurich 2001

collective. Le fiduciaire n'a donc pas d'action en revendication ni de privilège sur les actifs fiduciaires en cas de procédure collective à l'encontre du fiduciaire. Il concourt au marc le franc, comme tout créancier chirographaire.

Mais un arrêt de 1973³⁴⁶ a permis l'adoption définitive d'un régime spécial de la fiducie protégeant le fiduciaire de manière efficace. En effet, cette décision a reconnu au fiduciaire un droit de distraction sur les biens ou sommes d'argent reçus des tiers par le fiduciaire³⁴⁷ à condition que ces sommes soient créditées sur un compte spécial au nom du fiduciaire et qu'elles demeurent séparées des autres fonds du fiduciaire.

Attention, il est inexact de déclarer que cette jurisprudence a posé le principe général que les actifs mis en fiducie constituaient un patrimoine d'affectation. En effet, le tribunal fédéral a refusé d'étendre le bénéfice du droit de distraction au cas où les biens et créances n'ont pas été acquis d'un tiers par le fiduciaire mais lui auraient été transférés par le fiduciaire lui-même³⁴⁸. En outre, en ce qui concerne les actifs fiduciaires acquis ou reçus par le fiduciaire par des tiers, ils doivent être individualisés afin de permettre leur distraction.

Ainsi, la jurisprudence n'a pas consacré le principe de l'existence d'un véritable patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine personnel du fiduciaire³⁴⁹. Les biens remis peuvent être saisis par des tiers créanciers. C'est une des faiblesses de la fiducie qui selon Luc Thévenoz serait supprimée si le législateur suisse consacrait l'existence d'un patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine du fiduciaire³⁵⁰.

La fiducie est notamment utilisée à des fins de garantie en Suisse. La fiducie-sûreté porte notamment sur des créances et les titres négociables (actions de société anonyme).

La fiducie-sûreté porte rarement sur des actifs immobiliers en raison du montant des droits prélevés sur les transferts immobiliers et du fait que les crédits immobiliers sont garantis

³⁴⁶ Arrêt du 13 juillet 1973, Feras Anstalt c. Banque Vallugano ATF 99 II 393, JT 1974, 1 588. Le droit de subrogation légale dans les droits des mandataires à l'égard des tiers, dont bénéficie le mandant en vertu de l'article 401 du Code des obligations, dès qu'il a lui-même satisfait à ses obligations envers le mandataire, a été reconnu applicable au cas du fiduciaire.

³⁴⁷ Les biens transmis initialement lors de la mise en place de la fiducie sont donc exclus de cette protection

³⁴⁸ Arrêt La Zürich contre Masse Golay & Chapuis (ATF 102 (1976) II, p.103). Le tribunal fédéral a écarté le principe de subrogation au cas où le bien détenu fiduciairement a été remis par le fiduciaire au fiduciaire et non acquis par celui-ci.

³⁴⁹ Ce droit de distraction n'a été reconnu que par la jurisprudence et repose sur des conditions strictes et limitées. Comme le précise Aude Peyrot « *Les avoirs sont certes séparables mais dans une mesure trop limitée et selon des conditions trop onéreuses. De même, même si elle bénéficie de certaines dérogations, la fiducie reste fondamentalement soumise au principe de l'unité du patrimoine* » « *La fiducie en droit suisse* » Aude Peyrot, Revue Lamy droit des affaires, 2010 n°47

³⁵⁰ « *Trusts en Suisse : Adhésion à la convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* » p.145, Luc Thévenoz, Schulthess, Zurich, 2001

principalement par l'hypothèque. Pour les meubles corporels, les aliénations fiduciaires à titre de sûreté sont privées d'effet par les dispositions de l'article 717 du Code civil qui interdisent le gage sans dépossession et qui par conséquent empêchent le créancier de remettre à disposition l'actif au débiteur³⁵¹.

L'acte de fiducie sert à organiser également des fiducies-gestion. Dans le cadre de cette utilisation, la fiducie sert à organiser la gestion collective des droits d'auteurs par les sociétés de gestion. Comme l'indique Aude Peyrot, « *Les auteurs cèdent à titre fiduciaire les droits patrimoniaux résultant de leurs œuvres, à charge pour celles-ci (les sociétés de gestion) de les gérer collectivement en leur propre nom mais pour le compte de leur titulaire économique* »³⁵².

Il existe un troisième usage de la fiducie en droit suisse, il s'agit de la fiducie-libéralité qui organise la dévolution d'un patrimoine dans le temps. Mais comme le précise Aude Peyrot, il ne s'agit que d'une « (...) modalité particulière de fiducie-gestion. Au surplus son existence est essentiellement théorique, dans la mesure où elle se heurte à certaines prescriptions suisses en matière successorale »³⁵³.

ii. Trust en Suisse

Il n'existe pas de disposition interne en droit suisse régissant les trusts³⁵⁴. L'opportunité de son introduction dans l'ordre juridique suisse fut refusée en 1954.

Dans une affaire (Harrison contre Crédit Suisse), le tribunal fédéral en 1970 « *a constaté l'absence d'une institution de droit suisse correspondant au trust dans tous ses éléments, puis s'est livré à une analyse comparative pour finalement retenir que l'acte constitutif de trust en question était une combinaison d'actes juridiques connus du droit suisse, combinaison qui ne viole pas les dispositions impératives du droit suisse* »³⁵⁵.

Le 2 décembre 2005, le conseil fédéral de la Suisse a ratifié la convention de La Haye avec effet au 1^{er} juillet 2007. Néanmoins, Xavier Oberson rappelle que la « *ratification de la convention de La Haye n'a nullement pour effet d'introduire le trust en droit interne (...)*

³⁵¹ Article 717 « *Lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de la propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluider les règles concernant le gage mobilier* »

³⁵² « *La fiducie en droit suisse* » Aude Peyrot, Revue Lamy droit des affaires, 2010 n°47

³⁵³ « *La fiducie en droit suisse* » Aude Peyrot, Revue Lamy droit des affaires, 2010 n°47

³⁵⁴ « *Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Suisse* » Xavier Oberson, p.221, « *Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* », Actes du colloque tenu à Paris, les 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008

³⁵⁵ « *La pratique de la fiducie et du trust en Suisse* » Jacques Rossi, Colloque « *Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe* », 28 mars 1991, office de coordination bancaire et financière

Certes le trust sera toujours un véhicule de droit étranger, mais il n'y a plus de place pour une comparaison du trust avec des structures juridiques de droit suisse (comme la fondation, la fiducie ou la stipulation pour autrui) ».

Il convient d'avoir présent à l'esprit que la Suisse en ratifiant la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, reconnaîtra tout trust constitué sous la loi étrangère, pour autant qu'il ne heurte aucune règle impérative du droit suisse.

Enfin en ratifiant cette convention, la Suisse a adopté le principe du « *ring fencing* ». En vertu de ce principe, les fonds du trust sont distincts du patrimoine personnel du trustee et échappent donc à ses créanciers. En effet, l'article 2 de la convention de La Haye dispose que « *les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee* ».

d. La fiducie du Liechtenstein

Le législateur en 1926 s'est inspiré du trust Act de 1925 du Royaume Uni à tel point, que Claude Witz déclare qu'il faudrait mieux parler de trust du Liechtenstein et non de fiducie du Liechtenstein. Klaus Biedermann évoque une « *fiducie liechtensteinoise inspirée du trust*³⁵⁶ ». Cette loi n'est pas une copie du trust Act de 1925. « *C'est une codification sérieuse qui a essayé d'adapter les notions de droit civil au concept du trust* »

- En effet, il n'y a pas d'éclatement du droit de propriété entre d'une part, le trustee et le bénéficiaire, comme c'est le cas pour le trust au Royaume Uni. Le bénéficiaire ne dispose d'aucun droit réel sur les actifs fiduciaires. Le trustee dispose de la pleine propriété des actifs fiduciaires³⁵⁷ qui ne sont néanmoins pas saisissables par les créanciers du trustee³⁵⁸. Cette exclusion est possible si les biens fiduciaires sont véritablement séparés des biens propres du trustee.

³⁵⁶ « *La fiducie liechtensteinoise inspirée du trust* » par Klaus Biedermann, p.77-82, dans le cadre du colloque intitulé « *la fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » colloque organisé le 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis. En annexe de cet article est jointe la traduction en langue anglaise de la loi Liechtensteinoise sur la fiducie

³⁵⁷ Voir en ce sens la traduction en langue anglaise de l'article 987 « *For the purposes of this law a trustee is a person, firm or corporate entity to whom another (the settlor) **transfers** movable or immovable property or something of money value or a right (as trust property) with the obligation to administer or use **such trust property** in his own name as an independent owner but for the benefit of one or more third parties (beneficiaries) with effects towards all other persons* ».

³⁵⁸ Voir en ce sens la traduction en langue anglaise de l'article 915 « *(...) in bankruptcy, the trust property shall be considered as separate property and the creditors of the trustee shall have no right of claim against the trust property (...)* »

Klaus Biedermann déclare que « *l'aspect réel du droit du bénéficiaire résulte de ce que la propriété à titre fiduciaire du trustee n'est pas saisissable par les créanciers de celui-ci* ».

- Comme toutes les fiducies des pays de droit civil, le trust du Lichtenstein se forme par la conclusion d'une convention écrite entre d'une part, le settlor et d'autre part, le trustee³⁵⁹. Le trust du Lichtenstein ne se forme pas par un acte unilatéral, comme c'est le cas pour les trusts anglo-saxons.

e. Le Luxembourg

i. La fiducie au Luxembourg

La fiducie au Luxembourg connaît un très grand succès, les encours des actifs fiduciaires situés au Luxembourg se chiffraient au mois d'octobre 2003 à la somme de 78 milliards d'euros³⁶⁰.

Aux termes d'une loi en date du 27 juillet 2003, la fiducie luxembourgeoise a fait l'objet d'une réforme en abrogeant le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit³⁶¹.

Comme le précisent, Claude Witz et André Prüm, cette nouvelle loi ne marque qu'une évolution et non une révolution³⁶². Le législateur luxembourgeois a profité de cette occasion pour ratifier la convention de La Haye et a modifié la fiducie pour qu'elle soit reconnue comme une institution comparable au trust au sens de la convention de La Haye et puisse ainsi être reconnue à l'international.

Ce nouveau texte permet de tenir compte des textes de loi qui ont fait référence au contrat fiduciaire et qui sont parus postérieurement au règlement grand-ducal du 19 juillet 1983³⁶³.

³⁵⁹ Voir en ce sens la traduction en langue anglaise de l'article 899 « *A trust is created by a written agreement made between the settlor and the trustee* ».

³⁶⁰ « *Trust & Fiducie, la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise* » actes du colloque tenu au Luxembourg, le 11 décembre 2003

³⁶¹ Comme le rappelle André Prüm, « *L'objectif du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 par lequel la fiducie fût consacrée au Luxembourg était de permettre aux banques d'offrir à leurs clients des services d'intervention fiduciaire dans de meilleures conditions que ne le permettait le recours à la technique du mandat ou de la commission* ». « *Trust et fiducie au Luxembourg* » André Prüm, dans le cadre du colloque « *Le trust en droit international privé* » Perspectives suisses et étrangères Actes de la 17^{ème} journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, édition Schulthess, 2005

³⁶² « *La nouvelle fiducie luxembourgeoise* », André Prüm et Claude Witz, *Trust & Fiducie, la convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003, collection Grands Colloques, Montchrestien, 2005

³⁶³ « *Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois* » par Philippe Hoss et Patrick Santer p.781. Dans le cadre de cette présentation très complète de la nouvelle loi du 27 juillet 2003, les auteurs rappellent notamment les différentes lois parues depuis le règlement grand-ducal 19 juillet 1983 notamment certaines lois qui ont mis à mal la théorie du patrimoine unique (loi du 1^{er} août 2001 concernant la

L'un des apports majeurs de cette loi est d'élargir considérablement la liste des professionnels pouvant exercer la fonction de fiduciaire.

Ainsi aux termes de l'article 4 de la loi du 27 juillet 2003, les établissements de crédit ne sont plus les seuls à pouvoir exercer cette fonction. Les entreprises d'investissement, les sociétés d'investissement à capital variable ou fixe, les sociétés de titrisation, les sociétés de gestion de fonds communs de placement ou de fonds de titrisation, les fonds de pension ainsi que les organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier peuvent désormais exercer cette activité de fiduciaire. Il est à noter que tous ces professionnels sont soumis à la surveillance de la commission de surveillance du secteur financier.

Enfin, la loi du 27 juillet 2003 consacre la fiducie garantie, c'est-à-dire le transfert de propriété à titre de garantie et confirme la légalité de toutes les fiducies sûretés effectuées auparavant.

L'article 5 de cette loi vise à préciser de manière claire et précise que le « *fiduciaire devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire* ». La définition précédente (issue du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983) disposait que le fiduciaire était titulaire des droits patrimoniaux. La nouvelle définition ne reprend plus la référence aux notions d'actif et de passif fiduciaires.

Par la référence expresse au propriétaire, la loi du 27 juillet 2003 établit un strict parallélisme entre les droits du fiduciaire et ceux du trustee. Cette nouvelle terminologie « *répond aussi à la volonté de « coller au plus près à l'article 2 de la Convention de La Haye* ³⁶⁴ ».

La commission juridique, dans son rapport en date du 25 juin 2003, indique qu'il n'y a aucune différence fondamentale entre ces deux terminologies. En effet, le critère principal du contrat fiduciaire reste le transfert de la propriété de biens au fiduciaire.

circulation de titres et d'autres instruments fongibles), ou d'autres comme celle du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie.

³⁶⁴ « *Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois* » par Philippe Hoss et Patrick Santer p.793. La convention de La Haye détermine la situation du trustee par rapport à celle d'un propriétaire.

« *Loin de confondre purement et simplement le trustee avec un propriétaire de droit luxembourgeois, la solution consiste uniquement à offrir au juge un cadre de référence qui lui permettra de déterminer aisément et concrètement les effets produits par le trust étranger. Le renvoi aux effets du droit de propriété a pour conséquence que le trustee peut prétendre exercer les pouvoirs les plus étendus sur les biens localisés au Luxembourg* » André Prüm « *Trust et fiducie au Luxembourg* » « *Le trust en droit international privé* » Perspectives suisses et étrangères Actes de la 17^{ème} journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, édition Schulthess, Zurich, 2001

Comme le soulignent, Claude Witz et André Prüm³⁶⁵, le fiduciaire est désigné comme propriétaire ce qui lève ainsi toute ambiguïté sur la nature des droits dont dispose le fiduciaire à l'égard des actifs fiduciaires.

Cependant, les pouvoirs du fiduciaire sont limités contractuellement et ces dispositions sont opposables aux tiers qui en ont connaissance (paragraphe 3 de l'article 7). Comme le précise l'avis de la chambre de commerce du 14 mars 2001, le bénéficiaire n'a qu'un droit de créance c'est-à-dire un droit personnel et non réel.

L'article 11 de la loi du 27 juillet 2003 dispose que dans tout registre public où est inscrite la qualité de propriétaire, le fiduciaire doit demander qu'il soit mentionné sa qualité de fiduciaire après celle de propriétaire. Les travaux préparatoires précisent que cette qualification de propriétaire pour le fiduciaire a été faite afin de ne pas créer une infériorité de sa situation par rapport à celle d'un trustee.

Ainsi, le patrimoine fiduciaire apparaît désormais dans la définition du contrat fiduciaire. Comme l'indiquent les travaux préparatoires, ce nouvel article 5 « *fait ressortir d'emblée l'existence d'un patrimoine fiduciaire qui n'apparaissait de façon expresse dans l'ancien texte qu'à propos du régime juridique du contrat* ».

En outre, l'article 6 intitulé « *autonomie patrimoniale* » dispose que le « *patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire (..)* ». Ainsi, les biens composant le patrimoine fiduciaire ne peuvent être saisis par les créanciers personnels du fiduciaire et par conséquent ne sont pas affectés par les procédures de liquidation judiciaire ou de faillite pouvant frapper le fiduciaire.

Comptablement, les biens acquis par le fiduciaire sont inscrits hors bilan, car ces biens ne font pas partie du droit de gage général des créanciers du fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire est donc comptabilisé de manière séparée du patrimoine propre du fiduciaire³⁶⁶.

Par contre, le patrimoine fiduciaire apparaîtra au bilan du fiduciaire. Mais il faut réunir les trois conditions suivantes :

- Le pouvoir de direction du patrimoine fiduciaire doit appartenir au fiduciaire ;
- Les revenus générés par le patrimoine fiduciaire doivent être transférés par le fiduciaire au fiduciaire ; et
- Le patrimoine du fiduciaire doit revenir au terme de la fiducie au fiduciaire.

³⁶⁵ « *La nouvelle fiducie luxembourgeoise* », André Prüm et Claude Witz, Trust & Fiducie, la convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise, actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003, collection Grands Colloques, Montchrestien, 2005

³⁶⁶ Puisque l'activité fiduciaire, peut être exercée par des établissements de crédit, l'actif fiduciaire n'est pas pris en compte pour le montant des calculs de fonds propres.

Comme l'indique Jean Schaffner, « *la comptabilité est censée représenter l'image fidèle de l'entreprise, elle-même reflétée par sa situation économique, plutôt que par des strictes considérations juridiques* »³⁶⁷.

ii. Le trust au Luxembourg

Le Luxembourg a signé la convention de la Haye et l'a ratifiée par le vote de la loi du 27 juillet 2003, relative au trust et aux contrats fiduciaires. Cette loi a abrogé le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

Cependant, comme le rappelle Jean Schaffner, même avant la ratification de cette convention « *les juges reconnaissent dans une certaine mesure les effets d'un trust constitué en conformité au droit de sa juridiction d'origine, qui appelé à le régir. L'application pleine et entière des effets du trust était cependant problématique, si elle impliquait la reconnaissance d'un droit réel inconnu du droit luxembourgeois ou si les effets du trust étaient contraires à l'ordre public luxembourgeois* »³⁶⁸.

En ratifiant la convention de La Haye aux termes de la loi du 27 juillet 2003³⁶⁹, le législateur luxembourgeois, a placé le « *trustee dans la position la moins restrictive en matière de pouvoirs* ». Le législateur n'a pas assimilé le trustee au propriétaire puisque ce droit ne connaît pas le trust, mais a admis que compte tenu de l'absence de trust « *dans le système juridique luxembourgeois, les effets au Luxembourg d'un trust seront déterminés à partir des effets de la propriété. Ce choix mérite d'autant plus d'être approuvé qu'il est en cohérence avec la qualité de propriétaire que le droit luxembourgeois reconnaît au fiduciaire. Cette référence commune permet de rapprocher utilement les situations du trustee et du fiduciaire* »³⁷⁰.

Ainsi, lorsqu'on compare la définition du trust (telle que posée par la convention de La Haye³⁷¹) et la définition de la fiducie (telle que modifiée par la loi du 27 juillet 2003³⁷² afin de

³⁶⁷ « *La fiscalité des trusts et des fiducies au Luxembourg* » Jean Schaffner, « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments* », p.175, Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008

³⁶⁸ « *La fiscalité des trusts et des fiducies au Luxembourg* » Jean Schaffner, « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments* », p.175, Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008

³⁶⁹ Loi du 27 juillet 2003 portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels

³⁷⁰ « *La ratification de la convention de la Haye par le Grand Duché de Luxembourg* », André Prüm, Thierry Revet, Claude Witz, Acte du Colloque Trust & Fiducie, 11 décembre 2003, collection Grands Colloques, Montchrestien, 2005, page 53

³⁷¹ La définition du trust de la convention de La Haye reprise par le Luxembourg est la suivante « *Le trust présente les caractéristiques suivantes:*

répondre aux exigences de la convention de La Haye), les caractéristiques du trust telles que définies par la convention de La Haye sont également partagées par la fiducie luxembourgeoise.

La loi du 27 juillet 2003 permet ainsi d'établir un pont entre la fiducie luxembourgeoise et le trust anglo-saxon³⁷³.

f. La Belgique

i. Trust en Belgique

Bien que la convention de La Haye ait été signée par la Belgique, celle-ci ne l'a pas ratifiée et par conséquent cette convention n'est pas entrée en force en Belgique.

Cependant, le droit belge reconnaît la validité des trusts constitués à l'étranger. La loi du 16 juillet 2004 a introduit le code de droit international privé. Ledit code a consacré un chapitre entier (chapitre XII) au trust³⁷⁴.

L'introduction de ce nouveau code était nécessaire comme l'a rappelé Patrick Wautelet car « *Les limites de l'accueil réservé à cette institution n'étaient toutefois pas clairement définies. Il demeurait également difficile d'appréhender une institution aux multiples facettes, qui ne se*

a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;

b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;

c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ».

³⁷² Art. 5. De la loi du 27 juillet 2003 « Définition »

« Un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire. »

Art. 6. De la loi du 27 juillet 2003 « Autonomie patrimoniale »

« (1) Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

(2) Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires ».

³⁷³ Dans son avis du 14 mars 2001, la chambre de commerce du Luxembourg constatait avec satisfaction que la sécurité juridique de l'institution luxembourgeoise de la fiducie se trouvera renforcée du fait que la nouvelle fiducie luxembourgeoise réponde aux caractéristiques du trust telles que définies par la Convention de La Haye.

³⁷⁴ « *La fiscalité des trusts et des fiducies en Belgique* » Jacques Malherbe, « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments* », p.263, Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, page 263 Step France, Academy & Finance, Genève, 2008

laissait pas réduire à l'une ou l'autre des catégories générales avec lesquelles le droit international privé fonctionne. Cette difficulté de qualification est résolue avec le Code qui, à la suite et sur le modèle de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985, accepte l'institution du trust en tant que telle en lui réservant un sort particulier. Il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces règles. Les articles 122 du Code n'ont pas pour but de permettre la création, en Belgique, d'un trust. Le seul enjeu de ces dispositions est la reconnaissance d'un trust valablement constitué sur base d'un droit étranger»³⁷⁵.

L'article 122 du Code de droit international privé définit le concept de trust de la manière suivante : « le trust vise une relation juridique créée par un acte du fondateur ou par une décision judiciaire, par lequel des biens sont placés sous le contrôle d'un trustee afin de les administrer dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Cette relation juridique présente les caractéristiques suivantes :

1° les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;

2° le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;

3° le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi ».

Comme pour le Luxembourg, le législateur définit le trust en reprenant la « définition épurée du trust »³⁷⁶ telle que définie par la Convention de La Haye³⁷⁷. Certaines spécificités du trust anglo-saxon ne sont pas visées notamment la distinction entre la propriété juridique et la propriété économique.

³⁷⁵ « Le Code de droit international privé » Patrick Wautelet, chargé de cours à la faculté de Liège, avocat, page 97

³⁷⁶ Expression de Claude Witz dans la cadre de son intervention « Les caractères distinctifs de la fiducie », « Trust & Fiducie : concurrents ou compléments », page 263, Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008, page 61

³⁷⁷ Hans Van Loon remarque « le chapitre trust (du Code de droit international privé) refuse la distinction opérée par la convention entre loi applicable et reconnaissance et, à part une disposition sur la compétence judiciaire inspirée par le règlement Bruxelles I article 123 (du Code de droit international privé) n'énonce que des règles de loi applicable. (...) » « L'actualité de la Convention de La Haye », page 323

Il est à observer que le trust sera régi par la loi choisie à cette fin³⁷⁸. Ce choix ne peut toutefois être suivi que lorsque tous les autres éléments significatifs du trust, à l'exception du droit applicable, sont localisés dans un Etat qui ne reconnaît pas le trust.

Enfin, l'application du droit qui régit le trust ne peut avoir pour effet de priver un héritier d'un droit à la réserve.

Ainsi, la loi belge reconnaît le trust et c'est également le cas pour la jurisprudence belge. Celle-ci reconnaît la validité des trusts constitués à l'étranger et leurs effets en Belgique dans la mesure où ils ne portent pas atteinte aux règles d'ordre public belge.

ii. Fiducie en Belgique

Le droit belge ne comporte aucune définition de la fiducie. Celle-ci ne fait pas l'objet d'une réglementation générale mais cela n'empêche pas son utilisation en Belgique³⁷⁹ dans des applications ponctuelles.

En effet, comme le rappelle Marielle Moris, « *la fiducie n'implique aucun démembrement du droit de propriété, puisque le fiduciaire est titulaire de la pleine propriété des actifs qui font l'objet de la fiducie. Le mécanisme ne heurte pas le principe du numerus clausus des droits réels, ni la conception de la propriété définie à l'article 544 du Code civil* ».

Cette situation est regrettée et certains auteurs militent pour l'introduction de la fiducie d'une manière générale en droit belge³⁸⁰.

Le fiduciaire est limité seulement par les obligations qu'il a prises en vertu de l'acte de fiducie. L'acte de fiducie peut restreindre les pouvoirs du fiduciaire mais ces limitations au droit de propriété sont inopposables aux tiers en vertu de l'effet relatif des contrats.

La fiducie en Belgique bien que non régie par aucune disposition connaît plusieurs applications innommées comme c'était le cas en France avant l'introduction de la fiducie en 2007.

Il est à noter que la pratique belge connaît depuis de longue date des opérations de crédit qui reposent sur la cession d'un bien, lequel bien sert de garantie au créancier cessionnaire³⁸¹.

³⁷⁸ Le trust constitué à l'étranger pourra prétendre à la qualité de trust sous réserve qu'il réponde aux conditions posées par la règle de conflit du Code. Le libéralisme de principe se traduit par la possibilité pour le fondateur du trust de sélectionner la loi applicable au trust. A défaut de choix, il faudra avoir égard à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le trustee avait sa résidence habituelle au moment de la constitution du trust.

³⁷⁹ « *La fiducie en droit belge : quelques applications* », Marielle Moris, avocat, chargée de conférence à la maîtrise spéciale en gestion fiscale

³⁸⁰ Philippe Lambrecht « *La fiducie, un instrument juridique utile* » p.193, Paul François Ghorain, « *Le transfert des petites et moyennes entreprises* » in « *le trust et la fiducie : implications pratiques* » sous la direction de J. Herbots et de D. Philippe, Bruxelles, Bruylant, 1997,

En outre, comme le rappelle, François T’Kint « *dans la mesure où il n’est pas porté atteinte directement ou indirectement à aucune règle impérative ou d’ordre public et si les restrictions qui l’affectent ne sont pas incompatibles avec la nature même du droit de propriété, le principe de l’autonomie de la volonté, c’est-à-dire la liberté contractuelle, conduit à valider la cession de certains biens pour des besoins de gestion ou de sûreté* ».

Les applications en droit belge de la fiducie se retrouvent dans les fonds communs de placement, certificats représentatifs de titres nominatifs étrangers, certificats immobiliers, cessions de rémunération des travailleurs, les cessions des créances sur l’Etat du chef des travaux et de fournitures (fiducie-sûreté), les cessions des contrats de crédit à des organismes agréés et crédit bail en matière mobilière avec transfert de propriété au créancier, etc.

La cession de créance à titre de sûreté est utilisée notamment dans le domaine bancaire où les débiteurs cèdent à leur établissement de crédit les créances qu’ils détiennent.³⁸²

La loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, a pour objet de transposer en droit belge la directive 2002/47 du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (la directive « *collatéral* »). Cette directive a pour objet d’assurer l’efficacité des sûretés financières en obligeant les Etats membres à modifier leur droit matériel afin de reconnaître l’efficacité de ces sûretés, tant en limitant les exigences formelles susceptibles d’être prévues par les droits nationaux au titre de condition de validité ou d’opposabilité des contrats de sûreté, qu’en prévoyant des procédures d’exécution rapides et non formelles. Dans ce cadre, l’article 12 de la loi du 15 décembre 2004 reprend le contenu de l’article 25 bis de la loi 2 janvier 1991³⁸³. L’article 25 bis avait étendu la validité et l’opposabilité aux tiers du transfert de propriété des opérations de repo³⁸⁴ à tout transfert de propriété d’instruments financiers ou d’espèces en compte en vue de garantir les engagements des établissements financiers. Ainsi l’article 12 de la loi du 15 décembre 2004 confirme que les transferts visés par l’article 25 bis sont valables et

³⁸¹ François T’Kint « *la fiducie-sûreté* » « *le trust et la fiducie : implications pratiques* » sous la direction de J. Herbots et de D. Philippe, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.247,

³⁸² Certains auteurs ont douté de la validité de ce type de fiducie-sûreté qui aurait pour effet de mettre en place un gage avec un pacte comissoire. Le pacte comissoire étant interdit en droit belge, il y aurait fraude à la loi. Cette position n’a pas été suivie par les tribunaux qui ont reconnu la validité de cette cession à titre de garantie.

³⁸³ Introduite par la loi du 15 juillet 1998 et reprise dans le Code des sociétés

³⁸⁴ Les « *repos* » sont des conventions de cession rétrocession. Selon Erik Van den Haute, « *les opérations de repo sont des opérations de vente au comptant d’instruments financiers comportant simultanément entre les mêmes parties un rachat à terme déterminé ou indéterminé d’instruments financiers présentant les mêmes caractéristiques et pour le même montant* »

opposables aux tiers en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de situation de concours. En outre, l'article 12 précise que l'établissement financier bénéficiant du transfert de propriété à titre de garantie dispose de toutes les prérogatives qui découlent de son droit de propriété, ce qui comprend la possibilité de se payer en compensant sa créance avec la valeur des actifs qu'il a acquis et ce sans d'une part, entrer en concours avec d'autres créanciers du débiteur défaillant et d'autre part, devoir suspendre cette compensation en raison d'une procédure collective.

La forme la plus achevée de transfert fiduciaire en Belgique est la « *certification d'actions* », inspirée du droit néerlandais³⁸⁵. Ce système permet de séparer d'une part, la gestion, le droit de vote et d'autre part, le droit aux produits patrimoniaux des actions.

« *Une personne morale (appelée intermédiaire) acquiert la propriété d'actions d'une société anonyme ou de parts d'une société à responsabilité limitée*³⁸⁶. *En tant que propriétaire, cette société intermédiaire (parfois qualifiée de " bureau d'administration " ou encore de " société fiduciaire ") exerce les droits attachés aux titres, y compris le droit de vote mais en réserve les produits financiers aux titulaires des certificats qu'elle émet. Ces produits (sous déduction de ses frais éventuels) seront versés immédiatement par l'émetteur des certificats aux porteurs* »³⁸⁷.

C'est un exemple concret de transfert fiduciaire. La société intermédiaire³⁸⁸ est propriétaire d'actions pour le compte des porteurs de certificats³⁸⁹. En principe, ce transfert bénéficie de la transparence fiscale dans la mesure où les titulaires de certificats, et non l'émetteur de certificats (la société intermédiaire), sont considérés fiscalement comme étant les seuls actionnaires et les seuls bénéficiaires directs des produits économiques générés par les titres certifiés.

³⁸⁵ « *La fiscalité des trusts et des fiducies en Belgique* » Jacques Malherbe, « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments* », Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008, page 265

³⁸⁶ ou encore d'autres titres émis par une société anonyme tels que des parts bénéficiaires, des obligations convertibles ou des droits de souscription

³⁸⁷ « *La fiscalité des trusts et des fiducies en Belgique* » Jacques Malherbe, « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments* », Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008, page 265

³⁸⁸ Le Code belge des Sociétés prévoit, sans autre précision, que la structure intermédiaire émettrice de certificats doit être une personne morale. Aucune forme juridique précise n'est donc imposée.

³⁸⁹ Au niveau strictement juridique, la certification ne comporte aucune division de la propriété, ainsi qu'il a été confirmé lors des travaux préparatoires de la nouvelle loi (exposé des motifs, Doc. Parl., Chambre, 97/98, 1430/1, p. 5). « *La certification de titres* » par Martin Van Beirs, IDEFISC, actualité des idées fiscales

Enfin, les titulaires de certificats sont également protégés en cas de faillite de l'émetteur de certificats, la loi prévoit que les certificats doivent être échangés de plein droit contre les titres certifiés.

Le droit de propriété des porteurs de certificats à l'égard de la société émettrice est un droit de créance qui n'est pas opposable aux tiers³⁹⁰.

Enfin, en ce qui concerne l'utilisation de la propriété de biens corporels à titre de garantie, le droit belge refuse de la reconnaître si le débiteur conserve la possession de la chose. Ainsi, à l'image du gage, qui est un contrat réel, il se forme par la remise de la chose. C'est une condition d'existence. Cela peut s'expliquer par le fait que ce type de sûreté ne remplit pas pleinement sa fonction de garantie dès lors qu'il n'existe pas de droit de suite théorique pour les actifs mobiliers.

g. Le Québec

Pour le Québec, il est impossible de faire la distinction entre la fiducie et le trust. En effet la fiducie au Québec est issue d'un savant mélange de droit civil et de common law. Enfin, le Canada a ratifié la convention de La Haye pour toutes ses provinces à l'exception de la province du Québec³⁹¹.

Bien que le droit civil québécois soit issu principalement de la tradition civiliste française, la fiducie n'est pas directement issue de la fiducie du droit romain mais comme le rappelle Madeleine Cantin Cumyn la première législation de la fiducie au Québec « *se veut une transposition du trust anglo-saxon* »³⁹².

La fiducie au Québec est un instrument qui a été introduit depuis 1879 (codifiée en 1888 par l'insertion des articles 981a et suivants du chapitre IV.A du titre « *des donations entre vifs et testamentaires du Code civil du Bas Canada*») « *afin de donner une base légale aux trusts*

³⁹⁰ Lorsque les certificats ne sont pas émis en collaboration avec la société, il n'existe aucune relation contractuelle entre la société et les titulaires de certificats. La société n'a à leur égard aucune obligation, et ne peut exercer par ailleurs aucun droit contre eux. C'est donc exclusivement les titulaires de certificats émis en collaboration avec la société qui peuvent faire valoir certains droits à l'égard de celle-ci.

³⁹¹ Le Canada a signé la convention le 11 octobre 1988, puis ratifié la convention le 20 octobre 1992. Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

³⁹² « *La Fiducie du Québec, un modèle imitable ?* » in « *Trust & fiducie, concurrents ou compléments ?* » Colloque du 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008, page 61

testamentaires constitués au Québec par des ressortissants britanniques venus s’y établir au XIX^{ème} siècle »³⁹³.

Mais ces dispositions restaient incomplètes et limitées à certains domaines. En effet, la fiducie était limitée dans son application au domaine des libéralités et n’avait pas vocation à intervenir dans la vie des affaires.

Un autre élément justifiait une rénovation de la fiducie au Québec, c’était la nécessité de clarifier la situation juridique du bénéficiaire et du fiduciaire. C’est dans ce contexte que le législateur a réformé la fiducie au Québec le 1^{er} janvier 1994.

Pour améliorer la fiducie lors de la réforme de 1994, le législateur québécois a emprunté au droit anglais des notions telles que la qualification des biens placés sous l’administration fiduciaire³⁹⁴.

Au Québec, la nature des droits et pouvoirs du fiduciaire fait l’objet de discussions depuis longtemps puisque la « *fiducie faisait appel à des principes de droit qui ne trouvaient pas de correspondance adéquate dans la tradition civiliste à laquelle appartient le droit québécois* »³⁹⁵.

Ces interrogations ou discussions se sont notamment cristallisées à l’occasion de l’arrêt Tucker³⁹⁶, rendu en 1982.

Dans cette affaire, la Cour Suprême a tenté de qualifier la charge du fiduciaire. Le fiduciaire détient un droit *in re* quant à ces biens, créant ainsi un nouveau démembrement du droit de propriété. Le fiduciaire serait titulaire d’un droit de propriété *sui generis*, limité dans son exercice et qui n’est pas assimilable à la propriété du droit civil.

Ce droit serait proche du « *legal title* » exercé par le trustee dans le cadre d’un trust. Ainsi l’affirmation de cette propriété particulière était compatible avec la tradition civiliste du Québec mais selon Madeleine Catin Cumyn, « *la qualification de propriétaire fiduciaire avait l’effet fâcheux d’entraîner l’application à titre supplétif du régime de la propriété ordinaire, en cas d’insuffisance des dispositions de la loi sur la fiducie. Aucun mécanisme efficace de la*

³⁹³ Selon Madeleine Cantin Cumyn, cette première législation de la fiducie « *introduisait les applications historiques de l’express trust c’est-à-dire son emploi comme technique permettant d’organiser la gestion, la conservation, et la transmission à titre gratuit de biens dans la famille* »

³⁹⁴ Maître André Morrissette, « *Etude de la fiducie du Code civil du Québec et comparaison avec le trust du droit anglais* », dans le cadre du colloque « *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale* », le 25 mai 1995, Institut Wilson & Lafleur inc.

³⁹⁵ Robert Godin, « *Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec* » p. 154 « *La Fiducie face au trust dans les rapports d’affaires* » XV^{ème} congrès international de droit comparé, Bruylant, Bruxelles, 1999

³⁹⁶ Royal Trust Company C. Tucker, 1982 1 RCS 250 à la page 272

protection de l'intérêt du bénéficiaire ne pouvait en résulter. En effet, le concept de propriété (...) n'intègre pas une obligation légale de faire d'un droit un usage désintéressé ».

Dans ce contexte, la réforme de la fiducie au Québec voulait donc accorder une meilleure protection au bénéficiaire. Or, il était impossible d'accorder au bénéficiaire un droit réel sur les actifs fiduciaires.

Depuis la réforme du 1^{er} janvier 1994, la fiducie figure au chapitre 2^{ème} du titre 6^{ème} intitulé « *De certains patrimoines d'affectation* » du Code civil du Québec alors qu'auparavant elle était placée parmi les règles de libéralité. Ceci révèle l'intention du législateur de montrer que la fiducie est susceptible de nombreuses utilisations comme le rappelle Barbara Muir³⁹⁷.

Le législateur en 1994 n'a pas voulu prendre l'option anglo-saxonne en optant pour le démembrement du droit de propriété et a voulu préserver les concepts du droit civil³⁹⁸ en retenant des qualifications issues du droit civil et non de la common law³⁹⁹.

Néanmoins, le législateur souhaitait également que cette nouvelle législation corresponde dans sa finalité au droit anglo-saxon et réponde aux attentes des affaires commerciales⁴⁰⁰.

L'article 1260 du Code civil du Québec reprend le concept du transfert de propriété comme sous l'empire de l'ancienne loi et énonce que « *la fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière* ».

Les deux innovations de la réforme de la fiducie au Québec sont les suivantes :

- le fiduciaire n'est pas propriétaire mais est qualifié désormais d'administrateur du bien d'autrui⁴⁰¹.

³⁹⁷ « *Les nouvelles dispositions visent à reconnaître la fiducie dans son usage actuel au Québec en vertu de certaines lois, comme par exemples les fiducies obligataires, les fiducies pour les REER et les fiducies de placement.* » Barbara Muir, « *La fiducie au Québec* » « *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale* », le 25 mai 1995, Institut Wilson & Lafleur inc., partie I

³⁹⁸ Commentaires du Ministère de la Justice tels que cités par Robert Godin : « (...) *le Code civil vise à mettre fin à la controverse quant au sort du droit de propriété des biens qui sont l'objet (...)* » « *Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec* » p. 154 « *La Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* » XV^{ème} congrès international de droit comparé, Bruylant, Bruxelles, 1999.

³⁹⁹ La notion de patrimoine d'affectation n'est pas connue en droit anglo-saxon. En outre, comme le rappelle Barbara Muir, « *la notion de patrimoine étant inconnue dans le droit anglais, il est probable que la fiducie du Code civil du Québec soit difficile à manier par l'equity lawyer. (...) Certaines des règles ponctuelles qui sont codifiées au titre « de l'administration du bien d'autrui sont diamétralement opposées aux solutions du droit anglais* » exemple : Le fiduciaire au Québec n'est pas personnellement responsable à l'égard des tiers avec qui il contracte. Le fiduciaire en droit anglais est responsable à l'égard des tiers avec qui il contracte.

⁴⁰⁰ David B. Kireans et David Perez « *La fiducie à l'aide des entreprises* » Colloque *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale* » du 25 mai 1995, Institut Wilson & Lafleur inc., 1995, partie IV

Aux termes de l'article 1278 du Code civil, « *le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration* ».

Ainsi, comme le précise Madeleine Cantin Cumyn, « *la prérogative que le fiduciaire exerce sur les biens de la fiducie n'a pas la nature d'un droit, dont le titulaire dispose dans son propre intérêt, mais celle d'un pouvoir, conféré dans l'intérêt d'autrui ou en vue d'une fin à réaliser* »⁴⁰².

Dès lors même si les titres relatifs au patrimoine fiduciaire sont établis à son nom, il n'est pas titulaire d'un quelconque droit réel sur les biens faisant l'objet de la fiducie.

Cette spécificité d'être administrateur du bien d'autrui lui permet de les vendre ou de les hypothéquer. « *Le pouvoir d'aliéner attribué au fiduciaire en vertu du Code civil du Québec constitue une prérogative qui est aussi efficace que l'est le legal title détenu par le trustee dans le droit anglais* »⁴⁰³.

Ainsi, au Québec, le fiduciaire n'est pas propriétaire et agit en qualité d'administrateur du bien d'autrui.

Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire. Il exerce tous les droits afférents au patrimoine. Comme nous l'avons indiqué, il peut les hypothéquer, voire les vendre. Les seuls actes interdits sont les actes d'aliénation à titre gratuit et la renonciation sans contrepartie suffisante.

⁴⁰¹ Comme le rappelle Aude Peyrot dans son ouvrage « Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse » édition Schulthess, LGDJ, 2011, pages 50 & 51, ce concept est issu des travaux du juriste français P. Lepaulle. « (...) le juriste français P. Lepaulle marqua les esprits en traduisant l'institution du trust comme un patrimoine sans maître. Dans son traité théorique et pratique des trusts en 1932, il conçut le trust comme un patrimoine existant indépendamment de toute personne, que ce soit du settlor, des bénéficiaires et même du trustee. Le trust serait, selon lui, une « institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public ». (...) La théorie de P. Lepaulle fut toutefois, et reste encore fortement critiquée par la doctrine anglo-américaine, puisque le trust n'a jamais été conçu comme un patrimoine sans titulaire. (...) L'on relèvera qu'en raison des fortes réactions doctrinales suscitées par sa doctrine, P. Lepaulle préféra finalement l'abandonner »

⁴⁰² « La Fiducie du Québec, un modèle imitable ? » in « Trust & fiducie, concurrents ou compléments ? » in « Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? », Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, collection Academy & Finance, Genève, 2008, p.83

⁴⁰³ André Morrisette « Etude de la fiducie du Code civil du Québec et comparaison avec le trust de droit anglais » Colloque « Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale » du 25 mai 1995, Institut Wilson & Lafleur.

Il est à noter que le titre relatif à l'administration du bien d'autrui régit également des cas similaires en droit québécois (tuteur, exécuteur testamentaire, gérant d'une indivision, liquidateur, etc.).

L'article 1308 du Code civil dispose que le fiduciaire doit « *dans l'exercice des fonctions respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif lui imposent. Il doit agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés* ».

L'article 1309 du code civil rappelle que « *L'administrateur doit agir avec prudence et diligence. Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie* ».

Enfin l'article 1310 du Code civil insiste sur le fait que l'administrateur ne peut exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt. « *Ceci impose une fidélité entière par le fiduciaire aux engagements assumés et une prise en charge des intérêts du bénéficiaire ou de la fin poursuivie*⁴⁰⁴ ».

Comme l'indique, Madeleine Cantin Cumyn, « *la prérogative que le fiduciaire exerce sur les biens de la fiducie n'a pas la nature d'un droit, dont le titulaire dispose dans son propre intérêt, mais celle d'un pouvoir conféré dans l'intérêt d'autrui ou en vue d'une fin à réaliser* ».

- La fiducie est caractérisée par la création d'un patrimoine d'affectation autonome et distinct. La fiducie est donc l'origine de la création d'un nouveau patrimoine, le patrimoine d'affectation, c'est-à-dire une universalité juridique distincte et autonome comprenant des biens et des obligations. Aucun des acteurs de la fiducie n'est personnellement tenu des dettes ou obligations du patrimoine fiduciaire.

L'article 1261 du Code civil dispose que « *le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constituent un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel* ».

Ce patrimoine ne se rattache à aucune personne physique ou morale et ne bénéficie pas d'une personnalité juridique propre.

Il est à observer que l'absence de titre de propriété au nom du fiduciaire pourrait provoquer selon Andrée Morrissette, « *certaines complications additionnelles en ce qui a trait à la*

⁴⁰⁴ Barbara Muir « *La fiducie au Québec* », Colloque « *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale* » du 25 mai 1995, institut Wilson & Lafleur Inc.

reconnaissance éventuelle de la fiducie du Québec à l'extérieur des frontières québécoises. Nous (le Québec) risquons une certaine réticence quant à la reconnaissance de notre fiducie hors de nos frontières québécoises et ce en raison de l'absence d'un titulaire des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire. (...) En effet, l'article 2 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance établit les caractéristiques de l'institution faisant l'objet de son application (le trust). Or parmi celles-ci, l'article 2 prévoit que le titre relatif aux biens du trust doit être établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee. Certains commentateurs ont soulevé des doutes quant à l'application de la Convention (de la Haye) à la fiducie du Code civil du Québec compte tenu du fait que cette dernière constitue un patrimoine distinct sans titulaire. Il est à noter que la convention a été signée par le Canada en 1988 mais n'a toujours pas reçu l'adhésion du Québec et de l'Ontario»⁴⁰⁵.

La fiducie ainsi rénovée par le Code civil du Québec en 1994 a un domaine plus étendu. Celle-ci se décompose en trois grandes familles qui se distinguent les unes des autres en fonction de leur finalité :

- La première consiste à procurer un avantage à un bénéficiaire, il s'agit de la fiducie personnelle régie par l'article 1267 du Code civil du Québec.
- La seconde est constituée pour la réalisation d'un but d'intérêt général, il s'agit de la fiducie sociale, régie par l'article 1270 du Code civil du Québec.
- La troisième et dernière, est la fiducie d'intérêt privé qui se subdivise en fiducie à titre gratuit (pour la réalisation d'un but désintéressé) et en fiducie à titre onéreux (constituée par la réalisation d'un but intéressé). C'est cette dernière fiducie qui a vocation de répondre aux besoins de la vie des affaires. Dans cette dernière subdivision, se trouve la fiducie-sûreté⁴⁰⁶. Cette fiducie est régie par l'article 1269 du Code civil du Québec.

⁴⁰⁵ « Etude de la fiducie du Code civil du Québec comparaison avec le trust » dans le cadre du Colloque du 25 mai 1995 « Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale », André Morrissette, Institut Wilson & Lafleur inc., 1995, partie V

⁴⁰⁶ Il est à noter que la fiducie sûreté au Québec est incompatible avec d'autres dispositions, comme celle prohibant la dation en paiement (pacte comissoire).

h. L'Allemagne

L'Allemagne, bien que membre de la convention de La Haye de droit international privé, n'a pas signé la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance⁴⁰⁷. Dans ce contexte, nous allons limiter notre étude, à l'étude de la fiducie en droit allemand.

Comme en Suisse, la fiducie en Allemagne est une création jurisprudentielle. Elle n'est donc pas codifiée et définie par des règles uniformes. Comme l'indiquait Claude Witz « *C'est la jurisprudence de ces deux pays (Allemagne, Suisse), aidée par la doctrine, qui l'a accueillie et lui a donné des contours précis* »⁴⁰⁸.

Ce sont les professionnels du droit qui ont eu l'idée de recourir au transfert de propriété comme garantie.

Comme le rappelle, Uwe Blaurock « *Trois types d'opérations fiduciaires peuvent être distingués, en fonction de leur constitution et de leur forme* :

1. *La fiducie au sens strict du terme dans le cadre de laquelle le transfert fiduciaire se fait sous condition ou sans condition (« Vollrechstreuhand ») ;*
2. *La fiducie par délégation du pouvoir d'agir pour le compte du fiduciaire (« Ermächtigungstreuhand ») ;*
3. *Les opérations fiduciaires reposant sur un mandat (« Vollmachtstreuhand »).*

*La forme fiduciaire la plus répandue est la « Vollrechstreuhand ».(...) On distingue la fiducie-sûreté dans l'intérêt propre du fiduciaire et la fiducie-gestion exercée pour le compte d'autrui, selon le but poursuivi par les parties contractantes.»*⁴⁰⁹

Pour comprendre la particularité de la fiducie allemande, il faut savoir que le droit allemand distingue deux opérations dans un contrat translatif de droit réel. Il existe un acte créateur d'obligations et un acte translatif de droit, ces deux actes étant considérés comme indépendants.

⁴⁰⁷ Deux ouvrages y font référence notamment : Jan Kropholler, „Internationales Privatrecht“, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 6ème édition, 2006, 743 page 569 et l'ouvrage de Jan VON HEIN, de Dans: RAUSCHER, Thomas (Herausgeber), « *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR Kommentar, révision 2011, Rom I-VO, Rom II-VO,* » sellier european law publishers GmbH, München, 2011

⁴⁰⁸ « *Rapport introductif : les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe* » Claude Witz, in « *la fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » colloque organisé le 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991 n°4 bis

⁴⁰⁹ Uwe Blaurock avec le concours de Claude Witz « *Les opérations fiduciaires en droit allemand* » Colloque du Luxembourg du 20 & 21 septembre 1984, LGDJ

On retrouve cette particularité dans la fiducie allemande. Ainsi, il existe également deux contrats, d'une part, la convention de fiducie créatrice d'obligations précisant les droits et obligations des parties et d'autre part, l'acte translatif de propriété qui procure au fiduciaire un droit de propriété entier sur les biens transmis et établi au nom du fiduciaire. Cependant, ces deux actes sont d'une dépendance plus étroite.

La fiducie-sûreté (« *Sicherungstreuhand* ») connaît un grand succès en Allemagne, elle est la reine des sûretés :

- En matière mobilière, les cessions de créance à titre de garantie⁴¹⁰ et les aliénations de biens corporels à titre de garantie ont supplanté le gage.

En effet, le droit allemand ne connaît pas le gage sans dépossession. Par conséquent, pour être pleinement efficace, un gage portant sur un bien mobilier doit prévoir que le débiteur soit dépossédé de son bien. Ainsi, le débiteur est privé de l'utilité de son bien, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'une fiducie, car le créancier peut remettre le bien cédé en fiducie entre les mains du débiteur⁴¹¹.

Afin d'effectuer cette dépossession, Uwe Blaurock rappelait que pour être valable, un gage sur créances en droit allemand doit être porté à la connaissance du débiteur de la créance apportée en garantie. Ce qui n'est pas le cas pour les cessions de créances « *le titulaire de créances de sommes d'argent cède celles-ci à son banquier ; les parties conviennent que le cédant garde le pouvoir d'encaisser les créances cédées, le cessionnaire se réservant le droit de notifier à tout moment la cession aux débiteurs des créances (...) le banquier ne procédera à cette notification qu'en cas de défaillance de son client* »⁴¹².

- En matière immobilière cette fiducie consiste « *dans la remise du titre de la dette foncière (« *Grundschuldbrief* ») qui est un document établi généralement au porteur et qui représente les droits de cette hypothèque abstraite ou non accessoire du droit allemand. Ce titre est une forme de garantie abstraite qui*

⁴¹⁰ On distingue au sein des cessions de créances globales, deux formes la « *Globalzession* » et la « *Mantelzession* ».

⁴¹¹ Comme l'indiquait Claude Witz, lorsqu'une « *personne contracte un prêt bancaire en Allemagne pour acheter un véhicule automobile, la banque se fera transférer la propriété du véhicule à titre de garantie* » Claude Witz, « Rapport introductif : les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe » p.9 « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Colloque du 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis

⁴¹² Uwe Blaurock avec le concours de Claude Witz « *Les opérations fiduciaires en droit allemand* » Colloque du Luxembourg du 20 & 21 septembre 1984, LGDJ

mobilise la valeur d'un immeuble ou d'un appartement ; il n'existe qu'en Suisse et en Allemagne»⁴¹³.

Il faut cependant avoir présent à l'esprit que les transferts fiduciaires à titre de garantie fonctionnent sans mécanisme de publicité. Les milieux d'affaires y sont très favorables, ce qui crée des risques de conflits entre créanciers. En outre, le foisonnement de ces sûretés empêche les entreprises d'être sauvées dans le cadre de procédures de redressement.

Pour avoir une idée de l'importance de la fiducie en Allemagne, il faut se souvenir que la loi sur la fiducie du 17 juin 1990 (« *Treuhandgesetz* ») a eu « *pour but de transformer tous les établissements et organismes commerciaux de l'Etat en entreprises privées. A cet effet, l'Etat a transféré, en tant que fiduciaire, ses biens à la « Treuhandanstalt »⁴¹⁴, à charge pour elle de les gérer et de les vendre à des entrepreneurs privés »⁴¹⁵. La fiducie a donc été un outil juridique qui a permis de privatiser et donc de vendre au secteur privé toutes les entreprises appartenant à l'ex République Démocratique d'Allemagne.*

En droit allemand, les biens quittent le patrimoine du constituant et deviennent la propriété du fiduciaire. Mais ce dernier est propriétaire pour le compte d'autrui.

La jurisprudence a été innovante en créant la distinction entre la propriété juridique et la propriété économique⁴¹⁶. Le fiduciaire est propriétaire juridique et le constituant est considéré comme titulaire de la propriété économique.

Ainsi en cas de saisie des actifs fiduciaires figurant dans le patrimoine du fiduciaire, le fiduciaire bénéficie en tant que propriétaire économique, d'un droit de distraction.

Dans le même esprit, le droit comptable allemand tient compte de la comptabilisation de la propriété économique. C'est donc le fiduciaire qui est tenu de faire apparaître le patrimoine fiduciaire dans son bilan. Le fiduciaire n'est pas obligé d'englober le patrimoine fiduciaire dans son bilan principal sauf pour les établissements de crédit⁴¹⁷.

⁴¹³ Uwe Jahn « *La treuhand dans la pratique bancaire allemande* » p.61 « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Colloque du 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis

⁴¹⁴ L'établissement fiduciaire

⁴¹⁵ Uwe Jahn « *La treuhand dans la pratique bancaire allemande* » p.61 « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Colloque du 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis

⁴¹⁶ Claude Witz, « *Rapport introductif: les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe* » p.9 « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Colloque du 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis

⁴¹⁷ Antoine Bureau, « *le contrat de fiducie: étude de droit comparé, Allemagne, France, Luxembourg* », Juripole de Lorraine

Ainsi, contrairement aux fiducies d'autres pays de droit civil, le fiduciaire dispose d'un droit de suite, d'un droit quasi réel lui permettant de revendiquer les biens qu'il a confiés au fiduciaire. Il est à noter que cette protection du fiduciaire n'est possible que pour les biens transférés au fiduciaire lors de la mise en place de la fiducie.

Ce droit de suite permet au fiduciaire de soustraire les biens faisant l'objet de la fiducie des mains du fiduciaire déclaré en faillite et de faire tierce opposition. Mais, comme le rappelle Claude Witz, la « *jurisprudence n'est pas allée jusqu'au bout de la logique du patrimoine fiduciaire* ». Le fiduciaire n'est pas en mesure de revendiquer ce droit de suite, si les actifs fiduciaires ont été acquis par le fiduciaire auprès de tiers après la signature de la convention de fiducie, il s'agit alors d'un cas d'« *unechte Treuhand* ».

Ainsi, comme l'a constaté Claude Witz, « *On en arrive à ce résultat a priori paradoxal, mais qui n'est pas rare en droit comparé, que les juges helvétiques accordent une protection là où les juges allemands refusent traditionnellement d'en faire bénéficier le fiduciaire* »⁴¹⁸.

i. Le Liban

Le Liban n'ayant pas signé la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance, nous allons donc porter notre étude uniquement sur la fiducie au Liban.

Le droit libanais bien que d'inspiration juridique française a introduit la fiducie avec près plus de dix ans d'avance sur le système français.

Le parlement libanais a approuvé le 6 juin 1996 le projet de loi présenté par le décret n°6807 du 20 mai 1995 relatif au développement du marché financier et des contrats fiduciaires (loi 520 JO n° 24/96). Il est à noter que la loi libanaise est un texte spécial n'encadrant juridiquement qu'une variété d'opérations fiduciaires⁴¹⁹.

Comme le rappelle Claude Witz, la loi libanaise ayant introduit la fiducie dans le droit libanais « *est inspirée du Règlement Grand Ducal luxembourgeois du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit qui lui-même a trouvé sa source d'inspiration dans la fiducie telle qu'elle est pratiquée en Suisse et en Allemagne* »⁴²⁰.

⁴¹⁸ Claude Witz, « *Rapport introductif: les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe* » p.9 « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Colloque du 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis

⁴¹⁹ Claude Witz « *Appréciation de la législation libanaise* » Colloque de Beit Mery, Fiduciary Operations : legal, economic, financial regulatory and tax aspects, Banque du Liban, 1997, p.414

⁴²⁰ Préface de Claude Witz de la thèse d'Achir Bassam El-Dayé, « *La Fiducie en droit privé Libanais* », presses universitaire de Strasbourg, 2008

L'article 520/96 dispose que le « *le contrat fiduciaire est un acte par lequel une personne physique ou morale appelé le fiduciaire confie à une personne appelée le fiduciaire, le droit de gérer et de disposer pour une période déterminée de droits ou de biens mobiliers lui revenant dénommés les avoirs fiduciaires* ».

A l'échéance du contrat fiduciaire, le fiduciaire bénéficie d'un privilège et d'un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire jusqu'au paiement de tout ce qui est dû par le fiduciaire en exécution du contrat fiduciaire.

Comme l'a démontré, Achir Bassam El-Dayé⁴²¹, le législateur libanais a adopté la théorie personaliste du patrimoine et non la théorie du patrimoine à but, comme c'est le cas au Québec.

Par conséquent, le patrimoine fiduciaire doit être rattaché à une personne morale ou physique et ne peut évoluer de manière autonome sans être attaché à une quelconque personne physique ou morale.

Le fiduciaire est donc à la tête de deux patrimoines, le patrimoine fiduciaire et son patrimoine propre. Le patrimoine fiduciaire est un « *vrai patrimoine d'affectation doté d'un actif et d'un passif propre au sein du patrimoine du fiduciaire* ». Cette autonomie du patrimoine fiduciaire le protège de toute faillite ouverte à l'encontre du fiduciaire⁴²².

L'utilisation du verbe « *confier* » dans le texte ayant institué la fiducie a fait douter certains sur le transfert de la propriété des actifs fiduciaires. Les actifs seraient restés la propriété du fiduciaire. Cet article n'évoque pas un transfert du droit de propriété. Comme l'indique, Ibrahim Najjar⁴²³ le transfert de l'actif fiduciaire n'est pas formellement exprimé et cela a provoqué un certain nombre d'interrogations. La doctrine libanaise a cependant considéré que le fiduciaire a transféré la pleine titularité des avoirs fiduciaires au profit du fiduciaire⁴²⁴.

Le fiduciaire n'a plus qu'un droit de créance, mais seulement un droit personnel en exécution du contrat de fiducie. Le fiduciaire n'est plus titulaire d'un quelconque droit réel sur les actifs

⁴²¹ Achir Bassam El-Dayé « *La Fiducie en droit privé Libanais* », presses universitaire de Strasbourg, 2008

⁴²² L'article 10 de la loi n°520/96 dispose que « *les avoirs fiduciaires demeurent dissociés de la masse des biens du fiduciaire en cas de cessation de paiement ou de la mise en faillite et ne sont pas assujettis aux dispositions et effets applicables lors de la cessation de paiement ou de la mise en faillite du fiduciaire (...)* »

⁴²³ Ibrahim Najjar, « *Les contrats fiduciaires en droit libanais* », Bulletin Joly Bourse, 1^{er} juillet 1999, n°4, p.329

⁴²⁴ Débat organisé sous l'égide de la Banque du Liban

fiduciaires. « *Ce droit personnel exclut à l'opposé du trust anglo-saxon, tout droit de suite* »⁴²⁵.

La fiducie libanaise est ainsi placée dans le droit des obligations personnelles et non dans le droit des obligations réelles.

Achir Bassam El-Dayé écrit que « *La doctrine libanaise a estimé que les droits réels énumérés le sont d'une façon limitative en droit libanais et aucun démembrement de ces droits n'est permis. Les parties ne peuvent à travers des conventions privées, créer des nouveaux droits réels ou modifier les droits réels existants limitativement énumérés par la loi* »⁴²⁶.

Comme le fait remarquer l'auteur, cette titularité des droits exercée par le fiduciaire est « *pleine et entière, elle demeure une titularité asservie affectée à un but précis. En outre, cette titularité n'est pas ordinaire, elle est temporaire* »⁴²⁷.

j. La Colombie

Comme le rappelle Sergio Rodriguez Azuero⁴²⁸, la Colombie ainsi que comme d'autres pays d'Amérique latine, ont construit leur droit civil sur des principes du droit français, il est donc étonnant de voir que ces pays ont adopté depuis de longues années la fiducie.

En raison de sa colonisation la Colombie était sous l'influence du droit espagnol et du droit portugais, puis depuis son indépendance du droit français. Tout ceci a conduit à une « *espèce de laboratoire* »⁴²⁹.

Sergio Rodriguez Azuero rappelle que la fiducie en Colombie a été introduite dans le Code de commerce en 1971 et connaît un grand succès. Pour avoir une idée de cette réussite, il faut avoir présent à l'esprit que la valeur des biens concernés en Colombie par une administration fiduciaire est l'équivalent de 25% du produit intérieur brut du pays⁴³⁰.

⁴²⁵ Achir Bassam El-Dayé, « *La Fiducie en droit privé Libanais* », presses universitaire de Strasbourg, 2008, paragraphe 231

⁴²⁶ Achir Bassam El-Dayé, « *La Fiducie en droit privé Libanais* », presses universitaire de Strasbourg, 2008, paragraphe 225

⁴²⁷ Achir Bassam El-Dayé, *La Fiducie en droit privé Libanais*, presses universitaire de Strasbourg, 2008, paragraphe 231

⁴²⁸ « *La fiducie commerciale en Colombie et la loi française instituant la fiducie* » Petites Affiches, 7 août 2007

⁴²⁹ « *La fiducie en Amérique latine : une expérience étonnante* » Sergio Rodriguez Azuero, « *trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* », Actes du colloque du 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy Finance, Genève, 2008, page 105

⁴³⁰ L'auteur énumère les produits principaux développés sur le fondement de la fiducie. La liste est longue. Fiducie d'administration et de gestion, fiducie de garantie, fiducie pour le secteur de l'immobilier, fiducie d'investissement y compris les fonds communs de placement, fiducie et marché des capitaux y compris la titrisation.

Juridiquement, les actifs fiduciaires sont transférés dans un patrimoine d'affectation autonome dont la titularité juridique revient au fiduciaire.

Néanmoins, le patrimoine fiduciaire est indépendant du patrimoine propre du fiduciaire et échappe ainsi aux effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire.

Ce patrimoine d'affectation est donc une exception à l'unicité et l'indivisibilité du patrimoine.

Le droit colombien a emprunté au Chili le concept de propriété fiduciaire depuis le XIX^{ème} siècle. C'est l'aboutissement des travaux du plus grand juriste latino américain, André Bello.

La propriété fiduciaire est la possibilité de transmettre un ou plusieurs biens à un tiers qui se voit reconnaître la qualité de propriétaire fiduciaire. Il peut jouir du bien et bénéficier des revenus, mais il est tenu de transmettre cet actif fiduciaire à un tiers bénéficiaire sauf si cela est impossible. Dans cette hypothèse particulière, le propriétaire fiduciaire devient plein propriétaire.

Il s'agit d'une propriété d'un nouveau type, limitée et temporaire, et le fiduciaire ne peut exercer tous les pouvoirs de propriétaire qu'au bénéfice du patrimoine fiduciaire.

Comme en France, la fiducie n'est pas à l'origine de la création d'un nouveau droit réel au profit du bénéficiaire. Le fiduciaire est propriétaire et le bénéficiaire ne dispose pas d'un droit réel sur les actifs fiduciaires mais seulement d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire.

Cependant la législation colombienne accorde au bénéficiaire des droits proches que ceux détenus par les propriétaires. Par exemple, le bénéficiaire peut s'opposer à certaines mesures judiciaires sur les biens qui font partie du patrimoine et peut également demander l'annulation d'actes de disposition du fiduciaire réalisés au-delà de ses facultés et demander au juge la destitution de ce dernier.

Ce qui fait dire à Sergio Rodriguez Azuero que le bénéficiaire d'une fiducie colombienne est un propriétaire en équité comparable à l'« *equitable ownership* » de droit anglo-saxon.

Après avoir comparé l'assimilation du trust et de la fiducie dans ces différents pays, il convient de présenter la fiducie en droit français en nous appuyant sur notre étude de droit comparé grâce à laquelle nous allons pouvoir identifier les particularités du droit français.

1.2 La fiducie en droit français

Comme nous l'avons rappelé précédemment, la fiducie (plus particulièrement la fiducie-sûreté) n'est pas arrivée soudainement dans le droit français le 19 février 2007. Elle trouve ses origines dans le droit romain, et même si elle s'est éclipsée depuis la Révolution Française, il existe comme le souligne Michel Grimaldi, des contrats construits sur le même schéma que la fiducie, il s'agit des « *fiducies innommées* »⁴³¹.

1.2.1 Les fiducies innommées

Même si la fiducie n'existait pas à part entière dans les dispositions du Code civil avant la loi du 19 février 2007, il existait des mécanismes juridiques qui étaient très proches et qui partageaient avec la fiducie l'une des principales caractéristiques : le transfert fiduciaire.

« *Cette fiducie qui apparait dans les nouveaux articles 2011 et suivants du Code civil n'est pas une véritable inconnue pour le droit français* »⁴³². Henri de Richemont le rappelle dans son rapport effectué sur le projet de loi instituant la fiducie⁴³³ et précise que la « *fiducie est bel et bien présente à travers certains mécanismes juridiques au champ d'application très circonscrit* ».

A titre préalable, et comme le rappelle Dominique Legeais⁴³⁴ il existe deux grandes catégories d'applications de la propriété comme garantie : d'une part, la propriété retenue à titre de garantie et d'autre part, la propriété transférée à titre de garantie, c'est-à-dire l'aliénation fiduciaire⁴³⁵.

Il convient d'ailleurs d'écarter de notre étude la propriété retenue à titre de garantie (la réserve de propriété⁴³⁶, le crédit-bail⁴³⁷), car il ne s'agit pas d'une aliénation fiduciaire. En effet, la propriété réservée ou retenue est (comme son nom l'indique) conservée par le vendeur ou le

⁴³¹ Michel Grimaldi « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre* », Defrénois, 1991, art 35085.

⁴³² Pierre Crocq « *Le cœur du dispositif fiduciaire* » Revue Lamy droit civil, 2007, n°40

⁴³³ Henri de Richemont, Sénateur, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Monsieur Philippe MARINI instituant la fiducie, annexé au procès verbal de la séance du 11 octobre 2006, rapport n°11, session ordinaire 2006-2007

⁴³⁴ « *Sûretés et garanties du crédit* » Dominique Legeais, 8^{ème} édition, Lextenso Editions, LGDJ, 2011, paragraphe n°719

⁴³⁵ Pierre Crocq isole également les propriétés-garanties non fiduciaires, paragraphe 48, thèse de Pierre Crocq, LGDJ, 1995

⁴³⁶ Le bien est fabriqué, ou acheté par le créancier lui-même qui le vend ensuite au débiteur mais en retient la propriété jusqu'à complet paiement du prix.

⁴³⁷ Le crédit-bail se caractérise d'une part, par l'achat d'un bien par le crédit-bailleur suivi par un contrat de location au crédit-preneur pour une durée irrévocable et qui est assorti d'une promesse de vente.

crédit bailleur. L'aliénation fiduciaire est l'opération par laquelle le propriétaire d'un bien, quelle que soit sa nature, en transfère la propriété à son créancier, à charge pour ce dernier de la retransférer en cas d'exécution de son obligation par le débiteur⁴³⁸. La propriété transférée à titre de garantie se distingue donc par un acte positif, un transfert initial du droit de propriété et non une attitude passive, la conservation du droit de propriété comme c'est le cas dans la propriété retenue à titre de garantie.

La conviction que la propriété utilisée à titre de garantie qui consistait en un procédé « *fruste et archaïque*⁴³⁹ » est remise en cause et de plus en plus. En effet, nous avons assisté pendant les trente dernières années au développement de constructions dans lesquelles le créancier se sécurise par la remise d'un actif en pleine propriété. Le législateur et la jurisprudence ont consacré la validité et l'efficacité de tels montages. Ce constat est effectué par Pierre Crocq⁴⁴⁰ et rappelle qu'entre 1992 et 2004, il y a eu de nombreuses consécration de propriété-garantie et plus particulièrement de fiducie-sûreté. En outre, ces fiducies sûretés échappant à « *l'emprise du droit des procédures collectives* », leur spécificité et attractivité se sont affirmées vis-à-vis des sûretés traditionnelles. On assiste donc à un renouveau de la propriété-garantie.

Dans notre étude consacrée à la propriété fiduciaire, il est intéressant d'examiner le transfert de la propriété et de suivre les modalités de l'exercice de ce droit dans ces fiducies innommées⁴⁴¹.

Comme le remarque Didier R. Martin, « *l'institution de la fiducie conduit à se demander si les dispositions qui lui sont propres ont vocation à régir toutes les techniques similaires apparentées ou simplement voisines (...)* ». ⁴⁴²

Hubert de Vauplane constate que « *le droit bancaire et financier montre une nouvelle fois qu'il est un laboratoire du droit des biens et du droit de contrats permettant des innovations juridiques. A ce titre, les professionnels de la finance n'ont pas attendu 2007 pour inventer ou utiliser des mécanismes très proches de la fiducie* » ⁴⁴³.

⁴³⁸ Claude Witz « *La fiducie en droit privé* », Economica, 1981

⁴³⁹ « *Droit des Sûretés* » Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel, Litec, Edition LexisNexis, Litec, 9^{ème} édition, 2010, paragraphe 577

⁴⁴⁰ « *Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties* » Pierre Crocq, « *Ruptures, mouvements et continuité du droit autour de Michelle Gobert* » Economica, 2004

⁴⁴¹ François Barrière « *Opérations qui n'en ont pas la dénomination (de la fiducie) mais dont le régime a tous les traits (de la fiducie)* »

⁴⁴² Didier R. Martin « *Du gage espèces* » Recueil Dalloz 2007 p.2556

⁴⁴³ Hubert de Vauplane « *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier* », JCP E. n°36, 6 septembre 2007, 2051

Mais même si ces mécanismes sont intéressants pour notre étude, nous ne pourrions que constater qu'ils ne sont pas assimilables complètement à la fiducie telle que définie par les articles 2011 et suivants du Code civil.

Nous allons commencer cette revue des « *fiducies innommées* » par la présentation du gage espèces.

1.2.1.1 Le gage espèces

Comme le rappelle Dominique Legeais, « *La notion (de gage espèces) s'applique à des garanties en réalité assez différentes les unes des autres. La garantie peut porter sur de la monnaie fiduciaire mais le plus souvent scripturale. La garantie peut porter sur de la monnaie (métallique, billets) ou sur des comptes. Ces comptes peuvent être bloqués ou en cours de fonctionnement. Ils peuvent être ouverts au nom du constituant ou au nom de la banque* »⁴⁴⁴. Enfin, le « *le terme « espèces » n'est pas très heureux lorsque l'objet de la sûreté est de la monnaie scripturale* »⁴⁴⁵. Christian Larroumet déclare que cette appellation de « *gage-espèces* » serait trompeuse⁴⁴⁶. Le terme de gage-espèces devrait être utilisé exclusivement lorsque le gage porte sur des espèces (monnaie fiduciaire) c'est-à-dire des billets et des pièces.

Il faut avoir présent à l'esprit qu'il existait avant l'ordonnance du 23 mars 2006 deux courants en doctrine qui avaient reconnu au gage portant sur de la monnaie un transfert de propriété, mais sur des fondements juridiques différents⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ « *Le gage espèces après la réforme des sûretés* » Droit & Patrimoine, 2007 162

⁴⁴⁵ « *Droit des sûretés* » Michel Cabrillac, Christian Mouly, LITEC, 9^{ème} édition, 2010, paragraphe 786

⁴⁴⁶ Christian Larroumet « *Compensation de plein droit entre le dépôt de garantie et les indemnités auxquelles le locataire est condamné après résiliation du bail* » Dalloz1995, p.124

⁴⁴⁷ I) Pour les uns, le gage espèces s'analysait comme un véritable transfert de propriété à titre de garantie. C'est le cas de la « *remise directe* » par laquelle « *le constituant verse la somme au créancier (...) le bien remis en garantie étant nécessairement fongible, le créancier en devient propriétaire à charge de restitution et peut en disposer.(...) on est en présence d'une sûreté propriété (...)* » (« *Droit des sûretés* » Michel Cabrillac, Christian Mouly, LexisNexis, LITEC, 9^{ème} édition, 2010, paragraphe 786). En outre, comme le créancier est propriétaire des fonds, il n'y a pas de place pour un pacte commissaire. Par contre le créancier est débiteur d'une obligation de restitution qui s'éteindra en cas de non paiement de la dette garantie, la propriété provisoire du créancier devenant alors définitive.

II) Pour les autres, la monnaie étant un bien fongible, le gage dès sa constitution produirait un transfert immédiat de propriété. Le transfert de propriété « *n'est pas l'objet de la garantie mais la conséquence de ce que les biens affectés en garantie ont été confondus avec d'autres biens de même nature appartenant au créancier* ». « *La sûreté reste un gage malgré le transfert de propriété dont bénéficie le créancier, car ce transfert n'est pas de l'essence de la convention – il ne s'agit pas d'un transfert fiduciaire – mais résulte simplement de la nature des choses et plus précisément de la nature de l'objet de la convention,* » (Philippe Simler, Philippe Delebecque « *Droit civil – les sûretés La publicité foncière* », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, paragraphe 652)

Avant la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie de manière générale, la jurisprudence avait déjà reconnu au gage-espèces la qualification de transfert de propriété à titre de garantie⁴⁴⁸. Dans cette affaire, le constituant avait remis des sommes au créancier qui était libre d'en disposer⁴⁴⁹.

L'arrêt de la Chambre commerciale rendu le 6 février 2007 dix jours avant l'arrivée de la fiducie, et sous l'empire des dispositions antérieures à l'ordonnance du 23 mars 2006 reconnaît implicitement le transfert de propriété au profit d'un créancier dans le cadre de l'application la plus fréquente de gage-espèces c'est-à-dire des remises d'espèces effectuées par un débiteur sur un compte ouvert impersonnel⁴⁵⁰ dans les livres de la banque créancière. Il s'agissait donc d'une garantie portant sur de la monnaie scripturale.

Enfin, l'apport principal de cet arrêt est de différencier le gage-espèces du nantissement de créance. La Cour de cassation rejette la qualification de nantissement de créance et considère que la garantie porte sur « *un gage espèces et non sur une créance de restitution* » et reconnaît que le gage espèces avait transféré la propriété des sommes au créancier sans nommer spécifiquement la fiducie. Ainsi, sur le fondement de cet arrêt, il suffit pour opérer un transfert de propriété, que ce compte sur lequel sont inscrites les sommes soit un compte ouvert à cet effet, que les parties aient manifesté leur volonté de conférer au créancier un pouvoir de disposer de la somme donnée en garantie⁴⁵¹.

La Haute juridiction, en rejetant la qualification de nantissement de créance, indique que le créancier doit se placer sous le régime du nantissement qui porte sur un bien autre qu'une créance.

Sur le fondement des textes actuels, il faut afin d'effectuer un transfert fiduciaire de monnaie scripturale suivre les dispositions de l'article 2355 dernier alinéa du Code civil qui renvoie au

Didier R. Martin précise que le transfert de propriété au profit du créancier « *résulte du seul fait - juridique - de la confusion de choses fongibles chez leur accipiens et non d'un acte de transfert de la propriété du remettant desdites choses à leur récepteur* » (Didier R. Martin, « *Du gage espèces* ». Dalloz 2007 p.256). Cette théorie fut admise par l'ordonnance du 23 mars 2006 en adoptant les dispositions de l'article 2341 du Code civil. Ce courant a été critiqué par Fabrice Leduc qui estime que la nature des choses formant l'assiette du gage n'impose nullement le transfert de propriété. Selon ce dernier « *le seul fait que le gage porte sur une chose consommable, une chose de genre ou une chose fongible n'est pas de nature à écarter la qualification de gage ordinaire.* » (Fabrice Leduc « *Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?* », RTD Civ.1995, p.307)

⁴⁴⁸ Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 février 2007, RTD civ. 2007, p.373, obs. P. Crocq, RLDC 2007, n°39, p.25, observations D. Legeais, Dalloz, 2008, panorama 882, observations D. R. Martin ; RDC avril 2008, p.425, observations, A. Aynès

⁴⁴⁹ « *Sûretés et garantie du crédit* » Dominique Legeais, 8ème édition, LGDJ, 2011, paragraphe 457

⁴⁵⁰ C'est-à-dire un compte dont le constituant n'était pas le titulaire

⁴⁵¹ « *Gage* » Pierre Crocq » Répertoire de Droit Civil, septembre 2007, mise à jour juin 2011, paragraphe 39

régime de gage de bien corporel⁴⁵². Comme le précise Dominique Legeais « *Il convient alors de choisir le régime de gage adapté. Or la monnaie est le bien fongible par excellence. Dès lors, il faut appliquer le régime spécifique applicable au gage de bien fongible. Il convient de choisir le gage opposable avec dépossession. Si la convention dispense le créancier d'avoir à séparer les biens, le gage va transférer la propriété du bien assiette de la garantie au créancier* »⁴⁵³.

Depuis l'introduction de la loi du 19 février 2007 relative à la fiducie, dès lors que l'assiette de la sûreté est de la monnaie scripturale (ce qui est le cas le plus fréquent)⁴⁵⁴, le créancier aurait selon Dominique Legeais⁴⁵⁵ trois options :

- Compte tenu du caractère fongible de la monnaie et du fait que la monnaie scripturale est un bien incorporel autre qu'une créance, le créancier se place sous le régime de l'article 2341 du Code civil afin d'acquérir la propriété des biens gagés. Pour rappel, l'article 2341 du Code civil dispose que « *Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344. Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes* ».

En outre, comme le souligne Augustin Aynès, il est nécessaire que le créancier ait la libre disposition des sommes et les confonde avec les autres sommes dont il est propriétaire⁴⁵⁶. Ce transfert de propriété s'explique « *non pas seulement par le*

⁴⁵² Article 2355 du Code civil « (...) *Celui (le nantissement) qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels (articles 2333 à 2354 du Code civil)* »

⁴⁵³ Dominique Legeais « *Gage-espèces* » Revue de Droit Bancaire et Financier, n°3, mai 2007, 111

⁴⁵⁴ Comme le rappelle Dominique Legeais « *Le gage espèces après la réforme des sûretés* » Droit & Patrimoine, 2008, n°172. « *Lorsque la garantie a pour assiette la monnaie fiduciaire, la sûreté porte sur un meuble corporel. Le constituant remet en effet des espèces au créancier. Le modèle du gage portant sur une chose fongible peut assurément être utilisé. Le créancier devient propriétaire si les parties ont par convention dispensé le créancier de tenir les espèces séparées en application de l'article 2341 du Code civil* »

⁴⁵⁵ Dominique Legeais « *Le gage espèces après la réforme des sûretés* » Droit & Patrimoine, 2008, n°172

⁴⁵⁶ « (...) *Pour éviter tout risque de requalification d'une véritable cession fiduciaire de monnaie en gage de choses fongibles, il est souhaitable de prévoir que le créancier aura immédiatement la libre disposition des sommes quand bien même celles-ci demeureraient individualisées et identifiables dans son patrimoine. En d'autres termes, loin de faire obstacle à la qualification de gage-espèces, la circonstance que les sommes aient été transférées sur un compte impersonnel, purement interne à la banque ouvert au nom (du constituant) pour la seule commodité des écritures apparaît désormais*

caractère fongible des biens gagés mais par l'impossibilité effective de les individualiser et de les identifier, résultant de leur confusion avec des biens identiques appartenant au créancier »⁴⁵⁷.

Cette nécessité, de confondre les sommes remises en garantie avec les propres actifs du créancier afin d'opérer une cession fiduciaire, démontre qu'il s'agit d'un « *simple transfert (de propriété d'un actif) au créancier sans constitution d'un patrimoine d'affectation* »⁴⁵⁸.

- Le créancier opte pour une fiducie-sûreté telle que découlant des articles 2011 et suivants du Code civil, mais cela lui imposera de respecter le formalisme des conventions de fiducie⁴⁵⁹ et de remplir de nombreuses obligations liées à la qualité de fiduciaire sous peine d'engager sa responsabilité⁴⁶⁰. Par conséquent, le créancier évitera d'utiliser la fiducie de l'article 2011.
- Enfin, le créancier peut considérer que le gage-espèces repose sur un transfert fiduciaire « *sui generis* » non soumis aux articles 2011 et suivants du Code civil. Dans ce dernier cas, le créancier s'expose à un risque de qualification en simple gage si la jurisprudence de la Cour de Cassation est maintenue⁴⁶¹. Sur le fondement de notre expérience, nous n'avons pas eu l'occasion de revoir un tel montage. Nous l'aurions d'ailleurs refusé.

Après le gage espèces, il convient de porter notre attention sur une fiducie innommée introduite depuis plus de trente ans dans notre système juridique : la cession Dailly

comme un élément déterminant de cette qualification » « *Validité et spécificité du gage espèces* », Augustin Aynès, Revue des Contrats, 1er avril 2008, n°2, p.425, paragraphe 7

⁴⁵⁷ « *Validité et spécificité du gage espèces* », Revue des Contrats, 1er avril 2008, n°2, p.425, paragraphe 6

⁴⁵⁸ « *Sûretés et garantie du crédit* » Dominique Legeais, 8ème édition, LGDJ, 2011, paragraphe 457

⁴⁵⁹ Article 2018 du Code civil « *Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :*

1° *Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;*

2° *La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;*

3° *L'identité du ou des constituants ;*

4° *L'identité du ou des fiduciaires ;*

5° *L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;*

6° *La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* »

⁴⁶⁰ Article 2026 du Code civil « *Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ».

⁴⁶¹ Chambre commerciale du 19 décembre 2006, n°05-16-935, JCP E 2007 n°1131, note Legeais, D. 2007, p.319 note R. Dammann et G. Podeur, D.2007 p.344 note C. Larroumet, D. 2007 p.961 note L. Aynès, Banque 2007 n°689 p.75 obs. J-L Guillot, RD Bancaire 2007, p.13 obs. F. Crédot, T. Samin

1.2.1.2 La cession Dailly

La loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises⁴⁶², aujourd'hui codifiée sous les articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier, a introduit en droit français une forme simplifiée de transmission de créances au moyen d'un bordereau de cession de créances professionnelles (appelé en pratique « *bordereau Dailly* »)⁴⁶³.

L'article L.313-23 du Code monétaire et financier dispose que «*Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle (...)*».

Le mécanisme de cette sûreté est simple, un emprunteur (cédant) cède à son banquier (cessionnaire) en garantie d'un concours que ce dernier lui a accordé, une ou des créances qu'il détient ou détiendra à l'encontre de tiers (appelés les débiteurs cédés) qui sont des professionnels (c'est-à-dire des personnes morales ou des personnes physiques agissant dans le cadre de leur exercice professionnel).

Cette cession à titre de garantie se matérialise par la signature par le cédant dudit bordereau qui doit comporter des mentions obligatoires sous peine de nullité⁴⁶⁴. La banque devient alors propriétaire des créances cédées⁴⁶⁵ vis-à-vis des tiers à compter de la date indiquée sur le

⁴⁶² Loi appelée communément « *loi Dailly* » du nom du sénateur Etienne Dailly à l'origine de ce texte de loi.

⁴⁶³ « *Les sûretés, la publicité foncière* » Laurent Aynès, Pierre Crocq, 6^{ème} édition, 2012, paragraphe 763 & suivants. JurisClasseur Banque Crédit Bourse, fascicule 570 « *Cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau* », Jean Stoufflet

⁴⁶⁴ Extraits de l'article L.313-23 du Code monétaire et financier « *Le bordereau doit comporter les énonciations suivantes :*

1. *La dénomination, selon le cas, " acte de cession de créances professionnelles " ou " acte de nantissement de créances professionnelles " ;*
2. *La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 ;*
3. *Le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire ;*
4. *La désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance (...)*

Le titre dans lequel une des mentions indiquées ci-dessus fait défaut ne vaut pas comme acte de cession ou de nantissement de créances professionnelles au sens des articles L. 313-23 à L. 313-34.».

⁴⁶⁵ Article L.313-24 du code monétaire et financier « *Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée. (...)* »

bordereau. La Cour de cassation a rappelé que « *même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, qu'elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau et que, étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de celui-ci postérieurement à cette date* »⁴⁶⁶. Le principe de ce transfert fiduciaire et son efficacité notamment dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant, viennent d'être rappelés par la Cour d'appel de Versailles aux termes d'un arrêt en date du 28 février 2013⁴⁶⁷. Comme le rappellent Reinhard Dammann et Gilles Podeur « *C'est avec soulagement que bon nombre d'établissements financiers ont accueilli cet arrêt rendu le 28 février 2013 par la cour d'appel de Versailles, dans un nouveau rebondissement du célèbre dossier Cœur Défense* »⁴⁶⁸.

L'établissement de crédit peut exercer son droit de propriété sur les créances qui lui appartiennent suivant trois modes que l'on peut classer par ordre croissant d'intensité :

- Le cessionnaire peut rester dans une situation passive et laisser au cédant le soin de recouvrer les créances pour son compte comme si aucune cession n'avait été effectuée. Dans cette hypothèse et afin d'assurer l'efficacité de la garantie, les documents juridiques imposent au cédant de domicilier les paiements relatifs aux créances cédées sur un compte ouvert dans les livres d'une banque dite centralisatrice, compte qui appartient aux créanciers et non au cédant. En effet, si jamais les sommes au titre des créances cédées sont encaissées sur le compte courant du cédant (client), il sera impossible pour la banque de revendiquer la propriété desdites sommes en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant (client).

Ainsi, dans les conventions cadre de cessions de créances professionnelles, on peut lire les clauses suivantes :

« Le cédant, par une mention spéciale portée sur les factures correspondant aux créances cédées ou par tout autre moyen dûment justifié à la Banque devra

⁴⁶⁶ Arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 décembre 2004 (Com. 7 déc. 2004, n° 02-20.732, D. 2005. AJ 77, obs. A. Lienhard, Jur. 230, note C. Larroumet, et Pan. 2078, obs. P. Crocq; RTD civ. 2005. 132, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005. 155, obs. M. Cabrillac, et 415, obs. A. Martin-Serf) et arrêt rendu par la même chambre le 22 novembre 2005 (Com. 22 nov. 2005, n° 03-15.669, D. 2005. AJ 3081, obs. X. Delpech, 2006. Pan. 2855, obs. P. Crocq, et 2007. Pan. 753, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; RTD com. 2006. 169, obs. D. Legeais)

⁴⁶⁷ Arrêt rendu le 28 février 2013 par Cour d'appel de Versailles, 13^e chambre, n° 12/06573

⁴⁶⁸ Recueil Dalloz 2013 p. 829

demander à ses débiteurs de payer entre les mains de la Banque sur le compte n° [A compléter] appartenant à la Banque. Les flux correspondants étant la propriété de la Banque »

(...) Une fois les règlements de créances créditées sur le compte sur le compte n°[A compléter] appartenant à la Banque, la Banque, selon le mode de gestion applicable au Client, dirigera les fonds soit sur le compte courant du Client soit vers un compte spécial d'encaissement appartenant à la Banque (en cas de défaillance du Client) ».

- Le cessionnaire peut rendre opposable son droit de propriété aux débiteurs cédés en leur notifiant la cession ce qui a pour conséquence qu'ils ne pourront valablement payer « *qu'entre les mains* » du cessionnaire⁴⁶⁹.

Dans la pratique, le cessionnaire a recours à la notification lorsqu'il commence à craindre l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant.

- Le cessionnaire peut également obtenir des débiteurs cédés qu'ils acceptent purement et simplement la cession de créance à son profit. Cette acceptation a pour conséquence que les débiteurs cédés ne pourront pas opposer une quelconque exception au cessionnaire⁴⁷⁰.

A l'échéance du financement accordé par la banque, il existe deux possibilités : soit l'emprunteur, c'est-à-dire le cédant, paye sa dette à la banque et la créance lui est rétrocédée par la banque, soit le cédant est défaillant, et la banque, en sa qualité de cessionnaire peut alors réaliser sa garantie en obtenant le paiement directement auprès du débiteur cédé.

Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 novembre 2005⁴⁷¹ a précisé le régime juridique de la propriété exercée par la banque cessionnaire et énonce « *pour la première fois et de manière prétorienne que le banquier cessionnaire est tenu de*

⁴⁶⁹ Article L.313-28 du Code monétaire et financier « *L'établissement de crédit peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification, dont les formes sont fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 313-35, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit* ».

⁴⁷⁰ Article L.313-28 du Code monétaire et financier « *Sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement : cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé : " Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle ". Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur* »

⁴⁷¹ Pourvoi N° 03-15.669, chambre commerciale, Cour de cassation, 22 novembre 2005, JCP E n°1, 5 janvier 2006, 1001, Banque et Droit mars-avril 2006 p.67, observations Thierry Bonneau

*rérocéder la créance au cédant si le crédit garanti par celle-ci a été intégralement remboursé*⁴⁷²». Selon la Haute juridiction, la cession de créance à titre de garantie « n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité du droit (de propriété) et l'éventualité de la restitution de la créance au cédant reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie ».

Comme le précise Xavier Delpech, le droit de propriété transféré n'est pas identique au droit de propriété classique « *Ce droit de propriété est en quelque sorte finalisé, en ce sens qu'il est seulement conçu, à l'instar de n'importe quelle sûreté d'ailleurs, comme un instrument juridique au service du remboursement de la créance, dont il n'est que l'accessoire. Et le paiement complet de la créance garantie constitue le mode d'extinction naturel de la propriété, par voie accessoire, comme de toute sûreté, qu'il s'agisse du cautionnement ou du gage.* »⁴⁷³

Selon Eric Savaux⁴⁷⁴ « *Dire que la cession de créance à titre de garantie implique la restitution du droit cédé en cas de paiement, c'est affirmer que ce retour du droit à son titulaire est de l'essence du mécanisme. Dans un style emprunté aux rédacteurs du Code civil, on dirait que le cessionnaire est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de restituer la créance en cas de paiement de la dette garantie* ». Pour cet auteur, le cessionnaire s'engage personnellement à restituer le droit de propriété au cédant à compter du remboursement de la créance garantie par la cession.

Dominique Legeais indique que l'arrêt rendu par la Chambre commerciale « *présente un intérêt théorique car il s'attache à analyser le droit de propriété dans sa fonction de garantie. Le créancier n'est pas un propriétaire ordinaire. Il est tenu d'un devoir de restitution en cas d'exécution de l'obligation* »⁴⁷⁵.

« *En d'autres termes, la restitution de la créance cédée à titre de garantie constitue le dénouement normal de l'opération fiduciaire, tandis que la conservation de celle-ci correspond à une situation pathologique, celle où la créance garantie ne serait pas payée* »⁴⁷⁶.

⁴⁷² Xavier Delpech, « *Précision sur le régime de la cession de créances professionnelles à titre de garantie* », Dalloz 2005 p.3081

⁴⁷³ Xavier Delpech « *Précision sur le régime de la cession de créances professionnelles à titre de garantie* », Recueil Dalloz 2005 p.3081

⁴⁷⁴ Eric Savaux, « *Cession de créance* » Defrénois 2006 n°7 p.601

⁴⁷⁵ Dominique Legeais, « *Cession de créances. Portée de la cession portant des créances nées de contrat à exécution successive lorsque s'ouvre une procédure collective* » RTD Com 2006 p.169

⁴⁷⁶ X. Delpech « *Bordereau Dailly : distinction entre la cession-escompte et à titre de garantie* » recueil² Dalloz 2007, p.2352

Les conditions du dénouement de cette propriété garantie en cas de remboursement de la dette par le cédant ont fait l'objet d'un autre arrêt en date du 19 septembre 2007 de la Cour de cassation, mais rendu par la 1^{ère} chambre civile⁴⁷⁷.

Avant d'indiquer les conditions de restitution de la propriété de la créance cédée, la Chambre civile a distingué d'une part, la cession à titre d'escompte qui transfère une propriété ordinaire (pleine, entière et perpétuelle) d'autre part, la cession à titre de garantie qui ne transfère qu'une propriété temporaire.

Dans ce dernier cas, la Chambre civile rappelle que « *c'est seulement dans ce dernier cas que le cédant d'origine peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il y renonce* ».

Comme le précise Alain Cerles, la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie vient à être payée vient « *du fait qu'une telle cession n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit (...)* »⁴⁷⁸.

La restitution, c'est-à-dire le second transfert de propriété du cessionnaire au cédant n'a pas à emprunter le formalisme de la cession Dailly ni celle de l'article 1690 du Code civil. « *La créance paraît retourner automatiquement dans le patrimoine du cédant, ce qui est logique, car le droit de propriété du cessionnaire, une fois que la garantie a épuisé ses effets, est devenu caduc*⁴⁷⁹ ».

Thierry Bonneau rappelle que la Cour de cassation indique que le cédant « *retrouve la propriété* », ce qui laisse entendre que la garantie devient sans objet et que cette caducité entraîne automatiquement le retour des créances cédées dans le patrimoine du cédant. « *Il n'en reste pas moins qu'il y a eu lors de la cession initiale, un transfert de propriété et que le dénouement de la garantie implique un transfert de propriété de sens contraire, ce qui autorise à parler de rétrocession* »⁴⁸⁰.

Selon Thierry Revet⁴⁸¹, le retour du bien dans les mains de l'auteur du transfert initial ne peut résulter que d'une acquisition dérivée, c'est-à-dire un nouveau transfert, inversé par rapport au précédent et qui a pour effet de replacer les protagonistes dans la situation antérieure au transfert initial. Une acquisition dérivée est le fruit de la conjugaison entre une décision

⁴⁷⁷ Arrêt n° 04 18.372, en date du 18 septembre 2007 Bulletin 2007, I, n° 275

⁴⁷⁸ Alain Cerles, « *Dénouement de la cession Dailly à titre de garantie* » Revue de Droit Bancaire et Financier n°3, mai 2010, comm.95

⁴⁷⁹ X. Delpech « *Bordereau Dailly : distinction entre la cession-escompte et à titre de garantie* » recueil² Dalloz 2007, p.2352

⁴⁸⁰ Thierry Bonneau, Banque & Droit, n°116, novembre-décembre 2007

⁴⁸¹ Thierry Revet, « *Le dénouement de la propriété temporaire* », RTD Civ 2008 p.322

d'abdication *in favorem* et une décision d'acquisition. Dès son acquisition, le cessionnaire s'engage à renoncer à son droit de propriété en faveur du cédant initial. Dès l'acquisition, il est convenu que cette propriété est temporaire.

Ainsi Thierry Revet estime que la Cour de cassation, en posant le principe que le cédant retrouve sa propriété sans formalité particulière à compter du remboursement de sa dette, rappelle implicitement que ce retour de la propriété, c'est-à-dire cette acquisition dérivée, était acquise dès la mise en place de la sûreté. Par conséquent, la volonté d'abdication initiale du cédant et l'abdication à terme du cessionnaire étaient déjà « *crystallisées* » dès la signature du bordereau Dailly⁴⁸².

Enfin, on pourrait éventuellement se poser la question de savoir si le cédant a véritablement perdu son droit de propriété ou seulement la titularité de ce droit. Marie-André Rakotovahiny soutient que le cédant ne perd pas sa propriété définitivement. Il en perd la titularité qui revient pour un certain temps au cessionnaire. « *La titularité du droit de propriété est la vocation et l'aptitude à être sujet propriétaire, c'est-à-dire à exercer un droit et à en jouir. La propriété en soi est une réalité immédiate. La titularité est du domaine de la volonté, la propriété du domaine du pouvoir. On peut être titulaire d'un droit et ne pas être forcément celui qui va l'exercer* »⁴⁸³.

Un arrêt de la chambre commerciale du 9 février 2010⁴⁸⁴ a apporté des précisions sur le dénouement de cette propriété temporaire qui a été transmise au cessionnaire et plus particulièrement lorsque d'une part, le montant de la créance cédée est supérieur au montant de la créance garantie par cette cession de créance et lorsque d'autre part, le débiteur cédé refuse de payer à la banque cessionnaire un montant supérieur à la créance garantie⁴⁸⁵. La Cour d'appel d'Aix en Provence a considéré, sans grande surprise, que le débiteur cédé ne

⁴⁸² Par contre Thierry Revet, indique que la renonciation par le cessionnaire comme seconde hypothèse dans laquelle le cédant retrouve sa propriété est plus « *surprenante* ». Cette décision de renonciation n'est pas acquise dès la mise en place du transfert fiduciaire, contrairement à l'engagement initial de renoncer à la propriété en cas de remboursement. « *C'est seulement à la date de la renonciation que naît l'engagement du cessionnaire de transférer (en retour) la propriété au cédant* ».

⁴⁸³ Marie-André Rakotovahiny, LPA, 15 janvier 2008, n°11 p. 20

⁴⁸⁴ Chambre commerciale, 9 février 2010, pourvoi n° 09-10.119, arrêt 157 F-P + B, Dans ce cas d'espèce, une société avait cédé à titre de garantie du solde débiteur de son compte courant, une créance d'un montant de 283 363, 65 euros. Le cédant a fait l'objet d'une procédure collective, la créance de la banque fut admise dans le cadre de la procédure collective pour un montant de 67 519, 02 euros. L'établissement bancaire a exercé une action en paiement contre le débiteur cédé. Ce dernier a refusé de payer la banque pour un montant supérieur à la créance détenue par celle-ci à l'encontre du cédant.

⁴⁸⁵ Cette particularité se rencontre dans la plupart des cessions de créances professionnelles effectuées à titre de garantie. Une couverture du risque correcte implique nécessairement que la valeur de la créance apportée en garantie soit supérieure au montant de la créance garantie.

peut se libérer valablement qu'entre les mains de la banque cessionnaire la suite de la notification qui lui a été faite. La Cour de cassation casse cet arrêt et affirme que la cession de créance effectuée à titre de garantie prend fin sans formalité particulière pour les sommes excédant la créance qui reste due à la banque cessionnaire par le cédant.

Cette solution a été critiquée par la plupart de la doctrine⁴⁸⁶ car d'une part, elle porte atteinte au principe de l'indivisibilité des sûretés réelles et d'autre part, elle oblige le débiteur cédé à ventiler ses paiements entre le cédant et le cessionnaire.

La Chambre commerciale a corrigé cette position dans le cadre d'un nouvel arrêt rendu dans une affaire similaire le 3 novembre 2010⁴⁸⁷. Ainsi, la chambre commerciale casse l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges au motif « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le cessionnaire en ne déclarant qu'une créance correspondant à 85 % de la créance cédée, n'avait pas renoncé à la fraction de la créance cédée qui excédait le montant de la créance garantie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Ainsi, par conséquent, l'existence d'un droit du cédant de la créance apportée en garantie n'est envisageable que dans l'hypothèse où le cessionnaire aurait renoncé à la fraction de la créance qui lui a été cédée. Cette position a été accueillie de manière plus favorable par les auteurs⁴⁸⁸. Ainsi la banque cessionnaire, propriétaire provisoire d'une créance ne voit pas « s'échapper » partiellement la propriété qui lui a été confiée à titre de garantie, sans qu'il ne puisse rien faire. Il doit renoncer à cette propriété expressément.

Cette condition démontre que le titulaire d'une créance remise à titre de garantie est le seul à pouvoir renoncer au droit de propriété sur les sommes excédant la créance garantie. Cependant la motivation de cet arrêt est critiquable car la Cour de cassation déduit de la déclaration de créance au passif du cédant, qui correspondait à 85 % de la créance apportée en garantie, que le cessionnaire avait ainsi renoncé implicitement à sa propriété pour le surplus.

⁴⁸⁶ P. Crocq, RTD Civ 2010 p.360, D. Legeais, RTD Com 2010 p.770, Didier R. martin, Recueil Dalloz 2011, p.143, X. Delpech, Recueil Dalloz 2010 p.578,

⁴⁸⁷ Chambre commerciale, 3 novembre 2010, n°09-69.870. En l'espèce, le sous-traitant accepté d'un marché de travaux public avait obtenu de son établissement de crédit une avance de trésorerie. En garantie de ce financement, il avait cédé par bordereau Dailly la créance (sous la forme d'un droit à paiement direct) qu'il détenait sur l'entrepreneur principal. Un avenant dans le cadre du marché avait été conclu et avait eu pour conséquence de supprimer le droit au paiement de la créance cédée. Le sous traitant a été placé en procédure collective et la banque a agi en paiement à l'encontre de l'entrepreneur principal.

⁴⁸⁸ Pierre Crocq, RTD Civ. 2011 p.156, Francis Crédot et Thierry Samin, Revue de Droit Bancaire et Financier n°2, mars 2011, commentaires 42

Ainsi, après avoir présenté les fiducies qui concernent les financements bancaires, nous allons nous intéresser aux fiducies qui interviennent dans le cadre d'opérations effectuées sur les marchés financiers.

1.2.1.3 Les fiducies consacrées par le droit des marchés financiers

Les marchés financiers doivent respecter des impératifs de sécurité et de rapidité. En outre, les risques financiers liés à ces opérations sont de plus en plus élevés.

Afin de répondre à ces exigences et face à des opérations de plus en plus complexes et variées, le droit du crédit et le droit des garanties ont été adaptés pour être appliqués aux marchés financiers⁴⁸⁹. Le droit des marchés financiers a pour principal objectif de supprimer le risque systémique qui se définit comme le risque « *que la défaillance d'un intervenant entraîne celle de son cocontractant et, par un effet de dominos, des créanciers de ce dernier, menaçant ainsi de porter atteinte au marché dans son ensemble* »⁴⁹⁰. Nous avons pris conscience de la réalité de ce risque au cours de la dernière crise financière.

Ainsi, le droit des marchés financiers a acquis progressivement une certaine autonomie⁴⁹¹ afin d'évincer le risque systémique et « *a mis en place des « coupe-feu » afin d'empêcher la propagation de la défaillance d'un acteur du secteur* »⁴⁹² et ce dès la loi du 28 mars 1855⁴⁹³. La première loi particulière a consisté à écarter le droit des procédures collectives en permettant le jeu de la compensation. Puis, il a été introduit de nombreux mécanismes qui constituent de véritables aliénations fiduciaires et qui permettent de développer la liquidité du marché financier français. Ainsi, ces particularités apportent de nombreuses dérogations au droit commun des garanties réelles.

Dominique Legeais, en 1998, à l'occasion d'un commentaire de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 dite loi de Modernisation des Activités Financières (MAF) faisait remarquer (de manière prémonitoire) que le droit financier, « (...) *comme tous les droits spéciaux, (...) est de nature à influencer la théorie générale (...) Pourquoi ne serait-il donc pas un facteur d'évolution*

⁴⁸⁹ « *Sûretés et garanties du crédit* » Dominique Legeais, 8^{ème} édition, Lextenso Editions, LGDJ, 2011, paragraphe 753

⁴⁹⁰ « *Droit financier* » par Alain Couret, Hervé le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Porachia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobollet ; David Robine, Collection Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2012

⁴⁹¹ Pour une étude complète de l'évolution du droit des marchés financiers et de ses caractéristiques actuelles, il faut se reporter au manuel intitulé « *Droit financier* » par Alain Couret, Hervé le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Porachia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobollet ; David Robine, Collection Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2012

⁴⁹² David Robine et Sébastien Praicheux, « *Garanties financières* », paragraphe 10 Dictionnaire Joly Bourse, 2-2011

⁴⁹³ Abrogée par la loi dite de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996

pour le droit des garanties ? »⁴⁹⁴. Le Professeur Legeais regrettait que cette loi multiplie les régimes spéciaux dans lesquels la propriété était transférée à titre de garantie, sans consacrer officiellement et de manière générale la fiducie-sûreté. Mais, de façon plus positive et optimiste, on pourrait selon ce dernier considérer que « *le droit des marchés financiers serait un droit pionnier qui favorise le développement de la propriété garantie et qui rendra possible une consécration ultérieure* ».

Les opérations sur titres financiers peuvent se définir comme des conventions dans lesquelles l'existence de titres financiers est essentielle. Au sein des opérations sur titres financiers, on peut distinguer d'une part, les opérations qui entraînent un transfert définitif de la propriété et d'autre part, les opérations qui n'entraînent qu'un transfert provisoire de propriété et qui sont assimilables à des aliénations fiduciaires.

Ce sont ces dernières qui nous intéressent. Il s'agit de la vente avec faculté de rachat, la pension et le prêt de titres. Après avoir porté notre attention sur le transfert provisoire de la propriété dans chacune de ces opérations, nous rappellerons les garanties utilisées dans les opérations sur titres financiers et qui ont recours à la fiducie-sûreté (couvertures sur les marchés règlementés, remises d'actifs en pleine propriété).

1.2.1.3.1 Les contrats portant transfert temporaire de la propriété de titres financiers

1.2.1.3.1.1 La vente avec faculté de rachat

La vente avec faculté de rachat a été identifiée dans le Code civil sous la dénomination de vente à réméré⁴⁹⁵. Cependant cette terminologie a été supprimée par la loi n°2009-526⁴⁹⁶. Il s'agit d'une vente qui comporte une faculté de rachat. Aux termes de ce contrat de vente, le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue moyennant la restitution du prix payé⁴⁹⁷. Par conséquent, la vente avec faculté de rachat est un transfert de propriété qui est dans une première phase provisoire et qui peut devenir définitif à l'issue d'une période⁴⁹⁸. Pendant la première période, l'acheteur dispose d'un droit de propriété. Comme dans le cadre d'une vente sans condition l'acheteur peut, sauf convention contraire, percevoir les fruits.

⁴⁹⁴ Dominique Legeais, « *L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles* », Mélanges Cabrillac, p.365, Litec, 1999

⁴⁹⁵ Réméré vient du latin, « *redimere* », signifiant racheter

⁴⁹⁶ « *Droit financier* » par Alain Couret, Hervé le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Porachia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobollet, David Robine, Collection Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2012, paragraphe 1159

⁴⁹⁷ Article 1659 du Code civil « *La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673.* »

⁴⁹⁸ Article 1662 du Code civil « *Faute par le vendeur d'avoir exercé son action en rachat dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable.* »

L'acheteur dans cette vente particulière va exercer toutes les prérogatives attachées à sa qualité de propriétaire.

La vente avec faculté de rachat a connu un grand succès en raison de sa souplesse d'utilisation et de son régime fiscal de droit commun lui permettant de bénéficier d'impositions favorables⁴⁹⁹. Elle a connu une nouvelle jeunesse dans les années 1980 où elle portait sur des obligations financières dans le cadre d'opérations financières.

Comme le précise François-Xavier Lucas⁵⁰⁰ :

- « Si la vente a porté sur des actions, il (l'acheteur) devient actionnaire et exerce les droits politiques et financiers attachés à cette qualité.
- Si la vente a eu pour objet des obligations, il (l'acheteur) devient obligataire, il encaisse les coupons et profite des crédits d'impôt qui peuvent être accordés ».

Comme indiqué ci-dessus, les stipulations du contrat peuvent prévoir que le cédant « ne perd pas tout lien avec les valeurs mobilières vendues. Il peut être convenu que les dividendes éventuellement versés lui seront acquis, que l'acheteur devra voter aux assemblées générales selon les instructions du vendeur »⁵⁰¹. Enfin en vertu des dispositions de l'article 1669 du Code civil, le vendeur peut céder sa faculté de rachat au profit d'un tiers.

L'exercice de la faculté de rachat par le vendeur provoque la résolution de la vente, qui entraîne automatiquement par conséquent une remise en cause rétroactive de la vente. Les parties retournent à leur situation antérieure à la vente. Le vendeur en exerçant cette faculté de rachat, rembourse l'acheteur ainsi que certains frais et l'acheteur restitue le bien⁵⁰².

La vente à réméré s'est développée dans le secteur financier. Ainsi le propriétaire de titres financiers les vend avec cette faculté de pouvoir les reprendre pendant un délai 5 ans⁵⁰³. Cette

⁴⁹⁹ Au moment du rachat, le vendeur reprend les titres moyennant le paiement du prix initial majoré d'une indemnité. La charge financière représentée par l'indemnité peut être appréhendée comme une charge déductible. Si la vente a lieu avant une échéance de détachement de coupons et le rachat après cette échéance, le prix de rachat est alors inférieur au prix de vente initial, la différence va constituer une charge déductible des revenus imposables. Voir en ce sens l'étude « *La vente à réméré de valeurs mobilières* » Annick Perrot, RTD com 46, janvier mars 1993, paragraphes 87, 88, 89

⁵⁰⁰ « *Les contrats portant transfert temporaire de valeurs mobilières* » François-Xavier Lucas, LGDJ, 1995, paragraphe 47

⁵⁰¹ « *Les contrats portant transfert temporaire de valeurs mobilières* » François-Xavier Lucas, LGDJ, 1995, paragraphe 47

⁵⁰² Article 1673 du Code civil « *Le vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations.* »

⁵⁰³ Article 1660 du Code civil « *La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme.* »

restitution des titres financiers se matérialisera par la restitution du prix et éventuellement par la perception d'un intérêt fixe ou variable à l'acheteur⁵⁰⁴.

Le principal risque de ce type de contrat est la défaillance de l'acheteur, qui serait éventuellement dans l'impossibilité de restituer les titres cédés puisqu'ils se confondent avec ses autres biens.

L'intérêt de cette faculté de rachat était notamment de mettre en place un prêt d'argent garanti par la remise en pleine propriété de titres financiers⁵⁰⁵. Ainsi, le vendeur de titres obtient des liquidités d'un établissement de crédit⁵⁰⁶ à un taux de financement avantageux en cédant des titres financiers à titre de garantie. En cas d'exercice de sa faculté de rachat, le vendeur restitue les liquidités reçues initialement (de l'acheteur) augmentées d'une indemnité fixée contractuellement à la signature du contrat⁵⁰⁷.

Mais il ne faut pas assimiler trop rapidement la fiducie-sûreté à la vente avec faculté de rachat. La fiducie-sûreté suppose une obligation pré-existante et le transfert de propriété est effectué, sans versement d'un prix, afin de garantir la bonne exécution de cette obligation.

La vente avec faculté de rachat est avant tout un contrat de vente qui nécessite le versement d'un prix, contrat dans lequel le vendeur a la faculté de racheter le bien. Dans ce contrat de vente, le droit de propriété est transféré avec ses trois prérogatives : l'usus, le fructus et l'abusus. Tandis que dans le cadre de la fiducie, le créancier ne bénéficie que d'une propriété limitée par la volonté des parties⁵⁰⁸.

Si le pacte comissoire était toujours interdit⁵⁰⁹, on aurait pu considérer que la vente avec faculté de rachat pouvait être considérée comme un contrat pignoratif c'est-à-dire une « *opération consistant à dissimuler un prêt sous une vente avec faculté de rachat pour un prix*

⁵⁰⁴ Le taux de rémunération est fixé dès la signature du contrat. Il est généralement référencé sur la moyenne des taux moyens pondérés (TMP), Jean-Luc Siruguet et Anne Ferrari « *Le réméré : une technique contestable ?* » la revue banque n°515, avril 1991

⁵⁰⁵ La vente à réméré est traditionnellement une technique alternative du contrat de prêt. Cela n'est pas nouveau car les Grecs réalisaient déjà des ventes avec faculté de rachat afin de constituer une sûreté. Le même but était poursuivi dans le cadre des ventes à réméré en droit romain, ainsi qu'en ancien droit à condition de ne pas masquer un pacte comissoire prohibé. Annick Perrot « *La vente à réméré de valeurs mobilières* » RTD com, 46, janvier-mars 1993, paragraphe 3

⁵⁰⁶ De toute autre entité autorisée à consentir un financement conformément aux règles régissant le monopole bancaire

⁵⁰⁷ Jean-Luc Siruguet et Anne Ferrari « *Le réméré : une technique contestable ?* » la revue Banque n°515, avril 1991

⁵⁰⁸ Annick Perrot « *La vente à réméré de valeurs mobilières* » paragraphes 74 à 78, RTD Com, janvier mars 1993, page 1

⁵⁰⁹ Introduction de l'article 2348 du Code civil, qui met fin à l'interdiction du pacte comissoire en droit français.

correspondant à la somme prêtée, le bien vendu (donné en gage) étant acquis de droit à l'acquéreur à défaut de rachat dans le délai prévu »⁵¹⁰.

Or, le contrat pignoratif permettait de faire échec à la prohibition du pacte comissoire et encourait un risque de nullité si cette qualification était retenue par un magistrat. La suppression de cette interdiction enlève tout intérêt à comparer voire assimiler la vente avec faculté de rachat au contrat pignoratif.

Pierre Crocq rappelle également que l'option de rachat dont est titulaire le vendeur n'est nullement une obligation. En aucun cas, il ne peut être contraint à exercer cette faculté. Par conséquent, en l'absence d'obligation de sa part, « *il ne saurait donc, y avoir une propriété-garantie* »⁵¹¹.

En revanche, il s'est développé de nombreux contrats dans lesquels le vendeur a l'obligation de racheter le bien cédé notamment par la signature d'une contrelettre. Il s'agit dans cette hypothèse non plus d'une vente avec faculté de rachat mais d'un contrat « sui generis » ou d'une double vente. Les conséquences de cette qualification sont fiscales.

Le caractère facultatif de l'option de rachat et l'absence de recours de la part des acheteurs des titres en cas de chute brutale des cours constituent les principaux aléas des ventes avec faculté de rachat. Or ces défauts structurels ne peuvent pas être anticipés.

C'est pourquoi les opérateurs du marché financier ont de moins en moins recours aux ventes avec faculté de rachat et préfèrent utiliser d'autres types de transactions comme les opérations de portage.

Comme nous l'avons présenté, les ventes avec faculté de rachat étaient utilisées comme des prêts avec un transfert de propriété à titre de garantie, il est alors légitime de s'interroger sur les conséquences de l'introduction d'un texte général sur la fiducie le 19 février 2007. En effet, cette loi valide le transfert de propriété à titre général mais ce dernier est soumis à un lourd formalisme.

Si la vente avec faculté de rachat est utilisée comme prêt assorti d'un transfert de propriété de biens sans viser expressément les dispositions de la fiducie (article 2011 et suivants du Code civil), nous sommes en mesure d'identifier une fiducie-sûreté qui ne s'appuie pas sur un texte spécial.

Or, la Cour de cassation dans un arrêt du 19 décembre 2006 a énoncé « *qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de*

⁵¹⁰ Annick Perrot « *La vente à réméré de valeurs mobilières* » RTD Com, janvier mars 1993, page 1, voir également sur la question de qualification juridique de contrat pignoratif « *Les transferts temporaires de valeurs mobilières* », François-Xavier Lucas, LGDJ, 1995, paragraphes 508 à 520

⁵¹¹ « *Propriété et garantie* » Pierre Crocq LGDJ 1995, paragraphe 23

garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance ». On pourrait déduire de cet arrêt qu'il ne peut y avoir de transfert de propriété à titre de garantie sans texte spécial ou qui lui soit propre⁵¹². En appliquant les principes découlant de cette jurisprudence, critiquée par la doctrine, la vente avec faculté de rachat (portant sur des titres financiers) serait requalifiée en « simple » nantissement de compte de titres financiers (soumis à l'article L.211-20 du Code monétaire et financier) et non d'un transfert de propriété. Nous estimons que cette jurisprudence n'est pas applicable de manière générale à la vente avec faculté de rachat puisqu'elle concerne uniquement les cessions de créances à titre de garantie. Il n'y a que dans le cas très hypothétique d'une créance faisant l'objet d'une vente avec faculté de rachat, que cette jurisprudence trouverait à s'appliquer. Une possible solution pour écarter cet aléa (fort dangereux pour le créancier) consisterait à soumettre la garantie, c'est-à-dire le transfert de propriété, aux dispositions de l'article L.211-38 du Code monétaire et financier⁵¹³, mais encore faudrait-il remplir les conditions d'application de cet article qui sont beaucoup plus limitées que celles régissant les ventes avec faculté de rachat⁵¹⁴.

Après avoir rappelé les principales caractéristiques de la vente avec faculté de rachat, il convient de présenter sur un autre contrat de vente qui impose des obligations à l'acheteur notamment celle de retransférer les actifs dont il s'est porté acquéreur : il s'agit de la convention de portage.

1.2.1.3.1.2 La convention de portage

La convention de portage est une opération qui réunit plusieurs protagonistes : un propriétaire d'instruments financiers les cède à un porteur qui va les porter avant de les retransférer au donneur d'ordre ou à un tiers désigné par la convention. Les conventions de portage

⁵¹² Chambre commerciale, Cour de cassation, 19 décembre 2006, n° 05-16.395 *Publication* : Bull. 2006, IV, n° 250, p. 275, Christian Larroumet « *La cession de créance de droit commun à titre de garantie* » Recueil Dalloz 2007 p. 344, Dominique Legeais « *Cession de créance à titre de garantie* » RTD Com. 2007 p. 217, Pierre Crocq « *L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie* », RTD Civ 2007, p.160

⁵¹³ Article L.211-38 du Code monétaire et financier « *I. — A titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36, les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits, réalisables, même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, ou d'une procédure judiciaire ou amiable équivalente sur le fondement d'un droit étranger, ou d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition. (...)* »

⁵¹⁴ « *Droit financier* » par Alain Couret, Hervé le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Porachia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobollet ; David Robine, Collection Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2012, paragraphe 1166

permettent de réaliser une cession de contrôle, une opération de gestion, ou de réaliser une opération de financement en conférant au prêteur une propriété garantie. C'est cette dernière utilisation qui nous intéresse particulièrement.

Le portage est dans cette hypothèse d'utilisation à des fins de garantie, une convention distincte du financement qu'il a pour objet de garantir. Si une banque consent un financement et exige à titre de garantie que les titres financiers que ledit concours est destiné à permettre d'acquérir, lui soient transmis pour qu'elle les « porte » jusqu'à complet remboursement du financement, alors il s'agit d'une convention de portage, garantissant le prêt consenti⁵¹⁵.

On peut même prévoir dans le cas d'un financement qui fasse l'objet d'un remboursement, un portage « glissant ». Ainsi, le portage se réduirait au fur et à mesure que l'emprunteur rembourse sa créance.

Enfin, la jurisprudence sus-visée de la Cour de cassation⁵¹⁶, qui a requalifié une cession de créance de droit commun à titre de garantie en nantissement, ne s'applique pas aux conventions de portage, puisqu'elles portent sur des instruments financiers et non des créances.

Après la convention de portage, il convient de revenir sur un autre contrat qui peut être utilisé dans certains cas comme fiducie-sûreté : le prêt de titres.

1.2.1.3.1.3 Le prêt de titres

Le prêt de titres, est « une opération qui permet à un professionnel de combler un déficit de titres qu'il s'est engagé à livrer »⁵¹⁷. On peut distinguer trois utilisations du prêt de titres.

- Une entité ne dispose pas de titres financiers en quantité suffisante, par conséquent, elle emprunte les titres⁵¹⁸.

⁵¹⁵ François Xavier Lucas « *Les contrats portant transfert temporaires de valeurs mobilières* », LGDJ 1995, paragraphes 144 à 155

⁵¹⁶ Chambre commerciale, Cour de cassation, 19 décembre 2006, n° 05-16.395 *Publication* : Bull. 2006, IV, n° 250, p. 275, Christian Larroumet « *La cession de créance de droit commun à titre de garantie* » Recueil Dalloz 2007 p. 344, Dominique Legeais « *Cession de créance à titre de garantie* » RTD Com. 2007 p. 217, Pierre Crocq « *L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie* », RTD Civ 2007, p.160

⁵¹⁷ « *Sûretés et garanties du crédit* » Dominique Legeais, 8^{ème} édition, Lextenso Editions, LGDJ, 2011, paragraphe 756

⁵¹⁸ Aux termes de l'article L.211-22-4 du code monétaire et financière l'emprunteur doit être « *une personne morale soumise de plein droit à un régime réel d'imposition, un organisme de placement collectif, ou une personne, société ou institution non résidente ayant un statut comparable* »

- Le recours à des prêts de titres peut provenir d'entreprises qui souhaitent rendre liquides des titres sans pour autant les négocier. Il s'agit alors d'une opération de mobilisation. En prêtant ses titres à l'emprunteur de titres, le prêteur obtient une rémunération qui lui permet de valoriser ses immobilisations financières⁵¹⁹.
- Enfin, la dernière hypothèse dans laquelle le prêt de titres est utilisé comme un financement constitue un bel exemple de propriété utilisée à titre de garantie. L'emprunteur de titres (un établissement de crédit) consent au prêteur de titres un financement. En garantie de ce financement, le prêteur de titres (c'est-à-dire le débiteur de l'établissement de crédit) lui transfère la propriété de titres financiers. C'est ce dernier exemple qui présente une nouvelle fois, l'utilisation de la propriété à titre de garantie.

Les structures qui prêtent les titres financiers sont « *des grandes entreprises, compagnies d'assurance, fonds de pension, OPCVM qui détiennent des portefeuilles et qui recherchent un surcroît de rentabilité par le prêt de leurs titres* »⁵²⁰.

Le prêt de titres est soumis aux dispositions de l'article L.211-22 du Code monétaire et financier qui renvoie notamment aux règles du Code civil régissant le prêt de consommation⁵²¹.

Compte tenu du fait que les prêts de titres portent sur des titres financiers ayant la nature de chose fongible et consommable, le prêt de titres financiers doit être qualifié de prêt de consommation⁵²². L'emprunteur devient propriétaire des biens dès la remise par le prêteur des

⁵¹⁹ François Xavier Lucas « *les contrats portant transfert temporaires de valeurs mobilières* », LGDJ 1995, paragraphe 40

⁵²⁰ Lamy Droit du financement, édition 2012, paragraphe 1268

⁵²¹ Extraits de l'article L.211-22 du Code monétaire et financier « *Les dispositions de l'article L. 211-24 sont applicables aux prêts de titres financiers qui remplissent les conditions suivantes :*

1. *Le prêt porte sur des titres financiers ;*

2. *Le prêt porte sur des titres financiers qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet, pendant la durée du prêt, du détachement d'un droit à dividende ou du paiement d'un intérêt soumis à la retenue à la source prévue au 1° de l'article 119 bis ou à l'article 1678 bis du code général des impôts ou ouvrant droit au crédit impôt prévu au b du 1 de l'article 220 du même code, d'un amortissement, d'un tirage au sort pouvant conduire au remboursement ou d'un échange ou d'une conversion prévus par le contrat d'émission ;*

3. *Le prêt est soumis aux dispositions des articles 1892 à 1904 inclus du code civil ;*

4. *Les titres financiers sont empruntés par une personne morale soumise de plein droit à un régime réel d'imposition, par un organisme de placement collectif, ou par une personne, société ou institution non résidente ayant un statut comparable.*

⁵²² R. Allouche et F. Peltier « *Le nouveau régime des prêts de titres* », Lamy « Droit du financement » édition 2012, paragraphe 1171. « *Droit financier* » par Alain Couret, Hervé le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Porachia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobollet ; David Robine, Collection Précis Dalloz, 2ème édition, 2012, paragraphe 1159,

titres financiers⁵²³. Cette opération de prêt de titres se matérialise donc par deux transferts de propriété, le premier effectué du prêteur à l'emprunteur et le second effectué de l'emprunteur au prêteur.

Au cours du prêt de titres, l'emprunteur va être titulaire d'un véritable droit de propriété sur les titres financiers tandis que le prêteur dispose d'une créance de restitution des titres, rémunérée par un revenu de créance.

Ainsi, l'emprunteur, en sa qualité de propriétaire des titres, pourra exercer tous les attributs du propriétaire, en percevoir les fruits ou exercer le droit de vote sauf convention contraire. En vertu des dispositions du paragraphe 2 de l'article L.211-22 du Code monétaire et financier « *Le prêt porte sur des titres financiers qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet, pendant la durée du prêt, du détachement d'un droit à dividende ou du paiement d'un intérêt soumis à la retenue à la source* ». La raison de cette disposition est d'assurer la fongibilité des titres prêtés. Cela évite aux parties d'avoir à prévoir les conséquences du détachement d'un coupon, d'un amortissement, ou d'un remboursement.

A l'issue de l'opération l'emprunteur de titres devra restituer des titres financiers de même qualité et dans l'hypothèse où il serait dans l'incapacité d'y procéder, il effectuera une restitution en valeur.

Afin de se protéger du risque de non restitution⁵²⁴, le prêteur demande généralement à l'emprunteur le versement d'une garantie⁵²⁵, soit en titres financiers, soit en espèces. Le montant de la garantie est ajusté en fonction de l'évaluation du risque de non restitution⁵²⁶.

Il existe une autre opération relativement proche du prêt de titres, il s'agit de la pension de titres dont nous allons présenter le régime juridique et plus particulièrement la nature du droit de propriété de l'acquéreur.

1.2.1.3.1.4 La pension de titres

La pension de titres⁵²⁷ est régie par les articles L.211-27 à L.211-34 du Code monétaire et financier⁵²⁸. L'article 211-27 du Code monétaire et financier définit la pension comme

⁵²³ Article 1893 du Code civil « *Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périclite, de quelque manière que cette perte arrive* »

⁵²⁴ Appelé risque de contrepartie

⁵²⁵ Appelé collatéral

⁵²⁶ La garantie peut être modifiée en cours de contrat et faire ainsi l'objet d'adaptations, d'ajustements. Cela se matérialise par des appels de marge. Extraits de l'article L.211-22 du Code monétaire et financier « *Les parties peuvent convenir de remises complémentaires, en pleine propriété, d'espèces ou de titres financiers, pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres financiers prêtés* »

⁵²⁷ Dite pension livrée, aval en pension ou encore opération d'achat vente et qui fait l'objet d'un régime juridique depuis les lois des 31 décembre 1993 et 8 août 1994.

« l'opération par laquelle une personne morale, un fonds commun de placement, un fonds de placement immobilier ou un fonds commun de titrisation cède en pleine propriété à une autre personne morale, à un fonds commun de placement, à un fonds de placement immobilier ou à un fonds commun de titrisation, moyennant un prix convenu, des titres financiers et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les titres, le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus »⁵²⁹.

L'intérêt financier pour le cédant est d'obtenir des liquidités sans avoir à recourir à un prêt bancaire et pour le cessionnaire d'acquérir des titres financiers et de placer ainsi ses excédents de trésorerie⁵³⁰.

Comme pour les prêts de titres financiers, la pension porte sur des titres financiers qui ne sont pas susceptibles pendant la durée de la convention, de faire l'objet du versement d'un dividende ouvrant droit au crédit d'impôt prévu au b du 1 de l'article 220 du Code général des impôts et du paiement d'un intérêt soumis à la retenue à la source⁵³¹.

On distingue deux types de pension de titres : les pensions livrées et les pensions non livrées.

- Dans le cadre de la pension livrée, les titres financiers sont transférés au cessionnaire. La livraison est matérialisée par l'inscription en compte. Le cessionnaire pourra exercer pleinement ses droits de propriétaire.
- Dans le cadre de la pension non livrée, les titres sont mis en pension mais le cédant les conserve. On les appelle les « *pensions en blanc* ». Ainsi, dans ce dernier cas, il y a mise à disposition de liquidités sans livraison de titres.

⁵²⁸ Il convient d'avoir présent à l'esprit que la directive 2002/47/CE relative aux contrats de garantie financière appelée « *Directive collatérale* » incluait dans la notion de garantie financière les opérations de mise en pension. L'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005 qui a réformé le dispositif des garanties affectées à la sûreté des opérations sur instruments financiers, afin de prendre en compte les dispositions de la « *Directive collatérale* » n'a pas assimilé les remises de titres en pension aux garanties financières.

⁵²⁹ La pension est une pratique ancienne introduite en France au XIX^{ème} siècle et qui a fait l'objet d'une consécration législative relativement récente par la loi n°93-1444 du 31 décembre 1993 complétée par le décret n°94-350 du 2 mai 1994. Ces dispositions ont été modifiées par la loi NRE du 15 mai 2001 et la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003. Une convention de place sous l'égide de la Banque de France a été établie, celle-ci est entrée en application le 1^{er} juillet 1990 et mise à jour en 2007. Voir en ce sens Lamy Droit du financement paragraphe 2210, édition 2012, ⁵²⁹ « Droit financier » par Alain Couret, Hervé le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Porachia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobollet ; David Robine, paragraphe 1168, Collection Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2012

⁵³⁰ On appelle dans la pratique les pensions sur titres : Repo. Le terme de repo provient de la contraction de la dénomination de « *Repurchase Agreement* » qui désigne un équivalent de la pension en droit anglais et américain.

⁵³¹ Article L.211-28 du Code monétaire et financier

Cependant la jurisprudence distingue d'une part, les pensions non livrées portant sur des titres cotés d'autre part, les pensions portant sur des titres non cotés. Pour les titres non cotés, le transfert de propriété se fait dès l'échange des consentements. S'agissant des titres cotés, le transfert se fait à l'inscription des titres en compte, dès lors la pension de titres non livrée portant sur des titres cotés est beaucoup plus fragile.

Néanmoins, malgré ce cadre juridique précis, la qualification juridique de la pension de titres a fait débat. En tout premier lieu, il faut rejeter la qualification juridique de « *vente à faculté de rachat* », car dans ce dernier contrat le cédant n'a qu'une faculté de rachat et non une obligation comme c'est le cas dans les pensions de titres.

Pour certains auteurs, la qualification juridique de la pension de titres serait impossible, il s'agit d'un contrat « *sui generis* » qui ne peut se définir que par son but, c'est une opération de crédit⁵³².

La pension de titres est une « *opération profondément unitaire juridiquement même si elle présente un double visage, l'un juridique et l'autre économique. La face juridique de la pension est constituée par la vente d'un titre au comptant irrévocablement liée au rachat du même titre ou d'un titre analogue. La face économique, c'est la finalité de l'opération en tous points comparable à un nantissement où l'une ou l'autre des parties prête une somme d'argent à l'autre moyennant remise en gage de titres, restitués à l'échéance convenue contre remboursement du prêt en principal et intérêts.*⁵³³ »

La seule qualification à retenir est celle d'un prêt garanti par une fiducie-sûreté⁵³⁴. Cette fiducie spéciale n'est pas régie par les articles 2011 et suivants du Code civil mais par des dispositions spéciales : les articles L.211-27 et suivants du Code monétaire et financier.

Cette fiducie éviterait donc les écueils de l'arrêt de la chambre commerciale du 19 décembre 2006⁵³⁵ qui a posé le principe « *qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits et créances, constitue un nantissement* ».

⁵³² Annick Perrot « *Pension de titres et transfert de propriété* » revue de droit bancaire et de la bourse, n°46, novembre décembre 1994, p.253

⁵³³ Lamy « *Droit du financement* », édition 2012, paragraphe 2213

⁵³⁴ Thierry Bonneau « *Doit bancaire* », 7^{ème} édition, Montchrestien, 2011, paragraphe 835. Pierre Crocq « *propriété et garantie* » LGDJ, 1995, paragraphes 33 à 40

⁵³⁵ Chambre commerciale, Cour de cassation, 19 décembre 2006, n° 05-16.395 *Publication* :Bull. 2006, IV, n° 250, p. 275, Christian Larroumet « *La cession de créance de droit commun à titre de garantie* » Recueil Dalloz 2007 p. 344, Dominique Legeais « *Cession de créance à titre de garantie* » RTD Com. 2007 p. 217

Après avoir présenté les contrats organisant le transfert temporaire de la propriété de titres financiers, nous allons étudier dans le cadre des transactions sur des instruments financiers, les garanties financières entraînant un transfert de propriété à titre de garantie.

1.2.1.3.2 Les sûretés avec transfert de propriété consacrées par le droit des marchés financiers.

Les sûretés avec transfert de propriété consacrées par le droit des marchés financiers sont de deux ordres : les remises d'actifs en pleine propriété et les couvertures sur les marchés règlementés.

1.2.1.3.2.1 Les remises d'actifs en pleine propriété

L'article L.211-38 du Code monétaire et financier dispose qu'«*A titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36, les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits (...)*».

Cette fiducie-sûreté provient de l'ancien article 52 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 dite loi de Modernisation des Activités Financières (« MAF ») qui avait transposé la Directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 relative aux services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières. L'article 52 de la loi MAF avait introduit dans notre droit un mécanisme spécifique de transfert de propriété à titre de garantie destiné à la garantie d'« *opérations sur instruments financiers* » dans un système qui à l'époque était déjà souple, efficace et à l'abri des procédures collectives⁵³⁶.

L'article L.211-38 du Code monétaire et financier est le descendant de l'article L.431-7-3 du Code monétaire et financier qui lui-même provient de l'article 52 de la loi MAF.

Il est nécessaire de rappeler que le terme de garantie financière n'est pas défini par les dispositions du Code monétaire et financier. La directive n°2002/47/CE du 6 juin 2002⁵³⁷

⁵³⁶ Pierre Gissinger « *Garanties financières et opérations de marché* », Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, janvier 2007, dossier 4

⁵³⁷ Pour rappel, cette directive avait pour objectif « *d'instituer un régime communautaire des garanties remises sous forme d'espèces ou d'instruments financiers, qu'elle dénomme « contrats de garanties financières » afin de favoriser l'intégration et le fonctionnement au meilleur coût du marché financier ainsi que la stabilité du système financier de la Communauté, et partant, la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux dans un marché unique des services financiers.(...) L'objectif n'est donc pas de créer un droit harmonisé des garanties financières mais d'instituer des*

concernant les contrats de garanties financière (appelée « *Directive Collateral* ») a défini les garanties financières comme les « *garanties remises sous forme d'espèces ou d'instruments financiers par constitution de sûreté ou par transfert de propriété* ».

On peut retenir une conception restrictive de la notion de garantie financière et considérer que ce terme ne vise que les garanties qui bénéficient du régime dérogatoire découlant de la Directive Collateral transposée dans le Code monétaire et financier par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005 sous les articles L.211-36 et suivants du Code monétaire et financier⁵³⁸.

Hubert de Vauplane a une conception plus large du terme de garantie financière. Pour lui, le terme de garantie financière et de collatéral vise « *tout méthode de couverture de risques de marchés (tels que le risque de taux, de change ou de crédit). Pour les juristes, l'expression de garantie financière désigne les techniques juridiques qui ont pour but réduire le risque de contrepartie* »⁵³⁹.

Le transfert de propriété s'effectuera, pour les instruments financiers, par transfert sur un compte ouvert appartenant au bénéficiaire, pour les espèces, par un virement sur un compte ouvert appartenant au bénéficiaire.

Ce transfert de propriété n'est possible que si le bénéficiaire et le constituant de la garantie remplissent certaines qualités. Aux termes de l'article L.211-36 du code monétaire et financier « *Les dispositions du présent paragraphe sont applicables aux obligations financières résultant d'opérations sur instruments financiers lorsque l'une au moins des parties à l'opération est un établissement de crédit, un prestataire de services d'investissement, un établissement public, une collectivité territoriale, une institution, une personne ou entité bénéficiaire des dispositions de l'article L. 531-2, une chambre de compensation, un établissement non résident ayant un statut comparable, une organisation ou organisme financier international dont la France ou la Communauté européenne est membre (...)* ».

Cette garantie est simple à constituer. Comme l'énonce le 1° du paragraphe II de l'article L.211-38 « (...) *La constitution de telles garanties et leur opposabilité ne sont subordonnées*

dispositions propres au secteur financier, ce que l'on pourrait appeler un droit spécial des contrats de garantie financière» David Robine « *La réforme du droit spécial des garanties financières par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005* » Bulletin Joly Bourse 1^{er} septembre 2005, n°5 p.521

⁵³⁸ « *Droit financier* » par Alain Couret, Hervé le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Porachia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobollet ; David Robine, Collection Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2012, paragraphe 1229

⁵³⁹ Hubert de Vauplane « *Cadre juridique des garanties financières* » Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, Janvier 2007, dossier 2

à aucune formalité. Elles résultent du transfert des biens et droits en cause, de la dépossession du constituant ou de leur contrôle par le bénéficiaire ou par une personne agissant pour son compte(...) ». Cette absence de formalité doit s'entendre comme excluant les actes formels tels l'enregistrement, l'inscription au greffe ou la publication⁵⁴⁰.

L'article L.211-38 dispose que le contrat peut « définir les conditions dans lesquelles le bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au constituant des biens ou droits équivalents ». Ce droit de réutilisation n'est pertinent qu'à l'égard des créanciers bénéficiant d'une sûreté n'ayant pas opéré un transfert de propriété. Cette disposition tire les conséquences du caractère anti-économique de la constitution d'une sûreté⁵⁴¹. Cette particularité a été introduite par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005⁵⁴².

D'une manière générale, le transfert de propriété accordé ou le droit d'utilisation ou d'aliénation accordé au bénéficiaire de la garantie « expose le constituant au risque d'insolvabilité éventuelle du créancier qui devrait restituer les biens remis en garantie, risque d'autant plus important que la crise financière récente a montré qu'il est souvent plus difficile de localiser les actifs remis en garantie »⁵⁴³.

Ce risque de non restitution des actifs remis en garantie (ou des biens ou droits équivalents) n'existerait pas si les actifs avaient été remis dans un patrimoine d'affectation indépendant du patrimoine propre du bénéficiaire de la garantie. Le constituant ne subirait donc pas l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du bénéficiaire de la garantie.

La réalisation de ce type de garantie est également simplifiée par rapport au droit commun. Ainsi le 3° du paragraphe II de l'article L.211-38 « La réalisation de telles garanties intervient à des conditions normales de marché, par compensation, appropriation ou vente, sans mise en demeure préalable, selon les modalités d'évaluation prévues par les parties dès lors que les obligations financières couvertes sont devenues exigibles ».

La réalisation sera « mise en œuvre dans les conditions initialement prévues par le contrat, sans intervention d'un quelconque ordre public de protection dès lors que la garantie

⁵⁴⁰ Franck Auckenthaler « Compensation, garantie, cession : le nouveau régime des obligations financières », JCP E n°43, 27 octobre 2005, p.1519

⁵⁴¹ Cette flexibilité permet aux banques de pouvoir mobiliser les sûretés et les utiliser pour une gestion plus active de leurs portefeuilles. Les actifs remis en garantie ne sont plus ainsi gelés économiquement.

⁵⁴² « Le droit de réutilisation » Baptiste Gelpi, Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier 2007, page 87. L'auteur de cet article, anticipe le fait que le droit de réutilisation sera peu utilisé dans la pratique des affaires, car les banques préfèrent avoir recours à la propriété garantie que selon lui est « beaucoup mieux appréciée par les analystes de risques et plus robustes juridiquement ».

⁵⁴³ « Garanties financières » Sébastien Praicheux ; David Robine, Dictionnaire bulletin Joly, 2-2011

respectera l'ensemble des principes énoncés. Le texte laisse une grande liberté aux parties quant aux mécanismes juridiques opératoires pour cette réalisation (la compensation, l'appropriation ou la vente »⁵⁴⁴.

1.2.1.3.2.2 Les couvertures sur les marchés règlementés

La couverture est utilisée dans le cadre des relations entre une chambre de compensation et l'un de ses membres. La couverture permet de garantir les engagements de paiement et de livraison des adhérents de la chambre de compensation. Ce système existe de longue date puisque la loi du 28 mars 1855 disposait que « *quelle que soit leur nature, les dépôts effectués en couverture ou en garantie des positions prises sur les contrats à terme auprès des personnes mentionnées (...) ou de la chambre de compensation, leur sont acquis dès leur constitution, aux fins de règlement du solde débiteur, constaté lors de la liquidation de ces positions* ».

Comme le rappelle Hubert de Vauplane, le « *dispositif des couvertures a été conçu, à l'origine, comme un mécanisme de garantie destiné à protéger l'intermédiaire financier (...)* La couverture avait pour objectif de limiter la spéculation voire de protéger une certaine clientèle de la tentation de spéculer »⁵⁴⁵. L'article 49⁵⁴⁶ de la loi MAF, a défini le régime juridique de la couverture⁵⁴⁷ en posant le principe que les remises en garantie sont remises en « *pleine propriété* » à la chambre de compensation. Par cette loi, le droit français a accueilli un nouveau cas de fiducie-sûreté.

Le terme de « *pleine propriété* » a été ajouté par la commission des finances du Sénat afin d'éviter tout litige en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'adhérent de la

⁵⁴⁴ « *Garanties financières et opérations de marché* », Pierre Gissinger, Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, janvier 2007, dossier 4, paragraphe 19

⁵⁴⁵ « *La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride* » Hubert de Vauplane, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse n°70, novembre décembre 1998, p.197

⁵⁴⁶ Article 49 de la loi 96-597 du 2 juillet 1996 « *Quelle que soit leur nature, les dépôts effectués par les donneurs d'ordre auprès des prestataires de service d'investissement, des adhérents d'une chambre de compensation, ou effectués par ces adhérents auprès d'une telle chambre en couverture ou garantie des positions prises sur un marché d'instruments financiers, sont transférés en pleine propriété soit au prestataire ou à l'adhérent, soit à la chambre concernée dès leur constitution aux fins de règlement, d'une part, du solde débiteur constaté lors de la liquidation d'office des positions et, d'autre part, de toute autre somme due soit au prestataire ou à l'adhérent, soit à cette chambre. Aucun créancier d'un adhérent d'une chambre de compensation, d'un prestataire visé à l'alinéa précédent, ou selon le cas, de la chambre elle-même, ne peut se prévaloir d'un droit quelconque sur ces dépôts même sur le fondement de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ou de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.* »

⁵⁴⁷ Hubert de Vauplane rappelle que la « *couverture en tant qu'institution, est demeurée jusqu'à loi du 2 juillet 1996 en quête d'identité non-point tant au stade de la garantie elle-même qu'en tant que notion-cadre* » Hubert de Vauplane, « *La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride* », Revue de droit bancaire et de la bourse n°70, novembre décembre 1998, p.197

chambre de compensation. Cette nouvelle propriété garantie présente un indéniable particularisme par rapport d'une part, à la propriété de l'article 544 du Code civil et d'autre part, aux autres propriétés garanties (Dailly)⁵⁴⁸.

L'article L.440-7 du Code monétaire et financier, issu des dispositions de l'article 49 sus-visé, dispose que *«Quelle que soit leur nature, les dépôts effectués par les donneurs d'ordre auprès des prestataires de services d'investissement, des adhérents d'une chambre de compensation, ou effectués par ces adhérents auprès d'une telle chambre en couverture ou garantie des positions prises sur un marché financier, sont transférés en pleine propriété, soit au prestataire ou à l'adhérent, soit à la chambre concernées, dès leur constitution aux fins de règlement, d'une part du solde du débiteur constaté lors de la liquidation d'office des positions et d'autre part, de toute autre somme due soit au prestataire ou à l'adhérent, soit à cette chambre. (...)*»

Il s'agit d'une *« remise en garantie de titres ou d'espèces procurée par le donneur d'ordre à son intermédiaire en vue de le garantir contre les risque de sa défaillance⁵⁴⁹ »*.

Le transfert de propriété s'opère dès la constitution de la couverture.

L'une des particularités et innovations de la loi MAF est d'avoir réservé un sort particulier à la couverture en cas d'ouverture de procédure collective à l'encontre de l'adhérent ou de la chambre de compensation. Ainsi l'article 51⁵⁵⁰ de ladite loi prévoyait qu'en cas de défaillance d'un adhérent, la chambre de compensation pouvait faire transférer chez un autre adhérent non seulement les positions enregistrées chez elle pour le compte des donneurs d'ordre mais également les couvertures et dépôts y afférents. Par conséquent, les biens remis en garantie qui ont été transférés en pleine propriété sont isolés du patrimoine de l'adhérent à la chambre de compensation et constituent un patrimoine d'affectation. Ce principe a été repris par les

⁵⁴⁸ « *La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride* » Hubert de Vauplane, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse n°70, novembre décembre 1998, p.197

⁵⁴⁹ « *Sûretés et garanties du crédit* » Dominique Legeais, 8^{ème} édition, Lextenso Editions, LGDJ, 2011, paragraphe 753

⁵⁵⁰ I. - En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un adhérent d'une chambre de compensation ou de tout autre cas de défaillance de cet adhérent :

1° La chambre peut faire transférer chez un autre adhérent les couvertures et dépôts de garantie effectués auprès de cet adhérent et afférents aux positions prises, par les donneurs d'ordre non défaillants ;

2° La chambre peut transférer les positions enregistrées chez elle pour le compte des donneurs d'ordre de cet adhérent, et les couvertures et dépôts de garantie y afférents, chez un autre adhérent.

dispositions du deuxième alinéa de l'article L.440-7⁵⁵¹ et l'article L.440-9⁵⁵² du Code monétaire et financier.

Nous avons donc pu constater que le droit des marchés financiers a consacré à de multiples reprises la fiducie-sûreté sans toutefois consacrer officiellement la fiducie. Dominique Legeais, en 1998, avait constaté que « *l'aliénation fiduciaire est la grande absente de la loi de modernisation des activités financières. Pourtant le vote de cette loi pouvait être l'occasion d'une consécration expresse de cette institution qui aurait pu précéder une réforme future d'une portée plus grande encore. Le législateur n'a pas choisi ce parti. Il a préféré consacrer de nombreuses applications de la propriété garantie sans pour autant fixer des principes généraux, ni même retenir une qualification uniforme.*⁵⁵³ »

Ainsi, le droit financier a contribué au renouveau de la propriété fiduciaire⁵⁵⁴ qui avait été écartée pour des garanties jugées plus souples et modernes, comme le gage et le nantissement. En outre, l'interdiction du pacte comissoire avait poussé les professionnels à avoir recours au transfert de propriété dès la conclusion du contrat de financement et explique « *la permanence historique* » de la vente avec faculté de rachat et d'autres mécanismes organisant un transfert de propriété à titre de garantie. Nous allons donc maintenant nous intéresser à la loi du 19 février 2007 qui a consacré officiellement la fiducie.

⁵⁵¹ Article L.440-7 « *Aucun créancier d'un adhérent d'une chambre de compensation, d'un prestataire mentionné à l'alinéa précédent, ou selon le cas, de la chambre elle-même, ne peut se prévaloir d'un droit quelconque sur ces dépôts même sur le fondement du livre VI du code de commerce* »

⁵⁵² Article L.440-9 « *En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un adhérent d'une chambre de compensation ou de tout autre cas de défaillance de cet adhérent :*

1. La chambre peut faire transférer chez un autre adhérent les couvertures et dépôts de garantie effectués auprès de cet adhérent et afférents aux positions prises par les donneurs d'ordres non défailants ;

2. La chambre peut transférer chez un autre adhérent les positions enregistrées chez elle pour le compte des donneurs d'ordres de cet adhérent, et les couvertures et dépôts de garantie y afférents. »

⁵⁵³ Dominique Legeais « *L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles* » Mélanges Cabrillac, p.365, Litec, 1999

⁵⁵⁴ Annick Perrot « *La vente à réméré de valeurs mobilières* » paragraphe 3, RTD com, 46, janvier-mars 1993

1.2.2 La loi du 19 février 2007 : la consécration officielle

1.2.2.1 Un transfert de propriété sur le bout des lèvres

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 qui a introduit la fiducie aux articles 2011 et suivants du Code civil ne déclare pas expressément que la propriété est transférée du constituant au fiduciaire. Ce transfert de propriété n'est pas mis en avant par le législateur, il est même, selon le professeur Philippe Dupichot, « *curieusement absent* »⁵⁵⁵. Il s'agit plutôt d'un transfert de propriété sur le bout des lèvres. L'article 2011 dispose 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* ». Comme le rappelle Céline Kuhn⁵⁵⁶, même si le législateur ne précise pas explicitement que le transfert fiduciaire est un transfert de propriété, il est bien un transfert de propriété. En effet, les articles régissant la fiducie sont introduits dans le titre XIV du livre III du Code civil intitulé « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ».

Cette absence de consécration expresse du transfert de propriété est d'autant plus étonnante que le rapport établi sur la proposition de loi (178 (2004-2005)) instituant la fiducie par Monsieur Henri de Richemont⁵⁵⁷, sénateur, souligne⁵⁵⁸ que le « *constituant, par l'effet de la fiducie, transfère au fiduciaire le droit de propriété qu'il détient sur ses biens* ». Le même rapport indique également que « *le transfert de propriété n'est pas davantage réductible à un démembrement de la propriété* ». Il s'agit d'une propriété limitée dans son usage et sa durée. Il est indiqué dans ce rapport que le sénateur Marini considère que la propriété transférée au fiduciaire est une propriété limitée. Monsieur Henri de Richemont précise que certains auteurs ont ainsi parlé de la propriété fiduciaire comme d'une « *propriété dégradée* »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ « *Opération fiducie sur le sol français* » Semaine Juridique Edition Générale, n°11, 14 mars 2007, act.121. L'auteur en déduit que le transfert ne porterait en réalité que sur une « *propriété fiduciaire, fruit d'un éclatement inavoué de la propriété, qui situe la fiducie à mi-chemin entre le trust et la fiducia romaine* ».

⁵⁵⁶ Céline Kuhn, « *Une fiducie française* » Droit & Patrimoine 2007 158

⁵⁵⁷ Rapport n°11 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale de la République sur la proposition de loi de Monsieur Philippe Marini instituant la fiducie, annexé au procès verbal de la séance du 11 octobre 2006

⁵⁵⁸ Page 11 du rapport n°11

⁵⁵⁹ Page 12 du rapport n°11

Le rapport rédigé par Monsieur Xavier de Roux, député, à la suite de l'adoption du projet de loi par le Sénat⁵⁶⁰, insiste sur les effets translatifs de propriété particuliers de la fiducie. Le rapporteur indique que *« par la conclusion du contrat fiduciaire, le constituant transfère les droits et les choses mobilières au fiduciaire, qui en acquiert la pleine titularité. (...) Cependant les marges de manœuvre laissées au fiduciaire se trouvent délimitées par le contrat »*.

L'expression visée par l'article 2011 du Code civil qui définit la fiducie comme une opération par laquelle il est transféré des biens, des droits ou des sûretés, marque la volonté d'élargir au maximum l'assiette de la fiducie⁵⁶¹.

Il est surprenant de constater qu'aucun article du Code civil issu de l'adoption de la loi n°2007-271 du 19 février 2007 ne précise expressément que le fiduciaire devient propriétaire de l'actif mis en fiducie.

Pourtant, la lecture des deux rapports parlementaires cités ci-dessus ne laisse la place à aucun doute sur la volonté du législateur d'organiser un transfert de propriété du constituant au fiduciaire. Tout simplement, rien n'est précisé dans le Code civil sur ce fameux transfert.

Cette carence des dispositions législatives pourrait être interprétée par certains comme la volonté de mettre en exergue que le droit de propriété du fiduciaire n'est pas assimilable à celui défini par l'article 544 du Code civil. Selon Frédéric Danos, *« cette absence terminologique montre bien l'embarras du législateur à intégrer la propriété fiduciaire dans le moule classique du droit de propriété »*⁵⁶².

C'est pourquoi Rémy Libchaber, estime que *« ce transfert de propriété n'est pas certain. A scruter l'ensemble de ses articles, on est tiraillé entre deux interprétations possibles. La première penche du côté de la famille fiduciaire et conduit à penser que la loi n'a pas pu éviter de procéder par transfert de propriété. (...) Mais les circonlocutions de la loi peuvent aussi nous alerter : dans l'ensemble de ses dispositions civiles comme fiscales, il n'est jamais dit que le fiduciaire est devenu propriétaire ; tout au contraire, la loi semble bâtie entièrement sur l'idée d'une propriété maintenue entre les mains du constituant »*⁵⁶³.

Il a fallu attendre l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 pour évoquer expressément ce transfert de propriété opéré par la fiducie. Pour rappel, la dite ordonnance a précisé les modes

⁵⁶⁰ Rapport n°3635 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (N°3385) adoptée par le Sénat, instituant la fiducie par Monsieur Xavier de Roux

⁵⁶¹ Page 12 du rapport n°3635

⁵⁶² *« Propriété, possession et opposabilité »* Frédéric Danos, *Economica*, 2007, paragraphe 43

⁵⁶³ *« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 »* Rémy Libchaber Defrénois, 30 août 2007, n°15, paragraphe 19

de réalisation des fiducies-sûreté portant d'une part, sur des meubles (l'article 2372-1 et suivants du Code civil), et d'autre part, sur des immeubles (l'article 2488-1 et suivants du Code civil). Ces articles disposent que « *La propriété d'un bien mobilier ou immobilier peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030* ». *Cet article fait partie d'un nouveau chapitre VIII intitulé « De la propriété cédée à titre de garantie ».*

Il a donc fallu patienter près de deux années pour affirmer clairement et expressément que la propriété dans le cadre d'une fiducie-sûreté était transférée au fiduciaire et ainsi prévoir certaines modalités de dénouement de la fiducie-sûreté.

Certains auteurs ont émis le regret que des dispositions similaires ne soient pas adoptées pour la fiducie-gestion afin d'éviter toute question relative au transfert de propriété au moment du dénouement de la fiducie.

Cette absence de disposition expresse affirmant le transfert de propriété a été réparée partiellement par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009. En s'appuyant sur cet état des lieux, Frédéric Danos en conclut que « (...) *les dispositions du Code civil qui régissent la fiducie n'évoquent pas une propriété, hormis celle cédée à titre de garantie, mais tout est fait pour que le fiduciaire soit investi d'une apparence de propriété* »⁵⁶⁴.

Enfin, la Cour d'appel de Paris a rappelé à l'occasion d'un recours dans un plan de cession que « *le contrat de fiducie emporte transfert du droit de propriété des biens concernés dans le patrimoine d'affectation du fiduciaire pendant la durée du contrat, de sorte qu'au jour de l'ouverture postérieure du redressement judiciaire, les actifs correspondants mis en fiducie, sont déjà sortis du patrimoine du constituant, lorsque celui-ci est placé en procédure collective* »⁵⁶⁵.

Par conséquent, cet arrêt venant s'ajouter à la volonté non équivoque du législateur dans ses travaux préparatoires et aux modifications apportées après la loi du 19 février 2007, il ne fait donc plus aucun doute sur le fait que la propriété est transférée. Néanmoins reste la question de savoir si le propriétaire peut prétendre au droit de propriété tel que défini par les dispositions de l'article 544 du Code civil.

⁵⁶⁴ « *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération* », Frédéric Danos, recueil Dalloz 2009, page 1845, paragraphe 11

⁵⁶⁵ « *Fiducie et plan de cession* » AJDI 2012 p.778, arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 novembre 2010 n°1°/07100. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le jugement ordonnant le plan de cession, emportait également cession des actifs transférés antérieurement dans une fiducie. La Cour d'appel a affirmé de manière non équivoque qu'il y avait eu transfert de propriété. L'existence d'une convention d'usage et de jouissance ne le remettait pas en cause.

1.2.2.2 Nature du droit de propriété transféré au fiduciaire

Contrairement au trust, la fiducie ne peut pas être établie par un acte unilatéral, c'est-à-dire à l'initiative d'une seule personne⁵⁶⁶.

La fiducie est un nouveau contrat nommé et, comme le précise Pascal Puig, « *la constellation des contrats nommés vient de s'enrichir d'une nouvelle étoile* ». Ce type de contrat se trouve au croisement de plusieurs concepts. La fiducie est à la fois un contrat de prestation de services mais également un contrat qui organise un transfert du droit de propriété. Selon Pascal Puig, cette double nature va faire naître des « *enchevêtrements et combinaisons multiples (qui) ouvrent de vastes perspectives de réflexion en droit des contrats* ».

La fiducie est un contrat qui a des effets au regard d'une part, du droit des biens car il organise un transfert du droit de propriété et d'autre part, du droit des personnes puisque les parties prennent des engagements contractuels.

Ainsi, ce savant mélange de contrat de prestation de services et de contrat de transfert de propriété, fait dire à Pascal Puig « *que le transfert de propriété participe du service que le fiduciaire s'engage à rendre. Il ne peut fournir un service que parce qu'une propriété fiduciaire lui a été transmise et doit achever sa prestation par un transfert de propriété en sens inverse vers un tiers* ».

Enfin, le plus étonnant est de constater la transformation de la propriété transmise par le fiduciaire au dénouement du contrat de fiducie. En effet, durant le contrat de fiducie, le droit de propriété exercé par le fiduciaire est limité. En revanche, lorsque le fiduciaire transfère ce droit de propriété au terme du contrat de fiducie, le droit de propriété se métamorphose en une propriété pleine et entière.

En acceptant sa mission de fiduciaire, celui-ci accepte de recevoir la propriété d'un actif et prend à sa charge un certain nombre d'obligations définies par le contrat de fiducie.

Il est donc nécessaire de s'interroger sur la nature des engagements du fiduciaire. Est-il est engagé personnellement ? Ses engagements sont-ils réels c'est-à-dire attachés à l'actif transmis au fiduciaire (« *propter rem* ») ?

La question de la nature particulière de la propriété transférée au fiduciaire avait déjà été soulevée par le professeur Demogue en 1937, de la manière suivante : « *Pouvons nous, dans nos droits continentaux, dans notre droit positif, par l'effort de la jurisprudence ou, tout au moins, par une nouvelle législation, faire pénétrer une idée qui ne semble pas y être, celle*

⁵⁶⁶ Elle peut être mise en place dans le cadre d'une loi. A ce jour, aucune loi n'a créé de fiducie. Seule la voie contractuelle a été utilisée.

d'une propriété d'affectation, d'un fiduciaire propriétaire de biens dans l'intérêt des bénéficiaires »⁵⁶⁷.

En outre, ce propriétaire est également débiteur d'un certain nombre d'obligations en vue de permettre, au terme du contrat de fiducie, le transfert de la propriété au constituant, au bénéficiaire ou à un tiers acquéreur.

La nature de cette obligation à la charge du fiduciaire est donc sujette à discussion. Certains la qualifient d'obligation de donner, d'autres nient son existence, considérant que la propriété est transférée automatiquement sans qu'il soit nécessaire d'exécuter une quelconque obligation.

Afin de mieux comprendre les effets tant personnels que réels (et plus particulièrement les effets au regard du droit de propriété transféré du constituant au fiduciaire) de la fiducie, on peut être tenté dans un premier temps de la comparer à un contrat spécial existant afin d'analyser les droits des parties dans un contrat de fiducie.

Compte tenu du fait que le contrat de fiducie est à la fois un contrat translatif de propriété et un contrat de prestation de services, il est intéressant de comparer ce nouveau contrat avec d'autres contrats spéciaux qui lui sont proches afin de mieux identifier ses particularités et de pouvoir ainsi qualifier certaines de ses obligations.

Effectivement, le contrat de fiducie se rapproche de certains contrats de représentation, le fiduciaire se trouve néanmoins dans une situation particulière puisqu'il est titulaire, en son nom propre, d'un droit de propriété qu'il doit exercer afin de réaliser la mission définie par le contrat de fiducie. Par conséquent, il doit exercer son rôle pour le compte des bénéficiaires de la convention de fiducie. Cette idée d'agir pour le compte d'autrui nous pousse naturellement à le comparer au contrat de mandat et au contrat de commission. De plus, ce transfert de propriété dans le but d'agir en vue de la réalisation d'un objectif semble très proche du contrat de société tel que défini par l'article 1832 du Code civil.

Ainsi, à titre préliminaire, et afin de mieux comprendre la nature et l'étendue du droit de propriété transféré au fiduciaire, nous allons comparer le contrat de fiducie avec d'autres contrats spéciaux. Dans une seconde étape, nous présenterons les différents points de vue exprimés par les auteurs de la doctrine sur la qualification du droit de propriété transféré au fiduciaire. Enfin, nous présenterons également le traitement comptable et fiscal de la fiducie.

⁵⁶⁷ Colloque « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937, exposé de M. Demogue, Sirey 1937, page 128

1.2.2.2.1 Tentatives de qualification du contrat de fiducie

1.2.2.2.1.1 La fiducie et le mandat

La fiducie est proche du mandat car dans ces deux contrats la confiance dont fait preuve le mandant ou le constituant à l'égard du mandataire ou du fiduciaire est fondamentale⁵⁶⁸. La confiance se trouve dans le nom même de la fiducie⁵⁶⁹.

Pour le mandat également, la confiance accordée par le mandant à son mandataire est à l'origine de ce contrat.

Le fiduciaire présente la particularité de se voir confier la propriété d'un actif. Il en devient propriétaire pour agir pour le compte d'autrui. Comme le fait remarquer Pascal Puig, « *le fiduciaire semble moins investi des prérogatives d'un propriétaire que des pouvoirs d'un mandataire. La loi lui rappelle, tout au long, de ses dispositions, sa condition de propriétaire dans l'intérêt d'autrui* »⁵⁷⁰.

Comme un mandataire, les pouvoirs du fiduciaire sont précisés dans la convention de fiducie (article 2018 du Code civil⁵⁷¹), il rend compte de sa mission (article 2022 du Code civil⁵⁷²), qui prend fin par le décès du constituant ou du bénéficiaire. Le fiduciaire est comme tout mandataire responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

A l'égard des tiers, le fiduciaire doit en permanence faire mention de sa qualité de fiduciaire et il est présumé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire⁵⁷³. Cette disposition peut s'analyser comme « *une présomption de propriété pleine et entière à l'égard des tiers où l'opposabilité de la propriété l'emporte sur celle des restrictions conventionnelles* »⁵⁷⁴.

Mais un fiduciaire n'est pas assimilable à un mandataire, car le fiduciaire reçoit les actifs remis en fiducie en qualité de propriétaire. En effet, le mandataire n'est pas propriétaire des actifs acquis ou gérés dans le cadre d'un mandat.

⁵⁶⁸ « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, 6^{ème} édition, Defrénois, 2012, paragraphe 536

⁵⁶⁹ Vient de la racine latine, *fides*, la confiance

⁵⁷⁰ « *La fiducie et les contrats nommés* » Pascal Puig in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Droit & Patrimoine, 2008 n°171.

⁵⁷¹ Article 2018 du Code civil

⁵⁷² Article 2022 du Code civil

⁵⁷³ Article 2023 « *Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* ».

⁵⁷⁴ « *La fiducie et les contrats nommés* » Pascal Puig in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Droit & Patrimoine, 2008 n°171.

Autre différence, le fiduciaire agit en son nom propre. En outre, les pouvoirs du fiduciaire sont plus étendus et peuvent l'habiliter à consentir des actes de disposition même si ces pouvoirs sont définis de manière générale et non spéciale. Ceci n'est pas possible dans le cadre d'un contrat de mandat⁵⁷⁵. La fiducie présente ainsi « *l'avantage sur le mandat d'offrir au fiduciaire une indépendance de gestion supérieure* »⁵⁷⁶ et permet d'effectuer une gestion plus dynamique de l'actif mis en fiducie.

Il existe une autre particularité distinguant la fiducie du mandat, la question de la révocation du mandataire ou du fiduciaire. En cas de perte de confiance du mandant à l'égard du mandataire, celui-ci peut être révoqué *ad nutum* par le mandant. Ce qui n'est pas le cas du fiduciaire qui ne peut être révoqué ni par le constituant ni par le bénéficiaire sauf si des dispositions contractuelles ont organisé la révocation du fiduciaire⁵⁷⁷.

A défaut de stipulations ayant prévu la possibilité de mettre fin aux fonctions du fiduciaire, il existe une possibilité pour le constituant ou le bénéficiaire de démettre le fiduciaire de ses fonctions, mais il s'agit alors d'une révocation indirecte. Le constituant ou le bénéficiaire peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire, voire solliciter la désignation d'un nouveau fiduciaire⁵⁷⁸.

Il existe un autre cas dans lequel le fiduciaire est révoqué, c'est l'hypothèse suivant laquelle le constituant révoque le contrat de fiducie.⁵⁷⁹ Mais dans ce cas particulier, il ne s'agit pas d'une révocation sanction du fiduciaire.

Pascal Puig rappelle un écueil à éviter lors la rédaction d'un contrat de fiducie, il faut en effet éviter « *une trop grande restriction des pouvoirs du fiduciaire qui est incompatible avec la*

⁵⁷⁵ Article 1988 du Code civil « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès* »

⁵⁷⁶ « *La fiducie et les contrats nommés* » Pascal Puig in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Droit & Patrimoine, 2008 n°171.

⁵⁷⁷ Dans la seconde partie de nos travaux, nous examinerons plus en détail la question de l'aménagement de la révocation du fiduciaire. En outre, nous rappellerons qu'il est également possible de prévoir la possibilité pour le fiduciaire de démissionner, nous en examinerons les conditions.

⁵⁷⁸ Article 2027 « *En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant* »

⁵⁷⁹ Article 2028 « *Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.*

Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice ».

fiducie, en particulier la fiducie-gestion, et devrait emporter la requalification de l'opération en un simple mandat». Dans ce cas particulier, les parties pourraient voir requalifier le contrat de fiducie en un contrat de mandat car le contrat en cause « *n'attribue au cessionnaire aucun attribut de la propriété (ou presque) le privant de tout indépendance dans la gestion de ses biens (...)* »⁵⁸⁰. Compte tenu de la nécessité d'assurer une flexibilité dans la gestion au quotidien d'une fiducie et notamment d'appréhender toutes les situations non prévues par le contrat, les parties au contrat de fiducie doivent accorder des pouvoirs significatifs au fiduciaire afin de lui permettre d'agir rapidement et efficacement. A défaut, le fiduciaire devra se retourner fréquemment vers le constituant, ce qui nuira à la gestion de l'actif et d'une manière générale à la flexibilité du contrat de fiducie.

1.2.2.2.1.2 La fiducie et le contrat de commission

Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom pour le compte d'un commettant⁵⁸¹. C'est cette notion d'agir pour le compte d'un autre ou d'action pour autrui qui peut nous pousser à comparer la situation d'un commissionnaire à celle d'un fiduciaire agissant pour le compte du ou des bénéficiaire(s) de la fiducie.

A la différence d'un mandataire, le commissionnaire agit en son nom propre et non au nom et pour le compte d'un mandant.

Ce débat sur l'opposition ou l'assimilation du mandat au contrat de commission découle de la divergence observée sur le fait que pour certains la représentation est de l'essence du mandat tandis que pour d'autres, il existe des mandats sans représentation qui produisent les mêmes effets que le contrat de mandat entre les parties. Il « (...) *peut y avoir mandat sans représentation. La représentation n'est pas de l'essence du mandat* »⁵⁸² et « *il ne fait pas de doute que le commissionnaire est un mandataire (...) mais un mandataire particulier* »⁵⁸³.

⁵⁸⁰ « *La fiducie et les contrats nommés* » Pascal Puig in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Droit & Patrimoine, 2008 n°171.

⁵⁸¹ Le contrat de commission est conclu par les articles L.132-1 et L.132-2 du Code de commerce (anciens 94 et 95 du Code de commerce). Article L.132-1 du Code de commerce « *Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil* » Article L.132-2 du Code de commerce « *Le commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes ses créances de commission sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures. Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris, avec le principal, les intérêts, commissions et frais accessoires* ».

⁵⁸² « *Contrats civils et commerciaux* » François Collart Dutilleul, Philippe Delebecque, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 660

⁵⁸³ « *A propos du « mandat sans représentation* », Marie-Laure Izorche, Recueil Dalloz, 1999, p.369, paragraphe 2

Mandat et commission sont-ils exclusifs l'un de l'autre ou non ? Le mandat englobe-t-il le contrat de commission ?⁵⁸⁴ Selon Marie-Laure Izorche « *Il est sans doute hâtif de déclarer que la commission ne produit pas les effets du mandat : en réalité, elle produit bien les effets de ce contrat entre le commettant et le commissionnaire* ». L'auteur rappelle néanmoins que le contrat de mandat est tourné vers l'extérieur dans le but de missionner le mandataire et d'agir au nom et pour le compte du mandant aux yeux des tiers, alors que le contrat de commission a pour vocation de régler uniquement des rapports internes entre le commettant et le commissionnaire.

Ainsi, « *le commissionnaire agit comme le mandataire mais pour le compte d'autrui, mais à la différence du mandataire, il contracte avec les tiers en son propre nom* »⁵⁸⁵. Il ne représente en aucun cas le commettant, il agit en son nom propre. C'est sur ce dernier aspect qu'il est possible de trouver un point commun entre la fiducie et le contrat de commission. Le contrat de fiducie comme le contrat de commission ne comporte aucune représentation. Le fiduciaire agit en son nom propre mais en indiquant uniquement sa qualité de fiduciaire. En aucun cas, le fiduciaire ne doit indiquer l'identité des bénéficiaires ou du constituant. Par conséquent du fait de l'absence de représentation dans ces deux contrats, le commettant comme le bénéficiaire ou le constituant restent étrangers aux contrats conclus par le commissionnaire ou le fiduciaire. Cependant, cette comparaison s'arrête dès lors que le commissionnaire déclare avoir agi pour le compte du commettant, les effets du contrat conclu vont se produire directement dans le patrimoine du commettant.

Enfin, les obligations du commissionnaire vis-à-vis de son commettant s'analysent par référence à celles du mandataire à l'égard de son mandant. Il en est de même pour le fiduciaire, qui est en permanence comparé au mandataire, notamment en terme de responsabilité vis-à-vis des autres parties⁵⁸⁶.

Mais c'est au regard des effets réels que le contrat de commission se distingue du contrat de fiducie. Dans le cas d'un contrat de commission à la vente, le transfert de propriété des marchandises vendues s'effectue du commettant au tiers acheteur, car à aucun moment le

⁵⁸⁴ Comme le rappelle Marie-Laure Izorche, pour certains auteurs, la représentation au sens large est un procédé technique qui permet à une personne, le représentant, d'agir au lieu et place d'une autre personne, le représenté. Avec une définition aussi large de la fonction de représentation, on peut distinguer au sens de la représentation, d'une part, la représentation parfaite (le mandat) et d'autre part, la représentation imparfaite (le contrat de commission). « *A propos du « mandat sans représentation »*, Marie-Laure Izorche, Recueil Dalloz, 1999, p.369, paragraphe 11

⁵⁸⁵ « *Contrats civils et commerciaux* » François Collart Dutilleul, Philippe Delebecque, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 666

⁵⁸⁶ Ce point fera l'objet de développements dans le cadre de la seconde partie de nos réflexions.

commissionnaire n'est propriétaire des marchandises. Il en est de même pour les contrats de commission à l'achat. Comme l'indique, Claude Reymond, « *l'acquisition soit d'emblée, soit par le passage automatique sur la tête du commettant des droits acquis par le commissionnaire est la solution logique et d'ailleurs raisonnable* »⁵⁸⁷.

Dans un contrat de fiducie, par opposition au contrat de commission, le fiduciaire est propriétaire des actifs qui lui ont été remis par le constituant. Dans le cadre de vente des actifs d'une fiducie-sûreté faisant suite à la défaillance du constituant ou d'une fiducie-gestion, le fiduciaire vend les actifs en son nom propre, puisqu'il est le seul propriétaire. Cependant, il effectue cette vente pour le compte du ou des bénéficiaire(s), qui n'est ou ne sont pas titulaire(s) d'un quelconque droit réel sur l'actif mis en fiducie. Le fiduciaire reçoit les fonds de la vente réalisée dans le patrimoine d'affectation qui est distinct du patrimoine propre du fiduciaire et sur lequel également, les bénéficiaires ne disposent d'aucun droit.

De plus, l'objet des deux conventions est différent. Pour le contrat de commission, l'objectif est « *de faire passer sur la tête du commettant, immédiatement ou médiatement, les droits acquis par le commissionnaire. La fiducie, en revanche, a pour fonction essentielle d'organiser par le biais d'une convention entre fiduciaire et fiduciaire, la façon dont celui-ci exercera les droits dont il sera saisi* »⁵⁸⁸.

En outre, contrairement à la fiducie, le contrat de commission a un caractère occulte, le tiers acheteur ignore en effet que le commissionnaire n'est pas propriétaire des marchandises qu'il vend⁵⁸⁹. Si ce dernier agit au nom et pour le compte, il s'agit alors d'une représentation parfaite, le contrat de commission se transforme alors en contrat de mandat.

1.2.2.2.1.3 La fiducie et la convention de prête-nom

Dans une convention de prête-nom, une personne promet d'agir pour le compte d'autrui mais en son nom car elle dissimule sous sa propre personnalité le nom du véritable intéressé.

Afin d'éviter de payer deux fois les droits de mutation immobilière, entre dans un premier temps, le tiers et le prête-nom puis dans un second temps, entre le prête-nom et le

⁵⁸⁷ « *Aspects fiduciaires de quelques opérations bancaires principalement dans l'Euromarché* » Claude Reymond, in « *Les opérations fiduciaires* » Colloque du 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, page 13

⁵⁸⁸ « *Aspects fiduciaires de quelques opérations bancaires principalement dans l'Euromarché* » Claude Reymond, in « *Les opérations fiduciaires* » Colloque du 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, page 13

⁵⁸⁹ Sur la question plus spécifique de l'existence d'une action directe entre le commettant et un tiers acquéreur, se reporter à l'article de Franck Auckenthaler, « *Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant* » Recueil Dalloz, 1998 p.53

« *mandant* », toute convention de prête-nom donne lieu à une déclaration de command. Aux termes de ladite déclaration, le prête-nom déclare qu'il agit pour autrui. Si c'est dans le cadre d'une vente, il doit donner le nom de la personne pour laquelle il achète dans un délai de 24 heures à compter de la vente⁵⁹⁰. Tout se déroule ainsi comme si le prête-nom avait agi dans le cadre d'un mandat.

Ainsi la convention de prête-nom consiste à dissimuler l'identité du bénéficiaire final de l'opération. Cette technique contractuelle se réalise en deux contrats. Dans un premier temps, un contrat, un acte « *ostensible* » est conclu entre deux personnes mais laisse supposer que les deux personnes contractent pour leur propre compte aux yeux des tiers. Dans un second contrat dite convention de prête-nom, l'une des personnes à l'acte apparent conclut un acte avec une autre personne écartant totalement les effets de l'acte apparent lequel est considéré alors comme un acte purement fictif. Aux termes de cette convention de prête-nom, le prête-nom déclare agir au nom et pour le compte comme le fait un mandataire⁵⁹¹. Ces deux étapes peuvent être organisées de manière variée. Il est d'usage de conclure dans un premier temps la convention de prête-nom puis l'acte principal pour lequel la convention de prête-nom a été mise en place.

Dans la fiducie, le fiduciaire acquiert un bien à titre d'intermédiaire, mais contrairement à une convention de prête-nom, le fiduciaire est un « *intermédiaire réel (et non fictif), qui a une propriété effective alors que le prête-nom est un intermédiaire fictif* »⁵⁹².

Dans le cadre de la convention de prête-nom, le transfert est simulé, le bien n'est pas censé passer par le patrimoine du prête-nom mais aller directement dans le patrimoine de la personne pour laquelle il agit.

Ainsi, la fiducie opère un véritable transfert ouvertement aux yeux des tiers mais qui reste provisoire, limité à la durée de la fiducie et c'est pourquoi « *ce transfert n'est pas pur et simple : l'acquéreur fiduciaire se voit imposer un certain nombre d'obligations ; mais celle-ci n'ont nullement pour objet d'établir entre les parties le caractère fictif du transfert, elles tendent simplement à limiter l'exercice des prérogatives de l'acquéreur fiduciaire* »⁵⁹³. Le

⁵⁹⁰ Article 686 du code général des impôts. A défaut, d'effectuer la déclaration du nom du command dans ce délai, les parties s'exposent à une double mutation et donc une double transmission.

⁵⁹¹ Il faut rappeler que les rapports entre le prête-nom et le mandant sont régis pas les règles relatives aux obligations du mandant et du mandataire. (3^{ème} chambre civile, 1^{er} décembre 1971) à la différence des rapports entre les tiers et de prête-nom (chambre sociale, 17 juillet 1958, Bull. Civ. IV, n°940

⁵⁹² « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, édition Cujas, paragraphe 536. Il est à noter que l'édition à jour du 24 juillet 2012 (6^{ème} édition) ne reprend pas cette expression.

⁵⁹³ « *La fiducie en droit privé français* » Claude Witz, Economica, 1979, paragraphe 223

fiduciaire reçoit la propriété (certes dans un patrimoine d'affectation) et s'engage à la retransmettre dans des conditions prédéterminées au bénéficiaire.

Enfin, contrairement au prête-nom, le fiduciaire ne dissimule rien mais agit ostensiblement en qualité de fiduciaire conformément aux dispositions de l'article 2021 du Code civil qui dispose que « *Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention (...)* ».

1.2.2.2.1.4 La fiducie et le contrat de courtage

Le fiduciaire n'est pas non plus un courtier car celui-ci se limite à « *rapprocher des personnes qui veulent traiter ensemble une opération. Le courtier met en rapport (..) pour qu'un accord soit trouvé* »⁵⁹⁴ Comme le précise Guy Duranton, le courtier « (...) *est réputé commerçant dans la mesure où il se livre de manière habituelle à cette activité d'entremise (C. com., art. L. 110-1, al. 1-7°, et art. L. 121-1). Son rôle consiste, essentiellement, à faire connaître à chaque partie les conditions de l'autre, à les conseiller et à tenter de concilier leurs intérêts divergents. (...) Ainsi, le courtier perçoit une rémunération (dénommée courtage) dont le principe est acquis dès l'instant où, ayant rapproché les parties, celles-ci ont conclu le contrat envisagé, peu importe que par la suite ce contrat ne soit pas exécuté, hormis si cette inexécution est imputable au courtier* »⁵⁹⁵.

En aucun cas, le courtier est partie au contrat conclu entre les personnes qu'il rapproche⁵⁹⁶. En outre, il n'agit pas pour le compte de l'une ou de l'autre partie, il agit pour son propre compte. Or, au contraire, dès le début de la mission, le fiduciaire ne met pas en rapport le constituant et le bénéficiaire de la fiducie, mais s'engage à réaliser une mission personnellement dans des conditions définies par le contrat de fiducie.

⁵⁹⁴ « *Contrats civils et commerciaux* » François Collart Dutilleul, Philippe Delebecque, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 668

⁵⁹⁵ « *Courtiers* » Répertoire Dalloz, Guy Duranton, octobre 2007, mis à jour en mars 2012, paragraphe 17

⁵⁹⁶ « *Si un courtier n'intervient que pour faciliter le rapprochement de personnes intéressées pour conclure un contrat dont elles seules peuvent arrêter les conditions définitives, la question se pose, dès lors, de déterminer si les parties sont tenues de traiter une fois que le courtier les a informées du résultat favorable de ses démarches. La question ne se pose pas lorsque le courtier a reçu un mandat spécial pour conclure le marché au nom et pour le compte de son donneur d'ordre. Si la preuve de ce mandat spécial est dûment établie, ce donneur d'ordre est valablement et définitivement engagé par son mandataire ayant agi dans le cadre et les limites du mandat et il n'est tenu d'aucune obligation personnelle particulière (Cass. req. 21 juill. 1908, DP1909. 1. 64 ; Cass. civ. 20 janv. 1931, DH 1931. 115, S. 1931.1. 181, Gaz. Pal. 1931. 1. 697 ; J. HÉMARD, op. cit., no 787 ; Ph. DEVÉSA, op. cit., no 502) ».* « *Courtiers* » Répertoire Dalloz, Guy Duranton, octobre 2007, mis à jour en mars 2012, paragraphe 112

Le fiduciaire agit en son nom propre dans l'intérêt de la réalisation de la fiducie et contracte en son nom avec les tiers, il ne rapproche pas les tiers avec les bénéficiaires ou le constituant de la convention de la fiducie.

Dans le cadre du dénouement de la fiducie, le fiduciaire ne va pas rapprocher des personnes mais va organiser sous son nom et sa responsabilité les modalités de vente. C'est sur le fiduciaire que repose l'obligation de transférer le droit de propriété à l'issue du contrat de fiducie. Enfin, le fiduciaire participera en son nom au contrat de vente en qualité de propriétaire cédant et non en qualité d'intermédiaire.

Par conséquent, le fiduciaire n'est pas transparent comme le courtier puisqu'il contracte pour le compte de la fiducie afin de réaliser la mission qui lui est confiée. Il ne va pas rapprocher les parties.

1.2.2.2.1.5 La fiducie et le contrat de société

La fiducie permet la constitution d'un patrimoine d'affectation qui va bénéficier d'une certaine autonomie tout en étant attaché à la personne du fiduciaire. Contrairement au droit du Québec, le patrimoine fiduciaire n'est pas sans titulaire en droit français. En droit français, le titulaire de ce patrimoine d'affectation est le fiduciaire

Claude Champaud et Didier Danet relèvent que « *Sans avoir recours à la création d'une personne morale, plus ou moins fictive, elle (la fiducie) conduit à une autonomie de gestion du patrimoine affecté tant au regard des biens de celui qui l'institue (le constituant) que par rapport à ceux des personnes physiques ou morales pour le compte et/ou bénéficie desquelles a eu lieu la fiduciarisation du patrimoine ainsi affecté* »⁵⁹⁷.

Pour ces auteurs, la fiducie remplit le même rôle qu'une société sur le plan économique. « *Une fiducie c'est exactement la même chose qu'une société unipersonnelle (de fait ou de droit) sauf que cette personne c'est la personne morale elle-même. (...) La société est une technique d'organisation et de gestion d'une entreprise fondée sur l'affectation d'un patrimoine auquel est conférée la personnalité morale* ».

La seule différence est la personnalité morale accordée à toute société et non à la fiducie. Mais les auteurs constatent que la personnalité morale des sociétés s'efface de plus en plus car « *l'entreprise devient un simple objet de droit sans âme sociétale et sans volonté collective propre. Elle est réduite à une sorte à une sorte de fonds de commerce dont les éléments sont dissociables, voire à une marchandise mise sur un marché purement capitalistique* ». Les auteurs visent notamment les sociétés unipersonnelles (SASU et EURL).

⁵⁹⁷ « *Sociétés et autres groupements* » Claude Champaud et Didier Danet, RTD Com, octobre / décembre 2007 p.728

Cependant, même si la fiducie semble parfois se rapprocher de la notion de société telle que décrite économiquement par les deux auteurs, nous ne pensons pas qu'il soit possible d'assimiler juridiquement la fiducie à la société.

Il faut se rappeler l'essence du contrat de société. Avant tout, en créant une société, les associés ont la volonté de partager les bénéfices ou les pertes dans le cadre de la réalisation d'un projet commun. L'article 1832 du Code civil définit le contrat de société comme un contrat aux termes duquel plusieurs personnes conviennent par « *un contrat d'affecter à toute entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

Or, le constituant, le fiduciaire ou le bénéficiaire ne poursuivent pas forcément un but lucratif. Certes les fiduciaires étant des professionnels, ces derniers cherchent par la conclusion d'un contrat de fiducie à percevoir une rémunération de fiduciaire.

Mais ce n'est pas le cas des constituants pour toutes les utilisations de la fiducie. Les constituants peuvent effectivement mettre en place une fiducie-gestion dans un souci de faire fructifier leur patrimoine et d'en percevoir des revenus. Mais dans le cadre d'une fiducie-sûreté, le constituant ne poursuit aucun but lucratif mais cherche simplement à consentir une sûreté à l'un de ses créanciers.

Enfin les bénéficiaires d'une fiducie-sûreté ne recherchent pas le partage de bénéfices mais souhaitent simplement bénéficier d'une sûreté, c'est-à-dire de la possibilité d'avoir un recours supplémentaire si le débiteur ne rembourse pas sa dette. Il n'y a aucune volonté de la part du bénéficiaire d'obtenir des profits de la mise en place d'une fiducie-sûreté. D'ailleurs, les dispositions ajoutées par l'ordonnance 2009-112 du 30 janvier 2009 l'en dissuadent⁵⁹⁸.

Cette comparaison du contrat de fiducie avec d'autres contrats spéciaux nous démontre que la fiducie ne peut pas être assimilée à un autre contrat spécial. La fiducie est donc un nouveau contrat spécial. Il nous reste maintenant à porter nos réflexions sur la nature des obligations contractées par le fiduciaire en sa qualité de propriétaire.

⁵⁹⁸ L'article 2372-3 du Code civil et l'article 2488-3 du Code civil issus de l'ordonnance 2009-112 du 30 janvier 2009. En effet, si le créancier ou le bénéficiaire s'approprie le bien objet de la fiducie, il est nécessaire de procéder à une expertise de la valeur du bien et de rétrocéder la différence éventuelle entre la valeur d'expertise et le montant de la créance garantie.

1.2.2.2.2 Le droit de propriété serait transféré au fiduciaire

1.2.2.2.2.1 Un propriétaire engagé en vertu d'un engagement personnel

Un droit de propriété est transféré au fiduciaire mais ce dernier s'engage à remplir des obligations personnelles et ainsi à exercer ce droit dans certaines conditions.

1.2.2.2.2.1.1 Le point de vue de Claude Witz

Lorsque Claude Witz a rédigé sa thèse⁵⁹⁹, la fiducie n'était pas encore introduite en droit français, celle-ci était encore en sommeil. C'est pourquoi Claude Witz a rappelé que le transfert fiduciaire opéré par un contrat de fiducie ne s'insère pas dans une des techniques translatives de droit règlementées par le Code civil. Le fiduciaire acquiert des droits, la propriété d'un bien en vertu d'un contrat qui n'est ni une vente ni une donation. Par contre, M. Witz n'avait pas trouvé de disposition dans la législation française qui interdise de transférer un droit de propriété en dehors des contrats translatifs du Code civil.

Comme le rappelle Claude Witz à l'occasion d'un article rédigé lors de l'introduction de la fiducie en droit français, le législateur a érigé le transfert de biens par le constituant au fiduciaire en élément constitutif de la fiducie⁶⁰⁰. « *Le fiduciaire perd la propriété des biens corporels ou la titularité des droits qui entrent dans le patrimoine du fiduciaire. La fiducie dépasse toutefois son modèle historique à un double titre : elle peut porter sur des biens futurs et elle débouche sur un patrimoine fiduciaire* ».

Pour Claude Witz, le transfert fiduciaire ne provoque pas un démembrement *sui generis* du droit de propriété. Ainsi, l'auteur estime que les attributs du droit de propriété transmis au fiduciaire ne sont nullement scindés entre deux titulaires. Les prérogatives du droit de propriété sont uniquement réservées au fiduciaire. Le constituant et le bénéficiaire ne disposent d'aucun droit réel sur les actifs mis en fiducie.

Ainsi Claude Witz affirme que « *limité par des obligations purement personnelles, le droit de propriété n'est nullement démembré* »⁶⁰¹. Le transfert à titre de sûreté ne porte pas atteinte à la structure unitaire du droit de propriété. En devenant propriétaire du bien qui lui a été cédé, le fiduciaire se voit conférer des droits limités par une série d'obligations⁶⁰².

⁵⁹⁹ Claude Witz « *La fiducie en droit privé français* », Economica, 1981

⁶⁰⁰ « *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust* » Recueil Dalloz 2007, p.1639

⁶⁰¹ Paragraphe 244 Claude Witz « *La fiducie en droit privé français* », Economica, 1981

⁶⁰² Paragraphe 275 Claude Witz « *La fiducie en droit privé français* », Economica, 1981

Mais le fiduciaire est le seul habilité à exercer l'intégralité des attributs attachés à ce bien. « *La plénitude des droits du fiduciaire n'est limitée que par l'existence d'obligations personnelles mises à sa charge par l'acte constitutif de fiducie. (...) Ces obligations personnelles sont en grande partie fonction de l'affectation assignée au patrimoine fiduciaire, dès lors, elles varient sensiblement selon le rôle joué par la fiducie* ».

La nature juridique des obligations pesant sur le fiduciaire ne « *saurait faire aucun doute* » : il ne peut s'agir que d'obligations personnelles et non d'obligations *propter rem*⁶⁰³. Comme le rappelle, Claude Witz, « *l'existence d'obligations propter rem suppose l'exercice simultané de droits réels sur une chose. Or cette dualité de droits n'existe pas dans une fiducie, seul le fiduciaire exerce le droit de propriété. L'ensemble des prérogatives juridiques de la propriété reposent sur une seule et même tête, celle du fiduciaire* ».

Par conséquent selon Claude Witz, les bénéficiaires et les constituants n'ont que des droits personnels à l'encontre du fiduciaire. Ils n'ont pas de droit de suite sur les actifs mis en fiducie et également pas de droit de préférence à l'encontre des créanciers du fiduciaire.

1.2.2.2.1.2 Le point de vue de Pierre Crocq

Pierre Crocq, dans sa thèse « *Propriété et garantie*⁶⁰⁴ », s'est notamment penché sur la question de l'influence ou de l'absence d'influence de la fonction de garantie sur le droit de propriété. Cette limitation des prérogatives d'un propriétaire pour créer une propriété garantie est elle à l'origine d'une modification du droit de propriété ?

Lorsque l'auteur vise le terme de propriété garantie, celui-ci comprend d'une part, les propriétés garanties non fiduciaires (crédit bail, clause de réserve de propriété) et d'autre part, les propriétés garanties fiduciaires⁶⁰⁵. C'est l'étude de l'adaptabilité du droit de propriété aux aliénations fiduciaires à titre de sûreté qui nous intéresse plus particulièrement.

⁶⁰³Paragraphe 281 Paragraphe 275 Claude Witz « *La fiducie en droit privé français* », Economica, 1981 « *les obligations propter rem représentent la particularité de n'être à la charge du débiteur qu'en tant que celui-ci est titulaire d'un droit réel ; il en résulte d'une part que le débiteur peut s'en décharger en abandonnant le bien et d'autre part, que cette obligation se transmet aux ayants cause à titre particulier de ce bien* ».

⁶⁰⁴ Pierre Crocq « *Propriété et garantie* », LGDJ 1995

⁶⁰⁵L'auteur précise que la distinction garantie / sûreté n'est pas dénuée d'intérêt car elle permet de distinguer les propriétés garanties non fiduciaires et les propriétés sûretés.

Selon ce dernier, une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créancier qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général sans être pour autant une source de profit et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement.

Utilisé comme une sûreté, le droit de propriété ne serait plus le droit de propriété tel que défini par les dispositions de l'article 544 du Code civil. Ainsi les caractères absolu et perpétuel du droit de propriété connaissent des limites. Ces nouvelles limites sont-elles compatibles avec le droit de propriété tel que défini par le Code civil ?

L'auteur rappelle que le droit de propriété connaît des limites de plus en plus significatives et fréquentes à son caractère absolu, mais malgré l'augmentation de ses limites, le droit de propriété s'étend à de nouvelles matières. Ainsi, Pierre Crocq constate que « *la propriété présente donc le difficilement concevable aspect d'une peau de chagrin en extension. C'est une peau de chagrin si l'on considère la restriction constante des prérogatives du propriétaire. Mais elle est toujours en extension car elle connaît des objets sans cesse nouveaux* »⁶⁰⁶.

C'est le pouvoir du propriétaire de limiter son droit de propriété⁶⁰⁷.

Finalement, les limitations au droit de propriété lui donnent un caractère accessoire, ce qui apparaît conforme à l'évolution du droit de propriété. Ces limitations ne supposent pas nécessairement une modification du droit de propriété et ainsi le recours à la propriété garantie ne nécessite pas une modification du droit de propriété.

L'auteur rappelle qu'aucune disposition du Code civil ne pose le principe du caractère perpétuel. La doctrine affirme que le droit de propriété est perpétuel, car la propriété ne se perd pas par le non usage. User, comme ne pas user de la propriété est un exercice du droit de propriété.

Par définition, la prescription extinctive est le défaut d'exercice d'un droit. Par conséquent, s'il n'y a pas de non exercice du droit découlant du non-usage de la chose, il ne peut y avoir de prescription extinctive du droit de propriété⁶⁰⁸.

Enfin, la volonté du propriétaire de limiter la propriété dans le temps n'est pas inconciliable avec le caractère perpétuel car c'est le propriétaire qui en accepte la limite. Ainsi, lorsque la propriété est transmise à titre de sûreté, le nouveau titulaire accepte d'être titulaire du droit de propriété pendant une période limitée.

Les garanties sont des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution. Ainsi doivent retenir cette qualification, la clause de réserve de propriété, la compensation, le droit de rétention, l'action résolutoire, la solidarité, les sûretés négatives, la clause de domiciliation, etc.

⁶⁰⁶ Pierre Crocq « *Propriété et garantie* », LGDJ 1995, paragraphe 93

⁶⁰⁷ Comme l'indique Christian Larroumet « *c'est une des prérogatives du propriétaire et de lui seul que de consentir des restrictions à son droit, notamment par la constitution d'un usufruit ou l'établissement d'une servitude* ».

⁶⁰⁸ La perpétuité du droit de propriété ne doit pas être confondue avec son éternité laquelle n'est pas de droit positif.

Mais ce droit de propriété au cours de cette période demeure perpétuel. Une fois arrivée l'échéance du financement pour lequel il avait été transmis, le droit de propriété se transmet au constituant ou au fiduciaire suivant le cas. Le droit de propriété « *se transmet et dure autant que son objet*⁶⁰⁹ ».

Les caractères du droit de propriété lui permettent d'être utilisé comme une garantie⁶¹⁰ et le droit de propriété peut être utilisé comme un droit accessoire sans qu'un démembrement du droit de propriété ne soit nécessaire (...). La propriété garantie n'est donc pas à l'origine d'une distinction entre d'une part, la valeur ou propriété juridique et d'autre part, une propriété de l'utilité ou une propriété économique, comme cela peut être le cas de la fiducie en Allemagne ou dans le trust de droit anglais.

Pierre Crocq a eu l'occasion de se pencher plus particulièrement sur la question de la propriété dans le cadre de la fiducie telle que mise en place par la loi du 19 février 2007. L'auteur reconnaît que la propriété telle qu'exercée par le fiduciaire est une propriété finalisée et l'a rappelé dans le cadre du colloque « *La fiducie dans tous ses états* » en indiquant que « *Le fiduciaire n'est propriétaire qu'autant que dure la fiducie, durée qui est nécessairement limitée*⁶¹¹, et il ne peut exercer de pouvoirs sur les biens donnés en fiducie que dans la mesure où ces pouvoirs sont conformes à la mission qui lui a été confiée »⁶¹².

Dans le cadre de cette journée consacrée à la fiducie, Pierre Crocq a réaffirmé que la propriété fiduciaire n'était pas une propriété temporaire « *car elle ne disparaît pas à la fin de la fiducie, mais se transmet (...)* ». En aucun cas, la propriété « *s'identifie à la relation d'appartenance qui unit un sujet de droit à ses biens (...) et qui par conséquent ne se transmet pas en cas de vente du bien* ».

La propriété fiduciaire est une propriété limitée mais ce n'est ni la première, ni la dernière⁶¹³. Cette propriété n'est pas « *intrinsèquement atteinte* » c'est-à-dire une propriété démembrée entre les parties au contrat de fiducie. Le fiduciaire se voit seulement imposer des obligations personnelles dans l'exercice du droit de propriété qui lui a été transféré pour une durée limitée.

⁶⁰⁹ Pierre Crocq « *Propriété et garantie* », LGDJ 1995, paragraphe 115

⁶¹⁰ La question de la validité du transfert de propriété à titre de garantie ne donne plus lieu à débat depuis le vote de la loi du 19 février 2007 introduisant la fiducie.

⁶¹¹ En vertu de l'alinéa 2 de l'article 2018 du Code civil, « (...) 2° *La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat (...)* »

⁶¹² Pierre Crocq, « *Propriété fiduciaire, propriété unitaire* » in « *La fiducie dans tous ses états* » Association Henri Capitant, Journée nationale, Tome XV Paris-Est Créteil, Collection thèmes & Commentaires, Edition Dalloz, 2011

⁶¹³ L'auteur en avait fait une liste assez complète dans sa thèse.

La loi du 19 février 2007 a notamment affirmé indirectement que le droit de propriété n'était pas modifié substantiellement en consacrant la théorie du patrimoine d'affectation⁶¹⁴.

« *A quoi servirait, en effet, de reconnaître ce patrimoine d'affectation si la propriété du fiduciaire était limitée par la reconnaissance d'un droit réel de restitution au profit du bénéficiaire* ».

Un autre élément montrant que le législateur n'a pas souhaité démembrer la propriété, est constitué par l'article 2018-1 du Code civil⁶¹⁵. Le contrat aux termes duquel le fiduciaire consent au constituant la mise à disposition des actifs mis en fiducie, est qualifié de contrat en cours dont l'exécution peut être exigée par les organes en cours. Comme le fait remarquer Pierre Crocq, ceci montre bien que le droit conféré au constituant n'a qu'un caractère personnel.

Ainsi, pour Pierre Crocq, la propriété fiduciaire n'est donc pas une propriété temporaire et ne constitue pas non plus une nouvelle forme de propriété à côté de la propriété classique de l'article 544 du Code civil.

1.2.2.2.1.3 Le point de vue de François Barrière

Comme Claude Witz, François Barrière a soutenu sa thèse quand la fiducie n'était pas encore introduite en droit français mais à la différence de Claude Witz, un premier projet avait déjà été déposé et François Barrière en l'analysant avait constaté également que la « *notion de propriété est au centre du projet instituant la fiducie (..)* ». ⁶¹⁶

François Barrière rappelle les nombreuses réactions de la doctrine face à cette propriété transmise au fiduciaire. Dans le cadre des travaux, il se pose la question fondamentale suivante: « *Les droits du fiduciaire peuvent ils se fondre dans l'ordonnement juridique ?* » ⁶¹⁷

Les propriétés transmises au fiduciaire sont des propriétés « *essentiellement temporaires et asservies, grevées d'une obligation de transmission ou de restitution* » ⁶¹⁸. Cette propriété est

⁶¹⁴ 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 chez le fiduciaire.

⁶¹⁵ Article 2018-1 du Code civil « *Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire* ».

⁶¹⁶ « *La réception du trust au travers de la fiducie* » thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II) François Barrière, 2001, paragraphe 419

⁶¹⁷ « *La réception du trust au travers de la fiducie* » thèse, François Barrière, 2001, Université Panthéon-Assas (Paris II), paragraphe 420

⁶¹⁸ Michel Grimaldi

asservie car le propriétaire fiduciaire ne peut pas l'utiliser comme il le voudrait mais doit exercer ses prérogatives uniquement en fonction de l'affectation qui est la cause de la fiducie. Selon François Barrière, l'exercice du droit de propriété par le fiduciaire n'est pas seulement affecté dans son exercice, mais c'est le droit lui-même. La propriété fiduciaire n'est donc pas identique au droit de propriété de l'article 544 du Code civil c'est-à-dire à la propriété absolue. Le propriétaire ordinaire dispose de prérogatives : *abusus*, *fructus* et *usus*. Il est libre de les exercer. Le fiduciaire ne peut pas user de la propriété comme il le veut, « *comme bon lui plairait* ». Le fiduciaire n'est pas titulaire d'une propriété absolue au sens de l'article 544 du Code civil.

Par la mise en place d'un démembrement du droit de propriété, les prérogatives qui y sont attachées peuvent être réparties entre différentes personnes, c'est le cas de la division nue propriété / usufruit. Dans le cas de la fiducie, le fiduciaire n'est titulaire que de certaines des prérogatives dont était titulaire le constituant. Le reliquat des prérogatives est au moins temporairement mis en sommeil, sans que quiconque en soit titulaire.

François Barrière a procédé à l'analyse des caractéristiques principales (absolu, perpétuel, exclusif) du droit de propriété afin de vérifier si le fiduciaire est propriétaire.

Ainsi selon ce dernier, le fiduciaire ne va exercer ce droit de propriété que pour une durée limitée, cette temporalité est-elle compatible avec le caractère absolu du droit de propriété ? Il existe déjà des exemples des propriétés temporaires notamment dans le domaine du droit financier, prêt de titres, pension livrée, etc.

L'auteur rappelle que le principe de la propriété illimitée est respecté tant que le sujet de droit souhaite user et bénéficier de la protection que la durée absolue de son droit de propriété lui offre.

Dès lors que le sujet de droit accepte de se voir transférer un droit de propriété pour une durée limitée, il n'y a aucun problème. La propriété fiduciaire durera le temps de la fiducie elle-même, c'est-à-dire aussi longtemps que son objet, et ne viole donc pas le caractère imprescriptible de la propriété. La propriété temporaire est donc compatible avec le droit français. La propriété fiduciaire n'est donc pas critiquable sur ce point, selon François Barrière.

Le fiduciaire lorsqu'il reçoit un droit, doit respecter la finalité grevant le droit transmis.

Le droit de propriété du fiduciaire est doublement asservi car d'une part, le fiduciaire peut être privé de certaines prérogatives attachées au droit et d'autre part, les prérogatives accordées au fiduciaire doivent être utilisées afin de réaliser l'affectation⁶¹⁹.

L'auteur conclut qu'« *il ne fait pas de doute que les stipulations limitant le champ des prérogatives sont valables. Elles ne sont tout comme la temporalité de la propriété, que l'expression, de la liberté conventionnelle qui prévaut en droit français* »⁶²⁰.

En outre, l'auteur rappelle que la caractéristique essentielle du droit de propriété est son caractère exclusif. Or, le fiduciaire est le seul titulaire de prérogatives sur les droits mis en fiducie. Cette situation de monopole permet à la fiducie de réaliser sa raison d'être.

L'auteur évoque la notion de modulation du droit de propriété. « *La modulation que réalise la fiducie est originale, en ce sens qu'elle est la modulation la plus complète qui puisse être. Le droit du fiduciaire est en effet en principe un droit qui ne contient aucune prérogative devant être utilisée pour son bénéficiaire. Ce n'est pas pour autant un droit vide, puisque des prérogatives sont conférées au fiduciaire et puisque celui-ci a nécessairement un intérêt à détenir ces droits. Simplement la titularité du droit et l'appropriation du résultat de l'exploitation du droit sont dissociées : le bénéfice résultant de l'exercice des prérogatives attachées aux droits fiduciaires n'est pas attribué personnellement au fiduciaire* »⁶²¹.

Il conclut que « *La propriété fiduciaire n'est pas aussi pleine et entière que la propriété ordinaire, (...) la propriété fiduciaire est une propriété imparfaite et amoindrie. Il n'en demeure pas moins que la propriété fiduciaire est une propriété* »⁶²². La propriété fiduciaire est une propriété instrumentalisée.

Il estime que « *la propriété fiduciaire est une forme de propriété et est compatible avec le droit français. La fiducie est une forme de propriété ce qui montre ainsi que la propriété en droit français est une institution d'une vigueur et d'une souplesse étonnante* »⁶²³.

C'est à travers la notion de modalité de propriété que la fiducie pourra s'intégrer en droit français nonobstant deux obstacles : d'une part, l'absence de dualité de propriété similaire au droit anglo-saxon et d'autre part, l'unité du patrimoine⁶²⁴.

⁶¹⁹ « *La réception du trust au travers de la fiducie* » thèse, François Barrière, 2001, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paragraphe 442

⁶²⁰ « *La réception du trust au travers de la fiducie* » thèse, François Barrière, 2001, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paragraphe 434

⁶²¹ « *La réception du trust au travers de la fiducie* » thèse, François Barrière, 2001, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paragraphe 449

⁶²² « *La réception du trust au travers de la fiducie* » thèse, François Barrière, 2001, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paragraphe 450

⁶²³ « *La réception du trust au travers de la fiducie* » thèse, François Barrière, 2001, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paragraphe 464

Nous considérons que l'unité du patrimoine ne peut pas nous empêcher de reconnaître que la propriété fiduciaire est une forme de propriété puisque ce principe fait l'objet de nombreuses dérogations. Par contre, il en est autrement du principe de l'absence de dualité de propriété similaire au droit anglo-saxon. En effet, le caractère moniste de la propriété est un des principaux fondements de notre droit des biens qui ne supporte pas d'exceptions. Nous le verrons ultérieurement, mais ce principe a été rappelé par la doctrine dans son ensemble à l'occasion de l'amendement proposé par le Sénateur Marini tendant à modifier l'article 2011 du Code civil⁶²⁵.

1.2.2.2.1.4 *Le point de vue de Roxana Family*

L'auteur⁶²⁶ qui a présenté ses travaux avant l'introduction de la fiducie en droit français, rappelle que l'on emploie le terme de propriété fiduciaire par référence à la propriété ordinaire, telle que décrite à l'article 544 du Code civil.

La propriété fiduciaire est particulière car le fiduciaire accepte une mission et par conséquent, il ne dispose que de certaines prérogatives à caractère temporaire. L'auteur s'interroge afin de savoir si les limites ainsi apportées au droit de propriété sont compatibles avec le concept de propriété tel que posé par l'article 544 du Code civil.

Roxana Family montre dans un premier temps que la propriété confiée au fiduciaire ne porte pas atteinte au concept de propriété, puis dans un second temps que cette propriété est légitimée au regard des principes fondateurs du droit des biens⁶²⁷.

Le droit de propriété confère au propriétaire des attributs généralement reconnus à la propriété⁶²⁸. En acceptant sa mission de fiduciaire, celui-ci va limiter ses prérogatives et rendre ainsi cette propriété si particulière voire « *atypique inconnue du droit français*⁶²⁹ ».

⁶²⁴ Lorsque François Barrière a effectué ses travaux, le concept de patrimoine d'affectation n'était pas intégré en droit français et son absence était un obstacle à l'introduction de la fiducie en droit français

⁶²⁵ « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie* ».

⁶²⁶ Roxana Family « *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)* » Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris I), 2000

⁶²⁷ Cette analyse s'effectue au travers d'une part, de l'étude de l'étendue de la propriété fiduciaire et d'autre part, de la qualification de la propriété fiduciaire. Etant précisé que pour l'auteur dans le cadre de son étude consacrée à l'étendue de la propriété fiduciaire, celle-ci recouvre une dimension objective et une dimension subjective La dimension objective « *prend essentiellement appui* » sur le bien et la dimension subjective se concentre sur les prérogatives du propriétaire, Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 166

⁶²⁸ Ces derniers sont l'usus, le fructus et l'abusus. En disposant de ces trois attributs, le propriétaire se voit conférer la plénitude des prérogatives qu'une personne puisse exercer sur une chose.

⁶²⁹ Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 170, d'autant plus que l'auteur a délivré sa thèse avant l'introduction de la fiducie en droit français

Pour mieux comprendre et appréhender cette propriété particulière, l'auteur rappelle qu'il faut distinguer d'une part, propriété pouvoir (composé de l'usus et l'abusus) et d'autre part, la propriété richesse (fructus)⁶³⁰.

L'usus n'est pas entravé par la fiducie. Le droit d'user de la chose existe dans le cadre d'une propriété fiduciaire. Simplement, en raison de la mission qui est confiée au fiduciaire, le pouvoir d'user de la chose par le fiduciaire est limité⁶³¹.

Enfin, le droit positif admet de plus en plus des limitations au droit de disposer d'un bien, le Conseil Constitutionnel l'a rappelé dans une décision du 29 juillet 1998⁶³², ces limitations

⁶³⁰ Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 170

⁶³¹ Or, cette limitation volontaire d'user de la chose se conçoit également comme le droit de ne pas user de la chose. Cette limitation du droit d'user de la chose étant acceptée librement par le fiduciaire, ne porte pas atteinte à l'essence du droit de propriété. Le fiduciaire reste libre d'accepter ou pas cette mission.

⁶³² Décision 98-403 DC du 29 juillet 1998 relative à la « Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions » « (...) 30. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que manque en fait le moyen tiré de ce que le législateur aurait méconnu sa propre compétence tant dans la définition du champ d'application de la nouvelle procédure de réquisition que dans celle des voies de recours juridictionnelles ouvertes au titulaire du droit d'usage pour la contester ; En ce qui concerne les griefs tirés de la violation du droit de propriété et du principe d'égalité :

31. Considérant que, si la mise en œuvre de la procédure de réquisition prévue par la disposition contestée n'emporte pas, par elle-même, contrairement à ce que soutiennent les requérants, privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle limite néanmoins, pour une période de temps déterminée, le droit d'usage des locaux réquisitionnés ; qu'une telle limitation, alors même qu'elle répond à un objectif de valeur constitutionnelle, ne saurait revêtir un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée du droit de propriété ;

32. Considérant, en premier lieu, qu'en ce qui concerne le droit de propriété, la disposition contestée confère au titulaire du droit d'usage des garanties de procédure et de fond ; que les garanties de procédure sont énumérées aux articles L. 642-9 à L. 642-13 ; qu'en vertu de l'article L. 642-9, le représentant de l'État dans le département notifie au titulaire du droit d'usage des locaux son intention de procéder à la réquisition, ainsi que les motifs et la durée de la réquisition envisagée ; que, selon l'article L. 642-10, le titulaire du droit d'usage dispose de deux mois, à compter de cette notification, pour faire connaître son opposition ; que faculté lui est laissée de mettre fin par ses propres moyens à la vacance, le cas échéant en procédant lui-même aux travaux nécessaires ; que, dans l'hypothèse inverse, ainsi que le prévoit l'article L. 642-11, le représentant de l'État, s'il n'abandonne pas la procédure, notifie au titulaire du droit d'usage un arrêté de réquisition motivé désignant l'attributaire et indiquant la durée de la réquisition, laquelle ne peut excéder celle mentionnée dans la notification visée à l'article L. 642-9 ; que, comme il a été dit, cet arrêté de réquisition peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir ; que, s'agissant des garanties de fond, l'article L. 642-14 renvoyant aux dispositions précitées du code civil relatives au louage de choses, l'attributaire sera tenu à l'égard du titulaire du droit d'usage, en application de l'article 1735 du code civil, des dégradations et pertes arrivées par le fait du bénéficiaire ; qu'un droit de reprise pourra être exercé dans les conditions prévues aux articles L. 642-6 et L. 642-18 ; que la réquisition ne fait pas obstacle à l'aliénation des locaux requis ; qu'enfin, les locaux régulièrement affectés à un usage autre que l'habitation peuvent, en vertu du dernier alinéa de l'article L. 642-1, à l'expiration de la réquisition, retrouver leur affectation antérieure sur simple déclaration ; que, toutefois, les dispositions de l'article L. 642-27 ne sauraient être comprises comme conférant au bénéficiaire un titre d'occupation à l'expiration de la durée de la réquisition, au cas où le représentant de l'État dans le département ne lui aurait pas proposé un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités ; que, sous cette réserve, les

doivent « répondre à un objectif de valeur constitutionnelle, ne sauraient revêtir un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée du droit de propriété ».

Enfin, l'étendue des pouvoirs au regard de l'abusus dépend, d'une part, de la mission du fiduciaire, d'autre part, des particularités de la masse fiduciaire. L'auteur estime que ces limitations sont si nombreuses qu'elles donnent parfois au droit de propriété confié au fiduciaire, l'image d'une « peau de chagrin ».

En ce qui concerne la propriété richesse, c'est-à-dire le fructus, celui-ci se traduit par le pouvoir de percevoir et de disposer des fruits directement par l'exploitation du capital. En matière de propriété fiduciaire, le fiduciaire est tenu de gérer le bien⁶³³. Comme le fiduciaire gère le bien dans l'intérêt d'autrui, on peut soutenir l'idée que la propriété fiduciaire n'est pas source de richesse pour le fiduciaire⁶³⁴.

Après l'analyse de la propriété fiduciaire au regard de ses prérogatives, l'auteur se concentre sur l'étude objective du droit de propriété⁶³⁵.

L'acte de fiducie consiste avant tout à transférer la propriété d'un bien affecté. De cette affectation dépend l'étendue des prérogatives accordées au propriétaire fiduciaire.

Roxana Family fait le même constat que Pierre Crocq, les utilisations du concept de propriété s'étendent à de nouveaux domaines bien que des limitations au droit de propriété d'origine légale ou conventionnelle se multiplient.

L'abusus, le fructus, l'usus sont les éléments qui composent la propriété maximale, celle qui permet à un titulaire d'exercer la plénitude des prérogatives. Mais cette propriété maximale n'est qu'une propriété parmi tant d'autres⁶³⁶.

Les caractères absolu et exclusif de la propriété se révèlent également de façon identique dans la propriété fiduciaire. Ainsi, le fiduciaire a vocation à exercer la plénitude des pouvoirs visés à l'article 544 du Code civil sauf disposition contraire. Mais si au regard du caractère absolu, le propriétaire fiduciaire ne dispose pas des mêmes pouvoirs que le propriétaire ordinaire,

dispositions de l'article 52 ne portent pas au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution
: (...)

⁶³³ Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 191

⁶³⁴ Néanmoins ce principe peut être nuancé en raison d'une part, de clauses de l'acte de fiducie et d'autre part, de la dimension objective de la propriété. En tant que bénéficiaire de la fiducie, le fiduciaire peut percevoir les fruits pendant l'exécution de sa mission. En contrepartie de sa mission, il peut également percevoir les fruits.

⁶³⁵ Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 198

⁶³⁶ L'auteur nous rappelle que concevoir la propriété comme une conception unique est une erreur sociologique et la propriété fiduciaire n'est qu'un exemple parmi tant d'autres des nombreuses formes de la propriété Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 202

cette particularité ne résulte uniquement que de la volonté du fiduciaire de prendre des engagements personnels. Le propriétaire est libre ou non d'accepter ces limites.

Le fiduciaire est un propriétaire exclusif⁶³⁷. Le droit de propriété fiduciaire est également perpétuel parce qu'il est appelé à exister aussi longtemps que dure la chose⁶³⁸.

Finalement l'auteur conclut que la propriété fiduciaire n'est ni une propriété révolutionnaire ni une propriété extraordinaire, de nature à bouleverser le droit des biens. Les caractéristiques de cette propriété qui apparaît plus limitée n'ébranlent pas le concept de la propriété⁶³⁹.

La limitation des pouvoirs du fiduciaire dans l'exercice du droit de propriété est justifiée par la mission qui est confiée au fiduciaire⁶⁴⁰. Par sa dimension, la propriété fiduciaire est certes différente de la propriété ordinaire mais n'est pas pour autant une nouvelle forme de propriété⁶⁴¹.

L'auteur rappelle que comparer la propriété fiduciaire à la dualité des droits de propriété telle qu'organisée par le trust anglais n'est pas possible⁶⁴².

L'auteur a également réfléchi sur les conséquences juridiques d'une fiducie. Le transfert aurait-il pour effet un nouveau démembrement du droit de propriété⁶⁴³ ? L'auteur rejette cette possibilité car le constituant ne dispose plus d'aucun droit réel sur l'actif mis en fiducie⁶⁴⁴.

⁶³⁷ Il est l'unique propriétaire et exerce seul les pouvoirs dont il dispose sur le bien, aucune autre personne ne dispose d'un quelconque droit sur l'actif mis en fiducie

⁶³⁸ Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 210

⁶³⁹ Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 216

⁶⁴⁰ La propriété exercée par le fiduciaire se rapproche des situations dans lesquelles le droit de propriété est grevé d'une réserve ou du droit de propriété d'un acheteur dans le cadre d'une vente avec faculté de rachat.

⁶⁴¹ L'auteur conclut « *En définitive, la propriété fiduciaire n'est pas une nouvelle forme de propriété ni par sa forme ni par son concept.* » Elle s'en distingue en raison de l'absence de richesse directe que cette propriété procure au fiduciaire. Néanmoins, la propriété fiduciaire conserve l'attribut le plus distinctif du droit de propriété : l'exclusivité.

⁶⁴² Selon l'auteur, Cette assimilation est vouée à l'échec en raison des différences fondamentales entre le droit anglais et le droit civil français. La concomitance d'intérêts sur un même bien que le trust suppose est inconciliable avec la conception française de la propriété, qui se caractérise essentiellement par l'exclusivité. Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 219

⁶⁴³ Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 229 L'auteur rappelle qu'un démembrement se caractérise par la dissociation des attributs de la propriété. Ainsi, il est créé sur un bien simultanément, deux droits au profit de deux personnes distinctes.

⁶⁴⁴ L'auteur précise que le bénéficiaire d'une fiducie peut bénéficier d'un droit réel sur l'actif au moyen d'une stipulation expresse. Cette idée est à notre sens en contradiction avec cette volonté de rejeter l'idée d'un démembrement provoqué par la fiducie. L'auteur rejette également la distinction propriété de la valeur / propriété de l'utilité, puisque l'exclusivité du droit de propriété empêche une consécration de deux propriétés concomitantes. L'auteur rejette également la comparaison d'une fiducie à une stipulation pour autrui.

Ainsi, l'acte de fiducie opère un transfert de propriété au profit du fiduciaire⁶⁴⁵ et l'auteur conclut que la propriété fiduciaire est compatible avec la propriété ordinaire définie par le Code civil et qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle forme de propriété⁶⁴⁶.

L'affectation des biens remis dans le cadre d'une fiducie a pour effet d'assigner une fonction particulière à la propriété⁶⁴⁷.

En conclusion, l'auteur déclare que la propriété fiduciaire est une « *propriété ordinaire finalisée, appelée à répondre à une fonction déterminée. A cet égard, l'étude du droit positif révèle qu'il s'agit d'un fait désormais classique que d'utiliser la propriété à une fin précise.* »

⁶⁴⁸

Ainsi après avoir présenté les auteurs qui soutiennent que le fiduciaire est engagé en vertu d'un engagement personnel, il est intéressant de confronter leurs idées à ceux qui pensent que le droit de propriété du fiduciaire serait limité par un engagement réel.

1.2.2.2.2 Le fiduciaire propriétaire engagé en vertu d'un engagement réel

Le fiduciaire serait engagé non en vertu d'un engagement personnel mais en vertu d'un engagement réel. C'est l'opinion de Céline Kuhn. L'auteur constate que « *toute l'originalité de la fiducie réside dans l'instrumentalisation de la propriété, elle est affectée à la cause du contrat : l'acquisition de la qualité de propriétaire par le fiduciaire servant uniquement à la réalisation de l'opération de gestion ou garantie envisagée* »⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ Il dispose en tant que propriétaire, d'un droit exclusif sur les biens transmis. Selon l'auteur, ce droit de propriété est limité par des obligations personnelles. Le constituant comme le bénéficiaire ne dispose plus d'aucun droit réel sur les actifs mis en fiducie. Quant au principe de la dualité de propriété, le rejet de cette théorie découle du caractère exclusif du droit de propriété.

⁶⁴⁶ « *Cette forme de propriété réunit, en effet, mutadis mutandis, toutes les caractéristiques de la propriété ordinaire, et confère à son titulaire toutes les prérogatives du propriétaire. Les limitations volontaires de ces prérogatives sont justifiées par l'affectation spéciale des biens. Pour autant, cette affectation n'est pas telle qu'elle prive le fiduciaire d'une propriété ou qu'elle constitue une propriété différente. En réalité, toute la particularité de la fiducie se trouve dans cette destination des biens, qui soumet le propriétaire fiduciaire à une série d'obligations personnelles dont l'effet est de restreindre ses prérogatives. Si la propriété fiduciaire se distingue de la propriété ordinaire, c'est uniquement en raison de l'existence de ces obligations supplémentaires. Or la restriction de ces obligations n'est pas la marque d'une propriété nouvelle (..)* Roxana Family, Op. Cit. Paragraphe 253

⁶⁴⁷ « *Dès lors la propriété fiduciaire peut être définie comme une propriété ordinaire affectée à une fonction (...) et seule cette fonction de la propriété justifie la limitation des prérogatives du propriétaire fiduciaire, elle seule justifie les obligations personnelles mises à sa charge (...) En conséquence, cette nouvelle fonction attribuée à la propriété, pour en faire un mode de gestion ou un moyen de libéralité, à l'image de sa fonction d'accessoire, n'est autre qu'un usage de la propriété ordinaire* »

⁶⁴⁸ Roxana Family, Op. Cit Paragraphe 259

⁶⁴⁹ Céline Kuhn « *La mission du fiduciaire* », Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.52

« *Le contrat de fiducie n'organise pas la gestion des biens d'autrui mais la gestion par le propriétaire de ses propres biens pour le compte d'autrui. Le fiduciaire, à l'instar du gérant, du mandataire, de l'administrateur, doit veiller à la conservation et à l'exploitation des objets qui lui sont confiés fiduciairement car il s'y est engagé* »⁶⁵⁰.

Le contrat de fiducie fixe la mission du fiduciaire qui s'engage par une manifestation de volonté à être un propriétaire pour le compte d'autrui. « *Cette propriété à la carte* »⁶⁵¹, faite sur mesure pour l'opération fiduciaire, dérange. Même si son droit de propriété connaît des limites, le droit de propriété du fiduciaire comporte « *la caractéristique essentielle du droit de propriété : l'exclusivité* »⁶⁵².

La propriété fiduciaire n'est pas une imitation, mais une véritable propriété. Son caractère temporaire provient de son objet, le patrimoine fiduciaire dont l'existence est liée à celle de l'opération juridique pour les besoins de laquelle il a été créé.

Ainsi, dans un contrat de fiducie, le fiduciaire devient propriétaire à des fins de gestion ou de garantie. Son droit de propriété est donc affecté à un but, à une mission. Le fiduciaire n'est ni un usufruitier, ni un copropriétaire, c'est un propriétaire, sa jouissance est exclusive et orientée par la cause du contrat.

Le propriétaire fiduciaire n'est pas libre, il agit pour le compte d'autrui. « *La convention de fiducie lui dicte son comportement* ». Les relations fiduciaire-patrimoine fiduciaire sont également marquées par la programmation juridique de cet objet, signe de la présence d'une charge réelle le grevant : le droit de propriété est affecté à une exploitation.

La propriété est indissociable de l'opération fiduciaire car elle est le moyen de la réaliser. La technique fiduciaire instrumentalise le lien de droit en s'appuyant sur un engagement réel du propriétaire.

L'auteur considère ainsi que les obligations du fiduciaire procèdent du bien qu'il a acquis et doivent être qualifiées d'obligations « *propter rem* ». « *Le fiduciaire est obligé envers le fiduciaire de respecter l'affectation choisie. Ainsi, le seul titulaire d'un droit réel exerçant une contrainte sur le fiduciaire ne peut être que son cocontractant, le fiduciaire* »⁶⁵³. Cette

⁶⁵⁰ Céline Kuhn « *La mission du fiduciaire* », Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.52

⁶⁵¹ Céline Kuhn « *La mission du fiduciaire* », Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.52

⁶⁵² Céline Kuhn « *La mission du fiduciaire* », Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.52

⁶⁵³ Cette idée soutenue par l'auteur est issue de sa thèse « *Le patrimoine fiduciaire, Contribution à l'étude de l'universalité* » 2003 paragraphe 393. La propriété fiduciaire est une propriété affectée. « *Une propriété affectée comprend l'idée d'obligation puisque le propriétaire est tenu d'agir en fonction de l'affectation retenue. L'obligation qui contraint le propriétaire ès qualité est une obligation réelle. La fiducie utilise ce schéma obligationnel : un droit réel est ainsi accordé* ».paragraphe 390..

qualification permet d'expliquer pourquoi le fiduciaire peut sans hérésie juridique être un propriétaire obligé.

« *Le fiduciaire est un propriétaire obligé qui y consent « ab initio »* »⁶⁵⁴ c'est-à-dire à la conclusion de la convention de fiducie. « *Le fiduciaire sait qu'il n'a pas vocation à être propriétaire de la chose et que sa propriété ne trouve son fondement que dans l'opération fiduciaire* »⁶⁵⁵ qui définit la mission du fiduciaire.

L'auteur avait rappelé que la règle du *numerus clausus* des droits réels paraissait interdire la création d'un nouveau droit réel. Cependant l'auteur considérait que « *la création d'un nouveau droit réel ne doit pas être condamnée par principe s'il est temporaire* »⁶⁵⁶. Cette limitation concernant la création de tout nouveau droit réel ne semble plus d'actualité depuis l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 31 octobre 2012 qui a posé le principe de libre création des droits réels⁶⁵⁷.

1.2.2.2.3 *La propriété exercée par le fiduciaire : une modalité du droit de propriété*

Dans le cadre d'une étude sur le Code civil du Québec, le Professeur Ravenne démontre que la propriété exercée par le fiduciaire serait une modalité du droit de propriété⁶⁵⁸.

La notion de la modalité de la propriété ferait partie des aménagements apportés au droit de propriété.

L'auteur considère que la propriété ordinaire est constituée « *Lorsque tous les attributs de la propriété (perpétuité, exclusivité, absolutisme) se trouvent être détenus par une seule et même personne et que par surcroît, tous les caractères inhérents à ce droit sont présents. Un tel droit constitue alors le pouvoir le plus étendu qu'une personne puisse exercer sur un bien* »⁶⁵⁹.

L'auteur rappelle que Pothier avait distingué les propriétés parfaites des propriétés imparfaites. Les propriétés imparfaites sont des situations dans lesquelles, le propriétaire est

⁶⁵⁴ Céline Kuhn « *La mission du fiduciaire* », Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.52

⁶⁵⁵ Céline Kuhn « *La mission du fiduciaire* », Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.52

⁶⁵⁶ « *Le patrimoine fiduciaire, Contribution à l'étude de l'universalité* » Céline Kuhn 2003, paragraphe 397

⁶⁵⁷ Arrêt du 31 octobre 2012, n°11-16.304. Le chapeau de l'arrêt pose le principe suivant « *Vu les articles 544 et 1134 du Code civil. Attendu qu'il résulte de ces textes que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien* » Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire intitulé « *La liberté de création des droits réels aujourd'hui* » par Louis d'Avout, Recueil Dalloz, 2013, p.53

⁶⁵⁸ Sylvio Ravenne Professeur à la faculté de droit de l'université Laval, « *La notion de modalité de la propriété* » Sylvio Normand in « *Mélanges Offerits au Professeur Frenette –Etude portant sur le droit patrimonial*», PUL, 2006, p.255 et suivants

⁶⁵⁹ Sylvio Ravenne, Op. Cit., p. 257

privé d'une partie des droits. Une propriété est parfaite lorsque lorsqu'elle est perpétuelle et que la chose, objet du droit de propriété, n'est pas chargée de droit au profit d'autres personnes que le propriétaire.

Selon l'auteur, la notion de modalité aurait été introduite « *afin de qualifier des situations dans lesquelles la propriété connaît des modifications sans pour autant être atteinte dans son essence* »⁶⁶⁰.

La propriété fiduciaire serait donc une propriété particulière transmettant ainsi à son titulaire des pouvoirs dont l'exercice serait limité.

L'auteur reconnaît dans son ensemble que « *la doctrine française s'est montrée plutôt réservée à l'égard de cette notion* »⁶⁶¹, mais cela n'a pas empêché certains auteurs de se pencher sur cette théorie⁶⁶².

Le nouveau Code civil québécois a reconnu l'existence du concept de modalités en introduisant une nouvelle subdivision « *des modalités et des démembrements du droit de propriété* ».

Le Code civil québécois ne définit pas le concept de modalités. Mais Sylvio Ravenne déclare que « (...) *la notion de modalité de la propriété peut être définie comme une forme particulière de propriété, tout en conservant uni, sous la gouverne de son titulaire, l'ensemble des attributs du droit de propriété* »⁶⁶³.

Néanmoins, l'auteur relève que la modalité du droit de propriété exige de réunir certaines conditions. Plus exactement, la modalité doit remplir trois conditions et présenter une caractéristique⁶⁶⁴.

La présence d'un sujet de droit est la première condition.

Le bien objet de la modalité doit posséder une identité propre, il s'agit de la seconde condition.

Enfin, la troisième condition est la nécessité que la modalité conserve unis les attributs de la propriété et maintienne sous l'autorité de son titulaire la totalité des attributs du droit de

⁶⁶⁰ Sylvio Ravenne, Op. Cit., p. 261

⁶⁶¹ Sylvio Ravenne, Op. Cit., p. 261

⁶⁶² Ainsi, Ambroise Colin et Henri Capitant reconnaissent l'existence de diverses modalités du droit de propriété. L'indivision et le droit de superficie en constituent une bonne illustration. Louis Josserand affirme pour sa part que la « *plasticité du droit de propriété est presque infinie* ». Ainsi le droit de propriété se prête à des modalités qui constituent en même temps des restrictions. Christian Atias affirme que la modalité est une « *forme particulière, accidentelle c'est-à-dire non nécessaire, non essentielle d'un droit, qui par hypothèse, peut en présenter plusieurs sans se dénaturer* ».

⁶⁶³ Selon l'auteur, les situations qualifiables de modalités possèdent la particularité de s'éloigner de la conception traditionnelle du droit de propriété. Il s'agit des propriétés indivises, des situations dans lesquelles l'un ou de plusieurs attributs de la propriété sont paralysés.

⁶⁶⁴ Sylvio Ravenne, Op. Cit., p. 267

propriété (abusus, fructus, usus). S'il y a fractionnement des attributs, l'auteur considère qu'il s'agit alors d'un démembrement du droit de propriété.

Quant à la caractéristique de la modalité, celle-ci peut affecter les caractères (caractère absolu, caractère perpétuel, et le caractère exclusif du droit de propriété). Comme le précise, Sylvio Normand, « *la notion de modalité a justement été introduite pour identifier des manières d'être de la propriété qui se particularisent par une atténuation d'un des caractères du droit de propriété* »⁶⁶⁵.

Ainsi, même dans le cas où la propriété possède des « *caractères plus ou moins affirmés (..) il s'agit d'un droit de propriété, mais une propriété d'une forme particulière : une modalité de propriété* ». L'introduction de cette notion de modalité permet ainsi d'atténuer la définition traditionnelle de la propriété et de permettre son adaptation à toutes les nouvelles situations.

Magali Bouteille, comme de nombreux auteurs, constate également que la reconnaissance de la propriété du fiduciaire soulève des interrogations particulières. Il n'y a qu'à recenser comme le rappelle cet auteur le nombre de qualificatifs dont cette propriété est affublée⁶⁶⁶.

En effet, l'auteur rappelle que ce droit de propriété du fiduciaire dérange car il remettrait en cause les catégories préétablies du droit des biens. Toutes ces questions autour de la propriété fiduciaire portent sur la détermination de sa nature et la question de sa compatibilité avec le droit des biens. En recourant à la notion de modalité externe et en développant ce concept de modalité tel que présenté par Sylvio Normand, Magali Bouteille démontre que la propriété fiduciaire serait assimilable à la propriété de l'article 544 du Code civil.

L'auteur rappelle les trois conditions d'existence des modalités dégagées par Sylvio Normand qui sont, la présence d'un sujet de droit, l'objet de la modalité et la réunion entre les mêmes mains des utilités de la propriété⁶⁶⁷. Enfin, les modalités présentent les caractéristiques de pouvoir affecter les caractères du droit de propriété qui sont le caractère exclusif, l'absolutisme et la perpétuité⁶⁶⁸.

L'auteur distingue les modalités internes des modalités externes du droit de propriété. « *Les modalités internes du droit de propriété qui l'affectent dans sa structure et les modalités externes qui laissent sa structure intacte mais qui affectent son exercice par l'introduction d'obligations à la charge du propriétaire* »⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ Sylvio Ravenne, Op. Cit., p. 276

⁶⁶⁶ Magali Bouteille, Revue Lamy Droit Civil, n°74, p.63, septembre 2010

⁶⁶⁷ Magali Bouteille, Op. Cit. page 64

⁶⁶⁸ Magali Bouteille, Op. Cit. page 64

⁶⁶⁹ Magali Bouteille, Op. Cit. page 65

Notre système bien que connaissant des propriétés particulières (conditionnelles, résolutoires) ne semble pas admettre les modalités internes de la propriété. En effet, « *Il (notre droit) est fondé sur une conception unitaire du droit de propriété et consacre son fameux absolutisme, contrairement aux systèmes des pays de Common Law* »⁶⁷⁰.

L'auteur rappelle que cette conception unitaire du droit de propriété trouve son origine dans la Révolution Française qui avait aboli la distinction domaine éminent et domaine utile et avait ainsi abandonné le système de propriétés simultanées.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel se caractérise par le souci permanent de ne pas dénaturer le droit de propriété par des limites. Celles-ci ne doivent pas avoir un « *caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés* »⁶⁷¹. Ainsi les modalités ne doivent pas amputer le droit de propriété d'une de ses prérogatives (absolutisme, perpétuité et exclusivité) mais par contre les restrictions à ces prérogatives sont permises si elles n'altèrent pas la structure même du droit de propriété et ne font que priver provisoirement l'une de ses prérogatives. Ces limitations sont alors compatibles avec l'absolutisme du droit de propriété.

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982⁶⁷² énonce que le « *droit de propriété n'est pas un droit d'étendue immuable, si bien que toute restriction n'est pas forcément inconstitutionnelle* ». Ainsi, « *les modalités externes du droit de propriété en ne faisant que priver provisoirement le titulaire du droit de propriété d'une des prérogatives ne portent pas atteinte à l'absolutisme du droit de propriété* »⁶⁷³.

L'auteur analyse plus particulièrement dans le cadre d'une fiducie les limitations au droit de propriété : seraient-elles contraires au droit de propriété ? À son esprit ? À ses prérogatives ?

Les limitations dans l'exercice du droit de propriété sont choisies librement par le fiduciaire en intervenant dans un contrat de fiducie. Il n'y a donc pas d'atteinte au caractère absolu du droit de propriété.

L'absolutisme du droit de propriété se définissant comme la plénitude des prérogatives, il existe de nombreux exemples où les propriétaires sont limités et contrôlés. L'atteinte à l'exclusivité est également fréquente.

Le caractère temporaire de la fiducie ne porte également pas atteinte au caractère perpétuel du droit de propriété. Comme le précise, l'auteur, il convient de revenir au sens du qualificatif « perpétuel ». « *La perpétuité de la propriété implique qu'elle est imprescriptible, non pas*

⁶⁷⁰ Magali Bouteille, Op. Cit. page 65

⁶⁷¹ Décision 98-403 DC du 29 juillet 1998 relative à la « *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*

⁶⁷² Décision 82-132 du Conseil constitutionnel

⁶⁷³ Magali Bouteille, Op. Cit. page 66

au sens de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui en fait un droit attaché à la personne humaine, mais dans un sens civiliste selon lequel la propriété ne se perd pas par le non usage »⁶⁷⁴. La possibilité de concéder l'usage du bien montre bien que le droit du fiduciaire ne disparaît pas par le non usage. Par conséquent, la propriété fiduciaire n'est pas plus prescriptible que la propriété ordinaire.

Le second aspect est la « *subordination de la durée de la propriété à la durée de l'objet* », si bien que si la chose disparaît, le droit de propriété disparaît également⁶⁷⁵. La perpétuité du droit de propriété vise la capacité de l'objet à être approprié par un sujet de droit, c'est cet élément qui perdure. L'auteur relève que la propriété fiduciaire ne met pas en péril la capacité du bien remis en fiducie à être transmis, approprié.

Selon l'auteur, l'article 544 du Code civil est plus souple qu'il n'y paraît et semble accepter des modalités externes. La définition classique du droit de propriété ne correspond pas à la réalité de la propriété qui fait preuve de beaucoup plus de flexibilité⁶⁷⁶. La réforme du droit des biens devra faire de notre droit de propriété un droit encore plus souple et fonctionnel.

L'auteur conclut qu'il « *faut parler de la propriété du fiduciaire et non de la propriété fiduciaire, terme trop ambigu* », le débat qui s'est déroulé à l'occasion de l'introduction de la propriété fiduciaire en droit français nous l'a bien montré, car admettre l'existence d'une propriété fiduciaire c'est admettre une propriété « amoindrie » à côté de la propriété ordinaire et cette distinction serait incompatible avec le droit français. L'auteur rappelle qu'une « *telle conception (de la propriété du fiduciaire) serait réellement incompatible avec notre conception de la propriété, cette dernière ne pouvant être définitivement, amputée d'une prérogative* »⁶⁷⁷.

Après avoir présenté les auteurs qui soutiennent que le droit de propriété est limité soit par des engagements personnels du fiduciaire soit de manière réelle, il nous reste à présenter les idées des auteurs qui considèrent que la fiducie provoquerait un éclatement du droit de propriété.

⁶⁷⁴ Magali Bouteille, Op. Cit. page 67

⁶⁷⁵ Il ne peut s'agir du lien d'appartenance entre la chose et le propriétaire car les biens ont vocation à circuler.

⁶⁷⁶ « *Cette malléabilité de la propriété civiliste rend possible l'assimilation du droit du fiduciaire à une modalité externe de la propriété et donc l'affirmation de la propriété du fiduciaire et ce à d'autant plus forte raison que cette dernière nous paraît opportune* » Magali Bouteille, Op. Cit. page 68

⁶⁷⁷ Magali Bouteille, Op. Cit. page 69

1.2.2.2.3 L'éclatement du droit de propriété par la fiducie

1.2.2.2.3.1 Le point de vue de Rémy Libchaber

Le professeur Libchaber, avant même l'introduction de la fiducie en 2007, a soutenu, dans le cadre d'une contribution aux Mélanges offerts au Professeur Malaurie que la fiducie aurait pour conséquence d'éclater le droit de propriété⁶⁷⁸.

Dans le cadre de cette étude, l'auteur part du principe qu'il est nécessaire d'intégrer la fiducie au droit français. Or la consécration de la fiducie risque de bousculer de nombreux principes du droit français⁶⁷⁹.

Comme le souligne l'auteur, l'institution est fondée sur un va et vient des biens du constituant au fiduciaire. « *Quels que soient les objectifs entrepris, des transferts de propriété inversés l'un de l'autre donnent la clef de l'institution : la propriété du fiduciaire les favorisera, la restitution par le fiduciaire les dénouera.* »⁶⁸⁰.

La fiducie utilise la propriété comme un moyen alors que le droit civil traite la propriété comme une fin autour de laquelle s'ordonnent des règles de droit.

Rémy Libchaber rappelle que le droit français ne connaît que deux causes susceptibles d'opérer un transfert de propriété. Il existe les cessions à titre onéreux et les cessions à titre gratuit⁶⁸¹. Dans ces situations, il y a soit une contrepartie soit une intention libérale⁶⁸² au transfert de propriété. La fiducie organise un transfert de propriété qui ne se fonde sur aucune des deux causes rappelées ci-dessus. Le fiduciaire ne reçoit rien du constituant qui justifie ce geste. La mission acceptée par le fiduciaire ne peut être également considérée comme une contrepartie au transfert du bien.

Dans ce contexte, Rémy Libchaber s'interroge afin de savoir si un transfert de propriété d'un bien peut se passer de toute contrepartie adéquate, matérielle ou intentionnelle. Il estime que « (...) *le mécanisme fiduciaire, en tant qu'il est fondé sur des transferts de propriété à la convenance des parties, oppose au droit français, une contradiction sur laquelle il n'est pas facile de passer. Bien sûr le législateur peut amender les exigences du droit français, en forgeant un principe de fiducie qui permette aux parties de recourir au procédé sans avoir à*

⁶⁷⁸ Rémy Libchaber, « *Une fiducie française, inutile et incertaine...* », in « Mélanges Philippe Malaurie », « *Liber amicorum* », Defrénois, 2003, page 303

⁶⁷⁹ L'auteur rappelle que la fiducie trouve sa source dans le droit romain. Mais le droit romain avait lui-même abandonné la fiducie en raison notamment de son archaïsme. En effet, le transfert de propriété était considéré comme lourd. Par conséquent, les professionnels ont préféré recourir à des techniques plus souples

⁶⁸⁰ Rémy Libchaber Op cit, Paragraphe 2

⁶⁸¹ Rémy Libchaber Op cit, Paragraphe 9

⁶⁸² *Animus donandi* selon l'auteur, Rémy Libchaber Op cit, Paragraphe 9

*justifier chaque transfert. Mais à terme ce dérèglement de la cause ne sera-t-il pas trop lourd à payer ? (...) Généraliser l'exception, c'est-à-dire des transferts de propriété sans cause, « c'est prendre le risque de changer les règles du droit français de façon drastique pour un besoin encore incertain : il n'est pas établi que l'institution de la fiducie soit utile »*⁶⁸³

Après avoir analysé la cause du transfert de la propriété au fiduciaire, l'auteur analyse objectivement le droit de propriété transmis au fiduciaire.

Dans cette question particulière, il compare ce droit de propriété au droit de propriété tel que défini par l'article 544 du Code civil. En raison de la conception moniste du droit de propriété, l'auteur déclare qu'il n'est pas envisageable de s'appuyer sur les règles de la « *common law* » pour analyser ce droit de propriété. En effet, celles-ci organisent l'éclatement du droit de propriété.

La conception moniste du droit de propriété, principe fondamental de notre système juridique, oblige à identifier un seul et unique propriétaire⁶⁸⁴. Le constituant n'est plus propriétaire, car l'opération de fiducie suppose nécessairement qu'il ait transféré sa propriété. C'est ce transfert qui permet de distinguer la fiducie-gestion d'un simple mandat de gestion ou la fiducie-sûreté d'un simple nantissement ou gage.

Rémy Libchaber estime que le fiduciaire n'est qu'un propriétaire temporaire et ses prérogatives sont limitées par la convention de fiducie. Ainsi, cette propriété « *ne relève pas des exigences classiques, qui identifient la propriété à son absolutisme dans le temps comme dans l'étendue des pouvoirs* »⁶⁸⁵.

Par conséquent, l'auteur en conclut que le fiduciaire ne peut pas être considéré comme propriétaire des actifs fiduciaires⁶⁸⁶.

Ainsi selon l'auteur, si l'actif mis en fiducie n'était la propriété d'aucune personne, il n'y aurait aucun propriétaire désigné. C'est la position soutenue par Aloys von Brinz. Dans cette hypothèse, les biens n'appartiendraient à personne en propre, sans pour autant être considérés comme des biens sans maître : ils seraient soumis à l'objectif, au but que leur immobilisation permet d'atteindre. Le fiduciaire va les gérer. Une telle situation se rencontre dans le droit québécois. Mais cette théorie ne fonctionne pas en droit français, cette propriété sans maître, asservie à ces seules finalités n'existe pas. L'accepter même par une loi expresse, de *lege ferenda*, risque de bouleverser fondamentalement le droit français⁶⁸⁷.

⁶⁸³ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 11

⁶⁸⁴ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 12

⁶⁸⁵ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 13

⁶⁸⁶ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 13

⁶⁸⁷ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 13

Ainsi, si ni le fiduciaire ni le constituant ne sont les propriétaires, le propriétaire devrait être le bénéficiaire.

Le bénéficiaire serait nu-propriétaire de l'actif mis en fiducie et le fiduciaire ne serait titulaire que d'un droit réel particulier et c'est grâce à ce droit qu'il pourrait remplir sa mission de fiduciaire. Le fait qu'il soit titulaire d'un droit réel justifie alors deux singularités de la fiducie, un droit temporaire et un droit limité dans ses prérogatives⁶⁸⁸.

Le bénéficiaire ne jouit d'aucun pouvoir sur les actifs, il n'a aucune prérogative immédiate mais à terme, il doit les consolider dans son patrimoine⁶⁸⁹. Le bénéficiaire doit être considéré comme un propriétaire, car un propriétaire se définit par sa vocation à détenir (à terme) toutes les utilités disponibles du bien.

Ainsi, l'auteur déclare que la fiducie n'opère pas « *un transfert de propriété en faveur d'un fiduciaire, qui n'a pas le dominium, mais un démembrement investissant simultanément le bénéficiaire de la propriété et le fiduciaire d'un droit réel finalisé, incorporant exceptionnellement l'abusus de la chose* »⁶⁹⁰.

Si l'on admet que la fiducie s'articule autour de cet éclatement du droit de propriété, cela permettrait de concevoir des fiducies « *en suivant les exigences civiles par amplification des modèles existants* », cette conception serait plus conforme au droit français que celle qui reviendrait à admettre que le fiduciaire exerce une propriété ordinaire sur les actifs mis en fiducie.

Lorsque la fiducie a été introduite par la loi n°2007-211, Rémy Libchaber a eu l'occasion de commenter ces nouvelles dispositions⁶⁹¹ et de mettre en exergue les ambiguïtés qu'elles soulèvent. L'auteur s'est penché une nouvelle fois sur la propriété ainsi transmise au fiduciaire. Le Professeur Libchaber a rappelé qu'il existe deux causes de transfert de propriété et que le transfert fiduciaire « *ouvre ainsi sur une troisième cause de transfert de propriété en droit français*⁶⁹² ». Mais il s'agit selon l'auteur « *d'une cause bien paradoxale (...) (car) le fiduciaire ne reçoit la propriété que parce qu'a priori, il n'est pas destiné à la garder* ». Ainsi, « *le passage par le fiduciaire n'est donc qu'une sorte de palier technique entre deux propriétés absolues* »⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 14

⁶⁸⁹ Le propriétaire est celui qui a vocation à devenir à terme propriétaire, revoir sur ce point la thèse de Pierre Crocq

⁶⁹⁰ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 16

⁶⁹¹ Rémy Libchaber, « *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007* » Répertoire du notariat Defrénois, n°15 p.1094

⁶⁹² Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 21

⁶⁹³ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 21

Par conséquent, le transfert fiduciaire n'est pas une fin mais simplement un moyen de réaliser les objectifs de la fiducie. L'auteur constate que « *la cause de la remise de la chose au fiduciaire tient bien à la mission qu'il assume, mais cette cause ne peut rendre compte du transfert de cette instance si particulière qu'est la propriété* »⁶⁹⁴.

En outre, l'auteur insiste sur le fait que la propriété ainsi confiée au fiduciaire n'est pas celle visée par l'article 544 du Code civil car les caractéristiques du droit de propriété (absolutisme, imprescriptibilité et exclusivité⁶⁹⁵) sont absentes.

L'auteur est également déçu que le législateur se soit contenté d'accepter cette notion de patrimoine d'affectation sans reprendre la position adoptée par le Québec, tirant toutes les conséquences de la théorie du patrimoine à but posée par Aloys von Brinz⁶⁹⁶.

Compte tenu de l'absence de toute disposition visant expressément le transfert de la propriété, et du principe de neutralité fiscale⁶⁹⁷, l'auteur en déduit que le constituant ne cesse pas d'être le propriétaire de l'actif mis en fiducie. Le fiduciaire ne serait investi que d'un droit sur les actifs qui lui sont confiés. La nature du droit du fiduciaire pourrait être personnelle ou réelle. Dans ce dernier cas, il faudrait intervenir législativement afin de créer un droit réel au profit du fiduciaire, celui-ci pouvant ainsi se faire confier des « *prérogatives à géométrie variable pouvant aller jusqu'à l'abus* »⁶⁹⁸.

Ainsi Rémy Libchaber estime que cette nouvelle conception de la fiducie constituerait une fiducie française distincte des autres fiducies européennes et permettrait surtout de ne pas bousculer le contenu de notre droit civil et plus particulièrement le droit de propriété.

Compte tenu des différentes réformes qui ont modifié la fiducie qui ont eu pour principales caractéristiques de réaffirmer la fiducie organisée en transfert de la propriété du constituant au fiduciaire, il est semble difficile de souscrire aux idées soutenues par Rémy Libchaber. En outre, le principal objectif poursuivi par les parties ayant recours à une fiducie, est d'organiser la sortie d'un actif du patrimoine du constituant. Cette caractéristique se retrouvait déjà dans

⁶⁹⁴ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 21

⁶⁹⁵ Rémy Libchaber Op cit paragraphe 22 « *Ce qui frappe dans la propriété ainsi transmise au fiduciaire, c'est que l'on y retrouve aucune des caractéristiques dans lesquels le droit civil incarne traditionnellement la propriété* » « *le fiduciaire n'est pas libre à l'égard de la chose, alors que c'est précisément par la liberté que la propriété se définit* » En outre, l'existence de contrôles sur le fiduciaire « *empiète sur l'une des prérogatives les mieux établies du propriétaire : l'exclusivité* »

⁶⁹⁶ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 23

⁶⁹⁷ « *Le simple fait de supposer qu'il puisse y avoir transfert de propriété des biens incite à examiner les droits d'enregistrement, il est rare que le droit français admette des mutations gratuites ou onéreuses sans les taxer* ». Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 26

⁶⁹⁸ Rémy Libchaber Op cit Paragraphe 28

le droit romain et c'est en cela qu'il fallait protéger les autres parties de l'éventuelle insolvabilité ou malhonnêteté du fiduciaire, puisque ce dernier devenait propriétaire.

1.2.2.2.3.2 Le point de vue de Michel Grimaldi

Dans le cadre du projet de 1991 visant à introduire la fiducie en droit français⁶⁹⁹, le professeur Grimaldi avait consacré une étude à la fiducie⁷⁰⁰. Il est intéressant de constater que ses principales conclusions ont été reprises dans le cadre d'une intervention plus récente⁷⁰¹.

Dès son introduction, il constate qu'« *A première vue, elle (la fiducie) consiste donc en un transfert de propriété⁷⁰², mais d'une propriété doublement limitée : dans sa substance, par les restrictions apportées aux prérogatives qui s'y attachent ; dans sa durée, par l'obligation où se trouve généralement le fiduciaire de la restituer ou de la transmettre. Ainsi définie, elle apparaît comme un mécanisme abstrait : elle ne dévoile point ses utilités. Celles-ci sont pourtant multiples, et permettent de distinguer (en simplifiant) la fiducie-gestion de la fiducie-sûreté* »⁷⁰³.

L'auteur énonce qu'il est nécessaire de s'interroger sur la propriété ainsi transmise au fiduciaire et constate que « *La propriété fiduciaire fait l'objet d'une double contestation : tantôt, on requalifie la fiducie en une opération juridique qui l'exclut ; tantôt on n'y voit qu'une propriété simulée. Aucune de ces deux contestations n'est pertinente*⁷⁰⁴ ».

Selon Michel Grimaldi, cette « *réticence à accueillir la fiducie comme telle s'explique, sans doute, par la difficulté à admettre qu'il puisse y avoir transmission d'un droit là où l'ayant cause n'acquiert pas certaines des prérogatives essentielles que son auteur tenait de ce*

⁶⁹⁹ Dont nous avons rappelé les grandes lignes dans notre introduction

⁷⁰⁰ Michel Grimaldi « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre* », Defrénois, 15 septembre 1991 n°17 p 897

⁷⁰¹ Michel Grimaldi « *La propriété fiduciaire* » in « *La fiducie dans tous ses états* » Association Henri Capitant, Journée nationale, Tome XV Paris-Est Créteil, Collection thèmes & Commentaires, Edition Dalloz, 2011, page 5

⁷⁰² Projet de rédaction de l'Article 2062 du Code civil « *La fiducie est un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé, au profit de bénéficiaires. Le constituant peut être le constituant lui-même* ».

⁷⁰³ Michel Grimaldi « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre* », Defrénois, 15 septembre 1991 n°17 p 897 paragraphe 1

⁷⁰⁴ Michel Grimaldi Op. cit.Paragraphe 7

droit »⁷⁰⁵. C'est dans ce contexte, que Michel Grimaldi s'est penché sur la propriété fiduciaire.

La propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil ni celle de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen élevé au rang des droits inaliénables et sacrés, dont on connaît la valeur constitutionnelle. Contrairement à la propriété ordinaire, la propriété fiduciaire n'est ni une source de richesse ni une source de pouvoir.

Michel Grimaldi rappelle que la propriété ordinaire est un élément de richesse (notamment par la perception de revenus) et donc de crédit. En effet, les créanciers d'un propriétaire peuvent saisir son bien. *« En revanche, la propriété fiduciaire n'est un élément ni de richesse, ni de crédit. Jamais, le fiduciaire ne fait les fruits siens, ni ne peut aliéner à son profit : sa propriété ne lui procure aucun revenu, ni n'accroît son capital, de sorte que les plus ou moins-values ne sont pas pour lui. Corrélativement, la propriété fiduciaire n'est pas source de crédit »*⁷⁰⁶.

La propriété ordinaire est synonyme de pouvoir pour l'auteur et confère, sur la chose, les pouvoirs les plus étendus : l'usus (usage), le fructus (jouissance) et l'abusus (disposition). Sa plénitude permet à son titulaire de tirer de la chose toutes ses utilités. Or, la propriété fiduciaire n'investit pas nécessairement tous les pouvoirs sur la chose. En effet, les pouvoirs du fiduciaire sont limités conventionnellement⁷⁰⁷. Compte tenu de la liberté contractuelle, l'auteur met donc en avant le constat que cette *« propriété est à géométrie variable »*⁷⁰⁸.

En ce qui concerne les pouvoirs limités du fiduciaire, Michel Grimaldi constate que les pouvoirs refusés au fiduciaire sont des pouvoirs perdus car le fiduciaire ne peut pas conserver ces pouvoirs. La convention limite les prérogatives du fiduciaire, et *« le transfert partiel s'accompagne de la déperdition du reliquat »*. L'auteur y voit un *« risque d'entrave à la*

⁷⁰⁵ Michel Grimaldi Op. cit.Paragraphe 10

⁷⁰⁶ Michel Grimaldi Op. cit Paragraphe 12

⁷⁰⁷ Le fiduciaire n'acquiert pas nécessairement tous les pouvoirs d'un propriétaire. L'étendue de ses pouvoirs, d'administration comme de disposition (art. 2063, al. 1 de ce projet) : *« Le contrat désigne les biens et droits qui font l'objet de la fiducie et définit l'étendue des pouvoirs d'administration ou de disposition conférés au fiduciaire »*.

⁷⁰⁸ Michel Grimaldi Op. cit Paragraphe 15

*bonne exploitation ou la libre circulation du bien : l'interdiction d'aliéner faite au fiduciaire crée une situation de mainmorte*⁷⁰⁹ ».

Michel Grimaldi relève également que la propriété fiduciaire ne présente pas les caractères de la propriété de droit commun : la perpétuité et l'exclusivité.

La propriété ordinaire est perpétuelle en ce sens qu'elle a vocation à se prolonger indéfiniment. Or, la propriété fiduciaire est par essence temporaire compte tenu de la durée limitée de toute convention de fiducie.

L'exclusivité est un caractère majeur de la propriété et se matérialise par un monopole de la part du propriétaire à l'égard de la chose, objet du droit de propriété. L'exclusivité évince et élimine de la chose toute autre personne que le propriétaire. En vertu de l'exclusivité, le propriétaire a le «*pouvoir d'interdire à autrui d'établir une relation avec le bien*». Le fiduciaire est également dans une situation d'exclusivité. Dans la fiducie-gestion, seul le fiduciaire gère le bien. Dans la fiducie-sûreté, le fiduciaire est dans une situation d'exclusivité vis-à-vis des autres créanciers du débiteur et il se voit conférer le droit exclusif de recevoir le paiement de la créance sur le bien considéré. La fiducie assure l'exclusivité et place son titulaire hors concurrence. C'est donc sur le terrain de l'exclusivité que la propriété fiduciaire se rapproche le plus de la propriété de droit commun.

Néanmoins, l'auteur conclut que la propriété fiduciaire n'est pas la propriété de l'article 544 du Code civil. «*Elle (la propriété fiduciaire) apparaît donc comme une technique - mieux : comme une technique d'exclusion -, appliquée tantôt à la gestion des biens d'autrui, tantôt à une garantie prise sur le bien d'autrui.*⁷¹⁰ »

Pour Michel Grimaldi, la fiducie et plus particulièrement la fiducie-gestion «*provoque un éclatement, un dédoublement de la propriété, très comparable à celui que réalise le trust . Un même bien se trouve faire l'objet de deux exclusivités : une exclusivité de gestion, qui constitue la propriété du fiduciaire (la legal property du trustee); une exclusivité économique, qui constitue la propriété du fiduciant ou du bénéficiaire de la fiducie (l'equitable property du beneficiary, qui peut être le settlor)* »⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Michel Grimaldi Op. cit Paragraphe 15

⁷¹⁰ Michel Grimaldi Op. cit Paragraphe 18

⁷¹¹ Michel Grimaldi Op. cit Paragraphe 18

Parce qu'elle est dédoublée, la propriété fiduciaire crée deux risques : celui d'un conflit entre le fiduciaire et le fiduciant; celui d'une confusion chez les tiers. L'auteur avait réfléchi à deux techniques alternatives dont l'une a été reprise par la loi du 19 février 2007, c'est la théorie du patrimoine d'affectation⁷¹².

1.2.2.2.3.3 *Le point de vue de Gauthier Blanluet*

Le professeur Blanluet constate que la notion de propriété économique bien qu'inconnue en droit français est utilisée en droit fiscal et dans certains contrats spéciaux dont notamment la fiducie⁷¹³. L'auteur reconnaît qu'il est fort difficile de définir la propriété économique. Selon ce dernier, le droit actuel est au « *seuil de la propriété économique. Il ne l'a pas vraiment franchi, en conscience du moins* »⁷¹⁴.

Cependant l'auteur a élaboré une définition de la propriété économique via deux prismes qui sont, le droit fiscal et l'ordre économique.

La propriété économique en droit fiscal « *peut se définir comme l'état d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas le propriétaire et dont les avantages qu'elle retire conduisent à la regarder fiscalement comme un propriétaire ou alternativement commandent de la soumettre à un régime fiscal emprunté au régime de la propriété* »⁷¹⁵.

Dans l'ordre économique, la propriété économique peut se définir « *comme la relation d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas juridiquement propriétaire, laquelle relation, d'une part, résulte d'un acte juridique, le plus souvent un contrat conclu entre cette personne et le propriétaire juridique et d'autre part, confère, à cette même*

⁷¹² Michel Grimaldi Op. cit Paragraphe 21 : La première oblige le fiduciaire à créer une personne morale - ce qu'il peut faire seul depuis l'introduction dans notre droit de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L.) -, dont le patrimoine, distinct du sien, accueillera les biens fiduciaires. L'autonomie des deux patrimoines justifie alors que l'actif fiduciaire ne réponde que du passif fiduciaire : que les biens fiduciaires ne puissent être saisis que par ceux dont la créance est née de leur gestion.

La seconde consiste à constituer ces mêmes biens en une masse à part, répondant des seules dettes nées de l'exécution de la fiducie : cet actif et ce passif, liés, forment le patrimoine fiduciaire, affecté à l'exécution de la fiducie. Le fiduciaire se retrouve ainsi à la tête de deux patrimoines : son patrimoine ordinaire et un patrimoine d'affectation. Cette technique est sans doute moins lourde que la précédente (même si elle implique une publicité destinée à informer les tiers du contenu de chacun des deux patrimoines)

⁷¹³ Gauthier Blanluet « *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français- recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil* », collection bibliothèque de droit privé, tome 313, L.G.D.J., 1999

⁷¹⁴ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 303

⁷¹⁵ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 304

*personne un droit dont l'exercice lui donne vocation à bénéficier, pour elle-même et à titre exclusif, de la totalité de la substance économique du bien .»*⁷¹⁶

Cette étude est d'autant plus intéressante qu'elle distingue la propriété économique de la propriété juridique d'une valeur économique⁷¹⁷.

La propriété économique n'est pas non plus la valeur économique de la propriété⁷¹⁸ ni une propriété de fait⁷¹⁹.

L'auteur décrit la propriété économique, comme on pourrait le faire pour un droit subjectif. La propriété économique a un sujet actif et un sujet passif. La propriété économique a également un objet.

On distingue deux types de propriétés économiques, l'une active et l'autre passive. C'est-à-dire d'un côté, l'exploitation active et de l'autre côté, la jouissance passive.

La propriété économique active *« suppose la mise en œuvre, par le propriétaire économique, d'une exploitation au sens où ce terme est entendu en doctrine. Il y a donc de la part du propriétaire économique, l'exercice effectif d'un droit de jouissance en vue de la production et de l'appropriation de richesses*⁷²⁰ ». Il y a donc l'exercice d'une activité effective et personnelle en relation directe avec la chose.

La propriété économique active est le droit commun de la propriété économique. Le contrat de vente avec clause de réserve de propriété et le contrat de crédit bail en donnent une bonne illustration. Le crédit preneur, l'acquéreur, le concessionnaire d'un bail de carrières exploitent activement les biens dont ils jouissent, ils sont titulaires de la propriété économique⁷²¹.

⁷¹⁶ Gauthier Blanluet Op. cit Paragraphe 305

⁷¹⁷ « (...) Le droit admet que certaines valeurs économiques puissent constituer des biens appropriables juridiquement. Ces propriétés ne sont pas des propriétés économiques lorsqu'elles s'appliquent à des richesses totalement autonomes c'est-à-dire non prélevées sur la richesse représentée par des biens faisant l'objet d'un droit de propriété. Elles peuvent, à titre exceptionnel, constituer des propriétés économiques lorsque le droit admet la création d'une propriété sur une valeur économiquement extraite de la substance économique d'une autre bien.» Gauthier Blanluet Op. cit Paragraphe 306

⁷¹⁸ « La propriété juridique en effet, exprime une valeur patrimoniale en ce qu'elle porte sur un bien, c'est-à-dire une unité du patrimoine. Cette valeur patrimoniale, si elle peut faire l'objet d'une propriété économique, n'est pas une propriété économique. Le soutenir serait admettre que tout propriétaire juridique est aussi un propriétaire économique, ce qui est absurde (...).» Gauthier Blanluet Op. cit Paragraphe 307

⁷¹⁹ « elle découle d'une situation de droit. Ceci se conçoit simplement. Pour avoir accès aux services procurés par la chose, il faut que la propriété économique y soit spécialement autorisés par le propriétaire juridique.» Gauthier Blanluet Op. cit Paragraphe 308

⁷²⁰ Gauthier Blanluet Op. cit Paragraphe 315

⁷²¹ « Le propriétaire économique est le maître de la chose, il l'exploite, en retire toutes les utilités. La chose est placée dans sa dépendance. (...) Le propriétaire économique actif, en effet, a vocation à épuiser intégralement la substance économique de la chose, ce qui suppose qu'il puisse en jouir et en

Le propriétaire économique passif est « *celui qui retire de l'exploitation d'un bien l'ensemble des avantages économiques sans exploiter lui-même le bien* ⁷²² ». Ici la chose n'est pas mise en valeur par le propriétaire économique mais pour lui. Ses liens avec l'objet sont donc indirects. Des exemples de propriétés économiques passives sont identifiables dans le contrat de société et le contrat de fiducie-gestion.

Dans le cadre d'une fiducie-gestion, le constituant peut être considéré comme propriétaire économique passif. Il a été le propriétaire juridique⁷²³ et « *il pourrait le redevenir ou, tout au moins, décider du sort de la propriété* ⁷²⁴ ». Le propriétaire économique contrôle « *l'usage et la destinée de la chose* » notamment en fixant des instructions de gestion au fiduciaire dans le cadre de la convention de fiducie. Bien qu'il ait transféré son titre juridique de propriété au fiduciaire, le constituant « *conserve la maîtrise de la chose* ⁷²⁵ ».

Pour l'auteur, la propriété du fiduciaire n'est qu'une « *propriété dénaturée, faisant grand cas de la forme et peu de la substance. Propriété asservie, elle heurte de front le principe d'absolutisme du droit de propriété. Propriété diminuée aux seuls effets juridiques recherchés par les parties* ⁷²⁶ ».

La propriété économique passive dont est titulaire le constituant d'une fiducie, est fort peu éloignée de la propriété juridique. Le propriétaire économique (le constituant) se défait de la propriété juridique. « *Le propriétaire économique est réellement un propriétaire juridique qui n'entend pas dire son nom. (...) Corrélativement, le propriétaire juridique (c'est-à-dire le fiduciaire), simple dépositaire d'un titre sans contenu, n'a pas d'autorité sur le bien qui forme sa propriété. Il fait injure à la propriété absolue et exclusive et contribue un peu plus à déchirer l'ordre juridique classique* ⁷²⁷ ».

Le propriétaire économique d'un bien est « *celui qui en retire les fruits, lorsqu'il y en a et surtout, en consomme la substance* ⁷²⁸ » c'est-à-dire « *bénéficiaire pour lui-même de la richesse qu'elle produit* » ⁷²⁹.

disposer comme l'aurait fait un propriétaire. La propriété économique porte la marque d'une certaine forme d'absolutisme » Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 401

⁷²² Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 327

⁷²³ Il « *s'est dépouillé du titre de propriétaire mais il en conserve l'émolument. Le tiers titulaire du droit de propriété (le fiduciaire) n'est économiquement qu'un prestataire de services dont la rémunération n'est aucunement tirée des revenus produits par la chose* »

⁷²⁴ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 399

⁷²⁵ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 399

⁷²⁶ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 400

⁷²⁷ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 408

⁷²⁸ « *Perception des fruits, consommation de la substance, ces conséquences pratiques de la propriété juridique qui ne dont que la décrire sans plus la définir, cernent le contenu de la propriété économique et renseignent sur son essence* » Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 413

Ainsi, le fiduciaire est un prestataire de services. Dans cette situation le propriétaire juridique c'est-à-dire le fiduciaire n'a aucune vocation à retirer quelque richesse que ce soit du bien qu'il détient. Il se peut que sa rémunération provienne financièrement de l'exploitation et soit en quelque sorte prélevée sur les revenus de la chose. Ainsi, un fiduciaire peut prélever une part de l'actif fiduciaire ou de son produit afin de percevoir sa rémunération. Cette part de revenus perçus par le fiduciaire n'est pas le signe du prélèvement de la substance économique. Elle exprime le « *prix du service rendu et c'est plus par commodité que par nécessité qu'elle se trouve ainsi faire l'objet d'une sorte d'imputation préciputaire sur les produits engendrés par la chose*⁷³⁰ ».

« *Le propriétaire juridique (le fiduciaire) tient sa propriété d'autrui ; il la détient pour autrui. La substance économique de la chose lui échappe donc totalement. La rémunération de son labeur n'y porte pas atteinte. Il s'agit toujours du prix d'un service rendu au propriétaire économique et non d'un intéressement aux résultats dégagés par la mise en valeur de la propriété. L'amputation des richesses gérées à laquelle elle peut donner lieu n'est donc pas un prélèvement de substance* »⁷³¹.

Lorsque la fiducie fut introduite en 2007, cette idée de la spécificité de la propriété fiduciaire a été reprise par Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall dans le cadre de deux études⁷³² qui ont appelé à la réforme de la fiducie en mettant en exergue notamment le fait que la fiducie ne repose pas sur « *un corps de doctrine affirmé* ». Selon les auteurs, « *L'institution (la fiducie) est si nouvelle, elle nous est si étrangère qu'on ne sait comment l'acclimater à son environnement* »⁷³³.

En ce qui concerne la question de la propriété fiduciaire, les auteurs déclarent que « *Les droits du fiduciaire s'exercent de manière fiduciaire, c'est-à-dire dans l'intérêt d'autrui, en l'occurrence le ou les bénéficiaires. La novation par rapport aux concepts existants est si considérable qu'on aurait pu s'attendre à ce que fût exprimée avec force la nature de ce droit fiduciaire, ou pour simplifier, de cette propriété fiduciaire. A aucun moment, pourtant, il n'y est fait référence. La question n'est traitée que par préterition et bribes* »⁷³⁴.

⁷²⁹ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 415

⁷³⁰ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 496

⁷³¹ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 496

⁷³² Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall, « *La fiducie, une œuvre inachevée* » Droit des sociétés, n°7, juillet 2007, étude n°9 et Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall, Op. « *La fiducie, une œuvre inachevée - un appel à la réforme* » ; JCP G, n°27, 4 juillet 2007

⁷³³ Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall, Op. « *La fiducie, une œuvre inachevée - un appel à la réforme* » ; JCP G, n°27, 4 juillet 2007 paragraphe 7

⁷³⁴ Op cit, paragraphe 10

Les auteurs précisent que « *l'on ne peut embrasser la propriété fiduciaire dans une définition unique, car ses formes peuvent varier à l'infini. On dira que ses contours ne sont pas précis, ou plutôt qu'ils dépendent du contrat, c'est-à-dire des pouvoirs conférés au fiduciaire, du moins lorsque les tiers en ont connaissance* »⁷³⁵.

Ainsi, après avoir présenté les auteurs qui soutiennent que la fiducie fait éclater le droit de propriété, nous allons rappeler que d'autres auteurs considèrent que la propriété ne transfère la propriété telle que définie à l'article 544 du Code civil.

1.2.2.3 La fiducie ne transfère pas la propriété de l'article 544 du Code civil

Dans le cadre d'une étude intitulée « *Fiducie et propriété* », Blandine Mallet-Bricout⁷³⁶, rappelle que « *la fiducie est en effet présentée comme mettant en œuvre une technique du double transfert de propriété, un premier transfert de propriété du patrimoine propre du constituant au patrimoine dit « fiduciaire » du fiduciaire, puis un second transfert, à l'extinction de la fiducie, du patrimoine fiduciaire au patrimoine propre du bénéficiaire de la fiducie (qui peut être un tiers ou le fiduciaire lui-même)* »⁷³⁷.

L'auteur axe ses recherches sur le transfert de propriété et plus particulièrement sur la nature de la propriété détenue par le fiduciaire c'est-à-dire celle que l'on appelle la propriété fiduciaire. Ainsi l'auteur constate que le contrat de fiducie instrumentalise le droit de propriété et la propriété « *devient l'instrument de rapports obligationnels dominants, au risque de perdre sa substance même* ».

Mais avant de distinguer et d'isoler cette propriété confiée au fiduciaire, l'auteur compare la propriété transférée au fiduciaire à la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil⁷³⁸.

⁷³⁵ Op cit, paragraphe 10

⁷³⁶ « *Fiducie et propriété* » in « *Liber amicorum Christian Larroumet* », Blandine Mallet-Bricout, Economica, 2010, page 297

⁷³⁷ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 2

⁷³⁸ Blandine Mallet-Bricout rappelle qu'il est « *difficile de mettre en lumière une définition de la propriété qui fasse l'unanimité en doctrine. S'opposent ainsi bien souvent les tenants d'une conception classique du droit de propriété, dont la définition repose à la fois sur ses éléments constitutifs (ou attributs) : usus, fructus, abusus et sur ses caractères propres : absolutisme, exclusivisme, perpétuité, et les tenants d'une conception plus objective du droit de propriété fondée essentiellement sur l'idée d'une relation d'appartenance exclusive et reléguant comme étant secondaire la question des prérogatives du propriétaire sur la chose. Il semble cependant que la majorité des auteurs s'accorde à considérer que la propriété réunit toutes les utilités des biens, qu'elle est le droit réel le plus complet que l'on puisse exercer sur une chose et qu'elle se manifeste essentiellement par l'exclusivité qu'elle confère au titulaire du droit de propriété et par sa vocation à la perpétuité. Parce qu'il est le seul maître de son bien, le propriétaire peut en user, en tirer les fruits et surtout en disposer. Le droit de disposer des choses est ainsi l'expression la plus complète de son pouvoir, un attribut spécifique du droit de propriété qu'on ne retrouve pas dans les autres droits réels.* » Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 5.

L'auteur rappelle que la propriété du fiduciaire a théoriquement l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Mais les dispositions du Code civil régissant la fiducie viennent, les unes après les autres, limiter la propriété exercée par le fiduciaire. Les plus révélatrices de cette situation sont les suivantes :

- L'article 2018-6 ° du Code civil rappelle que « *Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité (...) La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.* »
- L'article 2023 du Code civil qui envisage par principe que le fiduciaire n'a que des pouvoirs limités « *Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* ».

L'auteur cite ces deux articles mais d'autres articles auraient pu être cités notamment ceux prévoyant l'obligation de rendre compte, la surveillance du fiduciaire par un tiers ou la révocation du fiduciaire⁷³⁹.

Comme nous l'avons indiqué, l'auteur dans un premier temps a rappelé la force du droit de propriété de l'article 544 du Code civil. Puis dans un second temps en comparant le fiduciaire au propriétaire de l'article 544 du Code civil, l'auteur constate que le fiduciaire est dans une position très inférieure à celle du propriétaire du Code civil.

L'auteur en conclut par une question forte « *Peut-on plus nettement renverser l'esprit de l'article 544 du Code civil ?* ».

Ainsi, l'auteur n'utilise pas le terme de limitation mais de renversement, ce qui est, selon nous, encore plus marquant. « *Le fiduciaire n'est pas le propriétaire entendu comme seul maître de la chose, mais bien davantage un gestionnaire (fiducie-gestion) ou un conservateur (fiducie-sûreté), soumis à un impératif de respect du but déterminé de l'opération (article 2011) et des pouvoirs que le constituant lui a laissés. Ainsi du point de vue de l'exercice de*

⁷³⁹ Article 2017 du Code civil « *Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant* »

Article 2022 du Code civil « *Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant (...)* ».

Article 2027 du Code civil « *En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant* »

toutes les utilités de la chose par le propriétaire, on peine à reconnaître dans le fiduciaire une telle qualité »⁷⁴⁰.

Si néanmoins, on lui conserve son titre de propriétaire, l'auteur rappelle que les « *limites posées aux prérogatives du fiduciaire propriétaire ne lui sont pas temporairement imposées, elles le sont de manière définitives pour la bonne raison que ces limites visent à préserver les droits du tiers bénéficiaire ou du constituant* ».

L'auteur constate que les caractères du droit de propriété (absolutisme, perpétuité, exclusivité) ne se retrouvent pas dans la propriété qui est transférée au fiduciaire.

La perpétuité est absente du droit de propriété transmis au fiduciaire car il s'agit d'une « *propriété de passage* » ou d'une propriété « *assortie d'une rétrocession future et de prévisible (...) Cette propriété s'oppose en cela nettement à la propriété ordinaire, dont la vocation à la perpétuité a été clairement admise en jurisprudence, aussi bien en ce qui concerne les immeubles qu'en ce qui concerne les meubles* »⁷⁴¹.

L'exclusivité a également disparu, « *non seulement le fiduciaire est bien loin d'être le seul maître des biens mis en fiduciaire (...) il peut être exclu de ce rapport aux biens par l'effet de la décision du constituant ou du tiers bénéficiaire* ». Il est sous le contrôle du constituant et « *n'a donc véritable plénitude des pouvoirs de principe, sur les biens mis en fiducie* »⁷⁴².

Enfin, le fiduciaire peut se voir retirer son droit de propriété fiduciaire contre sa volonté, le fiduciaire « *a moins de prérogatives sur le patrimoine fiduciaire que celui qui est à l'origine de sa constitution (le constituant) ou que celui qui en sera le bénéficiaire* ».⁷⁴³

L'auteur rappelle que la fiducie est construite autour du transfert de propriété et plus particulièrement de la propriété.

En transférant ainsi au fiduciaire une propriété qui n'en est pas une, « *l'esprit de l'institution est en contradiction avec la technique sur laquelle elle est censée reposer, il semble légitime de se demander, en l'occurrence, si la propriété fiduciaire se serait pas qu'une apparence de propriété* »⁷⁴⁴.

Ainsi, la propriété fiduciaire « *ne s'est pas vue insuffler l'esprit de la propriété classique, celle de l'article 544 du Code civil et elle peine à répondre à ses caractéristiques fondamentales* »⁷⁴⁵. Elle « *réalise une évolution marquante du concept de propriété en ce*

⁷⁴⁰ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 5

⁷⁴¹ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 11

⁷⁴² Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe, 12

⁷⁴³ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 13

⁷⁴⁴ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 16

⁷⁴⁵ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 20

qu'elle autorisé désormais la reconnaissance de propriétés asservies et dénuées de tout intérêt propre pour le propriétaire (le fiduciaire) »⁷⁴⁶.

Le fiduciaire est propriétaire pour compte d'autrui. « *Or, cette situation crée plusieurs difficultés pratiques, sources d'incohérences juridiques*». L'auteur rappelle que cette instrumentalisation du droit de propriété notamment dans le domaine des propriétés garanties n'est pas nouvelle mais cette fois-ci, le législateur semble être all e très loin car « *la propriété fiduciaire constitue un dévoiement de la propriété en négligeant l'esprit de l'institution dans le but de consacrer une propriété technique (de gestion des biens d'autrui) »⁷⁴⁷.*

Le régime des dispositions régissant la fiducie dans le Code civil n'a que pour but « *de permettre à un tiers de gérer à la demande du constituant des biens qui doivent au final revenir à une troisième personne (...) la propriété fiduciaire sera ainsi le plus souvent utilisée non pas pour que son titulaire exploite librement les richesses des biens dans son propre intérêt, mais dans le but d'une séparation de ses biens du patrimoine propre du constituant*»⁷⁴⁸.

Sur cette analyse de la propriété fiduciaire, Blandine Mallet-Bricout partage le même point de vue que celui émis par Frédéric Danos⁷⁴⁹.

Les deux auteurs arrivent ainsi à la même conclusion, celle d'admettre qu'il n'y a pas de transfert de propriété, comme l'affirme également Rémy Libchaber.

Cependant Blandine Mallet-Bricout est réservée sur cette analyse car elle reviendrait « *  admettre la possibilité de constituer un droit réel à contenu variable (en fonction des limitations aux prérogatives du fiduciaire figurant dans les clauses contractuelles de la fiducie et même un droit réel étant à son titulaire toute prérogative tirée du droit réel principal que constitue la propriété. Lorsque le fiduciaire n'a ni l'usage, ni la jouissance, ni*

⁷⁴⁶ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 22

⁷⁴⁷ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphe 27

⁷⁴⁸ Blandine Mallet-Bricout Op cit, paragraphes 27 et 28

⁷⁴⁹ Pour ce dernier, le « *caractère temporaire qui affecte ce type de propriété fiduciaire tend d'ailleurs à démontrer que la perpétuité est inhérente à la nature même du droit de propriété puisque ce caractère temporaire (intimement li e au fait que la propriété fiduciaire est finalisée) modifie compl etement la figure juridique à laquelle correspond traditionnellement la propriété : parce qu'elle est temporaire et qu'elle est dans cette logique, dès sa naissance, une propriété finalisée au service d'autrui, elle doit donner lieu, pour la préservation de sa fin, à la création d'un patrimoine d'affectation ; surtout les prérogatives du propriétaire fiduciaire sont très limitées dans la mesure où le fiduciaire n'a aucune vocation à une jouissance personnelle de la chose et ne peut en principe en disposer librement afin de respecter la finalité assignée à sa propriété temporaire. La propriété fiduciaire n'a donc rien à voir avec la propriété de l'article 544 du Code civil, laquelle ne peut sortir indemne d'une rencontre avec la première nommée. La propriété fiduciaire appar ait comme une propriété d'attente ou de transposition, une pure propriété nominale, au titre de laquelle le fiduciaire ne dispose quasiment d'aucune prérogatives dont peut se prévaloir un propriétaire traditionnel.*» « *Propriété, possession et opposabilité* » Frédéric Danos, *Economica*, 2007, paragraphe 43

le droit de disposer du bien placé en fiducie, quel est le contenu de ce supposé droit réel d'un nouveau genre ?»⁷⁵⁰

Enfin pour Frédéric Danos, seule la « *fiducie-sûreté semble pouvoir s'adapter à la conception classique de la propriété. En effet, le propriétaire fiduciaire pouvant être considéré comme un véritable propriétaire dans la mesure où à la différence des autres cas de fiducie, il dispose d'une vocation à la jouissance de la chose étant, cependant sous condition résolutoire du paiement de la créance garantie à l'échéance, tandis que, a contrario l'engagement de re-transfert du fiduciaire au profit du constituant, qui caractérise la fiducie, est conclu sous la condition suspensive du paiement de la créance garantie. (...) Le fiduciaire a une pleine vocation à la jouissance de la chose, son droit de propriété étant uniquement placé sous la condition résolutoire du paiement de la créance garantie, tandis que le re-transfert de la chose ainsi que le droit de propriété du débiteur-constituant sont sous la condition suspensive du même paiement de la créance garantie. Sous cet aspect, la fiducie-sûreté ou cession à titre de garantie, qui repose sur un mécanisme de transfert sous condition résolutoire et se rapproche sur ce point de la vente à réméré, ne consacre pas au sens technique du terme, une véritable propriété temporaire en contradiction avec la définition de l'article 544. La cession de propriété à titre de garantie correspond dans cette perspective à une modalité de l'obligation, une modalité qui affecte le transfert de propriété et non le droit de propriété lui-même lequel reste – dans sa nature – perpétuel. En ce sens, la fiducie –sûreté aurait pu s'appuyer sur un autre schéma que celui visé par le nouveau régime de droit commun, tel qu'il résulte de l'article 2011 du Code civil, et reposer par là-même sur les texte du droit commun des obligations ainsi que sur la conception classique du droit de propriété»⁷⁵¹.*

La propriété fiduciaire étant une propriété au service d'autrui, Blandine Mallet-Bricout n'est donc pas étonnée de constater que le projet comportait une disposition tendant à proposer l'introduction d'un second alinéa à l'article 2011 du Code civil⁷⁵² reprenant cette notion d'exercice de la propriété pour le compte d'autrui⁷⁵³.

⁷⁵⁰ « *Fiducie et propriété* » in « *Liber amicorum Christian Larroumet* », Blandine Mallet-Bricout Economica, 2010, paragraphe 18

⁷⁵¹ « *Propriété, possession et opposabilité* » Frédéric Danos, Economica, 2007, paragraphe 43

⁷⁵² Amendement proposé par Philippe Marini dans le cadre de la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers

⁷⁵³ Blandine Mallet-Bricout Op cit, Paragraphes 28 & 29 : « *« La propriété fiduciaire » découle ainsi directement de la reconnaissance en droit français d'un patrimoine d'affectation, comme plusieurs auteurs le soulignent : sa justification se trouve donc dans le patrimoine d'affectation, elle n'est qu'un instrument au service de l'intérêt qui existe à admettre qu'une même personne puisse devenir titulaire de deux (ou plusieurs patrimoines). Cet objectif est particulièrement mis en avant par le sénateur*

1.2.2.4 Un débat relancé à l'occasion d'un amendement

Une proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers a été déposée par la députée Chantal Brunel, en 2008 rapporteur de la commission des finances de l'Assemblée Nationale⁷⁵⁴.

Ce texte avait pour but, comme son intitulé l'indique, de renforcer l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et d'améliorer le financement de l'économie et donc d'adapter notre législation aux besoins des petites et moyennes entreprises.

Dans le cadre de son examen par le Sénat le 8 juin 2009, ce texte a fait l'objet d'un amendement adopté à l'initiative de M. Philippe Marini, rapporteur général de la commission des finances du Sénat.

Il était proposé d'ajouter l'alinéa suivant à l'article 2011 du Code civil : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de la fiducie* »⁷⁵⁵.

Cette disposition (article 6 sexies b, devenu article 16⁷⁵⁶) avait pour but de modifier « *le régime de la fiducie pour permettre à la place de Paris d'accueillir plus commodément des fonds en provenance notamment du Moyen-Orient susceptibles de s'investir selon les techniques de la finance islamique et offrir aux établissements financiers français de développer l'émission d'instruments financiers, tels que les « sukuk* »⁷⁵⁷.

Dans le cadre de la présentation de cet amendement, Philippe Marini rappelle que « *la finance islamique a pour objet de développer des services bancaires et des produits bancaires compatibles avec les prescriptions de la loi coranique.(...)*⁷⁵⁸ Elle s'exporte aux Etats-Unis et

Philippe Marini, dans son rapport au Sénat relatif à l'introduction dans le Code civil d'un second alinéa à l'article 2011 (...). Cette nouvelle disposition consacre de la manière la plus nette la « propriété fiduciaire » au profit d'autrui ».

⁷⁵⁴ Proposition de loi de Mme Chantal BRUNEL et plusieurs de ses collègues tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, n° 1227, déposée le 29 octobre 2008

⁷⁵⁵ Pour Arnaud Raynouard, « *le simple désir de capter en France un marché, celui des financements structurés pratiqués par des musulmans pratiquants, ne relève que d'une démarche opportuniste* »

⁷⁵⁶ par la suite lorsque cette loi fut votée

⁷⁵⁷ « *Rapport fait au nom de la commission des Finances sur la proposition de loi adoptée par l'assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises* » n°442 par Philippe Marini, sénateur de l'Oise, page 8

⁷⁵⁸ Absence de stipulation d'intérêt, pas de commerce de l'alcool, de la pornographie, des jeux de hasard, etc.

en Europe suite à la très forte augmentation du prix du pétrole depuis ces dernières années »⁷⁵⁹.

Comme le rappelle Gilles Saint Marc, « l'essentiel des sukuk dans le monde s'est fait en utilisant l'instrument du trust de droit anglo-saxon : un emprunteur transfère la propriété d'un ou plusieurs biens, et le trustee émet en contrepartie des trust certificates qui représentent la copropriété « économique » des investisseurs dans ce ou ces biens. Les investisseurs détiennent le « beneficial ownership » (propriété économique) tandis que le trustee détient le « legal ownership » (ou propriété juridique). En droit français l'instrument juridique qui se rapproche le plus du trust est la fiducie (...)»⁷⁶⁰.

C'est pourquoi ce projet a notamment consisté à modifier les textes régissant la fiducie dans « un souci de développement de la place de Paris, (et de permettre) l'émission d'instruments financiers conformes aux principes de la finance islamique, en particulier des sukuk. Les obligations islamiques dites sukuk sont des titres représentant pour leur titulaire un titre dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des sukuk. Leur porteur bénéficie d'un droit indirect sur ce ou ces actifs qu'il peut exercer en cas de défaillance de l'émetteur. (...) Les mécanismes du droit positif ne permettent pas l'émission d'instruments financiers conformes aux principes de la loi coranique»⁷⁶¹.

L'apporteur de fonds « participe à l'opération et est rémunéré par le cash flow généré (par l'actif) sur lequel il possède un droit réel ce qui rapproche l'opération d'un financement de projet classique »⁷⁶². Enfin, « A une époque où le crédit s'est fait rare et où certains montages financiers déconnectés d'actifs tangibles ont pu soulever question, une telle structure alternative de financement pour les entreprises pourrait s'avérer séduisante »⁷⁶³.

Selon l'avis du sénateur Marini, la fiducie devait être modifiée car le titulaire du sukuk (assimilable au bénéficiaire d'une fiducie) doit disposer « d'un droit équivalent en termes économiques à un droit de propriété sur les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire »⁷⁶⁴.

⁷⁵⁹ Rapport par Philippe Marini, *op. cit.*, page 78

⁷⁶⁰ « Emission de sukuk en droit français : l'apport de la fiducie » in « La fiducie dans tous ses états » Gilles Saint Marc, Association Henri Capitant, édition Dalloz, 2011, paragraphe 4

⁷⁶¹ Rapport par Philippe Marini, *op. cit.*, page 81

⁷⁶² « Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe » Arnaud Raynouard, JCP N, n°3, 22 janvier 2010, 1014

⁷⁶³ « Propriété, fiducie et sukuk » François Barrière, JCPE n° 10, 10 Mars 2011, 1203, paragraphe 4

⁷⁶⁴ Rapport par Philippe Marini, *op. cit.*, Page 82

Or en l'état actuel des dispositions régissant la fiducie, le bénéficiaire d'une fiducie n'a aucun droit réel sur l'actif mis en fiducie, même s'il est géré dans son intérêt. Le bénéficiaire d'une fiducie dispose d'actions seulement à l'encontre du fiduciaire (actions personnelles).

L'amendement avait donc conçu un dispositif dont l'objectif était de garantir au titulaire du sukuk un droit sur les actifs du patrimoine fiduciaire par l'introduction d'un nouveau concept de propriété en modifiant l'article 2011 du Code civil notamment pour préciser les droits du ou des bénéficiaire(s) sur les actifs transférés dans le patrimoine d'affectation.

Pour Philippe Marini, ce texte est « *inspiré du droit anglo-saxon (...) et permet de préciser que le fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire des biens, c'est-à-dire qu'il acquiert non la propriété de l'article 544 du Code civil (usus, fructus, abusus) mais une propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge. Le fiduciaire dispose certes des attributs de la propriété, mais ne peut exercer ce droit que dans les limites et sous les conditions posées par le contrat de fiducie en faveur du ou des bénéficiaires. Pour résumer, le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens. Selon des stipulations du contrat de fiducie et en cas de défaillance du fiduciaire, les investisseurs se verront transférer la propriété juridique des actifs* »⁷⁶⁵.

Cette dissociation de la propriété économique et de la propriété juridique trouve probablement sa source dans les idées de Michel Grimaldi que nous avons présentées dans le cadre de la première partie de nos travaux.

Ainsi, comme le fait remarquer Blandine Mallet-Bricout, « *sans que l'alinéa second de l'article 2011 ne le dise expressément* » la propriété en droit français serait donc désormais doublement éclatée⁷⁶⁶.

Une fois de plus, nous pouvons constater que le projet ne prévoyait que l'introduction de la propriété fiduciaire, même si dans l'esprit du rapporteur Philippe Marini et surtout dans le rapport sus-mentionné, il était clairement indiqué que la propriété était éclatée en une propriété juridique très particulière et une propriété économique⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ « *Rapport fait au nom de la commission des Finances sur la proposition de loi adoptée par l'assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises* » JCP N, n°3, 22 janvier 2010, 1014

n°442 par Philippe Marini, sénateur de l'Oise, page 8

⁷⁶⁶ « *Le fiduciaire propriétaire* » Blandine Mallet-Bricout JCP E n°6, 12 février 2010, 1073, paragraphe 13

⁷⁶⁷ Nous ne pouvons que regretter la rédaction équivoque de ce type d'amendement qui ne visait pas explicitement le fait que la propriété économique soit confiée au bénéficiaire et qu'il faille s'appuyer sur les travaux parlementaires pour le savoir.

Après son vote, cette loi fit l'objet d'un recours de la part de plus de soixante députés auprès du Conseil constitutionnel. Ce recours tendait à la censure des articles 14 et 16⁷⁶⁸ de la loi au motif que ces articles étaient dépourvus de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie (en l'espèce l'Assemblée Nationale).

Dans le cadre de ce recours, le gouvernement déposa des observations auprès du Conseil constitutionnel afin de rejeter le recours. Pour le gouvernement, « *la fiducie engendre un dédoublement de la propriété entre d'une part, un propriétaire en titre (ou propriétaire légal), le fiduciaire qui a pour mission de gérer des biens sans en détenir la richesse et d'autre part, un propriétaire économique, le bénéficiaire, qui est celui qui conserve la richesse. Afin de mieux connaître cette spécificité, il a semblé utile de compléter l'article 2011 du Code civil par un alinéa permettant de donner une consistance concrète à ce dédoublement, en prévoyant que le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du bénéficiaire, selon les stipulations du contrat de fiducie. La clarification ainsi opérée permettra de créer un cadre de plus grande confiance pour les investisseurs et offrira la possibilité pour les entreprises de constituer des fiducies sûretés permettant d'attacher une fraction du droit de propriété à des actifs corporels précisément identifiés. Pour les PME, elle permettra, par exemple, de proposer en sûreté une machine-outil ou le bien immobilier abritant l'activité de l'entreprise, ce qui constituera une modalité supplémentaire et très efficace de financement de leur activité. Dans ces conditions l'article 16 peut être regardé comme présentant un lien avec l'objet du texte dont le Sénat avait été saisi* »⁷⁶⁹.

Mais le Conseil constitutionnel ne suivit pas les observations présentées par le gouvernement. Aux termes de sa décision 2009-589 du 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 16 est contraire à la Constitution au motif que ledit article complète l'article 2011 du Code civil par une disposition de portée générale ne présentant aucun lien même indirect avec celles figurant dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises. Ainsi, le Conseil constitutionnel censure cette disposition comme constituant un cavalier législatif, c'est-à-dire une disposition qui est sans lien avec l'objet du texte déposé⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ La disposition qui visait à modifier l'article 2011 du Code civil.

⁷⁶⁹ Extrait des observations du gouvernement dans le cadre du recours dirigé contre la loi devant le Conseil constitutionnel

⁷⁷⁰ « *Le Conseil constitutionnel poursuit la chasse aux « cavaliers législatifs »*. A propos de la décision n°2009-589 DC du 14 octobre 2009 » Bertrand Mathieu, JCP G, n°45, 2 novembre 2009, 399. D'après cet auteur, « *Il est intéressant de relever qu'en l'espèce l'absence de lien, même indirect, entre les*

Cette décision du Conseil constitutionnel fut bien accueillie par la doctrine.

Il est intéressant de relever que le Conseil constitutionnel n'examine en aucun cas la compatibilité de la modification de l'article 2011 à l'article 544 du Code civil mais se contente de déclarer que l'article 16 est contraire à la constitution car celui-ci constitue un « cavalier législatif »⁷⁷¹.

Néanmoins même si la motivation du Conseil constitutionnel n'est pas en relation directe avec nos travaux, nous avons observé que les titres des différentes études consacrées à cet amendement révèlent le soulagement des auteurs de ne pas assister d'une part, à une nouvelle modification des dispositions régissant la fiducie et d'autre part, à l'apparition d'une nouvelle forme de propriété contraire à la conception classique du droit de propriété : les titres des différentes études consacrées à cette décision en témoignent « *Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace* »⁷⁷², « *La fiducie préservée du législateur* »⁷⁷³.

Comme nous l'avons rappelé ci-dessus, l'objectif de cet amendement était donc d'éclater le droit de propriété entre d'une part, le fiduciaire et d'autre part le ou les bénéficiaires. Le fiduciaire obtenant la propriété fiduciaire, le bénéficiaire obtenant une propriété qualifiée d'économique⁷⁷⁴.

Pour Laurent Aynès et Pierre Crocq, « *Une telle innovation aurait constitué une véritable révolution du droit des biens ou plutôt une contre-révolution puisqu'elle impliquait un retour au droit des biens antérieur à la Révolution Française. Faut-il rappeler que l'une des évolutions majeures de la Révolution Française et du Code civil a été d'abandonner le*

dispositions censurées et le texte initial ne s'imposait pas de manière évidente. Le lien de l'amendement avec le projet de loi (en l'espèce la proposition) est alors apprécié par le Conseil constitutionnel comme ne visant pas le domaine d'intervention du législateur, par exemple, et en l'occurrence, le crédit et le droit financier, mais l'objet spécifique de la loi, à savoir le financement des petites et moyennes entreprises. On peut également relever que le Conseil s'attache plus au contenu de la loi qu'à son intitulé, qui visait de manière générale le fonctionnement des marchés financiers. Ainsi une disposition dont l'objet est financier mais qui n'a pas de lien même indirect avec l'objet spécifique de la loi est censurée ». Pour une étude complète sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce qui concerne les cavaliers législatifs, voir l'étude intitulée « *La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel* », Florence Chaltiel, Petites Affiches, 29 octobre 2009 n°216, page 3

⁷⁷¹ « *Ce terme désigne, dans ce que l'on peut appeler le jargon légistique, les dispositions contenues dans un projet ou une proposition de loi, qui en vertu des règles constitutionnelles ou organiques régissant la procédure législative, n'ont pas leur place dans le texte dans lequel le législateur a prétendu les faire figurer. Lutter contre les cavaliers législatifs, c'est veiller à la qualité de la loi* » « *La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel* » Florence Chaltiel, Petites affiches, 29 octobre 2009, n°216

⁷⁷² Arnaud Raynouard, JCP N n°3, 22 janvier 2010, 1014

⁷⁷³ Laurent Aynès et Pierre Crocq, recueil Dalloz, 2009, n°38

⁷⁷⁴ Termes utilisés par Philippe Marini dans le rapport n°442, pages 82 et 83

« système des propriétés simultanées qui caractérisait l'Ancien Régime et que, depuis 1804, le propriétaire est celui qui a la plénitude des pouvoirs sur un bien ».

Blandine Mallet-Bricout partage cet avis également et rappelle aussi *« la dissociation juridique entre titularité du droit et profit du droit n'est pas inscrite dans notre droit français et contredit singulièrement un principe civiliste fondamental, celui de l'unité de la propriété telle qu'entendue à l'article 544 du Code civil »*⁷⁷⁵.

Constatant que l'amendement Marini faisait naître deux formes de propriété sur un seul et même bien, Laurent Aynès et Pierre Crocq se sont interrogés sur qui, du fiduciaire ou du bénéficiaire, serait le véritable propriétaire des actifs donnés en fiducie. Ces derniers partent du postulat que la naissance de ces deux droits de propriété provoque un démembrement du droit de propriété et que par conséquent *« lorsque les attributs du droit de propriété sont démembrés et exercés par deux sujets de droits différents, le propriétaire est celui qui a vocation à recouvrer in fine, c'est-à-dire lorsque le démembrement cesse, une plénitude de prérogatives sur le bien. (...) Contrairement à ce qu'affirmait l'article 2011 du Code civil, le fiduciaire ne pouvait être qualifié de propriétaire car (il est) dénué de la plénitude de prérogatives sur le bien pendant la durée de la fiducie, il ne la recouvrait pas à la fin de la fiducie, l'objet de la fiducie devant être transféré au bénéficiaire. En revanche, le bénéficiaire, lui pouvait être qualifié de propriétaire puisque, titulaire d'un droit réel sur le bien pendant la durée de la fiducie, il avait vocation à la fin de la fiducie comme un nu-propriétaire, à recouvrer la plénitude des prérogatives sur ce bien. On aboutissait donc finalement à ce que le bénéficiaire de la fiducie soit le véritable propriétaire des biens, sa propriété étant grevée par un droit réel sur la chose d'autrui conféré au fiduciaire »*⁷⁷⁶.

Enfin, pour Laurent Aynès et Pierre Crocq, cette modification de l'article 2011 du Code civil *« risquait d'être fort dangereuse puisqu'elle aboutissait à ce que, désormais, le créancier fiduciaire ne soit plus considéré comme un véritable propriétaire. Mais alors dans le cas d'une fiducie-sûreté sans dépossession, quelle différence aurait-on pu faire entre un créancier fiduciaire, qui n'est pas pleinement propriétaire du bien donné en garantie et qui ne le deviendra qu'au jour de la défaillance et un créancier gagiste ou hypothécaire qui a un droit réel sur le bien grevé et qui peut en devenir propriétaire en cas de défaillance du débiteur par*

⁷⁷⁵ « *Le fiduciaire propriétaire* » Blandine Mallet-Bricout JCP E n°6, 12 février 2010, 1073, paragraphe 13

⁷⁷⁶ « *La fiducie préservée des audaces du législateur* » Laurent Aynès, Pierre Crocq, Recueil Dalloz 2009, n°38, p 2559

l'effet d'une attribution judiciaire ou d'un pacte commissaire ? Au-delà des mots, il n'y avait plus de différence véritable entre ces deux créanciers »⁷⁷⁷.

Selon Blandine Mallet-Bricout « *un tel bouleversement de notre théorie de la propriété n'est pas anodin : une chose est d'admettre des évolutions quant à la fonction même du droit de propriété au travers des propriétés finalisées, de propriétés collectives ou encore de propriétés-sûretés, autre chose est d'admettre un éclatement du droit de propriété entre la classique propriété (« plena in re potestas ») de l'article 544 et cette nouvelle forme de propriété, dite propriété fiduciaire »⁷⁷⁸.*

En outre, un autre auteur, François Barrière, a considéré dans le cadre d'une étude qu'il n'était pas en l'état actuel nécessaire de modifier les dispositions du Code civil régissant la fiducie pour accueillir l'émission des sukuk afin d'accorder un droit à la propriété économique⁷⁷⁹.

Selon ce dernier, les comités de conformité à la charia ne vont pas se focaliser sur la simple qualification de propriété pour en déduire qu'un bénéficiaire d'une fiducie répond aux exigences chariatiques en matière de sukuk, mais vont rechercher si le titulaire du sukuk dispose de véritables attributs et vont ainsi examiner la réalité de ses droits.

« Ensuite, ce n'est peut-être pas tant un droit direct sur la chose qui importe, que la faculté de recevoir les actifs dans telle ou telle circonstance(...), ainsi que la vocation du porteur de sukuk de subir une éventuelle perte en capital si le bien sous-jacent se déprécie. La nature du droit exigé du porteur de sukuk serait alors davantage un jus ad rem, un droit à recevoir la propriété du bien, sans concours d'autrui, davantage qu'un jus in rem, un droit sur la chose, un droit de propriété au sens du droit français. La fiducie, par le patrimoine d'affectation qu'elle implique, offre une telle protection et permet d'accorder indirectement, mais nécessairement, cette prérogative si précieuse de la propriété qu'est l'exclusivité à ses bénéficiaires. Dès lors que les porteurs de sukuk peuvent, seuls, être habilités à recevoir la propriété du bien sous-jacent (mis en fiducie), un droit « indirect » de propriété leur est accordé. Et si la valeur du bien baisse, ils subiront une perte en capital, conformément aux préceptes chariatiques. Enfin, si la rémunération allouée aux porteurs des sukuk est liée au rendement du bien sous-jacent, le principe de prohibition de l'intérêt sera respecté »⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ Op. Cit. paragraphe 10

⁷⁷⁸ « *Le fiduciaire propriétaire* » Blandine Mallet-Bricout JCP E n°6, 12 février 2010, 1073, paragraphe 16

⁷⁷⁹ « *Propriété, fiducie et sukuk* » François Barrière, JCPE n° 10, 10 Mars 2011, 1203,

⁷⁸⁰ Op. Cit. Paragraphe 35

L'auteur en conclut qu'il n'est pas « *certain qu'une réforme législative destinée à conférer un droit de « propriété » (au sens du droit français) aux porteurs de sukuk, bénéficiaires d'une fiducie, soit rigoureusement indispensable pour permettre celle-ci* »⁷⁸¹.

Blandine Mallet-Bricout pense qu'il existe d'autres moyens (notamment par l'adoption d'une loi spéciale) susceptibles d'introduire la finance islamique en droit français et qui « *n'obscurcissent pas davantage la jeune et fragile fiducie* » et qui éviteraient de bouleverser la théorie générale du droit de la propriété⁷⁸².

Magali Bouteille partage cet avis et estime que « *plutôt que de contorsionner la structure même de la fiducie pour mieux la faire correspondre à ces fameux sukuk, peut-être vaudrait-il mieux constater que cette dernière n'est pas le support adéquat pour accueillir les instruments de la finance islamique et s'en retourner vers d'autres instruments financiers qui le seraient davantage ou lui superposer d'autres mécanismes. Des auteurs ont déjà à cet égard, pu proposer le recours aux fonds communs de placement* »⁷⁸³.

C'est d'ailleurs ce qui s'est passé par la suite, comme le rappelle Gilles Saint Marc : « *un comité de spécialistes emmené par Paris Europlace est allé présenter au conseil de l'AAOFI*⁷⁸⁴, en octobre 2010, deux structures juridiques permettant l'émission de sukuk à partir des outils de droit français existants. Ces deux structures ont été acceptées dans leur principe par l'AAOFI. L'une repose sur une combinaison de la titrisation et de la fiducie. La seconde plus simple encore, repose sur l'émission de titres de dettes dont le principal et la rémunération sont indexés sur l'actif financé, équivalant peu ou prou à l'idée de « propriété économique » qui sous-tend les trust certificates de droit anglo-saxon »⁷⁸⁵.

Finalement la tentative de modification de l'article 2011 du Code civil qui visait à introduire le concept de propriété fiduciaire, s'est soldée par un échec.

Le Conseil constitutionnel n'a pas rendu sa décision en s'appuyant sur des concepts de fond, c'est-à-dire la compatibilité de l'introduction au regard du droit de propriété, mais au regard de la mauvaise méthode employée par le législateur⁷⁸⁶ ; mais les discussions et débats qui sont

⁷⁸¹ Op. Cit. Paragraphe 36

⁷⁸² « *Le fiduciaire propriétaire ?* » Blandine Mallet-Bricout JCP E n°6, 12 février 2010, 1073, paragraphe 17

⁷⁸³ « *La propriété du fiduciaire : une modalité externe du droit de propriété* » Magali Bouteille, Revue Lamy Droit civil, septembre 2010, n°74, septembre 2010

⁷⁸⁴ « Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions »

⁷⁸⁵ « *Emission de sukuk en droit français : l'apport de la fiducie* » in « *La fiducie dans tous ses états* » Gilles Saint Marc, page 87, paragraphe 11, Association Henri Capitant, édition Dalloz, 2011

⁷⁸⁶ La notion de cavalier législatif vise l'absence de lien direct de l'amendement proposé avec le texte voté

intervenues à l'occasion de ce texte ont permis de nous montrer les limites de l'évolution du droit de propriété confié au fiduciaire.

1.2.3 Nos conclusions

Ce panorama de la doctrine montre que les auteurs sont partagés sur la nature du droit de propriété transféré au fiduciaire. Il n'y a aucun consensus qui se dégage au sein de la doctrine. En outre, nous ne pouvons pas prétendre que ces opinions se différencient sur des détails. Celles-ci s'opposent significativement, c'est-à-dire sur des points majeurs. Entre un droit de propriété refusé au fiduciaire, un droit de propriété éclaté ou encore un droit de propriété transféré globalement au fiduciaire, nous ne pouvons que constater qu'il semble bien difficile, et même impossible, de trouver un point commun à ces différentes idées.

Même si les dispositions qui régissent la fiducie générale ne précisaient pas de manière expresse que le droit de propriété était transféré du constituant au fiduciaire, l'esprit de la loi et surtout les modifications ultérieures, notamment celles apportées par l'ordonnance du 8 janvier 2009, démontrent que le droit de propriété est transféré au fiduciaire. Mais se tenir à une analyse littérale des textes serait, selon nous, encore trop limité. Afin d'arrêter une position sur la nature du droit transféré au fiduciaire, il est intéressant de se pencher sur le traitement de la fiducie par l'économie, la comptabilité et la fiscalité.

1.2.3.1 Analyse économique

Nous pouvons dans un premier temps tenter d'analyser économiquement une opération de fiducie en portant notre attention sur les effets économiques engendrés par la mise en place d'une fiducie.

Ainsi, nous allons nous interroger sur l'identification de la personne ou des personnes qui profiteront alternativement de la propriété du point de vue économique. Nous allons au delà de la simple substance économique de l'actif mis en fiducie, comme l'a fait Gauthier Blanluet dans le cadre de ses travaux⁷⁸⁷. En effet, nous allons tenter d'analyser l'évolution de la titularité de la propriété économique au cours de l'exécution du contrat de fiducie qui peut dépendre de facteurs extérieurs.

Cette analyse montre qu'il existe un éclatement du droit de propriété d'un point de vue économique, non entre deux personnes mais entre trois personnes possibles (constituant,

⁷⁸⁷ Gauthier Blanluet « *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français-recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil* », collection bibliothèque de droit privé, tome 313, L.G.D.J., 1999

bénéficiaire(s) et fiduciaire). Chacun des trois acteurs de la fiducie peut exercer la propriété économique⁷⁸⁸.

Tout d'abord, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, l'actif remis en fiducie au fiduciaire peut produire des fruits ou ne pas en produire.

- Dans l'affirmative, il est logique de penser que pendant la période où le constituant respectera ses engagements au titre du financement, les fruits produits par cet actif lui seront reversés ou participeront au remboursement de sa dette. Ce genre de situation pourrait être qualifié juridiquement d'un remboursement anticipé partiel automatique. En outre, et cela rejoint une idée développée par Gauthier Blanluet, cette production de fruits peut permettre également de rémunérer les services du fiduciaire⁷⁸⁹. Il reste à rappeler que l'attribution de cette propriété économique le temps de la convention, dépend des termes de la convention de fiducie⁷⁹⁰.
- En l'absence de production de fruits par l'actif qui fait l'objet du transfert fiduciaire, le fiduciaire n'aura aucun intérêt à conserver cet actif. Il remettra par conséquent à disposition cet actif dans les mains du constituant, qui lui seul en aura une utilité et pourra notamment exploiter économiquement ce bien. Nous pourrions être en présence d'une telle situation, lorsque l'actif apporté en fiducie est si particulier qu'on ne peut le mettre à disposition d'aucune autre personne que le constituant, c'est le cas de machines outils très particulières, voire d'immeubles (usine) que seul le constituant peut exploiter en l'état⁷⁹¹.

Dans le cas d'une fiducie-gestion, compte tenu du fait qu'il n'est pas permis d'organiser une fiducie à des fins de libéralité⁷⁹², les fiducies-gestion ne seront conçues et organisées par le constituant que si ce dernier y trouve un intérêt pécuniaire. Par conséquent, le constituant

⁷⁸⁸ « (...) On dira que le propriétaire économique d'un bien est celui qui en retire les fruits, lorsqu'il y en a et surtout en consommant la substance. Perception des fruits, consommation de la substance, ces conséquences pratiques de la propriété juridique qui ne sont que la décrire sans plus la définir, cernent le contenu de la propriété économique, et renseignent sur son essence » Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 411

⁷⁸⁹ Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 413

⁷⁹⁰ Il est possible d'envisager que les fruits soient versés exclusivement au fiduciaire ou aux bénéficiaires. En outre, il est également envisageable de prévoir un rang de priorité dans l'attribution des fruits entre les parties. La rémunération du fiduciaire aura la priorité absolue, le remboursement des créanciers bénéficiaires ne venant qu'en second rang. Dans ce domaine, tout semble envisageable.

⁷⁹¹ Dans ce cas, la propriété fiduciaire « n'est qu'une propriété dénaturée, faisant grand cas de la forme et fort peu de la substance. (...) Propriété diminuée aux seuls effets juridiques recherchés par les parties, elle est contraire au génie de nos institutions » Gauthier Blanluet, Op. cit Paragraphe 400

⁷⁹² Article 2013 du Code civil «Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public »

profitera immédiatement ou à terme des produits de l'actif et d'une manière plus générale de sa propriété économique. En outre, comme dans le cadre d'une fiducie-sûreté, il rétrocédera une partie de ses fruits au fiduciaire afin de lui verser sa rémunération de fiduciaire.

Enfin, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, la propriété économique peut changer de titulaire en fonction de l'évolution du financement pour lequel cette sûreté a été mise en place. En effet, si le constituant ne respecte pas ses engagements au titre du financement, toutes les sommes dues au titre de ce concours financier deviendront exigibles. Le fiduciaire sera alors en droit d'exploiter puis de vendre l'actif pour le compte des bénéficiaires.

L'avantage découlant de l'adoption d'une conception économique de la propriété est de nous permettre d'avoir plus de flexibilité qu'au niveau juridique. Concevoir la propriété d'un point de vue juridique nous impose de reconnaître que le fiduciaire serait le seul propriétaire. Par contre, utiliser la notion de propriété économique nous permet d'envisager de faire transférer la propriété d'un acteur à un autre sans en organiser solennellement son transfert, mais en fonction des termes de la convention de fiducie et de son évolution, notamment dans le cas des fiducies-sûretés.

1.2.3.2 Analyse comptable

Le Conseil National de la Comptabilité a publié un avis sur le traitement comptable des opérations de fiducie. Il s'agit de l'avis n°2008-03 du 7 février 2008 qui a fait l'objet d'une note de présentation⁷⁹³.

Il est intéressant de constater que la note de présentation évoque le terme de « *propriété fiduciaire* » et qu'elle présente les attributs de cette propriété comme « *limités* »⁷⁹⁴.

⁷⁹³ Conseil National de la Comptabilité – Note de présentation de l'avis n° 2008-03 du 7 février 2008 « *Dans le cadre de la publication de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, la Direction générale du trésor et de la politique économique (DGTPE), a sollicité le Conseil national de la comptabilité pour préciser le traitement comptable de ce contrat. Le groupe de travail a conduit sa réflexion à partir d'une note qui avait été élaborée par le CNC en 1990, puis à partir des éléments d'un projet de loi en cours et de la loi. Le présent avis prévoit le traitement comptable des opérations de fiducie. Ce traitement applicable dans un cadre de droit commun n'a pas pour vocation de prévoir tous les cas particuliers auxquels la pratique pourra donner lieu* ».

⁷⁹⁴ Paragraphe 3.1. de la note de présentation de l'avis n°2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité

- « *Le fiduciaire ne bénéficie par personnellement des revenus de la fiducie et ne peut aliéner à son profit les biens fiduciaires.*
- *La propriété ordinaire confère sur les biens le pouvoir d'usage, de jouissance et de disposition. Or, la propriété fiduciaire ne confère pas nécessairement tous ces pouvoirs qui feront l'objet d'aménagements particuliers selon les dispositions prévues dans chaque contrat de fiducie.*
- *La propriété ordinaire est perpétuelle car elle n'est pas limitée dans le temps. La propriété fiduciaire est par essence temporaire car limitée par la durée de la fiducie. »*

Le Conseil National de la Comptabilité rappelle les dispositions de l'article 12 de la loi du 19 février 2007 qui dispose que « *les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du Code civil forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.* »

Le Conseil National de la Comptabilité déduit de cet article 12 que « *L'application du contrat de fiducie conduit donc à considérer séparément les effets de la propriété juridique des actifs transférés en fiducie, qui seront, de par la loi, affectés et comptabilisés dans un patrimoine séparé, autonome et distinct du patrimoine du fiduciaire, et la propriété économique éventuellement conservée par le constituant* »⁷⁹⁵.

Par conséquent, une contrepartie sera comptabilisée chez le constituant et celle-ci sera différente selon que « *la valeur des actifs excèdera ou non le montant du passif éventuellement mis en fiducie* »⁷⁹⁶.

Une contrepartie sera inscrite dans la comptabilité de la fiducie, c'est-à-dire du patrimoine d'affectation. Il s'agit d'une « *comptabilisation autonome des opérations de fiducie, avec l'établissement d'un jeu complet de comptes séparés, dans les conditions prévues aux articles L.123-12 à L.123-15 du code de commerce.(...) (Ainsi,) Si la fiducie n'a pas la personnalité juridique, la méthode de comptabilisation décrite ci-avant conduit à lui conférer la «personnalité comptable* »⁷⁹⁷.

La question de l'évaluation des éléments transférés au fiduciaire montre également que la comptabilité identifie la propriété économique. En effet, l'évaluation de ce transfert d'actifs au fiduciaire nécessitera de s'assurer « *si le constituant conserve ou pas les avantages ou risques économiques afférents aux éléments remis à la fiducie* »⁷⁹⁸. Or, le contrôle « *consiste à apprécier si l'entité bénéficie ou pas des avantages économiques afférents aux éléments remis en fiducie* ».

Ainsi « *si le constituant conserve le contrôle, les éléments transférés seront évalués à leur valeur comptable, et en cas de perte de contrôle, les éléments transférés seront évalués à leur valeur vénale (dégagement des plus values lors du transfert)* ». Dans le cas de fiducies portant

⁷⁹⁵ Paragraphe 4.1. de la note de présentation de l'avis n°2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité

⁷⁹⁶ Paragraphe 4.1. de la note de présentation de l'avis n°2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité

⁷⁹⁷ Paragraphe 3.2. de la note de présentation de l'avis n°2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité

⁷⁹⁸ Paragraphe 4.4 de la note de présentation de l'avis n°2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité

sur des actifs immobiliers, le constituant garde dans la plupart des situations le contrôle. Le fiduciaire remet à disposition l'actif immobilier au constituant dans le cadre d'une convention de mise à disposition. Aux termes de cette convention, le constituant conserve le contrôle de l'actif mais également les risques qui sont liés à cet actif.

Enfin, la valeur des actifs remis par le constituant en fiducie fera l'objet d'une inscription dans sa comptabilité correspondant « à la valeur de ses droits dans la fiducie, à la clôture de chaque exercice, la quote-part correspondant à la valeur d'entrée des apports initiaux, augmentée des bénéfices non distribués ou diminuée des pertes de la fiducie, y compris ceux du dernier exercice (i.e. avant affectation) »⁷⁹⁹.

Ainsi, le traitement par la comptabilité de la fiducie ne se limite pas à constater le transfert de la propriété de l'actif mis en fiducie mais cherche à identifier la personne en charge du contrôle de l'actif pendant la fiducie. Or cette notion de contrôle ne repose pas sur le transfert juridique de la propriété mais sur la perception des avantages économiques des actifs faisant l'objet de la fiducie.

1.2.3.3 Analyse fiscale

La loi n'a pas cherché « à ajuster le régime fiscal au but poursuivi par la fiducie. Il (le régime fiscal) est indifférent, en particulier, que le patrimoine fiduciaire revienne au constituant ou à un tiers, au terme de la fiducie⁸⁰⁰ ».

Le régime fiscal unique de la fiducie ne tient pas compte de l'affectation du patrimoine d'affectation propre à chaque type de fiducie. Ainsi, comme le rappellent, MM. Mortier et le Mentec⁸⁰¹, il aurait été judicieux de tenir compte de la finalité des différentes grandes catégories de fiducies possibles.

Ainsi, on peut distinguer, selon ces auteurs, en se fondant sur la cause objective : la fiducie-gestion (retour au terme du contrat de fiducie des actifs au constituant), la fiducie-mutation (transfert au terme du contrat de fiducie des actifs au bénéficiaire) et la fiducie-sûreté (mi-chemin entre les deux premières, car le sort de l'actif dépendra du bon déroulement ou pas du contrat de financement).

Afin de mieux comprendre le traitement fiscal de la fiducie et de voir si la fiscalité suit la logique juridique du transfert de propriété au fiduciaire, il est nécessaire d'examiner le

⁷⁹⁹ Paragraphe 4.5 de la note de présentation de l'avis n°2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité

⁸⁰⁰ Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall, « La fiducie, une œuvre inachevée », Droit des sociétés n°7, juillet 2007 et n°8 septembre 2007, étude 9, paragraphe 17.

⁸⁰¹ Renaud Mortier et Franck le Mentec, « Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix » Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.82

traitement fiscal du transfert de propriété au fiduciaire, de l'imposition des résultats de la fiducie et de la fiscalité locale.

- Le transfert de propriété de l'actif du constituant au fiduciaire

Le principe suivi et retenu par la loi fiscale en ce qui concerne le transfert est celui de la neutralité. Par conséquent, ce principe consiste « à ignorer fiscalement la fiducie tout en lui reconnaissant parfois une certaine existence ».

Le transfert dans le patrimoine fiduciaire n'est pas traité fiscalement comme une mutation à titre onéreux bien qu'il soit organisé juridiquement comme un transfert de propriété, ce qui est matérialisé par la publication de l'acte à la conservation des hypothèques. « *L'enregistrement et la publicité sont simplement organisés pour constater le changement de statut des biens, transférés dans le patrimoine fiduciaire et en informer les tiers. Mais cet enregistrement et cette publicité ne postulent pas un transfert des biens au fiduciaire, du moins au regard de l'impôt de mutation*⁸⁰² ».

Cette exemption fiscale « *marque bien le caractère intercalaire du passage du patrimoine du constituant au patrimoine fiduciaire ou vice-versa* ».

Sur le fondement des droits d'enregistrement, les biens mis en fiducie « *restent dans le patrimoine du constituant jusqu'à ce que le fiduciaire en dispose, le cas échéant, au profit d'un tiers ou du constituant* ». Dans cette hypothèse de cession des actifs fiduciaires à un tiers et non pas retransférés au constituant, les plus-values sont alors immédiatement imposables au nom du constituant. L'imposition « *à la sortie (de la fiducie) est alors la rançon de l'exonération obtenue à l'entrée (de la fiducie)*»⁸⁰³.

Comme l'indiquait, Gauthier Blanluet, « *ce traitement est justifié par une fiction fiscale. Au regard des droits d'enregistrement, le transfert fiduciaire est réputé ne s'être pas produit*⁸⁰⁴ ».

Dans le cadre des dispositions relatives à l'Impôt de Solidarité sur la Fortune, une norme fiscale fondée sur le même principe montre également que les actifs ne sont pas considérés comme sortis du patrimoine du constituant. Il s'agit de l'article 885 G bis du Code Général des Impôts qui prévoit expressément que les biens transférés demeurent imposables à l'Impôt

⁸⁰² Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall, « *La fiducie, une œuvre inachevée - un appel à la réforme après la loi du 19 février 2007* », Semaine Juridique Notariale et immobilière, n°36, septembre 2007, Paragraphe 19

⁸⁰³ Gauthier Blanluet et Jean-Pierre le Gall « *La fiducie, une œuvre inachevée* » 2^{ème} partie : une réforme nécessaire) Droit des sociétés n°8, Août 2007, étude 10, paragraphe 7

⁸⁰⁴ Gauthier Blanluet « *La fiscalité des trusts et des fiducies en France* » in « *Trusts & fiducie : concurrents ou compléments ?* » Actes du colloque qui s'est tenu à Paris le 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy France, Genève, 2008.347

de Solidarité sur la Fortune chez le constituant pour leur valeur nette au 1^{er} janvier de l'année d'imposition.

Suivant la même logique, la Cour de cassation a rendu un arrêt dans le cadre d'un litige portant sur l'assiette de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune. Une personne physique de nationalité américaine mais résidente fiscale française, avait constitué un trust. Celle-ci avait donc transféré au trust la propriété de titres. La justice a considéré que compte tenu des dispositions du trust qui permettaient au constituant de jouir et de disposer des titres confiés au trustee, les biens n'étaient pas sortis du patrimoine du constituant. Par conséquent, les biens devaient être inclus dans l'assiette de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune du constituant⁸⁰⁵.

- L'imposition des résultats du patrimoine fiduciaire

La fiscalité applicable à l'imposition des résultats de la fiducie montre également que la fiscalité n'a pas suivi le régime juridique posé par la loi du 19 février 2007.

Mais l'article 223 VA du Code Général des Impôts énonce que « *le bénéfice imposable de la fiducie est déterminé selon les règles applicables au bénéfice réalisé par le titulaire d'une créance au titre de celle-ci et imposé au nom de ce titulaire* »⁸⁰⁶.

Gauthier Blanluet et Jean-Pierre le Gall se posent ainsi la question suivante : « *Qui est ce titulaire d'une créance au titre de la fiducie ? Probablement, le bénéficiaire de la fiducie car lui seul peut prétendre à des droits sur la fiducie, une créance au titre de la fiducie. Mais qui est le bénéficiaire de la fiducie ?* ».

Dans une fiducie-gestion, le bénéficiaire au sens Code général des Impôts est le constituant. Ainsi, les revenus sont perçus par le fiduciaire mais sont imposés chez le constituant.

Dans une fiducie-sûreté, c'est un peu plus compliqué, le bénéficiaire et le constituant en sont les bénéficiaires, mais de manière alternative⁸⁰⁷. Toutefois il est vrai que normalement c'est le constituant qui doit recueillir les résultats de la fiducie. Ainsi les auteurs, pour les revenus produits dans le cadre d'une fiducie-sûreté, se posent la question suivante : « *Qui est imposable sur les résultats de la fiducie ?* »

⁸⁰⁵ Jacques Duhem « *Chronique annuelle en matière d'ISF* », JCP E. n°23, juin 2010, paragraphe 8

⁸⁰⁶ Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall, « *La fiducie, une œuvre inachevée* », Droit des sociétés n°7, juillet 2007 et n°8 septembre 2007, étude 9 paragraphe 6. Les auteurs déclarent que cette disposition pose le principe de la transparence ou plutôt celui de la translucidité fiscale de la fiducie. En outre, ils constatent que cette règle n'est pas d'une grande clarté. Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall, OP. cit, paragraphe 6

⁸⁰⁷ Ou, comme disent les auteurs, ils sont bénéficiaires à des titres différents

D'après Gauthier Blanluet et Jean-Pierre le Gall, les résultats de la fiducie seront systématiquement imposables au nom du constituant, « *aussi longtemps en tout cas que les actifs générateurs des revenus ne sont pas transmis à un tiers bénéficiaire ou non*⁸⁰⁸ ».

Ces règles révèlent que la richesse produite par les actifs fiduciaires ne profite pas par principe au fiduciaire mais au constituant ou au bénéficiaire.

- La fiscalité locale d'un actif immobilier faisant l'objet du transfert fiduciaire

En ce qui concerne les impôts locaux, le droit fiscal tire toutes les conséquences fiscales du transfert de propriété, en faisant supporter au fiduciaire la charge des impôts locaux (notamment la taxe foncière).

1.2.3.4 Analyse pratique

Il est vrai que les fiducies mises en place depuis l'introduction de la loi du 19 février 2007 ont été peu nombreuses⁸⁰⁹ et celles qui portent directement sur des actifs immobiliers⁸¹⁰ encore plus rares⁸¹¹. Mais le nombre des fiducies semble cependant depuis janvier 2012 en constante progression.

En tant que fiduciaire, nous avons été les acteurs d'une telle fiducie dans laquelle le constituant a fait l'objet d'une procédure collective. La mise en application de cette convention de fiducie nous a permis d'observer et de nous interroger en tant que praticien du droit sur la nature et l'exécution du droit de propriété. Dans ce dossier de fiducie-sûreté, nous avons travaillé en qualité de fiduciaire pour le compte du créancier bénéficiaire. Il nous avait été remis la propriété d'un actif immobilier particulier, un ensemble industriel en activité. La documentation juridique était composée d'une part, d'une convention de fiducie et d'autre part, d'une convention de mise à disposition.

⁸⁰⁸ Jean-Pierre Le Gall « *De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale* », JCP E n°36, 6 septembre 2007, 2058, paragraphe 10

⁸⁰⁹ Après discussion avec la personne (Mme Carine KLEIN – bureau GF2A) au sein du ministère de l'Économie et des Finances, en charge du registre national des fiducies (conformément aux dispositions de l'article 2020 du Code civil)

⁸¹⁰ Il y avait cinquante (50) fiducies constituées au mois de janvier 2012 d'après les informations transmises dans le cadre du Colloque « *La fiducie en action* » organisé par le Comité de droit financier de Paris Europlace et qui s'est tenu le 18 janvier 2012. Au mois de septembre 2012, dans le cadre du 30^{ème} anniversaire du CIRI, le chiffre de cent vingt (120) fiducies a été évoqué. Mais, nous n'avons pas eu les moyens de vérifier cette information.

⁸¹¹ Nous avons participé à la mise en place d'une fiducie-sûreté organisant le transfert de la majorité des parts de sociétés civiles immobilières détenant des biens immobiliers. Ces fiducies présentent l'avantage d'être moins coûteuses (on évite la taxe de la publicité foncière), seul un droit d'enregistrement de 125 euros est dû au trésor public. Sous réserve de modifier les statuts des SCI et de s'assurer que les baux commerciaux sont favorables au bailleur (c'est-à-dire la SCI), ce type de fiducie-sûreté est appelé à se développer.

Aux termes de la convention de mise à disposition, le fiduciaire remettait à disposition au constituant l'actif mis en fiducie et le constituant conservait le contrôle de l'actif. Fondés sur cette unique expérience, nous avons exercé notre droit de propriété conformément aux dispositions expresses et à l'esprit de la documentation juridique. En effet, celle-ci n'ayant pas toujours anticipé les situations, il a fallu faire preuve d'une certaine souplesse tout en respectant le principe fondamental sur lequel est construite la convention de fiducie : la gestion en « *bon père de famille* » de l'actif par le fiduciaire.

Néanmoins, nous avons constaté deux périodes, la première de la signature de la convention de fiducie à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire et la seconde de l'ouverture de ladite procédure collective à la vente de l'actif immobilier.

- Au cours de la première phase, le fiduciaire a exercé son droit de propriété avec le constituant. Cela était nécessaire, car de nombreuses questions pratiques se sont posées, notamment dans le cadre de l'établissement de la comptabilité du patrimoine d'affectation et la prise en charge de la fiscalité locale par le constituant⁸¹².

Même si ce terme n'a pas de signification juridique, nous pourrions dire que le fiduciaire a exercé son droit de propriété en concertation avec le constituant. Cette collaboration étroite entre le fiduciaire et le constituant se matérialise juridiquement par la signature de la convention de mise à disposition. Par la suite, le fiduciaire s'est rapproché du constituant pour toute question relative à l'actif fiduciaire qui n'était pas prévue par la convention de mise à disposition. A titre d'illustration, le fiduciaire a donné son accord pour autoriser le constituant à effectuer des travaux de modification de son site industriel afin de l'adapter à de nouvelles activités.

Ainsi, pendant toute cette période au cours de laquelle le constituant a rempli ses obligations au titre du financement, le fiduciaire a exercé son droit de propriété dans l'intérêt du constituant car celui-ci avait vocation à redevenir propriétaire de l'actif. De son côté, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté était absent au cours de cette première étape de la fiducie.

⁸¹² En tant que propriétaire, le fiduciaire recevait l'appel de la taxe foncière à son siège social. Or celle-ci devait être prise en charge par le constituant. Ce qui nécessitait que le fiduciaire contacte rapidement le constituant pour que celui-ci prenne à sa charge le paiement de l'impôt. Mais cela sous-entend que le constituant paye l'impôt au plus tard à sa date d'exigibilité, sinon le fiduciaire devient redevable de la majoration. Lorsqu'une société connaît des difficultés économiques et des désordres dans son organisation, le fiduciaire se retrouve à supporter la défaillance ou les retards du constituant. Ainsi, nous avons connu ce genre de situation pour un fiduciaire qui a été menacé d'un avis à tiers détenteur pour le paiement de la taxe foncière au titre d'un actif immobilier car le constituant n'avait pas effectué le paiement.

- A compter de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la convention de mise à disposition a été résiliée et le liquidateur a remis l'actif au fiduciaire. La mission du fiduciaire a alors changé. Il s'agissait alors d'exercer le droit de propriété non plus dans l'intérêt du constituant mais du bénéficiaire.

Concrètement, cela s'est matérialisé par des discussions et des accords entre le fiduciaire et le bénéficiaire sur les modalités de gestion et de vente de l'actif fiduciaire. Le fiduciaire a pris en main la gestion directe de l'actif immobilier dans l'intérêt du bénéficiaire et non du constituant.

Le liquidateur, représentant légal du constituant, a été écarté de ces réunions, car le constituant avait perdu définitivement sa vocation à redevenir propriétaire compte tenu de sa défaillance au titre du financement accordé par le bénéficiaire de la fiducie.

1.2.3.5 Notre analyse juridique

Les précédentes analyses (pratiques, comptable, fiscales, etc.) nous révèlent que le transfert de propriété opéré par la fiducie présente des caractéristiques qui pourraient nous amener à conclure que le droit de propriété n'a pas été transféré au fiduciaire. Dans ce contexte, quelle qualification juridique pourrait être attribuée aux droits transférés au fiduciaire par la fiducie ? Cette recherche de la nature du droit de propriété doit s'effectuer en respectant le principe de l'unité du droit de propriété, dont nous allons rappeler la raison de son existence et ses conséquences.

Ensuite, nous démontrerons que la fiducie ne provoque pas un démembrement du droit de propriété, et nous terminerons cette première partie en concluant que la fiducie transfère la propriété telle que définie par l'article 544 du Code civil.

1.2.3.5.1 Une analyse construite sur une conception unitaire du droit de la propriété

Même si aucune disposition du Code civil ne tente de définir le droit de propriété, la doctrine semble s'accorder « à considérer que la propriété réunit toutes les utilités d'un bien, qu'elle est le droit réel le plus complet que l'on puisse exercer sur une chose et qu'elle se manifeste essentiellement par l'exclusivité qu'elle confère au titulaire du droit de propriété ainsi que par sa vocation à la perpétuité »⁸¹³.

⁸¹³ « *Le fiduciaire propriétaire ?* » Blandine Mallet-Bricout, JCP N n°6, 12 février 2012, 1073, paragraphe 6.

« *Le pouvoir qu'a le propriétaire sur la chose est un ensemble complet de prérogatives qui lui permettent d'en tirer toutes les virtualités. Aucune n'est véritablement absolue ; chacune comporte des*

On peut définir la propriété comme une situation dans laquelle une personne « *est titulaire d'un domaine, qu'il ne partage avec personne. Le propriétaire est maître du bien dont toutes les utilités lui sont réservées et dont toute la valeur enrichit son patrimoine. La propriété est la position réelle la plus complète qui puisse exister sur une chose. La maîtrise du propriétaire est sans partage, même si elle est limitée. La propriété a pour caractéristique majeure de rassembler toutes les possibilités d'agir sur une chose, de les cumuler, pour laisser son bénéficiaire sans concurrent direct (...)* »⁸¹⁴.

Comme nous l'avons rappelé dans le cadre de l'introduction de nos réflexions et plus particulièrement dans le cadre de l'évolution historique du droit de propriété, cette exclusivité du titulaire du droit de propriété découle de la Révolution Française qui avait voulu délibérément mettre fin aux pratiques de l'Ancien Régime reposant sur une superposition de droits de propriété notamment sur les biens immobiliers (domaine utile/domaine éminent)⁸¹⁵.

La propriété collective fut donc remplacée à la Révolution Française par une propriété individuelle et exclusive.

L'un des traits de la propriété du Code civil est donc son exclusivité qui découle de son caractère individuel mais cette caractéristique n'a pas empêché le développement de propriétés collectives, comme l'indivision ou la copropriété.

En effet, il est possible de diviser les utilités du droit de propriété et ainsi c'est le rassemblement de tous les droits des bénéficiaires des utilités du droit de propriété qui constituera un seul et unique droit de propriété⁸¹⁶.

restrictions aujourd'hui très nombreuses en matière immobilière » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, « Les biens », Defrénois, 5^{ème} édition, 2011, paragraphe 432

« (...) *Le droit de propriété constitue le droit réel par excellence, car il permet à son titulaire d'exercer sur la chose la plénitude des prérogatives d'une personne sur une chose, la plena in re potestas.* » François Terré, Philippe Simler, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, paragraphe 120

⁸¹⁴ « *Droit civil les biens* » Christian Atias, Litec collection LexisNexis, 11^{ème} édition, 2011, paragraphe 102

⁸¹⁵ Ainsi, comme le rappelle Pierre Crocq, le droit de propriété au Moyen Age était composé de « *la propriété de la valeur et de la propriété de l'utilité au sens de l'ancien droit et plus précisément du droit coutumier de la propriété immobilière, la propriété se trouvait partagée en deux droits distincts ayant chacun pour objet un aspect du bien. Ces droits pouvaient être appelés droit de propriété par ce qu'en droit coutumier, on ne considérait pas la propriété comme conférant l'intégralité des prérogatives sur le bien, et notamment pas l'abusus sur le bien. En effet le droit coutumier, en matière immobilière, fait de la jouissance l'élément essentiel du droit de propriété ; ce qui se comprend parfaitement s'agissant de la propriété foncière car d'une part, l'abusus se conçoit mal lorsqu'il a pour objet le sol et non le droit sur le sol, et parce que d'autre part, dans la conception chrétienne, la terre appartient à Dieu qui n'en concède que la jouissance aux hommes par l'intermédiaire du Roi* » « *Propriété et Garantie* » Pierre Crocq, LGDJ, 1996, paragraphe 239

⁸¹⁶ Il existe « *deux grands types de répartition des utilités de la chose entre plusieurs sujets, selon que les personnes ont ou non des droits de même nature sur le bien. Dans le premier cas, il ne peut s'agir que d'une division de la propriété de la chose en droits identiques mais concurrents sur le même objet*

Christian Atias rappelle qu'« *Une même chose ne peut supporter plusieurs droits de propriété complets. Une telle concurrence n'est possible que si ces droits ne portent pas sur la chose même dans sa totalité ; l'indivision en donne une illustration* »⁸¹⁷.

Ce principe d'unité du droit de propriété est la conception moniste du droit de propriété qui a été rappelée par tous les auteurs à l'occasion de la tentative d'amendement résultant de l'article 16 du projet de loi relative à l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises⁸¹⁸.

C'est ce principe d'unité qui est un des piliers qui a justifié l'opposition unanime de la doctrine au dédoublement de la propriété.

En droit français, contrairement au droit anglais, il n'y a pas un droit de propriété qui se dédouble entre d'une part, la propriété juridique (titularité du droit) et d'autre part, la propriété économique (profit du droit)⁸¹⁹.

Pierre Crocq, rappelle qu'il ne peut exister « *au même instant deux propriétaires pour un même bien ce qui est impossible en dehors d'une hypothèse d'indivision : il y a un droit, un seul, avec lequel le droit de propriété est inconciliable sur une même chose : c'est le droit de propriété. Deux droits de propriété ne peuvent pas coexister sur une chose. Deux ou plusieurs personnes peuvent être copropriétaires d'une chose, c'est-à-dire avoir chacune sur une chose une part du droit de propriété. Mais deux ou plusieurs personnes ne peuvent être en même temps propriétaires de la chose, c'est-à-dire avoir chacune sur elle le droit total de propriété* ». ⁸²⁰

(c'est l'indivision). En revanche lorsque les sujets ont des prérogatives différentes, il ne peut s'agir que de soustraction à la propriété de la chose, laquelle peut être dissociée au profit de plusieurs sujets qu'ils soient titulaires, séparément des différents attributs que confère la pleine propriété, comme en matière d'usufruit, ou qu'ils se voient attribuer séparément les différentes utilités d'un même bien, habituellement considéré de manière globale, mais ici dissocié, dans l'espace et le temps, comme c'est le cas des droits de superficie (...) » « *Droit civil Les biens* » Marie Laure Mathieu, Sirey, 2^{ème} édition, paragraphe 363

⁸¹⁷ « *Droit civil les biens* » Christian Atias, Litec LexisNexis, 11^{ème} édition, 2011, paragraphe 127

⁸¹⁸ « *La fiducie préservée des audaces du législateur* » Laurent Aynès, Pierre Crocq, Recueil Dalloz 2009, n°38, p 2559 « *Le fiduciaire propriétaire ?* » Blandine Mallet-Bricout JCP E n°6, 12 février 2010, 1073, paragraphe 17 « *Propriété, fiducie et sukuk* », François Barrière, JCP E n°10, 10 mars 2011, 1203

⁸¹⁹Ce qui fait dire à François Barrière que « *par plusieurs aspects, le droit anglais ressemble à l'Ancien droit français, (...) le concept même de propriété n'est sans doute pas transposable tel quel entre différents systèmes juridiques. (...) Le droit des biens immobiliers anglais est surtout fondé sur la notion de real property avec une variété d'intérêts en découlant, d'intérêts juridiques liant une personne et une chose. Le droit anglais a une approche moins conceptualiste davantage focalisée sur les avantages qui peuvent être retirés de la chose. En Angleterre, la propriété éminente de la Couronne subsiste, même si elle n'est essentiellement que théorique. Les détenteurs d'intérêts (interest) sur la propriété immobilière n'ont qu'une concession de durée variable sur celle-ci (...)* » « *Propriété, fiducie et sukuk* », François Barrière, JCP E n°10, 10 mars 2011, 1203, paragraphe 30

⁸²⁰ En outre, comme le rappelle Pierre Crocq, même dans le cas d'un seul bien, « *primus serait propriétaire sous condition suspensive et secundus propriétaire sous condition résolutoire* » il n'y a

Enfin, le seul cas, dans lequel il existe des propriétés simultanées est l'indivision. Dans une indivision, chaque indivisaire est un propriétaire plein et entier, mais un propriétaire en concurrence avec d'autres. Chaque propriétaire indivis est titulaire d'un droit de propriété qui ne porte pas sur la chose même dans sa totalité, mais uniquement sur une fraction de la propriété, mais cela lui permet de retirer toutefois certains avantages des biens indivis.

Pour Pierre Crocq, l'indivision serait plus « *une cotitularité d'un même droit de propriété que de concours de plusieurs droits de propriété. La propriété de la valeur et la propriété de l'utilité ne correspondent pas à une hypothèse d'indivision car les prérogatives conférées aux propriétaires ne sont pas identiques* »⁸²¹.

Christian Atias relève que « *la caractéristique majeure de l'indivision, c'est de sembler ne pas modifier la structure du droit auquel elle s'applique. La propriété, (...) paraît demeurer intacte avec tous ses attributs et tous ses caractères. Ce qui changerait seulement, ce serait le nombre de sujets du droit : au lieu d'une personne en relation directe avec la chose, il y en a plusieurs, plusieurs indivisaires ou propriétaires indivis (..)* »⁸²².

Ainsi, le caractère unitaire du droit de propriété est à conserver, car il est une des fondations sur laquelle s'est construit le droit des biens et que par conséquent afin de donner une légitimité et une assise solide à la fiducie en droit français, il est nécessaire de ne pas y porter atteinte.

Si le droit de propriété ne peut faire l'objet d'un éclatement, pourrions-nous conclure que la fiducie organise un démembrement du droit de propriété ? C'est à cette question, que nous allons maintenant réfléchir.

toujours qu'une seule et unique personne à être titulaire des prérogatives sur le bien. « *Propriété et Garantie* » Pierre Crocq, LGDJ, 1996, paragraphe 241. Pierre Crocq se réfère à un article de De Vareilles-Sommières « *La définition et la notion juridique de la propriété* » RTD Civ, 1905, p.443 et s., spec n°52, p.470

⁸²¹ « *Propriété et Garantie* » Pierre Crocq, LGDJ, 1996, paragraphe 241

⁸²² « *Droit civil les biens* » Christian Atias, Litec collection LexisNexis, 11^{ème} édition, 2011, paragraphe 173

1.2.3.5.2 La fiducie ne provoque pas un démembrement du droit de propriété

Dans le cadre d'une étude consacrée à la décision du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2009 rendue à l'occasion de la loi du 14 octobre 2009⁸²³, les professeurs Laurent Aynès et Pierre Crocq⁸²⁴, avaient cherché à identifier le véritable propriétaire des biens mis en fiducie si le concept de « propriété fiduciaire » avait été introduit en droit français.

Même si cette disposition visant à introduire le concept de propriété fiduciaire n'a pas été introduite, il est intéressant de suivre leur raisonnement. Selon ces derniers, un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2009⁸²⁵ permettait d'identifier le véritable propriétaire en cas de démembrement du droit de propriété.

Cet arrêt a été rendu dans une affaire où un nu-propriétaire avait conclu une promesse unilatérale de vente de son droit de nu-propriétaire. La particularité de cette affaire était constituée par l'existence d'une option ne pouvant être levée par le bénéficiaire qu'à compter du décès de la personne qui détenait l'usufruit. Le promettant, c'est-à-dire le nu-propriétaire, avait promis de vendre la nue-propriété après reconstitution du droit de propriété. Le destin voulu que le nu propriétaire promettant décéda avant l'usufruitier. Le bénéficiaire leva l'option et les héritiers du promettant refusèrent d'honorer l'engagement que leur auteur avait pris. La Cour d'appel d'Aix en Provence, par un arrêt en date du 10 janvier 2008, refusa de faire droit à la demande du bénéficiaire de réalisation forcée de la vente.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel et a énoncé que « *sauf stipulation de réserve d'usufruit, la promesse de vente de la nue-propriété d'un bien grevé d'usufruit a nécessairement pour objet, en cas d'extinction de l'usufruit, la pleine propriété de ce bien* ». Comme l'indique le professeur Revet à l'occasion d'un commentaire sur cet arrêt, la formule retenue par la Cour de cassation « *confère une portée plus générale à sa décision* ». Ainsi, « *quel que soit le contexte, toute promesse de vente d'une nue-propriété est une promesse de vente de la pleine propriété dès lors que l'usufruit s'éteint en cours d'exécution et qu'aucune réserve d'usufruit n'a été stipulée pour cette occurrence* ».

⁸²³ Loi « *tendant à favoriser l'accès et le crédit des petites et moyennes entreprises et le fonctionnement des marchés financiers* ». L'article 16 avait tenté de modifier la fiducie pour accueillir la finance islamique en introduisant le concept de propriété fiduciaire.

⁸²⁴ « *La fiducie préservée des audaces du législateur* » Recueil Dalloz 2009 n°38, p.2559

⁸²⁵ Paragraphe 7 « *La fiducie préservée des audaces du législateur* », 3^{ème} chambre civile, Cour de cassation, Droit & Patrimoine, juin 2009, 88 observations, Jean Baptiste Seube ; JCP G 2009, I, 127, n°10, observations, H. Périnet-Marquet ; Dalloz 2009. Pan ; 2309, observations B. Mallet-Bricout ; RTD civ. 2009. p. 346 observations Thierry Revet

Selon l'auteur, la nue propriété est le « *droit de propriété relatif à une chose dont toutes les utilités autres que celles qui font la substance du bien ont été concédées à un tiers* ». Compte tenu du fait que l'usufruit est nécessairement temporaire, l'aliénation de la nue-propriété est une aliénation de la chose. Le principe posé par cet arrêt est conforme à l'arrêt de la chambre commerciale du 30 mai 1995⁸²⁶ qui avait posé la règle suivante : « *le nu-propritaire d'un bien a vocation à la pleine propriété de ce bien, de telle sorte qu'il peut en léguer l'usufruit à un tiers bien que n'étant pas encore titulaire de ce droit (...)* ».

Déclarer que le nu-propritaire est le véritable propriétaire n'est pas nouveau et Pierre Crocq l'avait rappelé dans sa thèse⁸²⁷. Pour rechercher le propriétaire en cas de démembrement du droit de propriété, il faut selon Pierre Crocq « *s'interroger sur ce qui fait l'essence du droit de propriété* ».

Pierre Crocq rappelle que malgré l'importance des limitations apportées à ses prérogatives⁸²⁸, le nu propriétaire reste propriétaire. Ainsi « *quelle que soit l'importance de leurs prérogatives sur le bien, (les titulaires de l'usufruit) ne pourront jamais être qualifiés de propriétaires, car les premiers (nu-propritaires) ont une vocation à la plénitude des prérogatives sur le bien que les seconds (le usufruitiers) n'ont pas* »⁸²⁹. (...) *L'essence du droit de propriété se trouve dans sa faculté à se reconstituer, à retrouver la plénitude des prérogatives. En conséquence, alors que le droit de propriété est imprescriptible, les démembrements de la propriété sont essentiellement prescriptibles selon la conception unitaire de la propriété qui a été celle des rédacteurs du Code civil.* »

Selon l'auteur, il ne faut pas se limiter à une vision présente du droit de propriété en se limitant aux prérogatives actuelles accordées à l'un ou à l'autre, il faut anticiper sur l'évolution et examiner « *la potentialité de la plénitude des pouvoirs* »⁸³⁰.

⁸²⁶ Chambre commerciale, Cour de cassation, 30 mai 1995, n°93-16.978

⁸²⁷ « *Propriété & Garantie* » Pierre Crocq, LGDJ, 1995, paragraphe 98

⁸²⁸ Pierre Crocq rappelle que Christian Larroumet écrit que « *l'usufruit enlève au propriétaire non seulement ses prérogatives sur la chose elle-même, mais aussi l'essentiel de ses prérogatives sur son droit de propriété, lequel devient une nue-propriété : le droit du propriétaire change de nature et la propriété se transforme en nue-propriété* » « *Propriété & Garantie* » Pierre Crocq, LGDJ, 1995, paragraphe 98

⁸²⁹ Il est intéressant de constater que ce principe est ancien. L'auteur rappelle que ce principe avait été utilisé comme argument a contrario dans le cadre d'un litige qui avait opposé la Papauté à l'ordre des franciscains au XIV^{ème} siècle

⁸³⁰ « *Dans cette hypothèse du démembrement, l'importance des prérogatives respectives des protagonistes ne compte donc pas et doit, en conséquence, être qualifié de propriétaire celui qui a une vocation à recouvrer la plénitude des prérogatives sur le bien, quelle que soit l'importance actuelle de ses prérogatives. C'est la potentialité de la plénitude de pouvoirs, caractéristique majeure du droit de propriété, et non la plénitude elle-même qui justifie la qualification de propriétaire et qui constitue l'essence du droit de propriété.* » « *Propriété & Garantie* » Pierre Crocq, LGDJ, 1995, paragraphe 98

Pour revenir plus particulièrement à la fiducie, admettre le principe du démembrement du droit de propriété par la fiducie serait assez séduisant.

En vertu du contrat de fiducie, le fiduciaire disposerait d'un usufruit sur l'actif.

Aux termes de l'article 578 du Code civil, « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même mais à la charge d'en conserver la substance* ».

Comme un usufruitier, le fiduciaire disposerait d'un droit réel, puisque celui-ci fait l'objet d'une publication au service de la publicité foncière. Il disposerait ainsi d'un droit limité dans le temps à la durée de la convention de fiducie.

Il s'agirait également d'un droit purement personnel qu'il posséderait en raison de sa personne et ne pourrait pas ainsi le transmettre à un tiers, c'est le cas du fiduciaire. L'usufruitier ne peut transmettre même à ses héritiers, il en est de même pour un fiduciaire.

Si on admettait que l'usufruit est concédé au fiduciaire, il resterait à déterminer la personne titulaire de la nue-propriété, le constituant ou le bénéficiaire. L'examen de la jurisprudence ci-dessus et les auteurs nous désignent le nu-propriétaire. Il serait la personne qui a vocation à terme à détenir la propriété dans toutes ses prérogatives.

S'il est aisé de définir le bénéficiaire comme nu-propriétaire dans le cadre d'une fiducie-gestion, ce n'est pas le cas dans une fiducie-sûreté.

En effet, dans une fiducie-gestion, le bénéficiaire est désigné dès la convention de la fiducie, et a vocation à devenir le propriétaire à la fin du contrat.

Dans une convention de fiducie-sûreté, il en est autrement, puisque c'est le constituant qui doit devenir propriétaire si le financement est remboursé. Ce n'est qu'en cas de défaillance du constituant, en sa qualité de débiteur dans le financement, que ce dernier perdra définitivement sa vocation à redevenir propriétaire.

Dans une fiducie-sûreté, la potentialité de détenir l'ensemble des prérogatives du droit de propriété n'est pas accordée à une personne mais à deux personnes, qui peuvent prétendre à devenir pleinement propriétaires. Certes, l'une a une vocation naturelle à devenir propriétaire car par principe le financement garanti par la fiducie-sûreté doit être remboursé à son échéance. Il s'agit du dénouement « normal » de tout financement. L'autre, le bénéficiaire, c'est-à-dire le créancier, n'a qu'une vocation subsidiaire.

Dans l'hypothèse de défaillance du constituant en sa qualité de débiteur, il peut être prévu contractuellement que le fiduciaire vende directement les actifs à des tiers sans que les actifs ne soient un temps de raison la propriété du bénéficiaire. Par conséquent, dans ce cas qui

risque d'être la pratique contractuelle car les établissements de crédit ont pour politique de ne pas détenir des actifs en direct, il sera impossible d'identifier un nu-propriétaire.

Suite à ces observations, nous relevons qu'il apparaît donc difficile d'identifier le nu-propriétaire dans toutes les fiducies. Par conséquent, il convient donc de réfuter l'idée que le transfert d'un actif en fiducie provoque le démembrement du droit de propriété dont il est l'objet.

1.2.3.5.3 La fiducie transfère le droit de propriété dans son intégralité

A ce stade de nos travaux, nous avons relevé que la question du principe de l'existence d'une propriété confiée au fiduciaire avait suscité de la part des auteurs de nombreuses interrogations.

Même si une partie de la doctrine s'oppose à reconnaître le transfert de la propriété au fiduciaire et considère que la propriété est conservée par le constituant, d'un point de vue strictement juridique, la reconnaissance d'un transfert de propriété « *s'avère essentielle pour la compréhension de l'institution fiduciaire. Elle permet sa pleine efficacité en tant que sûreté ou technique de gestion* »⁸³¹.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, il n'y a plus de doute possible, ce transfert avait été voulu du législateur et les différentes modifications⁸³² des dispositions régissant la fiducie l'ont confirmé.

Cette propriété étant transférée au fiduciaire, il est nécessaire d'affirmer que celle-ci est la propriété de l'article 544 du Code civil.

Afin d'éviter toute discussion sur la teneur de la propriété confiée au fiduciaire et faire naître des questions sur l'introduction éventuelle d'une nouvelle forme de propriété distincte de celle définie par l'article 544 du Code civil, il faut, comme l'a indiqué Magali Bouteille, viser la propriété du fiduciaire et non la propriété fiduciaire⁸³³. Ce terme de propriété fiduciaire est trop ambigu selon l'auteur et d'ailleurs « *le débat qui a entouré la tentative d'introduction des termes « propriété fiduciaire » en est l'illustration* »⁸³⁴. Pour Magali Bouteille, le droit de propriété « *revêt une plus grande souplesse qu'il n'y paraît, souplesse inhérente à l'absolutisme de la propriété. (...) Aussi, sans changer fondamentalement notre conception de*

⁸³¹ « *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération* » Laurent Kaczmarek, recueil Dalloz, 2009, p.1845, paragraphe 12

⁸³² Loi 2008-776 du 4 août 2008, ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009, loi 2009-526 du 12 mai 2009

⁸³³ « *La propriété du fiduciaire : une modalité externe du droit de propriété* » Magali Bouteille, Revue Lamy Droit Civil, n°74, septembre 2010

⁸³⁴ Op. Cit.

*la propriété, peut être serait-il judicieux de profiter du projet de réforme du droit des biens pour rendre sa définition plus conforme à ce que notre propriété d'ores et déjà en pratique : une propriété souple et fonctionnelle »*⁸³⁵.

Nous avons pu constater que les auteurs qui ont reconnu que la propriété avait été transférée au fiduciaire sont partagés sur la nature des engagements pris par le fiduciaire. Ses engagements sont-ils des engagements personnels vis-à-vis du constituant ou alors des engagements réels découlant d'un droit réel dont pourrait être titulaire le constituant.

La vision de la propriété du fiduciaire, c'est-à-dire une propriété confiée au fiduciaire qui aurait pris des obligations personnelles n'est pas partagée par Céline Kuhn. Nous avons présenté ses idées au cours de la première partie de nos réflexions⁸³⁶ et elle conclut le titre I de sa thèse en déclarant que « *le fiduciaire a une propriété affectée, il est obligé de gérer sa chose dans l'intérêt et pour le compte du bénéficiaire. Le propriétaire étant obligé ès qualité, son engagement n'est pas personnel mais réel* »⁸³⁷.

Pour qualifier juridiquement la nature des obligations contractées par le fiduciaire aux termes du contrat de fiducie, il est nécessaire de revenir dans un premier temps aux dispositions des articles 2011 et suivants du Code civil et plus particulièrement les dispositions des articles 2018 et 2023 du Code civil.

- L'article 2018 du Code civil précise que « *le contrat de fiducie détermine à peine de nullité (..) 6° la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* ».

⁸³⁵ Cependant l'auteur indique que la rédaction de l'article 534 du projet de réforme du droit des biens se borne malheureusement à consacrer légalement les caractères de la propriété ne figurant pas dans le Code civil. La rédaction de l'article 534 tel qu'issu des travaux du groupe présidé par le professeur Hugues Périnet-Marquet au sein de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique est la suivante : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserves des lois qui la règlementent* »

⁸³⁶ « *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine 2008171, Droit & Patrimoine, septembre 2008 n°171

⁸³⁷ « *L'originalité de la technique fiduciaire réside en effet dans l'emploi du concept de propriété affectée. La propriété du fiduciaire est ab initio une propriété affectée puisque le recours à la fiducie colore nécessairement son lien. Le contrat en organise la transmission au gestionnaire. L'association des qualités de gestionnaire et de propriétaire est alors réalisée : le fiduciaire a une propriété affectée, il est obligé de gérer sa chose dans l'intérêt et pour le compte du bénéficiaire. Le propriétaire étant obligé ès qualité, son engagement n'est pas personnel, mais réel. Aussi, l'obligation du fiduciaire traduit l'existence du droit réel du fiduciaire. Son titulaire ne s'implique pas dans l'exploitation du patrimoine fiduciaire mais obtient que le propriétaire de ce bien le fasse pour lui : ce n'est pas un droit réel d'exercice in faciendo* ». « *Le patrimoine fiduciaire – contribution à l'étude de l'universalité* » Céline Kuhn, thèse, 2003, page 300

- L'article 2023 dispose que « *Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* ».

Il ressort de ces dispositions que les pouvoirs confiés au fiduciaire, le sont en vertu d'engagements personnels pris à l'égard du constituant conformément aux dispositions de la convention de fiducie. Les actifs qui lui sont transmis ne sont pas volontairement limités par un quelconque droit réel opposable aux tiers dont serait titulaire le constituant ou par des obligations qui seraient attachées à l'actif mis en fiducie. Les limitations du fiduciaire sont prévues contractuellement par la convention de fiducie et sont donc inopposables aux tiers, qui ne sont pas partie au contrat de fiducie⁸³⁸.

Nous ne retrouvons pas dans la situation du constituant une position réelle telle que le rappelle Christian Atias. « *Parce que la position réelle suppose une relation directe entre son sujet et son objet, son titulaire bénéficie d'une situation particulièrement forte et stable ; il n'est pas à la merci du bon vouloir d'autrui. L'opposabilité de la position réelle aux tiers est particulièrement forte* »⁸³⁹. C'est en effet, tout le contraire dans le cadre d'une fiducie, où il peut être envisagé qu'un fiduciaire cède les actifs mis en fiducie alors que la convention de fiducie ne l'autorisait pas. Dans cette hypothèse, le constituant ne disposera pas d'un droit réel sur l'actif cédé à l'encontre du tiers acquéreur, mais d'une action personnelle (action en responsabilité contractuelle) à l'encontre du fiduciaire qui n'aura pas respecté les termes de la convention de fiducie.

En effet, les droits personnels se distinguent des droits réels car ces derniers sont opposables aux tiers en vertu des règles organisant la publicité foncière. Certes, le contrat de fiducie est enregistré dans le délai d'un mois à compter de sa conclusion au service des impôts du siège du fiduciaire⁸⁴⁰ et cet enregistrement pourrait pousser certains à prétendre que les

⁸³⁸ Ce n'est que l'application de l'effet relatif des conventions posé par l'article 1165 du Code civil. « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles nuisent point aux tiers et elles ne profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 du Code civil* »

⁸³⁹ « *Droit civil les biens* » Christian Atias, Litec collection LexisNexis, 11^{ème} édition, 2011, paragraphe 79

⁸⁴⁰ Article 2019 du Code civil « *A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts. La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions* ».

engagements contractés par le fiduciaire seraient de nature réelle, mais cela ne semble pas être le cas.

Pour les actifs immobiliers, il est seulement indiqué que le nouveau propriétaire le détient en qualité de fiduciaire, la mention des éventuelles limitations au droit de propriété qui pourraient découler du contrat de fiducie n'est pas indiquée au Service Public de la Publicité Foncière (anciennement dénommé conservation des hypothèques), ce qui sous-entend que le droit de propriété est transmis entièrement et non grevé d'un quelconque droit réel. Il est seulement mentionné que le propriétaire le détient en qualité de fiduciaire.

On pourrait également justifier la nature personnelle des engagements du fiduciaire et des droits du constituant en s'appuyant sur la règle dogmatique du *numerus clausus* des droits réels⁸⁴¹. Cette règle consiste à soutenir que les droits réels étant en nombre limité, il ne serait pas possible d'en créer de nouveaux⁸⁴². Admettre un droit réel au profit du constituant sur les actifs mis en fiducie reviendrait à méconnaître cette règle.

Il faut avoir présent à l'esprit que cet argument semble le plus sujet à discussion car ce principe est contesté par la plupart des auteurs, « *le droit français ne connaît pas de limite à la création des droits réels nouveaux, il n'y a pas de numerus clausus des droits réels ; mais deuxièmement que depuis les deux derniers siècles, il n'y a pas eu ou très peu de création de nouveaux types de droits réels* »⁸⁴³. En outre, cette argumentation ne peut plus être soutenue depuis l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 2012 qui a affirmé le principe de libre création des droits réels en posant la règle suivante : « *Vu les articles 544 et 1134 du Code civil ; Attendu qu'il résulte de ces textes que le propriétaire peut*

⁸⁴¹ Pour expliquer ce principe, « (...) *on a fait valoir que la loi dans l'énumération des droits réels qu'elle reconnaît, doit être considérée comme limitative, qu'aux termes de l'article 6 du Code civil l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et qu'au nombre de ces lois, il faut nécessairement faire figurer celles qui intéressent l'ordre public, la sécurité des conventions et le mode transmission des biens. Or la loi qui détermine et organise les droits réels dont les biens peuvent être l'objet intéresserait au plus haut point les tiers, le mode de transmission des biens, la sécurité des conventions...Et l'on ajoute qu'il serait difficilement admissible que les particuliers puissent ainsi créer des droits qui, étant opposables à tous, risqueraient une gêne pour la collectivité. Il ne pourrait donc y avoir d'autres droits réels que ceux qui sont formellement reconnus par la loi* » « *Droit civil Les biens* » François Terré, Philippe Simler, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, paragraphe 52

⁸⁴² Ce principe se fonde sur les dispositions de l'article 543 du Code civil qui pose la règle suivante « *On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* »

⁸⁴³ « *L'image du démembrement dans la doctrine française* » Michel Boudot, 2006, paragraphe 2

consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien »⁸⁴⁴.

Enfin, dans une hypothèse certes rare, l'assiette de la fiducie peut porter sur des biens futurs c'est-à-dire des biens appelés à intégrer le patrimoine fiduciaire après la mise en place de la fiducie⁸⁴⁵. Ces derniers doivent être déterminables par la convention de fiducie (article 2018, 1° du Code civil). Les actifs dont l'existence serait purement hypothétique et ne reposant sur aucune donnée objective ne pourraient pas être transférés dans le cadre d'une fiducie⁸⁴⁶. Selon Claude Witz, « *En visant les biens futurs, l'article 2011 apparaît comme une application particulière de l'article 1130 alinéa 1^{er} du Code civil (« les choses futures peuvent faire l'objet d'une convention ») dont les ventes de choses futures sont une illustration notable* »⁸⁴⁷. Dans le cadre du congrès des notaires de 2011 portant notamment sur « *Le financement, les moyens de ses projets, la maîtrise des risques* » et dont les principales conclusions avaient été rapportées par Alain Cerles⁸⁴⁸, les notaires avaient, dans le cadre d'une table ronde consacrée à la fiducie, également mis en avant la possibilité pour la fiducie de porter sur des biens futurs. Par conséquent, les intervenants avaient considéré que les titulaires de stock-options, les bénéficiaires d'un contrat d'assurance vie accepté, mais non encore dénoué ou les bénéficiaires d'une donation à terme de biens présents, pouvaient apporter ces biens futurs dans une fiducie en qualité de constituant. Enfin, la possibilité de constituer une sûreté sur un bien futur s'est généralisée depuis la réforme des sûretés de 2006, les articles 2333 et 2355 du Code civil en sont les symboles. Comme le rappelle Pierre Crocq, l'augmentation de l'assiette de ces sûretés aux biens futurs « (...) est là un coup de pouce important qui a été donné au crédit puisque l'on a ainsi permis aux entreprises, d'une manière générale, de donner tous

⁸⁴⁴ Arrêt n°11-16.304. Commentaire : « *La liberté de création des droits réels aujourd'hui* » Louis d'Avout, Recueil Dalloz, 2013, page 53

⁸⁴⁵ Il faut établir le lien avec les dispositions qui régissent les cessions de créances professionnelles et plus particulièrement les dispositions de l'article L.313-23 du Code monétaire et financier qui permettent à un débiteur professionnel de céder des créances à terme, résultant d'un acte à intervenir dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés.

⁸⁴⁶ Jean Stoufflet, précise à propos des créances futures pouvant faire l'objet d'une cession de créances professionnelles qu'il faut que « *la créance ait acquis une probabilité suffisante résultant en l'espèce de factures désignant les marchandises vendues avec l'indication du prix, même s'il n'y a pas de mention d'acceptation de l'acheteur* ». « *Fascicule 570 : Cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau – Loi du 2 janvier 1981* » JurisClasseur Banque Crédit Bourse, mise à jour, 15 février 2012

⁸⁴⁷ « *Ainsi, un constituant pourra transférer à titre de garantie des marchandises en cours de fabrication ou des choses de genre devant être acquises préalablement auprès de tiers* » « *Fiducie – Introduction et constitution* » JurisClasseur Banque – Crédit- Bourse, Fascicule 785, 2012 paragraphe 21

⁸⁴⁸ Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2011, comm. 199 Rapport au 107^{ème} Congrès des notaires, Cannes 5 8 juin 2011 Commentaire par Alain Cerles

leurs biens actuels ou futurs en gage »⁸⁴⁹. Cependant les dispositions régissant la fiducie sont plus exigeantes que les dispositions des articles sus-visés. Ainsi, les biens futurs doivent être déterminables et les éléments permettant cette détermination doivent, à peine de nullité, être mentionnés dans l'acte constitutif de la sûreté⁸⁵⁰. En outre, le législateur impose que le contrat de fiducie indique la valeur estimée de l'actif faisant l'objet du transfert, ce qui risque d'être délicat à effectuer dans l'hypothèse de biens futurs. Dans ce cas très particulier, comme le précise Christian Atias, il semble impossible de mettre en place un droit réel dès la création de la fiducie. En effet, « *il ne peut y avoir de position réelle sans objet. Son assiette doit pouvoir être déterminée. La position réelle ne peut s'établir que sur une chose existante et individualisée. Une position réelle ne peut mettre, par avance, une chose future à la disposition de son titulaire* »⁸⁵¹.

On pourrait également retenir comme qualification juridique des obligations du fiduciaire, celle de la charge réelle. « *Les charges réelles sont des contraintes ou des prestations imposées qui ne pèsent sur une personne qu'en raison de sa qualité de propriétaire d'une chose* »⁸⁵². Les charges réelles sont supportées par les propriétaires successifs de la chose. Or dans le cadre d'une fiducie, la personne qui deviendra propriétaire⁸⁵³ au terme du contrat se verra doter d'une propriété pleine et entière non affectée d'un quelconque droit réel.

Au contraire, le constituant, en choisissant un fiduciaire, c'est-à-dire un homme de confiance, lui demande d'accomplir une mission sur l'actif confié. Le constituant lui fait confiance et n'a donc pas besoin de « *brider* » l'actif mis en fiducie en créant un nouveau droit réel sur cet actif à son bénéfice. Le fiduciaire engage sa responsabilité s'il ne respecte pas ses engagements et apporte en garantie son propre patrimoine pour toute faute qu'il pourrait commettre.

Les professeurs Revet et Zénati-Castaing n'interviennent pas directement dans le débat sur la nature (réelle ou personnelle) des obligations limitant l'usage de la propriété. Ils ont recours à

⁸⁴⁹ « *La possibilité de constituer une sûreté sur un bien futur n'existait donc que dans les cas particuliers où la loi admettait un gage ou un nantissement spécial sans dépossession. En 2006, la suppression de l'exigence de dépossession dans le droit commun du gage, comme du nantissement, fait qu'il est désormais possible de constituer un gage ou un nantissement sur n'importe quel bien meuble, actuel ou futur, et, notamment, de ce fait, sur un ensemble de meubles destinés à se renouveler, tel un stock* ». « *Sûretés mobilières : état des lieux et prospective* » Pierre Crocq, Revue des procédures collectives n° 6, Novembre 2009, dossier 18

⁸⁵⁰ « *Ces mentions étant indispensables au maintien d'une sécurité juridique suffisante pour l'ensemble des parties comme des tiers* » Pierre Crocq, « *Sûretés mobilières : état des lieux et prospective* » Revue des procédures collectives n° 6, Novembre 2009, dossier 18

⁸⁵¹ « *Droit civil les biens* » Christian Atias, Litec collection LexisNexis, 11^{ème} édition, 2011, paragraphe 77

⁸⁵² « *Droit civil les biens* » Christian Atias, Litec collection LexisNexis, 11^{ème} édition, 2011, paragraphe 84

⁸⁵³ Ou redeviendra propriétaire, pour le constituant

un autre concept, qui est l'affectation. Pour ces auteurs, la fiducie « réintroduit l'utilisation de la propriété comme technique de conservation et d'administration des biens d'autrui qui avait progressivement disparu du droit français au Moyen Age »⁸⁵⁴. Selon ces auteurs, « Le transfert fiduciaire est constitutif d'une propriété affectée. L'affectation résulte de l'assistance d'une mission qui oriente l'intérêt général du droit de propriété par le fiduciaire »⁸⁵⁵. Ainsi, « le droit de propriété acquis par le fiduciaire a une configuration particulière. Il est affecté par le contrat de fiducie qui crée des obligations entre les parties et il comporte des limites (...) »⁸⁵⁶. Cette idée est assez séduisante mais les dispositions qui régissent la fiducie disposent que le fiduciaire est réputé avoir les pouvoirs les plus larges vis-à-vis des actifs mis en fiducie. Si cette affectation est limitée de manière précise, celle-ci risque de limiter les pouvoirs du fiduciaire et de ne pas lui permettre d'agir dans des situations non prévues par la convention de fiducie et de ne pas pouvoir s'adapter à des situations inédites se présentant au cours de la convention de fiducie.

En outre, la fonction de fiduciaire étant réservée à trois professions réglementées dont deux font l'objet d'un contrôle prudentiel de la part d'une autorité de tutelle, il n'était pas nécessaire d'imposer des charges réelles aux actifs transférés aux fiduciaires.

Enfin admettre que la fiducie opère un transfert de la propriété de l'article 544 du Code civil incitera les établissements de crédit à proposer la fiducie comme sûreté des financements qu'elles accordent. Les travaux du Comité de Bâle ont imposé aux établissements bancaires de respecter des ratios de solvabilité⁸⁵⁷ leur imposant des exigences minimales en fonds propres leur permettant d'affecter une partie du capital à couvrir certains risques dont celui du crédit ou de contrepartie⁸⁵⁸. Le risque de crédit est le risque pour tout établissement de crédit

⁸⁵⁴ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008, paragraphe 253

⁸⁵⁵ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008, paragraphe 263,

⁸⁵⁶ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008, paragraphe 270

⁸⁵⁷ Ratio Cooke dans le cadre du comité de Bâle I, remplacé par le ratio Mac Donough, dans le cadre du Comité de Bâle II. Le pilier 1 de Bâle II relatif aux exigences minimales de fonds propres porte sur l'ensemble de règles et de méthodes disponibles pour calculer les exigences minimales de fonds propres relatives aux principaux risques : risques de crédit; de marché et opérationnel

⁸⁵⁸ Ainsi « *Les normes de fonds propres sont les règles qui aident les autorités de contrôle à déterminer si les banques détiennent à tout moment des fonds suffisants pour faire face aux pertes imprévues. (...) Ses exigences pour la gestion du risque et des fonds propres cherchent à promouvoir la stabilité financière internationale en garantissant que les banques peuvent vraiment évaluer et gérer leurs risques* » « *Les Exigences de fonds propres* » par Jaime Carunana et Aditya Narain, Finance & Développement, Juin 2008

que son client ne lui rembourse pas le concours qui lui est accordé⁸⁵⁹. Il ressort de cette réglementation que pour chaque concours accordé à un type de contrepartie, une allocation de fonds propres est calculée par l'établissement de crédit qui accorde le concours. Or depuis les accords de Bâle II, les sûretés viennent réduire le montant des fonds propres à mobiliser pour accorder un nouveau concours. Les établissements de crédit réduisent le montant des fonds propres alloués à chaque opération en fonction de l'efficacité de la garantie c'est-à-dire son efficacité à recouvrer les sommes dues en cas de défaillance du débiteur⁸⁶⁰. En effet, le transfert de propriété a pour conséquence de sortir des actifs du patrimoine du débiteur. Par conséquent, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur ne remettra pas en cause les droits des créanciers de bénéficier de la propriété de l'actif transféré. L'actif fiduciaire ayant quitté le patrimoine du constituant, les créanciers de ce dernier perdent en principe leur droit de gage sur ces biens et le créancier bénéficiant d'une fiducie-sûreté pourra obtenir le paiement de sa créance après l'ouverture de la procédure collective. Par conséquent, la fiducie, utilisée comme une sûreté, permettrait de réduire au minimum le montant des fonds propres nécessaires à mobiliser pour consentir un financement. Or l'optimisation de l'utilisation des fonds propres est devenue une préoccupation permanente pour les établissements de crédit⁸⁶¹.

Toutefois, ce principe de l'absence d'effet de la procédure collective du constituant à l'égard de la fiducie doit être tempéré depuis l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 notamment lorsque le fiduciaire a remis au constituant à disposition l'actif (immobilier) mis

⁸⁵⁹ « Dans un sens plus large, ce risque désigne aussi le risque de dégradation de la santé financière de l'entrepreneur qui réduit les probabilités de remboursement. (...) Tel risque varie fortement selon la nature de demandeur, selon qu'il s'agit du ménage, d'une administration, d'une entreprise ou d'autres institutions financières. Tous les demandeurs du même secteur ne présentant pas le même risque. Il varie selon la nature du crédit, selon qu'il s'agit d'un crédit à la consommation, au logement de trésorerie, ou d'un crédit d'investissement ». « Les accords de Bâle et la gestion des risques bancaires » Mouna Kobaa, université de Carthage, Tunisie

⁸⁶⁰ Les établissements de crédit ont le choix entre deux méthodes de calcul de risque client. Soit, ils utilisent une « méthode globale standard », simple à utiliser mais exigeant en général plus de fonds propres pour pallier le manque d'exactitude ou une « méthode plus fine » (approche fondée sur une notation interne) permettant de mobiliser moins de fonds propres mais qui requiert des méthodes plus complexes et surtout plus coûteuses à installer.

⁸⁶¹ Actuellement, les établissements de crédit utilisent des méthodes assez fines de calcul du montant des fonds propres à mobiliser. Ces systèmes reposent sur des statistiques qui calculent le temps nécessaire à recouvrer les actifs. Les outils ne prennent pas encore en compte la fiducie car il n'existe pas de statistiques propres à la fiducie car cette garantie est encore trop jeune, il faudra attendre quelques années. Pour l'instant, la fiducie-sûreté est assimilée à l'hypothèque, ce qui n'est pas optimal. Il ressort de nos discussions que de développer un nouveau système d'allocation de fonds propres tenant compte de la fiducie comme sûreté présente un coût non négligeable pour les banques.

en fiducie dans le cadre d'une convention dite de mise à disposition⁸⁶². Pendant la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, cette convention de mise à disposition est soumise au régime des contrats en cours⁸⁶³, l'administrateur peut ainsi poursuivre la convention à condition de respecter les obligations à la charge du constituant, si elle est utile au redressement ou au contraire la résilier⁸⁶⁴. La loi neutralise le temps d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire les effets de la fiducie lorsque celle-ci est assortie d'une convention de mise à disposition au profit du constituant⁸⁶⁵, car le créancier est privé de son droit de provoquer le dénouement de la fiducie en organisant la vente des actifs⁸⁶⁶. Si le

⁸⁶² L'article 2018-1 du Code civil « *Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire* ».

⁸⁶³ Article L.622-13 du Code de commerce « (...) *II L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant (...)* ». et l'Article L.631-14 du Code de commerce « (...) *Lorsque la procédure de redressement judiciaire a été ouverte en application du troisième alinéa de l'article L. 626-27 et que le débiteur a transféré des biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ayant donné lieu au plan résolu, la convention en exécution de laquelle celui-ci conserve l'usage ou la jouissance de ces biens ou droits n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 622-13 et les dispositions de l'article L. 622-23-1 ne sont pas applicables (...)* »

⁸⁶⁴ Cette disposition repose sur la présomption que ces biens ou droits sont nécessaires à la poursuite de l'activité et vont contribuer au redressement du débiteur. Cette présomption du législateur était juste car les fiducies mises en place et qui portent sur des actifs immobiliers concernent des usines, des sièges sociaux, des lieux de vente. Par conséquent, il s'agit de sites dont le débiteur a besoin pour amorcer son redressement économique.

⁸⁶⁵ Le titre de « *Reine des sûretés* » donné par Alain Cerles sur le fondement de l'examen des premières dispositions (avant l'introduction de l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008) n'est plus d'actualité. (JCP E, 6 septembre 2007)

⁸⁶⁶ Article L.622-13 du Code de commerce « *I. - Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.*

II. - L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant (...) ».

débiteur fait l'objet d'un plan de cession, la convention de mise à disposition ne pourra être transférée au repreneur qu'avec l'autorisation du créancier⁸⁶⁷. En cas de liquidation judiciaire, l'application des dispositions relatives aux contrats en cours est exclue et le créancier peut récupérer le bien sans subir le concours des autres créanciers.

Nous avons relevé dans le cadre des derniers projets de conventions de fiducie-sûreté sur des actifs immobiliers faisant l'objet d'une convention de mise à disposition que les professionnels ont trouvé le moyen d'atténuer les effets de cette paralysie temporaire de la fiducie. En effet dans le cadre des premières fiducies, les conventions de mise à disposition étaient gratuites. Mais lors de l'ouverture des procédures collectives à l'encontre du constituant, nous avons constaté que ces conventions étaient maintenues par l'administrateur judiciaire. En outre, les remboursements au titre du financement étaient également suspendus. Afin de provoquer la remise de l'actif dans les mains du fiduciaire ou de continuer à percevoir des sommes dans le cadre de la procédure collective, les rédacteurs des conventions de fiducie prévoient dorénavant que ces conventions de mise à disposition ne sont pas gratuites. Il est donc nécessaire de trouver un actif ou des actifs dont le montant du ou des loyers corresponde à l'amortissement de la dette en principal et intérêt. Par conséquent, si l'administrateur décide de maintenir le contrat en cours de procédure collective, le créancier va continuer à percevoir le remboursement de sa créance et écarter les effets de la procédure collective ouverte à

⁸⁶⁷ Article L.642-7 du Code de commerce « (...)La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie. »,

Article L.626-1 du Code de commerce « Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation. Ce plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. Les cessions faites en application du présent article sont soumises aux dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV et à l'article L. 642-22. Le mandataire judiciaire exerce les missions confiées au liquidateur par ces dispositions »

Article L.631-22 du Code de commerce « A la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement. Les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV, à l'exception du I de l'article L. 642-2, et l'article L. 642-22 sont applicables à cette cession. Le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur. L'administrateur reste en fonction pour passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession. Lorsque la cession totale ou partielle a été ordonnée en application du premier alinéa, la procédure est poursuivie dans les limites prévues par l'article L. 621-3. Si l'arrêté d'un plan de redressement ne peut être obtenu, le tribunal prononce la liquidation judiciaire et met fin à la période d'observation ainsi qu'à la mission de l'administrateur, sous réserve des dispositions de l'article L. 641-10. Les biens non compris dans le plan de cession sont alors cédés dans les conditions de la section 2 du chapitre II du livre IV ».

l'encontre du constituant. Il reste maintenant à attendre la position des magistrats sur de tels montages.

Ainsi, au cours de cette première partie, nous avons rappelé que la fiducie bien qu'introduite récemment dans notre système juridique présentait des applications particulières utilisées depuis de nombreuses années. En outre, nous avons souligné que la fiducie organise un transfert de propriété au profit du fiduciaire. Par conséquent, les parties ayant recours à une fiducie doivent non seulement anticiper les besoins des parties, mais surtout dessiner les limites du cadre juridique imposé au fiduciaire dans l'exercice du droit de propriété. Ainsi, la fiducie va conventionnellement aménager, sculpter l'exercice du droit de propriété par le fiduciaire en lui imposant un certain nombre d'obligations. La mise en place de cette organisation est une tâche difficile qui nécessite de tenir compte de plusieurs paramètres notamment le type d'actif transféré, la pratique du fiduciaire, la mission confiée au fiduciaire, etc. Nous avons vécu cette expérience en qualité de fiduciaire ou de créancier bénéficiaire, mais il faut avoir conscience que cette organisation du droit de propriété constitue l'essentiel des dispositions contractuelles régissant une fiducie et qu'elle nécessite d'anticiper dans la mesure du possible toutes les situations pouvant se présenter au cours de la fiducie⁸⁶⁸.

Ainsi, le fiduciaire est titulaire de la propriété de l'article 544 du Code civil mais s'est engagé personnellement à l'encontre du constituant et des bénéficiaires à utiliser la propriété conformément à l'organisation définie par les termes de la convention de fiducie. Aussi, au cours de la seconde partie de nos réflexions nous allons présenter le régime juridique de la propriété au cours de la fiducie en examinant les conséquences de ce transfert de propriété de sur la constitution de la fiducie, sur son exécution et son dénouement.

⁸⁶⁸ Dans le cadre des fiducies auxquelles nous avons participé, nous avons à chaque fois essayé de lister les événements pouvant affecter les actifs faisant l'objet du transfert fiduciaire. Ainsi, lorsqu'une fiducie portait sur des parts sociales de société cotées, nous avons anticipé les événements significatifs pouvant frapper des sociétés cotées et surtout la méthode pour les gérer (offres publiques d'achat, atteintes à l'image de la société suite à des scandales, non certification des comptes par les commissaires aux comptes). Dans une autre fiducie portant sur des parts sociales de sociétés civiles détenant des magasins recevant le grand public, nous avons anticipé le non respect de la réglementation relative aux Etablissements recevant du public (ERP) par les locataires de ces magasins, appartenant aux sociétés civiles.

2 SECONDE PARTIE : LE REGIME DE LA PROPRIETE FIDUCIAIRE

Au cours de la première partie, nous avons porté nos réflexions sur le transfert organisé par la fiducie et la nature du droit de propriété transféré au fiduciaire. Mais, il ne faut pas se limiter au seul transfert du droit de propriété au fiduciaire, il faut examiner le régime de la propriété fiduciaire via les conséquences qu'elle entraîne tout au long de la fiducie c'est-à-dire lors de sa constitution, de son exécution et de son dénouement. Chacune de ces phases présente des particularités qui découlent du transfert de propriété au fiduciaire. En effet, la constitution de la fiducie a pour principale caractéristique de créer un patrimoine d'affectation distinct du propre patrimoine du fiduciaire, assurant une autonomie qui nous amène à nous interroger sur la possibilité de lui reconnaître la personnalité juridique.

L'exécution du contrat de fiducie est une étape où le fiduciaire, en tant que propriétaire, devra accomplir une mission conformément aux termes de la fiducie. Nous observerons que la mission du fiduciaire est directement déterminée par l'affectation du bien transféré dans le cadre de la fiducie. Enfin, une fois que nous aurons déterminé les différentes tâches à réaliser par le fiduciaire, nous identifierons la responsabilité qu'il peut encourir. Après avoir constaté que l'exécution et donc la réussite du contrat de fiducie repose sur le fiduciaire, nous indiquerons qu'il est nécessaire d'organiser de manière plus structurelle la fonction de fiduciaire.

La dernière phase (c'est-à-dire le dénouement de la fiducie) ne fait l'objet que d'un nombre limité de dispositions. Or il s'agit d'une étape cruciale car le fiduciaire en tant que propriétaire devra, soit rétrocéder au constituant, soit transférer la propriété à un tiers. Dans ces différentes situations la personne qui se verra attribuer le bien sera affranchie des termes de la fiducie. Nous analyserons dans un premier temps l'obligation à la charge du fiduciaire, puis nous étudierons les modalités et les conséquences de ce transfert de propriété au dénouement de la fiducie.

Mais avant d'arriver à l'étape finale de la fiducie, nous allons tout d'abord porter notre attention sur le régime de la propriété fiduciaire à sa constitution.

2.1 Le régime de la propriété fiduciaire à la constitution : une propriété transférée dans un patrimoine d'affectation

Nous allons donc dans un premier temps, observer le régime de la propriété fiduciaire lors de la constitution de la fiducie. Dans cette première étape, nous allons constater que la fiducie ne se limite pas à organiser le transfert d'un droit de propriété. En effet, nous assistons à la création d'un patrimoine d'affectation qui dispose d'une telle autonomie que nous allons réfléchir à la possibilité de lui reconnaître la personnalité morale.

2.1.1 La fiducie à l'origine de la création d'un nouveau patrimoine

L'article 2011 du Code civil qui définit la fiducie ne pose pas clairement le fait que le transfert de l'actif au fiduciaire est à l'origine de la création d'un patrimoine : le patrimoine fiduciaire.

L'article 2011 dispose seulement que la fiducie opère un transfert de biens, de droits ou de sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tient (ou tiennent) séparés de leur patrimoine propre.

De multiples dispositions du Code civil font néanmoins référence à ce patrimoine fiduciaire⁸⁶⁹, c'est pourquoi il ne peut y avoir de doute sur la création d'un patrimoine fiduciaire, c'est-à-dire un patrimoine dédié à la réalisation d'un but : un patrimoine d'affectation.

La constitution du patrimoine fiduciaire constitue la « *spécificité de la fiducie du Code civil par rapport aux fiducies innommées*⁸⁷⁰ prévues par des régimes spéciaux, notamment en droit des marchés financiers»⁸⁷¹.

Claude Witz a cependant regretté que « *le législateur ait érigé le transfert de biens par le constituant au fiduciaire en élément constitutif de la fiducie et qu'il n'ait pas opté pour une définition plus large du contrat fiduciaire, axée sur la constitution du patrimoine fiduciaire* »⁸⁷².

⁸⁶⁹ Articles 2021, 2027 et 2030 du Code civil

⁸⁷⁰ Nous avons présenté ces fiducies innommées en première partie de nos travaux.

⁸⁷¹ « *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération* » Laurent Kaczmarek, recueil Dalloz 2009, p.1845

⁸⁷² « *La fiducie face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust* », Claude Witz, Recueil Dalloz, 2007, p.1369,

André Prüm partage le même avis que celui de Claude Witz et déclare que « *la définition de la fiducie est centrée sur le transfert par un ou plusieurs constituants de biens, droits ou sûretés à un ou plusieurs fiduciaires qui doivent les tenir séparés de leurs patrimoines propres. Il eut été peut être préférable de l'axer sur la constitution d'un patrimoine d'affectation, qui constitue le véritable résultat recherché (par la fiducie)* »⁸⁷³.

C'est également le point de vue de Romain Ollard qui considère que « *l'innovation majeure réalisée par la loi* » est la création d'un patrimoine d'affectation destiné à recevoir les biens dont la propriété est transférée dans le cadre de la convention de fiducie⁸⁷⁴.

Comme le précise Laurent Aynès, « *le cœur de l'institution fiduciaire repose sur la notion de patrimoine fiduciaire. Cette masse est susceptible de constituer une universalité de fait*⁸⁷⁵ et l'article 2025 du Code civil aboutit à affecter un passif propre à cet actif propre. Il y a donc une correspondance entre l'actif et le passif fiduciaire qui conduit à affirmer qu'il y a constitution d'une universalité»⁸⁷⁶.

En outre, la preuve de l'existence de cette universalité est apportée par les dispositions qui régissent la fiducie. L'article 12 de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 non repris dans les dispositions du Code civil déclare que « *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 chez le fiduciaire* »⁸⁷⁷.

L'article 2025 dispose que « (...) *le patrimoine ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* ». Ainsi, les éléments de

⁸⁷³ « *L'arrivée annoncée de la fiducie* » André Prüm, Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier-février 2007

⁸⁷⁴ « *La fiducie : aspects de droit pénal* » recueil Dalloz, 2009 page 545, paragraphes 33 et suivants

⁸⁷⁵ « *Ensemble de biens formant une collection ou une entité juridique complexe prise comme un bien unique et soumis à un régime juridique particulier* » Vocabulaire juridique Gérard Cornu, association Henri Capitant. « *Les objets qui les composent sont rassemblés par la volonté de leur propriétaire et restent d'un point de vue juridique, distincts les uns des autres* », « *L'unité du patrimoine essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Defrénois, paragraphe 109

⁸⁷⁶ « *Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi* » Laurent Aynès, revue Lamy droit civil, février 2008

⁸⁷⁷ En ce qui concerne cette affectation de l'actif à un passif, Céline Kuhn considère que « *Le législateur consacre du bout des lèvres l'affectation spéciale d'un actif à un passif. Que de précautions ! Loin d'être une proclamation, c'est un chuchotement !* » « *Des patrimoines et des hommes* » Droit & Patrimoine, n°211, février 2012, p.30

passif et d'actif sont inséparablement liés, l'actif répond du passif. Il y a une « *corrélation entre l'actif et le passif* »⁸⁷⁸.

Comme Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet⁸⁷⁹, nous considérons que ce patrimoine d'affectation est une universalité de droit et se caractérise donc par la subrogation réelle. En vertu de ce principe, les biens issus de l'aliénation d'un élément du patrimoine, intègrent automatiquement celui-ci. « *Ainsi, un bien dont l'acquisition est causée par la disparition, juridique ou matérielle, d'un autre bien prend le relais du précédent. (...) Cette substitution s'opère de plein droit, ce qui fait la force du patrimoine d'affectation. (...) La subrogation réelle joue que le fiduciaire soit ou non autorisé à aliéner* »⁸⁸⁰.

Comme le rappelle Christian Larroumet⁸⁸¹, cette particularité distingue la fiducie française de la fiducie romaine qui organisait le transfert des biens du patrimoine du constituant vers le patrimoine du fiduciaire. Les actifs intégraient le patrimoine propre du fiduciaire et par conséquent étaient confondus avec tous ses autres biens. La fiducie romaine était fondée sur la confiance⁸⁸².

Il s'agit d'une caractéristique essentielle de la fiducie française qui est commune avec le trust et qui tient à ce que les biens « *in trust* » n'intègrent pas le patrimoine personnel du trustee. Christian Larroumet met en exergue un défaut dans la rédaction des dispositions du Code civil qui porte atteinte à l'autonomie de ce patrimoine d'affectation. Il découle de l'article 2025 alinéa 2 du Code civil qui dispose qu'« *En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers* », c'est-à-dire les créanciers qui ont le droit de poursuivre le patrimoine fiduciaire et dont il est question à l'alinéa 1^{er} de l'article 2025.

Christian Larroumet en commentant cette disposition considère qu'« *Il n'y a rien de plus contraire au patrimoine d'affectation et à la fiducie trust, dont l'intérêt est justement*

⁸⁷⁸ Expression utilisée par Philippe Dupichot dans le cadre de son étude intitulée « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui – observations introductives* » JCP Notariale et immobilière, n°52, 25 décembre 2009, 1356, paragraphe 3

⁸⁷⁹ « *Les biens* » Collection Droit Fondamental, Presses Universitaires de France, 2008, paragraphes 276 et suivants

⁸⁸⁰ « *Les biens* » Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet Collection Droit Fondamental, Presses Universitaires de France, 2008, paragraphes 278

⁸⁸¹ « *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques* » Christian Larroumet, Recueil Dalloz, 2007, n°20, p.1357, paragraphe 4

⁸⁸² Nous l'avons déjà cité mais le professeur Demogue déclarait que « *la fiducie personnelle ou à la romaine (...) ne crée pour le fiduciaire qu'une obligation purement personnelle, fiducie personnelle, fiducie fragile, qui n'a comme garantie pratique que l'honnêteté et la solvabilité du fiduciaire (...)* ».

d'affecter des biens à la poursuite d'un but déterminé, seuls ces biens devant répondre des dettes nées dans la poursuite de ce but »⁸⁸³.

La volonté poursuivie par le constituant dans le cadre d'une fiducie est que « *la masse des biens mis en fiducie soit hors d'atteinte, en principe des créanciers du fiduciaire (...) et forme ainsi un patrimoine autonome géré par un fiduciaire* ».

En effet, il s'appauvrit au profit du fiduciaire qui va être propriétaire de cet actif. Or ce patrimoine est autonome et distinct tant des patrimoines propres du fiduciaire, du constituant et des bénéficiaires.

Cette recherche de création d'un patrimoine autonome et distinct de tout autre est commune à toutes les fiducies.

En matière de fiducie-sûreté, la création de ce patrimoine permet de sortir du patrimoine du constituant des actifs qui ne pourront plus être affectés par une éventuelle procédure de saisie, procédure collective ouverte à l'encontre du constituant⁸⁸⁴.

Dans une fiducie-gestion, la création de ce patrimoine permet d'isoler un patrimoine et de le gérer de manière beaucoup plus souple et active que dans le cadre d'un simple mandat de gestion. Ainsi, comme « *une société, ou un commerçant, la fiducie jouit d'une comptabilité autonome qui permet une traçabilité des biens concernés et place l'actif en corrélation avec le passif. Le technique du patrimoine d'affectation facilite un suivi financier* »⁸⁸⁵. Par conséquent, la cause qui pourrait justifier le contrat de fiducie-gestion, est la volonté du constituant de protéger son actif d'une éventuelle insolvabilité du fiduciaire ou tout simplement de lui donner une liberté sans précédent afin de lui permettre de gérer activement ce patrimoine (fiducie-gestion). Néanmoins l'autonomie du patrimoine fiduciaire n'est pas une immunité. Ce patrimoine peut être « *ainsi saisi par des titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine à l'exclusion donc tant des créanciers personnels du constituant que ceux du fiduciaire* ».

Par cette affectation fiduciaire, le fiduciaire va isoler un patrimoine de son patrimoine personnel. Ainsi, à côté de son activité générale, le fiduciaire va exercer une ou plusieurs activité(s) fiduciaire(s), il existera autant de patrimoines fiduciaires que de fiducies conclues par le fiduciaire. Ce n'est pas le seul exemple en droit français d'affectation à laquelle est

⁸⁸³ « *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques* » Christian Larroumet, Recueil Dalloz, 2007, n°20, p.1357, paragraphe 16

⁸⁸⁴ Nous verrons ultérieurement que l'ouverture d'une procédure collective peut avoir certains effets sur la gestion du patrimoine fiduciaire. Cependant, la procédure collective ne fait que paralyser les droits du créancier fiduciaire le temps de la procédure collective.

⁸⁸⁵ « *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération* » Laurent Kaczmarek, recueil Dalloz 2009, p.1845

associée une structure patrimoniale, l'activité professionnelle permet à un entrepreneur d'associer une « *enveloppe de biens à la garantie de dettes nées de l'activité professionnelle* »⁸⁸⁶. C'est le but poursuivi par la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (« EIRL »). Nous le verrons par la suite de manière plus approfondie, mais les biens ainsi affectés à une activité professionnelle font l'objet d'une déclaration⁸⁸⁷ et répondront des dettes nées de cette activité professionnelle⁸⁸⁸. Mais à la différence de la fiducie, ce patrimoine n'est pas lié à un transfert de propriété mais à une réorganisation interne des biens de l'entrepreneur⁸⁸⁹.

Pour mieux comprendre la notion de patrimoine d'affectation et les conséquences juridiques qui en découlent (notamment la question de la personnalisation de la fiducie), il est nécessaire de rappeler la théorie objective (classique) du patrimoine (forgée par Charles Marie Aubry et Charles Frédéric Rau) qui pose le principe de l'unité du patrimoine. On oppose cette théorie classique, personnaliste, unifiant le patrimoine autour de la personne humaine à la théorie objective fondée sur l'affectation.

2.1.1.1 La théorie subjective du patrimoine

Comme le rappelle Anne-Laure Thomat-Raynaud, le concept de patrimoine n'a pas été défini par le Code civil qui d'ailleurs « *emploie rarement le mot mais par deux éminents professeurs Charles Marie Aubry et Charles Frédéric Rau, professeurs de droit à Strasbourg. Ceux-ci ont puisé leur inspiration, pour ensuite faire œuvre personnelle, dans les travaux non moins célèbre juriste Karl Salomon Zachariae von Lingenthal, professeur de droit à Heidelberg*⁸⁹⁰. Celui-ci s'était intéressé au droit français, droit étranger qui était appliqué

⁸⁸⁶ « *Des patrimoines et des hommes* » Céline Khun, Droit & Patrimoine, n°211, février 2012, p.30

⁸⁸⁷ Soit à un registre de publicité légale soit à un registre tenu au greffe du tribunal de commerce pour les personnes non soumises à déclaration

⁸⁸⁸ Article L.526-12 du Code de commerce « (...) 1° 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 ; 2° Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté.(...) »

⁸⁸⁹ Une autre différence notable : l'entrepreneur peut exercer librement son droit de propriété, il n'est pas limité comme l'est le fiduciaire.

⁸⁹⁰ Anne-Laure Thomat-Raynaud précise que « *l'originalité de la méthode de Zachariae a été de ne pas suivre la méthode du Code civil, contrairement aux préceptes de l'Ecole de l'Exégèse, qui avait le culte de la loi, mais au contraire, et tout en s'appuyant sur le texte même du Code civil, de proposer une construction personnelle qui ne suit pas son ordre. Zachariae a en effet créé un plan original de présentation, suivant en cela la méthode des traités des Pandectes, qui facilite la compréhension du Code civil, en établissant des liaisons entre ses dispositions et en mettant en lumière des rapports jusque là restés sous silence* », « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 54

dans les pays rhénans et dans le grand duché de Bade (...). Dans cette perspective, son manuel de droit civil français (publié en 1808) se présente non seulement comme une étude particulière du droit français à travers son Code civil, mais comme une œuvre universelle résultant de la réunion de plusieurs pensées et aboutissant à la création de concepts idéaux élaborés par la raison et susceptibles d'être ainsi communs à plusieurs nations.»⁸⁹¹.

Anne-Laure Thomat-Raynaud précise que la théorie d'Aubry et Rau s'est présentée au début comme la traduction du manuel du juriste allemand Zachariae et que par la suite « *Les deux auteurs strasbourgeois vont s'émanciper⁸⁹² de l'œuvre originelle, sans en altérer complètement sa substance pour proposer une théorie qui leur est propre, ceci avec l'agrément et même l'aide de l'auteur* »⁸⁹³.

Ainsi Aubry et Rau ont défini le patrimoine comme « *l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droit* » c'est-à-dire des objets extérieurs sur lesquels une personne a des droits à exercer en tant qu'on les considère comme des biens. Aubry et Rau mettent au centre de leur raisonnement la personnalité de l'homme considérée dans les rapports avec les objets sur lesquels celui-ci peut avoir des droits à exercer »⁸⁹⁴.

Mais le cheminement d'Aubry et Rau ne s'arrête pas là. Comme l'indique Anne-Laure Thomat-Raynaud, « *les deux auteurs ont analysé le droit de propriété d'une personne sur son patrimoine, c'est-à-dire le droit réel d'une personne sur son patrimoine. La propriété du patrimoine serait indivisible comme la personnalité de celui auquel il appartient, l'indivisibilité du patrimoine s'appliquant même après le décès de la personne qui en était*

⁸⁹¹ « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 2

⁸⁹² Dans le cadre d'une étude intitulée « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui – observations introductives* » JCP Notariale et immobilière, n°52, 25 décembre 2009, 1356, Philippe Dupichot indique que « (...) leur empreinte s'accroît au fur et à mesure des rééditions. Dès la troisième édition (1857), ils affirment leur indépendance doctrinale par un nouvel intitulé ne faisant plus référence à l'inspirateur allemand : ils sont les auteurs d'un cours de droit civil français original. Plus tard, dans la quatrième édition, ce cri du cœur leur échappera : « nous ne sommes pas de simples annotateurs de Zacharie, écriront-ils en substance » »

⁸⁹³ « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 57. « *Ainsi, si la théorie de Zachariae a été un support de réflexion, Aubry et Rau ont fait un effort de rationalisation, en réunissant structurellement certains des développements de l'auteur allemand qui étaient disséminés à plusieurs endroits, et un effort de précision de sa théorie, tout en la personnalisant et en construisant une théorie abstraite et exclusivement subjectiviste* ».

⁸⁹⁴ « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 65

propriétaire. Ainsi, on n'acquiert pas son patrimoine mais on possède un patrimoine en vertu de la personnalité et on perd le patrimoine par la perte de la personnalité »⁸⁹⁵.

Aubry et Rau affirment que « *le patrimoine est en principe, un et indivisible, comme la personnalité même, (...) et en ce sens que la même personne ne peut posséder qu'un seul patrimoine, mais encore en ce sens que le patrimoine d'une personne n'est pas, à raison de sa nature incorporelle, divisible en parties matérielles ou de quantité, et n'est même pas susceptible, à raison de l'unité de la personne de se partager en plusieurs universalités juridiques, distinctes les unes des autres* »⁸⁹⁶.

C'est le principe dit de l'unité du patrimoine⁸⁹⁷ qui découle du lien entre une personne et son patrimoine et qui a permis à Aubry et Rau de fonder l'indivisibilité du droit de gage des créanciers, c'est-à-dire le droit qu'ont les créanciers sur tous les biens d'un débiteur⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 66

⁸⁹⁶ Aubry et Rau, cours de droit civil français, Tome 6, paragraphe 574, 1^o, p.232

⁸⁹⁷ « *La règle de l'unité du patrimoine est conçue comme un outil de liberté économique, qui va naître en même temps que les modèles économiques libéraux. La théorie était adaptée à une société bourgeoise, de propriétaires. Par ailleurs, elle a pu se développer dans le cadre d'une société essentiellement rurale, empreinte de stabilité où les changements sont rares. Les situations tant professionnelles que personnelles sont durables, il y a unité de la famille, du lieu de résidence, du travail. L'individu mène une vie linéaire où ses biens présents et à venir répondent de ses engagements passés au nom du respect de la parole donnée. La conception d'Aubry et Rau est tributaire de la philosophie individualiste issue des Lumières. La société qui va naître des bouleversements provoqués par la Révolution Française est imprégnée de cette pensée qui place l'homme libre au centre des préoccupations. Les principes fondateurs d'une nouvelle société, fondée sur l'homme et ses droits, vont être affirmés dans les déclarations solennelles et vont être appliquées progressivement au cours du XIX^{ème} siècle* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 58

⁸⁹⁸ « *Les deux auteurs précisent en revanche que le droit de gage général découle directement et nécessairement de la notion même de patrimoine. Il est donc relié à la personne. C'est pour cette raison que le patrimoine répond des dettes de cette personne. Ce principe est consacré par l'ancien article 2092 du Code civil (remplacé aujourd'hui par l'article 2284 du Code civil depuis l'ordonnance 2006-346 du 26 mars 2006) qui dispose « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » (...). Aubry et Rau analysent plus précisément ce droit de gage général prévu par l'ancien article 2092 du Code civil, ce dernier portant sur le patrimoine même du débiteur ainsi que tous et chacun des biens qui s'y trouvent compris* ». « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphes 163 et 164.

C'est le principe de l'indivisibilité du droit de gage des créanciers qui n'est que la conséquence du principe de l'unité du patrimoine. Aubry et Rau se sont également appuyés sur les dispositions de l'ancien article 2093 du Code civil pour affirmer l'indivisibilité du patrimoine. L'ancien article 2093 du Code civil repris in extenso sous l'article 2285 du Code civil depuis l'ordonnance 2006-346 du 26 mars 2006 dispose que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Comme l'indique Anne-Laure Thomat-Raynaud « *Aubry et Rau en reliant leur analyse (relative au concept de patrimoine) aux anciens article 2092 et 2093 du Code civil ont placé l'unité du patrimoine au cœur de la sécurité des obligations et de la confiance contractuelle* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 152

Le concept de patrimoine tel que défini par Aubry et Rau repose, comme le rappelle François Terré sur « *l'existence d'un lien essentiel entre le patrimoine, considéré comme une universalité dite juridique et la personne physique ou morale, individu ou groupement personnalisé qui en est titulaire. De cette relation essentielle, la doctrine classique a déduit des conséquences longtemps rappelées fidèlement par les auteurs : seules les personnes peuvent avoir un patrimoine, de sorte qu'il ne peut exister de patrimoine sans une personne qui lui serve de support ; toute personne a nécessairement un patrimoine, car elle est apte à avoir des droits et des obligations qui prennent place dans ce contenant ; le patrimoine reste lié à la personne aussi longtemps que dure la personnalité, ce caractère indissociable le rendant intransmissible quitte à maintenir en matière successorale la fiction d'une continuation de la personne du défunt ; enfin une personne n'a qu'un patrimoine, car celui n'est pas plus divisible que la personnalité* »⁸⁹⁹.

Ainsi, comme le mentionne François Terré⁹⁰⁰, la théorie dite classique systématisée par Aubry et Rau repose sur les trois piliers rappelés ci-dessous.

- Seules les personnes peuvent avoir un patrimoine. Cela signifie que « *la personne constitue la première réalité sur laquelle viennent s'agrèger ses droits et ses obligations pour former un patrimoine, universalité de droit. Et de même façon que les droits et obligations qui le composent, le patrimoine a nécessairement pour titulaire une personne* »⁹⁰¹.
- Toute personne n'a qu'un patrimoine. « *C'est le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine. Plus spécialement, le patrimoine n'est pas susceptible à raison de l'unité de la personne, de se partager en plusieurs universalités distinctes les unes des autres. Ainsi, le patrimoine ne peut être cloisonné en plusieurs masses distinctes dont l'actif particulier garantisse le paiement d'un passif spécialisé* »⁹⁰².
- Le patrimoine est inséparable de la personne. « *Etant lié à la personne de son titulaire, le patrimoine est intransmissible entre vifs. En revanche sa transmission à cause de mort est possible, et même nécessaire, car par le décès de son titulaire le patrimoine perd sa raison d'être, il ne saurait donc lui survivre* »⁹⁰³.

⁸⁹⁹ « *La personne et ses patrimoines ou l'EIRL* » Etude par François Terré, JCP E, n°1, 13 janvier 2011

⁹⁰⁰ François Terré, Op. cit

⁹⁰¹ « *Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique* » Guillaume Wicker, LGDJ, paragraphe 189

⁹⁰² Guillaume Wicker, Op. cit. Paragraphe 189

⁹⁰³ Guillaume Wicker, Op. cit. Op. cit. Paragraphe 189

Cette théorie dite subjective s'appuie essentiellement sur les dispositions des anciens articles 2092 et 2093 du Code civil relatifs au droit de gage général du créancier chirographaire ou ordinaire⁹⁰⁴. L'ancien article 2092 du Code civil (devenu 2284 du Code civil) dispose que « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* » et l'ancien article 2093 du Code civil (devenu 2285 du Code civil) dispose que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ».

Guillaume Wicker insiste sur le fait que la théorie du patrimoine est fondée « (...) *sur l'existence d'un lien indissoluble unissant la personne et le patrimoine. Plus précisément même, dans l'ordre des personnes physiques, la théorie classique ne distinguant pas la personne juridique de la personne humaine, l'idée s'est faite que la personne constituait une réalité première par rapport au patrimoine. Il en est alors résulté que la relation de la personne et du patrimoine a été analysée comme une relation univoque qui de la première mène au second : c'est l'existence de la personne qui détermine l'existence du patrimoine, sans que la réciproque soit possible. Aussi, que la personne vienne à disparaître, et c'est son patrimoine qu'elle entraîne dans sa disparition : celui ne saurait survivre à la personne de son titulaire. De là, une institution comme le bénéfice d'inventaire⁹⁰⁵, qui maintient l'autonomie de la masse successorale passé le décès de son titulaire, a été conçue, comme l'expression d'une fiction juridique* »⁹⁰⁶.

Comme le rappelle Frédéric Zénati-Castaing, cette théorie « *est exposée dans les cours de droit civil français de Karl Salomon Zachariae von Ligenhal (grand maître de la doctrine allemande) traduit et enrichi par Aubry et Rau. (...) Zachariae dégage du droit codifié une perception de la personne juridique à travers la notion de patrimoine, considérée non pas comme la masse des biens et des droits appartenant à un individu mais comme une universalité qui les rassemble tout en s'en distinguant intellectuellement* »⁹⁰⁷.

Ainsi Aubry et Rau posent le principe que « *le patrimoine est l'émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie en tant que telle* ».⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui observations introductives* » Philippe Dupichot, JCP N, n°52, décembre 2009, 1356, paragraphe 2

⁹⁰⁵ Aujourd'hui remplacé par l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net

⁹⁰⁶ Op. cit paragraphe 186

⁹⁰⁷ « *Mise perspective et perspectives de la théorie du patrimoine* » Frédéric Zénati-Castaing, RTD Civ 2003, page 667.

⁹⁰⁸ Aubry et Rau

Enfin, comme le rappelle Philippe Dupichot⁹⁰⁹, cette théorie se retrouve dans la définition de patrimoine visée par le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant. Le patrimoine y est défini comme « *l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est à dire de ses droits et charges appréciables en argent) de l'actif et du passif, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais ses biens à venir* »⁹¹⁰. L'auteur insiste sur un élément essentiel du patrimoine, celui-ci « *n'est pas un agrégat d'éléments d'actif et de passif : c'est une enveloppe dotée d'une cohésion parce que constitutive d'une universalité de droit. Il existe une corrélation entre l'actif et le passif : le premier répond naturellement du second* »⁹¹¹.

Après avoir rappelé la théorie subjective du patrimoine, il convient maintenant de présenter celle qui s'y oppose, la théorie objective du patrimoine.

2.1.1.2 La théorie objective du patrimoine

La conception objective du patrimoine doit être recherchée dans la théorie des patrimoines sans sujet, développée dans la doctrine allemande par Alois Brinz⁹¹² et reprise en France par Léon Duguit et Raymond Saleilles.

« *Selon ces auteurs, ce n'est pas la personne qui fonde le patrimoine en une universalité de droit mais son but. C'est l'affectation commune de ses éléments à un but spécifique qui détermine l'existence du patrimoine. Celui-ci est alors détaché de la personne pour appartenir à sa propre destination : c'est le patrimoine-but (Zweckvermögen)⁹¹³ lequel peut exister sans le support de la personnalité car dans ce que l'on appelle patrimoine, d'une personne, il n'y a pas en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine richesse à un but déterminé.* »⁹¹⁴.

⁹⁰⁹ « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui – observations introductives* » JCP Notariale et immobilière, n°52, 25 décembre 2009, 1356, paragraphe 3

⁹¹⁰ « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu Association Henri Capitant,

⁹¹¹ « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui – observations introductives* » JCP Notariale et immobilière, n°52, 25 décembre 2009, 1356, paragraphe 3

⁹¹² Florence Bellivier, rappelle dans le cadre de son étude « *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France* » in « *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* » sous la direction d'Olivier Beaud et de Patrick Wachsmann, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, que Alois Brinz, né en 1820, mort en 1887 fut les des principaux représentants de l'école des pandectistes et écrivit un ouvrage intitulé « *Das Zweckvermögen* » traduit par « *le patrimoine à but* »

⁹¹³ Traduit également sous le terme de patrimoine séparé (Sondervermögen) comme le précise Anne-Laure Thomat-Raynaud,

⁹¹⁴ « *Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique* » Guillaume Wicker, LGDJ, paragraphe 193

Comme le rappelle Florence Bellivier (qui a expliqué la théorie de Brinz), il faut replacer la théorie des patrimoines à but dans le contexte du débat « *qui agita la doctrine puis la jurisprudence pendant près d'un siècle, celui de la réalité ou de la fiction des personnes morales (...)* ». Ainsi, en développant cette théorie des patrimoines à but fondée sur des patrimoines dépourvus de titulaires personnels, l'auteur allemand rejette la théorie de la fiction de la personne morale. Brinz oppose les personnes aux choses. Or parmi ces choses, se trouvent celles, que « nous avons fait advenir comme personnes juridiques. C'est cette innovation que Brinz taxe de fantaisiste (...) Les sources romaines, en effet, n'imposaient nullement l'axiome, pas de patrimoine sans personne. Brinz dénonce le paralogsme consistant à se justifier d'avoir créé quelque chose de toutes pièces (la personne) en rendant l'existence nécessaire : si la personne était indispensable au patrimoine, alors elle le serait absolument, étant entendu que la nécessité du patrimoine, elle, ne fait aucun doute »⁹¹⁵.

Brinz déclare qu'il existe différentes espèces de patrimoines à but qui sont constituées de « regroupement de biens en fonction de la sorte du but envisagé. (...) La catégorie du but paraît donner plus de latitude que celle de la personne. Cette liberté se manifeste notamment à l'examen des circonstances dans lesquelles peuvent apparaître des patrimoines à but »⁹¹⁶.

Par conséquent il existe autant de patrimoines à but qu'il existe de buts et dans cette théorie ce n'est pas la personne qui fait le lien et l'unité du patrimoine mais c'est l'affectation de différents éléments à la réalisation d'un but qui constitue le patrimoine.

Ainsi, Anne Laure Thomat-Raynaud précise que Brinz « a cherché à remplacer le sujet par un objet opposé, le but. Ce but devient en quelque sorte le sujet autour duquel s'agrègent les biens, il apparaît comme le pivot des patrimoines d'affectation. Brinz considère que l'unité du but peut servir à fonder le patrimoine, même non rattaché à un sujet de droit qui en soit le titulaire »⁹¹⁷.

Cependant, cette notion de patrimoine à but n'a pas été appliquée dans sa totalité en droit français, il a fallu l'adapter⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Florence BELLIVIER, rappelle dans le cadre de son étude « *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France* » in « *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* » sous la direction d'Olivier Beaud et de Patrick Wachsmann, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, page 8

⁹¹⁶ Florence BELLIVIER Op. cit.

⁹¹⁷ « *L'unité du patrimoine : Essai critique* » Anne Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 910

⁹¹⁸ Florence Bellivier précise que le mauvais accueil en France s'explique par trois raisons « *l'une contingente, la deuxième technique, la dernière idéologique* »

Guillaume Wicker rappelle que « *cette conception, parce qu'elle nie le sujet de droit, ne pouvait cependant être intégrée telle quelle dans notre système juridique. Aussi, est-ce sous la forme atténuée de la théorie des patrimoines d'affectation, qu'elle a pénétré la doctrine française. Si elle (la théorie des patrimoines d'affectation) reprend à son compte la notion d'affectation, cette seconde théorie conserve parmi les dispositions de la théorie classique (celle d'Aubry et Rau), celle selon laquelle tout patrimoine a pour titulaire une personne. Repoussant l'idée de droits privés d'un sujet actif, elle maintient donc le lien entre le patrimoine et la personne. Néanmoins, elle en restreint la portée, car ce n'est pas ce lien qui constitue le fondement de l'unité du patrimoine, mais la commune affectation de ses éléments à un même but* »⁹¹⁹.

Anne-Laure Thomat-Raynaud rappelle que « *plusieurs théories ont fait une place à la notion de but pour fonder le patrimoine d'affectation à la française* ». Il s'agit des théories de Plastara⁹²⁰, de Gazin⁹²¹ et de Speth⁹²².

⁹¹⁹ « *Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique* » Guillaume Wicker, LGDJ, paragraphe 194

⁹²⁰ G. Plastara « *La notion juridique du patrimoine* » thèse Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1903. Anne Laure Thomat-Raynaud rappelle que cet « *auteur considérait que l'on pourrait substituer à la catégorie de sujet de patrimoines l'idée de l'affectation de ces derniers. Il distinguait trois sortes de patrimoines. Il qualifiait le premier de « patrimoine individuel affecté à la satisfaction des besoins de l'individu, et répondant à l'activité économique de ce dernier (...). Il identifiait ensuite « des patrimoines collectifs qui méritent d'être protégés dans l'intérêt même de l'humanité, lorsqu'ils sont pourvus d'une organisation contenant une volonté qui les représente » et enfin « les patrimoines spécialisés qui se trouvent pourvus d'une organisation de par la volonté de celui qui leur a donné une affectation spéciale »* » « *L'unité du patrimoine : Essai critique* » Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 917

⁹²¹ H. Gazin « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* » Thèse Dijon, 1910, édition A Rousseau. Anne Laure Thomat-Raynaud précisé que « *Gazin estimait qu'une masse de biens pouvait constituer un patrimoine, dès lors qu'elle était affectée à un but commun. Il suivait Brinz, qui considérait que l'unité du but permettait de dégager un patrimoine. Pour Gazin, le but commun est « le centre autour duquel on peut grouper les différents droits faisant partie de chaque patrimoine déterminé ». il considérait que pour diviser le patrimoine d'une personne en « petits ensembles de biens », il fallait que « la petite masse corresponde à un intérêt nouveau qui ne puisse se ramener entièrement à la destination qui réunit les autres éléments du patrimoine », qu'il y ait une certaine publicité de fait. (...) Gazin ne rejetait néanmoins pas le sujet de droit et considérait que le patrimoine envisagé comme « la capacité d'être obligé » ne saurait exister abstraction faite de la personne. (...) Il estimait que la notion de sujet de droit était utile et nécessaire, car les droits sont « conçus comme pouvoirs appartenant à un sujet. Pour l'auteur, il fallait dissocier les notions de patrimoine et de personnalité, pour ne voir dans le patrimoine qu'un ensemble de biens envisagé comme un tout en vertu de sa destination ; susceptible d'être dans sa généralité l'objet d'obligations subsistant, tant qu'il est nécessaire, à la disparition de la personne qui en est l'attributaire... » ».*

« *L'unité du patrimoine : Essai critique* » Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphes 918 & 919

⁹²² « *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une seule personne* » F. Speth, LGDJ, Editions Desoer, Liège, 1957 Comme l'indique Anne Laure Thomat-Raynaud « *Monsieur Speth reprit l'idée d'un patrimoine d'affectation rattaché à une personne et déterminé par référence à une finalité spéciale. L'auteur se référait encore à la théorie de Brinz et à l'affectation d'un bien à un but*

Comme l'indique le professeur Dupichot dans le cadre de son étude sur le thème de « *l'unicité du patrimoine aujourd'hui* », l'adaptation de la thèse des patrimoines à but en théorie du patrimoine d'affectation, est issue de la thèse de Gazin. Philippe Dupichot pose le principe qu'un patrimoine d'affectation est nécessairement lié à un sujet de droit. Un même sujet peut être titulaire de plusieurs patrimoines. « *Un patrimoine distinct peut être reconnu lorsqu'une masse de biens est affectée à un but nouveau, d'où le vocable de patrimoine d'affectation ou affecté* »⁹²³.

Ainsi, comme le rappelle Guillaume Wicker, « *la notion (d'affectation) trouve en revanche son utilité spécifique parmi les droits et obligations de la personne, certains peuvent être regroupés en considération de leur destination à un but déterminé, distinct de l'intérêt général de la personne et indifférencié de la personne. En ce cas, il devient en effet possible de distinguer, au sein du patrimoine général de la personne, plusieurs universalités de droit, différenciées entre elles par leur affectation, et formant des patrimoines spécialisés. De tels fractionnements peuvent ainsi être réalisés dans le but qu'un patrimoine spécialisé soit liquidé, comme en matière successorale (...). Le recours à la notion d'affectation permet donc, à la différence de la théorie classique, d'admettre qu'une seule et même personne soit à la tête de plusieurs patrimoines, différenciés entre eux par la diversité de leur affectation* »⁹²⁴.

Même si notre droit repose sur la théorie subjective, il semble que les dispositions législatives portant atteinte au principe de l'unité du patrimoine sur lequel se fonde notamment cette théorie soient de plus en plus fréquentes, et ces exemples pourraient nous faire réfléchir sur la pertinence de maintenir la théorie du patrimoine telle que posée par Aubry et Rau⁹²⁵.

déterminé. Il envisageait la distinction du « patrimoine général », des « patrimoines d'affectation », du « patrimoine résiduaire ». Le premier de ces patrimoines était composé de l'ensemble des biens et des obligations de nature pécuniaire. Les éléments composant les patrimoines d'affectation étaient groupés en vue d'une affectation spéciale et ces patrimoines constituaient pour l'auteur, des universalités juridiques plus restreintes mais contenues dans le patrimoine général. Le patrimoine résiduaire était composé de l'ensemble des droits et obligations d'une personne non spécialement affectés en vue de constituer un patrimoine d'affectation légalement autorisé. « *L'unité du patrimoine : Essai critique* » Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 921

⁹²³ « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui observations introductives* » Philippe Dupichot, JCP N, n°52, décembre 2009, 1356, paragraphe 8

⁹²⁴ « *Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique* » Guillaume Wicker, LGDJ, paragraphe 194

⁹²⁵ Comme le précise Anne-Laure Thomat-Raynaud, la première forme d'atteinte à l'unité du patrimoine « *ne consiste pas dans le fait qu'une personne soit titulaire de plusieurs patrimoines au sens de l'expression de la puissance juridique ou d'émanation de la personnalité. Elle doit être comprise comme le partage du contenu du patrimoine au sens d'ensemble de biens en plusieurs universalités juridiques distinctes les unes des autres. Ce partage est un partage en parties intellectuelles qui constituent un tout et non un partage en parties matérielles (...). La seconde forme*

Cependant, il faut garder présent à l'esprit, qu'Aubry et Rau avaient déjà envisagé certaines exceptions à l'unité du patrimoine. Celles-ci « *étaient liés au décès d'une personne ou une situation qui s'en rapproche par ses effets (absence⁹²⁶, majorat⁹²⁷, substitution fidéicommissaire⁹²⁸)* »⁹²⁹.

Dans une étude consacrée au patrimoine, Mustapha Mekki liste les principaux assouplissements et atteintes au principe de l'unité du patrimoine et qualifie ce phénomène « *d'amnésie progressive* » de l'unité du patrimoine⁹³⁰.

Au titre des assouplissements au principe de l'unité du patrimoine, Mustapha Mekki cite notamment dans le cadre des régimes matrimoniaux, le régime légal qui divise en trois masses les actifs d'un couple.

Comme Aubry et Rau, Mustapha Mekki illustre son propos par le droit des successions qui permet d'accepter une succession à concurrence de l'actif net, empêchant la fusion du patrimoine du défunt avec celui de l'ayant droit. Ce dernier se retrouve ainsi à la tête de deux patrimoines, son propre patrimoine et le patrimoine du défunt, le temps pour le notaire de traiter la succession et de constater s'il existe bien un actif net.

de limite constitue une atteinte par ricochet qui va être révélée par les atteintes à l'unité du gage, lesquelles sont nécessairement des atteintes à l'unité du patrimoine. (...) l'atteinte à l'unité du gage implique consiste dans la perte de fongibilité des éléments du patrimoine suite à la prise en considération de leur nature constitutive (...) C'est cette perte de fongibilité qui explique la division du contenu du patrimoine.» Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 309

⁹²⁶ Tel que ce régime était en vigueur du temps des auteurs, comme l'indique Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 335

⁹²⁷ Voir l'introduction de notre étude, les majorats ne relèvent plus du droit positif

⁹²⁸ Cette institution a évolué également depuis Aubry et Rau notamment dernièrement en vertu des dispositions de la loi 2006-728 du 23 juin 2006

⁹²⁹ Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 314.

« Ainsi, en cas d'acceptation bénéficiaire d'une succession, les biens composant l'hérédité sont isolés au sein du patrimoine de l'héritier bénéficiaire. De même en cas de demande de séparation des patrimoines par un créancier héréditaire, se produit un isolement des biens successoraux. (...) La séparation des patrimoines prévue par l'article 878 du Code civil permet d'isoler la masse successorale au sein du patrimoine de l'héritier » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphes 316 et 322

« Aubry et Rau considéraient que « (...) les biens auxquels certaines personnes sont appelées à succéder en vertu d'un droit de retour légal forment une universalité juridique distincte du surplus de l'hérédité ». La division envisagée concerne celle de l'hérédité elle-même, et non plus celle du patrimoine de l'héritier. Elle conduit à l'autonomie de la succession anormale. (...) Les biens objets d'un droit de retour légal forment une masse de biens soumise à une dévolution successorale particulière, non en raison de la qualité des successibles mais en raison de leur origine. Ce qui justifie cet isolement et leur distraction de la masse normale est la volonté de protéger des biens qui doivent rester dans la famille » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois paragraphes 330 et 331

⁹³⁰ « *Le patrimoine aujourd'hui* », Mustapha Mekki, JCP N, n°51, 23 décembre 2011, 1327

Un autre exemple est constitué par les dispositions de l'article L.526-1 du Code de commerce qui permet à un entrepreneur individuel de déclarer insaisissables ses droits sur tous les biens fonciers bâtis, ou non, dès lors qu'il ne les a pas affectés à son activité⁹³¹.

L'une des premières exceptions législatives au principe de l'unité du patrimoine et qui marque « *le progrès de la notion de patrimoine affecté* »⁹³² a été la création de l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL) par la loi n°85-697 du 11 juillet 1985.

Cette loi avait pour but d'inciter les entrepreneurs individuels à avoir recours à la création d'une société, limitant ainsi le gage des créanciers professionnels aux actifs de la société créée et permettant ainsi de protéger ses biens non nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle.

Aux termes de cette loi⁹³³, une seule personne peut constituer une société à responsabilité limitée.

Quelques années plus tard, et suivant le même esprit, la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 a permis à une personne de pouvoir constituer une société par actions simplifiée, la Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle (SASU) était ainsi née⁹³⁴.

François Barrière et Rodolphe Elineau estiment que « *la création de sociétés unipersonnelles viole en effet le principe d'unité du patrimoine « dans sa raison d'être dans sa signification réelle de morale sociale » car elle permet à un débiteur de limiter le droit de gage général de*

⁹³¹ Article L.526-1 du Code de commerce « *Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel (...)* ».

⁹³² Expression utilisée par François Terré dans le cadre de son étude intitulée « *La personne et ses patrimoines* » JCP E n°1, 13 janvier 2011

⁹³³ Article 223-1 du Code de commerce « (...) *Lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre. Un décret fixe un modèle de statuts types de société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance et les conditions dans lesquelles ces statuts sont portés à la connaissance de l'intéressé. Ces statuts types s'appliquent à moins que l'intéressé ne produise des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation de la société.*

La société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance est soumise à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret prévoit les conditions de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. (...) »

⁹³⁴ Article L.227-1 du Code de commerce « *Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective. (...)*

La société par actions simplifiée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence est soumise à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret prévoit les conditions de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales »

ses créanciers et donc de contredire l'unité du patrimoine. (...) Plus grave toutefois, la création d'EURL et de SASU est à l'origine d'une dénaturation de la notion de société. Auparavant, une société ne pouvait être créée que par la volonté d'au moins deux personnes qui organisaient leurs relations au sein d'un contrat symbolisant l'existence d'un affectio societatis. (...) Au contraire depuis l'apparition de sociétés unipersonnelles, la notion de société se rapproche de celle d'un groupement de biens prenant forme sans contrat, ce qui marque la disparition définitive de la notion, certes parfois difficile à appréhender, d'affectio societatis»⁹³⁵.

Une autre atteinte à l'unité du patrimoine est également constituée par les dispositions de la loi 2003-706 sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 qui a reconnu l'étanchéité des compartiments d'un fonds commun de placement ou de créances. Anne-Laure Thomat-Raynaud indique que cette loi «*déroge ainsi à l'article 2093 du Code civil dans le but d'assurer la sécurité des épargnants et des déposants*»⁹³⁶ et rappelle qu'est «*ainsi organisée une dérogation nouvelle à l'unité du patrimoine, mais non obligatoire puisque la loi admet les stipulations contractuelles contraires. Est établie une corrélation entre l'actif du compartiment et son passif, ce qui fait une nouvelle universalité de droit. Pour Monsieur Bonneau, il y a consécration du concept de patrimoine d'affectation et dérogation au droit de gage général. L'autonomie des compartiments résultant de la loi aboutit à une division du patrimoine du fonds*»⁹³⁷.

Compte tenu du faible nombre des sociétés unipersonnelles⁹³⁸, la loi du 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a introduit dans le droit

⁹³⁵ «*L'EURL ou l'échec du droit des sociétés ?*» François Barrière, Rodolphe Elineau, Droit des sociétés n°5, mai 2011, étude 8, paragraphe 3

⁹³⁶ «*L'unité du patrimoine : essai critique*» Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 393

⁹³⁷ «*L'unité du patrimoine : essai critique*» Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 394

⁹³⁸ Selon l'étude de François Terré «*La personne et ses patrimoines*» JCP E n°1, 13 janvier 2011, paragraphe 8 «*Selon des statistiques établies par le ministère de l'économie au sujet des petites et moyennes entreprises il ressort qu'en 2007, 11% des créateurs d'entreprises ont recouru à la création d'EURL et que la même année, les SASU n'ont représenté que 2% des créations d'entreprises. Diverses raisons, tenant à la complexité des règles applicables, expliquent cet échec. A cela, il faut notamment ajouter que la combinaison souvent artificielle de personnes physiques ou morales ne peut que susciter des suspicions compréhensibles du côté du droit pénal*».

Selon François Barrière et Rodolphe Elineau, «*seulement 6,2% des entrepreneurs ont considéré la voie de l'EURL comme adaptée à leurs besoins et plus de la moitié des entreprises françaises sont des entreprises en nom propre*» «*L'EURL ou l'échec du droit des sociétés ?*» François Barrière et Rodolphe Elineau, Droit des sociétés n°5, mai 2011, étude 8, paragraphe 5.

Mustapha Mekki indique que seulement 16500 EURL ont été créés depuis 1985, «*Le patrimoine aujourd'hui*», JCP N, n°51, 23 décembre 2011, 1327, paragraphe 19

français une nouvelle forme d'exercice de l'activité professionnelle : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (« **EIRL** »).

Aux termes du nouvel article L.526-6, alinéa 1, « *tout entrepreneur individuel peut apporter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel sans création d'une personne morale.*

Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

(...) Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales: " EIRL. ».

Cette loi permet ainsi la création d'un patrimoine d'affectation dans le cadre de l'activité professionnelle sans avoir recours à la création d'une société unipersonnelle. Cette nouvelle technique évite à l'entrepreneur de devoir se plier aux formalités du droit des sociétés et par la suite aux contraintes de fonctionnement d'une société.

Cette création de ce patrimoine d'affectation nécessitera le dépôt d'une déclaration soit, à un registre de publicité légale, soit à un registre tenu au greffe du tribunal de commerce pour les personnes non soumises à déclaration.

Cette déclaration doit notamment comprendre « *un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur* »⁹³⁹, la mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté⁹⁴⁰, l'acte notarié en cas d'affectation d'un bien immobilier⁹⁴¹, le rapport d'évaluation

⁹³⁹ Article L.526-8, 1° du Code de commerce « *Les organismes chargés de la tenue des registres mentionnés à l'article L. 526-7 n'acceptent le dépôt de la déclaration visée au même article qu'après avoir vérifié qu'elle comporte : 1° Un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur (...)* »

⁹⁴⁰ Article L.526-8, 2° du Code de commerce « (...) 2° *La mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. La modification de l'objet donne lieu à mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 527-7 ;(...)* »

⁹⁴¹ Article L.526-9 du Code de commerce « *L'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier de la situation du bien. L'entrepreneur*

en cas d'affectation de biens dont la valeur unitaire est supérieure à 30 000 euros⁹⁴² et le document attestant l'information et l'accord du conjoint ou des co-indivisaires en cas d'affectation de biens communs ou indivis.

Il convient de noter que ces dispositions permettent à un entrepreneur de créer autant de EIRL qu'il exerce d'activités professionnelles et de multiplier à sa guise le nombre de patrimoines d'affectation.

A compter du dépôt de la déclaration d'affectation, celle-ci est opposable de plein droit aux créanciers dont la créance est née postérieurement au dépôt de ladite déclaration et par conséquent, le patrimoine affecté devient le seul gage général des créanciers professionnels, d'où la nécessité d'avoir recours à une évaluation des biens par des experts.

Comme le relèvent François Barrière et Rodolphe Elineau, « *l'intervention de ces experts devrait contribuer à rendre la déclaration la plus sincère possible, l'objectivité d'un entrepreneur évaluant son propre patrimoine n'étant pas garantie* »⁹⁴³.

Enfin, même si les contraintes liées au fonctionnement d'une EIRL sont moins lourdes que celles d'une société, celles-ci existent. Ainsi, « *le fonctionnement de l'EIRL requiert du temps car l'activité entrepreneuriale doit faire l'objet d'une comptabilité autonome (article L.526-13 alinéa 1^{er}), de manière semblable à tout commerçant ou EURL. L'EIRL devra également déposer ses comptes annuels au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration d'affectation* »⁹⁴⁴.

Nous n'allons pas revenir sur les débats qui sont intervenus à l'occasion de l'arrivée dans notre droit de l'EIRL et plus particulièrement sur les chances de succès de cette nouvelle forme d'organisation patrimoniale des entrepreneurs individuels⁹⁴⁵.

individuel qui n'affecte qu'une partie d'un ou de plusieurs biens immobiliers désigne celle-ci dans un état descriptif de division.

L'établissement de l'acte notarié et l'accomplissement des formalités de publicité donnent lieu au versement d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret.

Lorsque l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. L'article L. 526-8 est applicable, à l'exception des 1^o et 2^o.

Le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation ».

⁹⁴² Les experts potentiels : les commissaires aux apports, une association de gestion ou de comptabilité ou un notaire.

⁹⁴³ « *L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ?* » François Barrière, Rodolphe Elineau, Droit des sociétés n°5, mais 2011, étude 8, paragraphe 15

⁹⁴⁴ « *L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ?* » François Barrière et Rodolphe Elineau, Droit des sociétés n°5, mais 2011, étude 8, paragraphe 16

⁹⁴⁵ « *Les créanciers vont exiger du débiteur soit qu'il consente une certaine porosité entre les patrimoines, soit qu'il renonce à une déclaration d'insaisissabilité (...) Les banques chercheront toujours à obtenir un maximum de garanties et le risque de porosité persiste. Finalement le droit des*

Comme l'indique Mustapha Mekki, « *la théorie du patrimoine d'affectation suppose la création de plusieurs patrimoines autonomes et indépendants, ces caractères exigent le respect d'une parfaite étanchéité entre les patrimoines. Or, cette étanchéité est plus que relative. La relativité de cette étanchéité est l'œuvre du législateur lui-même et constitue en ce sens une renaissance subie du principe d'unité du patrimoine* »⁹⁴⁶.

La création de l'EIRL est aux personnes physiques ce que la branche d'activité cédée est aux personnes morales, un isolement d'un certain nombre d'actifs destinés à une activité.

Anne-Laure Thomat-Raynaud, indique « *qu'il est revenu à la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation*⁹⁴⁷ *de dégager ce cas où une société peut être considérée comme à la tête de plusieurs universalités juridiques distinctes pour les besoins de la transmission d'un ensemble autonome. La doctrine considère cette jurisprudence comme une atteinte supplémentaire au principe de l'unicité du patrimoine. La jurisprudence a ainsi créé une nouvelle cause de transmission universelle en permettant à une société de faire apport à une autre d'une partie de son patrimoine tout en ne disparaissant pas* »⁹⁴⁸. En outre, comme le précise l'auteur, « *cette jurisprudence ne se contente pas de traiter la branche d'activité sous l'angle de ses éléments actifs, et donc de considérer que ces seuls éléments sont transmis à défaut des dettes. Elle va plus loin et admet que les obligations afférentes à la branche d'activité sont également cédées. (...) Elle opère sans respect de formalités particulières et*

sûretés pourrait venir court-circuiter les projets du législateur. Le débiteur ne pourra obtenir son crédit qu'à la condition de consentir un droit réel accessoire sur un bien appartenant à son patrimoine personnel, voire en concluant un contrat de cautionnement sur l'ensemble de son patrimoine personnel (...) » « *Le patrimoine aujourd'hui* » Mustapha Mekki JCP N, n°51, 23 décembre 2011, 1327, paragraphe 24

⁹⁴⁶ « *Le patrimoine aujourd'hui* » Mustapha Mekki JCP N, n°51, 23 décembre 2011, 1327, paragraphe 23. L'auteur déclare que le principe d'unité du patrimoine est subi par les exemples de création de patrimoines d'affectation. L'article 2025 alinéa 2 du Code civil en est un exemple. Il prévoit qu'en cas d'insuffisance de l'actif du patrimoine affecté, les créanciers sont en droit d'agir sur les biens qui composent le patrimoine du constituant. Cette renaissance subie du principe d'unité existe aussi dans le cadre de l'EIRL. C'est l'objet d'une étude de Dominique Legeais, « *Le gage des créanciers dans l'EIRL* » Defrénois, 2011, page 560

⁹⁴⁷ Arrêts de principe du 16 février 1988 (Bull. civ. IV n°69, p.48) et du 5 mars 1991 (Bull. civ. IV n°100) voir en ce sens « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 359

⁹⁴⁸ « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 357

« *La jurisprudence a dégagé le régime juridique de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions et a considéré qu'elle constituait une transmission universelle du patrimoine en 1988, la solution a été réitérée depuis* » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 358. Il s'agit des arrêts de principe du 16 février 1988 (Bull civ IV, n°69, p.48) et du 5 mars 1991 (Bull civ. IV n°100) de la Cour de cassation

entraîne une substitution du titulaire du patrimoine, ce qui simplifie les opérations de transfert»⁹⁴⁹.

Mais si le principe de l'unité du patrimoine est remis en cause par les nombreuses applications de patrimoines d'affectation en droit français rappelées ci-dessus, l'unité du patrimoine reste le principe. Comme le souligne Mustapha Mekki, ce principe d'unité du patrimoine « (...) structure la pensée des pôles émetteurs du droit, spécialement de ceux qui appliquent la règle de droit, et rationalise un système dont la structure est plus simple à transmettre aux étudiants. L'unité du patrimoine est une colonne vertébrale permettant de mieux comprendre la singularité des exceptions. Le principe de l'unité valorise et éclaire les exceptions que sont la fiducie, l'EURL ou les simples assouplissements qui se sont multipliés avec les années. Ce principe s'impose, ensuite, pour des raisons politiques. Maintenir un principe d'unité, c'est opérer un choix. Selon l'adage, « qui s'oblige, oblige le sien », ce qu'expriment les articles 2282 à 2284 du Code civil. Ce choix politique renforce également la sécurité juridique»⁹⁵⁰. Philippe Dupichot montre que la théorie de l'unité du patrimoine qui fait face à de nombreuses critiques depuis plus d'un siècle, résiste⁹⁵¹ et en donne trois illustrations⁹⁵². Ainsi, l'auteur insiste sur le fait que cette unité du patrimoine « (...) conserve en dépit de ses excès une valeur explicative et pédagogique essentielle : même rongée par les exceptions, elle restera Le principe propice à la construction du raisonnement juridique. Surtout, au plan économique, elle traduit une vérité d'évidence : on ne prête qu'aux riches et jamais à une EURL à un euro ou à un patrimoine affecté à l'actif

⁹⁴⁹ « L'unité du patrimoine : essai critique » Anne-Laure Thomat-Raynaud, Doctorat & Notariat, Defrénois, paragraphe 367

⁹⁵⁰ L'auteur ajoute « On ne cesse d'insister sur les dangers des patrimoines multiples et l'émergence peut-être un jour d'un vrai patrimoine d'affectation sans personne à sa tête. Risques de fraude, risques d'incompréhension des professionnels devant combiner la pluralité de masses, la pluralité de biens, la pluralité de patrimoines et la pluralité d'acteurs. Privilégier l'idée qu'en principe une personne n'a qu'un patrimoine favorise la sécurité juridique. Il faut sauver le principe de l'unité du patrimoine sans s'embarrasser d'une théorie générale du patrimoine. À l'avenir, la question ne sera pas de savoir si les interventions législatives remettent en cause le principe d'unité du patrimoine, mais de trouver une solution aux petites entreprises qui veulent protéger leurs biens personnels, tout en ne portant pas atteinte à leur crédit» in « Le patrimoine aujourd'hui » La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°51, 23 décembre 2011, 1327

⁹⁵¹ L'auteur faisait la réserve notable du projet d'entreprise à patrimoine affecté » c'est-à-dire l'EURL. Voir l'étude « L'unicité du patrimoine aujourd'hui . - Observations introductives » La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 52, 25 Décembre 2009, 1356, paragraphe 9

⁹⁵² En droit de l'exécution d'abord, en droit des sociétés ensuite et enfin au regard de la consécration pour le moins timide en droit positif de certains patrimoines affectés

professionnel dérisoire. Chassez le naturel, il revient au galop : les créanciers ne feront crédit à un patrimoine affecté qu'avec la garantie personnelle du maître de l'affaire ! »⁹⁵³.

Si le principe de l'autonomie résiste, le caractère subjectif de la théorie subjective du patrimoine demeure également d'actualité c'est-à-dire ce « *lien essentiel entre une universalité dite juridique, et la personne physique ou morale, individu ou groupement personnalisé qui en est titulaire* »⁹⁵⁴. Selon Caroline Cassagnabère, « *Le lien entre personne et patrimoine n'a pas été remis en cause par la consécration du patrimoine d'affectation en droit français. Au contraire, il a même été d'une certaine manière renforcé lors des débats entourant l'adoption de la loi créant l'EIRL. Ce lien est d'une telle évidence en droit français qu'il est apparu pour certains auteurs plus cohérent de diviser la personnalité d'un individu en fonction des patrimoines dont il est titulaire, plutôt que de se libérer de cette relation symbiotique entre personne et patrimoine. Aubry et Rau justifiaient-ils le principe d'unité du patrimoine par l'unité de la personne ? Cette doctrine justifie donc la pluralité de patrimoines par le caractère plural de la personnalité d'un même individu, comme la conclusion d'un syllogisme irréfutable* »⁹⁵⁵.

Ainsi, après avoir présenté la conception objective du patrimoine et son adaptation au droit français au moyen du patrimoine d'affectation, il nous reste à envisager les conséquences de la création de ce patrimoine d'affectation, et notamment de savoir s'il est envisageable de lui reconnaître la personnalité juridique.

⁹⁵³ « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui . - Observations introductives* » La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 52, 25 Décembre 2009, 1356, paragraphe 10

⁹⁵⁴ « *La personne et ses patrimoines* » François Terré, La Semaine Juridique Entreprises et Affaires, n°1, 13 janvier 2011, 1011, paragraphe 5

⁹⁵⁵ L'auteur cite les auteurs suivants :Thomat-Raynaud A.-L., « *L'unité du patrimoine, essai critique* », Defrénois, 2007 ; Dubuisson E., « *La non-adoption de la propersonnalité* », Droit & patrimoine 2010, n° 191 ; Terré F., « *La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers* », La semaine juridique édition générale 2010, n° 52, 1328).

2.1.2 Le patrimoine fiduciaire : une nouvelle personne morale ?

La question de la personnalisation du patrimoine d'affectation fait l'objet d'un débat doctrinal depuis de nombreuses années. Nous allons revenir sur les idées qui permettent à certains d'affirmer qu'un patrimoine d'affectation pourrait se voir reconnaître la personnalité juridique. En ce qui concerne plus particulièrement la fiducie qui est une nouvelle illustration de l'utilisation du patrimoine d'affectation, nous allons vérifier si ces concepts peuvent nous permettre de déclarer que la fiducie serait dotée de la personnalité juridique.

Or, il convient d'avoir présent à l'esprit que la personnalité juridique peut être soit accordée par une disposition législative, soit être reconnue par les magistrats.

Compte tenu du fait que le législateur n'a pas reconnu la personnalité juridique à la fiducie, nous avons donc cherché à savoir s'il était possible que les tribunaux lui reconnaissent la personnalité juridique. Nous effectuerons cette recherche en nous appuyant sur les critères utilisés par les magistrats afin de reconnaître la personnalité morale.

2.1.2.1 *Les auteurs, partisans de la personnalisation du patrimoine d'affectation en général et de la fiducie en particulier*

Nous proposons de présenter les différentes opinions soutenues par certains auteurs qui considèrent qu'un patrimoine d'affectation devrait faire l'objet d'une personnalisation. Puis par la suite, nous verrons que certains auteurs ont posé la question de la personnalisation de la fiducie.

2.1.2.1.1 Les partisans de la personnalisation du patrimoine d'affectation

Roger Percerou, a traité dans le cadre de sa thèse la question de la personnalisation du patrimoine d'affectation⁹⁵⁶. Cet auteur définit dans un premier temps le patrimoine d'affectation et considère que « *c'est le patrimoine qui est personne juridique, l'individu n'étant plus que le gérant* »⁹⁵⁷.

L'auteur définit ainsi la personne morale par l'idée de patrimoine d'affectation. Cette affectation, c'est-à-dire le but de ce patrimoine, précise la capacité de l'être juridique considéré. De plus l'auteur s'est penché sur l'organisation concrète de la gestion d'un tel

⁹⁵⁶ « *La personne morale de droit privé patrimoine d'affectation* », 1951.

⁹⁵⁷ Cette même idée est soutenue à cette époque par Monsieur Hamel qui déclarait que « *depuis Aubry & Rau, il nous paraît que la notion de patrimoine est liée indissolublement à la notion de personne et nous ne concevons de patrimoine collectif que s'il appartient à une personne que nous appellerons morale ou juridique (...)* » Dalloz, 1949, chronique p.141

patrimoine de sa phase de « *gestation* », durant sa vie active et enfin lors de sa liquidation (au profit des fondateurs ou des personnes intéressées au moment de la liquidation).

L'auteur prévoit que cette personne morale sera liquidée à compter de la réalisation du but initial confié à ce patrimoine d'affectation⁹⁵⁸.

Nous regrettons que l'auteur ait une conception assez restreinte de la notion de patrimoine d'affectation puisque ce dernier le définit comme « *un ensemble de biens et droits évaluables en argent servant à l'exercice d'une activité économique donnée* ». Or un patrimoine d'affectation n'est pas forcément un patrimoine dévoué au développement d'une activité qui lui est propre, il peut se contenter de détenir un actif.

L'auteur identifie les deux étapes⁹⁵⁹ de la création d'un patrimoine d'affectation et observe la vie de ce patrimoine de sa naissance à sa mort. Or ces deux étapes se retrouvent dans la fiducie. Par conséquent, on pourrait appliquer le même raisonnement suivi par l'auteur pour reconnaître la personnalité morale à chaque fiducie constituée.

Jean Paillusseau⁹⁶⁰ conteste l'idée soutenue par Roger Percerou et considère que la « *personnalité morale procéderait de l'existence d'une affectation patrimoniale, ce qui pourrait nous conduire à rejeter l'idée d'attribuer la personnalité morale à chaque fiducie constituée* ».

Mais il ne faut pas oublier que Jean Paillusseau n'envisage pas le patrimoine d'affectation dans le cas particulier de la fiducie mais l'envisage uniquement dans le cas où une personne désireuse d'exercer une activité en son nom et pour son compte (ce qui n'est pas le cas du fiduciaire) crée un patrimoine affecté à l'exercice de cette activité.

Pour Paillusseau, l'élément si important qui puisse justifier l'attribution de la personnalité morale « *naît du besoin de donner une autonomie juridique à l'exercice d'une activité. Mais ce besoin ne peut être retenu que s'il apparaît légitime que telle activité ou tel type d'activité, en raison de sa finalité ou de sa nature nécessite effectivement une autonomie juridique* ».

⁹⁵⁸ Sur cette notion d'intérêt, nous rapprocherons les travaux de Percerou de ceux entrepris par Chaleil (1974, thèse : l'entreprise et les notions de sujet de droit et de patrimoine) qui avait refusé de reconnaître la personnalité morale à l'entreprise car il n'existe pas un intérêt particulier à l'entreprise et celle-ci est le résultat d'un équilibre entre les intérêts divergents. « *On ne peut trouver au sein de l'entreprise une volonté propre qui se dégagerait des sujets de droit qui y participent ou y sont intéressés* ».

⁹⁵⁹ Isoler une masse de biens et grever ces biens à une affectation.

⁹⁶⁰ « *Le Droit moderne de la personnalité morale* », RTD Civ. 1993, p.705

Nous estimons qu'il est de l'essence même de la fiducie d'évoluer de manière autonome par rapport au constituant et aux bénéficiaires et qu'il est donc nécessaire d'assurer une autonomie juridique à la fiducie afin d'atteindre son but. En outre, le fiduciaire n'exerce pas une activité pour son propre compte, mais pour le compte des bénéficiaires de la fiducie. Par conséquent, les idées de Paillusseau trouveraient à s'appliquer à la fiducie.

Guillaume Wicker⁹⁶¹, en 1996, rappelle que le patrimoine est le support juridique de toutes les opérations juridiques que peut effectuer une personne physique et que c'est le patrimoine qui est l'instrument juridique maintenant l'unité de la personne. Le patrimoine est destiné à réaliser la cohésion de l'ensemble des droits et charges à caractère pécuniaire de la personne.

L'auteur constate que le fractionnement d'un patrimoine entre d'une part, des patrimoines spécialisés et d'autre part, le patrimoine général, vise à éviter la confusion des rapports juridiques et fait ainsi apparaître chacun des patrimoines comme un sujet de droit distinct.

Mais l'affectation du patrimoine modifie la nature des prérogatives dont est investi le titulaire du patrimoine d'affectation. Le titulaire d'un patrimoine d'affectation est tenu d'agir conformément « *au but qui est à l'origine de l'affectation* »⁹⁶². Le titulaire de ce patrimoine d'affectation n'est plus titulaire de droits subjectifs mais de pouvoirs qui doivent être exercés « *dans le sens d'un intérêt spécifique, distinct de celui général et indifférencié de la personne* »⁹⁶³.

L'auteur conclut que le patrimoine d'affectation constituerait le support d'une personne juridique⁹⁶⁴ nouvelle ce qui permettrait d'effectuer « *une combinaison de la théorie classique et de la théorie moderne* »⁹⁶⁵, c'est-à-dire en fait des notions d'affectation et de personne juridique⁹⁶⁶ ».

⁹⁶¹ « *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique* », Bibliothèque de droit privé, tome 253, 1998,

⁹⁶² « *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique* », Bibliothèque de droit privé, tome 253 paragraphe 196

⁹⁶³ « *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique* », Bibliothèque de droit privé, tome 253 paragraphe 196

⁹⁶⁴ qui n'est pas une personne physique, selon l'auteur

⁹⁶⁵ La théorie classique considère qu'un patrimoine est lié forcément à une personne. La théorie des patrimoines d'affectation permet de dire qu'une même personne peut avoir plusieurs patrimoines, différenciés par leur affectation.

⁹⁶⁶ L'auteur distingue les personnes physiques des personnes juridiques contrairement à Aubry et Rau. L'auteur (Wicker) considère que la personne physique devient une personne juridique à partir du moment où elle est apte à être sujet de droit et non à sa naissance.

Mais l'auteur attire l'attention sur la signification de personne. Si celle-ci est entendue comme personne humaine, il est possible d'avancer « *qu'une seule et même personne peut se trouver à la tête de plusieurs patrimoines* » et chacune de ces masses de biens est susceptible d'être en rapport avec le même individu. Par contre, cette « *proposition doit être en revanche récusée en ce qui concerne la personne juridique (morale), car techniquement, le régime juridique applicable dans l'hypothèse d'un fractionnement du patrimoine suppose nécessairement la personnalisation de chacun des patrimoines spécialisés* »⁹⁶⁷.

En effet, c'est l'affectation d'un patrimoine qui permettra d'identifier une personne juridique. C'est « *autour de la notion d'affectation qu'il faut organiser le patrimoine, celle-ci doit néanmoins être conciliée avec l'idée de personnalité, à laquelle elle apporte un éclairage nouveau* »⁹⁶⁸. Cette théorie construite par Guillaume Wicker effectue un lien entre les deux théories du patrimoine qui coexistent depuis plus d'un siècle et entre lesquelles le droit français hésite.

Cette notion d'affectation du patrimoine se matérialise dans une fiducie par la nécessité d'agir conformément au but de la fiducie. Or, cette obligation pour le fiduciaire est omniprésente dans le cadre d'une fiducie puisque le fiduciaire n'exerce pas cette propriété pour son propre compte mais en vue de réaliser les missions qui ont été confiées par les parties au contrat de fiducie.

Ainsi, les auteurs (Percerou, Paillusseau, Wicker) ont réfléchi sur la possibilité d'accorder la personnalité juridique à un patrimoine d'affectation. Il conviendrait maintenant d'identifier les auteurs qui auraient envisagé de reconnaître la personnalité juridique à la fiducie.

2.1.2.1.2 Les partisans de la personnalisation de la fiducie

Madeleine Cantin Cumyn, professeur à la faculté de droit, Université de McGill, en 2002 dans un article intitulé « *la fiducie nouveau sujet de droit ?* »⁹⁶⁹ a été à l'initiative d'une réflexion sur les nouvelles dispositions du Code civil du Québec relatives à la fiducie qui ont introduit le concept de patrimoine sans titulaire⁹⁷⁰. L'auteur a lancé l'idée que la fiducie au Québec

⁹⁶⁷ *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique* », Bibliothèque de droit privé, tome 253 Paragraphe 196

⁹⁶⁸ *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique* », Bibliothèque de droit privé, tome 253 Paragraphe 197

⁹⁶⁹ Mélanges Ernest Caparros sous la direction de Jacques Beaulne, Wilson & Lafleur, 2002, p.129

⁹⁷⁰ Article 1261 du Code civil du Québec dispose que ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont de droit réel sur le patrimoine (fiduciaire). Le ministère de la justice du Québec a

serait un nouveau sujet de droit. Comme le rappelle l'auteur, cette piste n'est pas nouvelle car elle a été « *préconisée par une partie de la doctrine, la personnalisation de la fiducie a fait l'objet d'une proposition formelle dans le cadre des travaux de l'office de révision du Code civil* »⁹⁷¹.

Cette idée se comprend d'autant plus que le Code civil du Québec pose le principe que le patrimoine fiduciaire n'appartient à personne. Ni le fiduciaire, ni le constituant et les bénéficiaires ont un quelconque droit réel sur ce patrimoine autonome. Le fiduciaire n'est que l'administrateur.

Ainsi l'auteur déclare que la fiducie ne serait pas reconnue comme une personne morale, mais comme un troisième sujet de droit, venant aux côtés de la personne physique et de la personne morale.

Cette personnalisation est d'autant plus naturelle que le droit québécois pose le principe que les droits et obligations transférés dans le patrimoine fiduciaire n'ont pas de titulaire. Mais nous considérons que cette idée est difficilement transposable en droit français car il est difficilement concevable d'envisager un troisième sujet de droit, surtout pour des applications aussi limitées.

En 2006, Sylvio Normand⁹⁷², professeur à la faculté de Laval au Québec, rappelle qu'en droit civil, il est difficile d'envisager la propriété sans l'existence d'un titulaire. L'auteur se pose la question suivante : A qui appartient cette propriété ? L'auteur estime « *qu'à défaut d'être reconnu au constituant, au fiduciaire ou au bénéficiaire, un droit de propriété pourrait exister en faveur de la fiducie, elle-même* ».

En 2009, Romain Ollard, juriste français, part du constat que le droit français est fidèle à la théorie d'Aubry et Rau et que par conséquent seules les personnes sont titulaires d'un

précisé que les biens mis en fiducie ne sont plus susceptibles d'être paralysés du fait qu'il n'y ait pas de propriétaire.

⁹⁷¹ Mélanges Ernest Caparros sous la direction de Jacques Beaulne, Wilson & Lafleur, 2002, p.129 paragraphe 11

⁹⁷² « *La notion de modalité de propriété* » Sylvio Normand, in « *Mélanges offerts au Professeur Frenette* »

patrimoine. Par conséquent, puisque la fiducie est dotée d'un patrimoine autonome et que celui-ci est affecté à un but, on pourrait accorder la personnalité morale à la fiducie⁹⁷³.

Ces trois auteurs soutiennent donc que la fiducie⁹⁷⁴ ne se contente pas d'organiser le transfert de la propriété d'un actif au sein d'un patrimoine d'affectation mais serait à l'origine de la création d'une nouvelle personne morale. Mais avant de personnifier la fiducie, il convient de s'interroger sur l'intérêt de reconnaître la personnalité juridique à la fiducie.

2.1.2.2 L'intérêt de reconnaître la personnalité morale à la fiducie

Reconnaître la personnalité morale à la fiducie aurait pour conséquence de l'admettre comme sujet de droit actif c'est-à-dire que chaque fiducie créée serait « *apte à faire des actes juridiques en son nom et pour son compte, à conclure des conventions, à intenter des actions en justice, (...) responsable civilement et pénalement* »⁹⁷⁵. Comme l'indique Bruno Dondero, cela permet notamment à un groupement d'acquérir une « *capacité d'action juridique autonome* »⁹⁷⁶.

La personnalité juridique permet d'acquérir une complète autonomie juridique afin de réaliser l'objectif poursuivi par les membres du groupement. Etre doté de la personnalité morale permet de bénéficier d'une capacité de jouissance et d'être titulaire de droits et d'obligations et donc titulaire d'un patrimoine.

La personnalité juridique permet également d'agir en justice. En effet, les magistrats ont reconnu la personnalité juridique à l'occasion de l'examen de la recevabilité d'une action judiciaire intentée par un groupement. Cette question est d'autant plus significative pour les groupements ayant vocation à défendre des droits en exerçant des recours judiciaires, c'est le

⁹⁷³ Nous apporterons une légère critique à ce raisonnement qui se fonde sur le principe que la fiducie est un groupement. On peut l'admettre, mais il faut le démontrer, ce que l'auteur n'a pas fait. Cette opinion est à comparer avec les travaux de Guillaume Wicker qui ne s'appuie pas sur les mêmes arguments pour reconnaître la personnalité morale.

⁹⁷⁴ Il convient d'avoir présent à l'esprit que deux des trois juristes sont des juristes québécois qui ont porté leurs réflexions sur leurs dispositions nationales et non françaises.

⁹⁷⁵ « *Elle constitue un sujet de droit indépendant tant de la personne ou des personnes qui la créent (...). C'est un être juridique qui vit la vie juridique en tant que tel. La raison d'être de la personne morale est donc de permettre l'existence d'un être juridique, d'un sujet de droit* » Jean Paillusseau « *Le droit moderne de la personnalité morale* » RTD Civ 1993, page 705, paragraphes 4 et 5

⁹⁷⁶ Sans personnalité juridique, « *il ne saurait accomplir par lui-même des actes juridiques. Les contrats qui pourraient être conclus en son nom seraient frappés de nullité, ou de manière plus surprenante, selon certaines décisions, engageraient personnellement, celui qui se présenterait comme le représentant du groupement* » « *Les groupements dépourvus de personnalité morale en droit privé* » Bruno Dondero, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, paragraphe 5

cas notamment de syndicats ou d'associations⁹⁷⁷. C'est cet accès à la justice que l'on appelle la capacité d'ester en justice⁹⁷⁸.

Si la fiducie se voyait reconnaître la personnalité juridique, celle-ci en tant que personne morale serait alors propriétaire des actifs transférés.

Les biens ne seraient plus ainsi la propriété du fiduciaire ni celle du constituant ni celle du bénéficiaire, mais c'est cette nouvelle personne morale, qui constituée par chaque fiducie, serait propriétaire des actifs transférés et devrait les gérer conformément au but défini par la convention de fiducie. Nous pourrions alors comparer la fiducie à une société qui doit agir en permanence conformément à son objet et intérêt social.

La fiducie exercerait ainsi son droit de propriété non pour le compte d'autrui mais pour son propre compte c'est-à-dire dans le but de réaliser les missions qui ont été confiées aux termes de la convention de fiducie. En octroyant, la personnalité morale à la fiducie, on éviterait toutes les discussions doctrinales sur la question des conséquences de la fiducie sur la nature du droit de propriété⁹⁷⁹.

La convention de fiducie signée entre les parties constituerait les statuts fondateurs de cette nouvelle personne morale. Ils détermineraient, comme c'est le cas dans les statuts de toute société civile ou commerciale, l'objet et le but assignés à ce nouveau groupement.

Comme nous l'avons observé précédemment, en l'état actuel des dispositions régissant la fiducie, le fiduciaire agit en nom propre. S'il était reconnu la personnalité juridique à la fiducie, le fiduciaire agirait au nom et pour le compte de la fiducie et en serait le représentant légal.

Le rôle du fiduciaire serait plus facile à établir car nous pourrions déterminer sa mission par analogie à celle des représentants légaux des sociétés. Sa mission serait proche de celle assurée par tout représentant légal d'une personne morale et il nous serait plus aisé d'envisager le régime de la responsabilité du fiduciaire (tant vis-à-vis des tiers que de la personne morale, la fiducie).

⁹⁷⁷ « Pour cette catégorie de groupements, l'action en justice est un instrument essentiel de la réalisation de leurs fins lesquelles ne sont pas, en principe, intéressées. La reconnaissance à leur profit de la personnalité morale, normalement indispensable pour accéder aux tribunaux n'est donc pas principalement destinée à assurer la sanction de droits et d'obligations à caractère patrimonial » « La personnalité morale en procédure civile » Eric Savaux, RTD Civ. 1995, page 1, paragraphe 5

⁹⁷⁸ « ester en justice » est défini par l'ouvrage intitulé « vocabulaire juridique » dirigé par Gérard Cornu, Association Henri Capitant comme « l'aptitude à plaider en justice, à être partie (en nom) devant les tribunaux (capacité de jouissance) soit comme demandeur (capacité active) soit comme défendeur (capacité passive) ; aptitude à faire valoir soi-même ses droits en justice, à y être partie agissante comme demandeur ou défendeur sans être représenté par un tiers (...) »

⁹⁷⁹ Ces points de vue ont été rappelés dans la cadre de la première partie de nos travaux

Enfin, sur le fondement de l'expérience actuelle du métier de fiduciaire, il apparaît que les tiers qui contractent avec le fiduciaire ont des difficultés à comprendre le rôle du fiduciaire et plus particulièrement le fait qu'il exerce la propriété pour le compte d'autrui et qu'il détienne cet actif dans un patrimoine indépendant de son propre patrimoine. Cette éventuelle méfiance des tiers vis-à-vis des pouvoirs du fiduciaire bien que tempérée par des dispositions légales⁹⁸⁰, est d'autant plus présente lorsque le fiduciaire est une personne dont la réputation financière n'est pas établie de manière incontestable à l'égard de tous.

Personnifier la fiducie permettrait également de délimiter, voire de limiter les prérogatives du fiduciaire en cas d'imprécision des dispositions contractuelles ou légales, et d'établir un contrôle de ses pouvoirs liés à sa qualité de représentant légal. Le fiduciaire serait responsable du destin de cette nouvelle personne morale et non simplement un propriétaire, comme c'est le cas actuellement.

En reconnaissant la personnalité morale à la fiducie, l'autonomie du patrimoine fiduciaire serait renforcée et donnerait ainsi une assise juridique à chaque fiducie.

Cependant la reconnaissance de la personnalité juridique pour la fiducie pourrait avoir certains effets non désirés. La fiducie deviendrait responsable civilement et pénalement de tous les actes juridiques ou faits commis par le fiduciaire en son nom⁹⁸¹. Ce qui n'est pas le cas actuellement où le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par des créanciers titulaires de créances nées de la gestion ou de la conservation des actifs transférés⁹⁸². En devenant une personne morale de droit privé, la fiducie serait susceptible de faire l'objet d'une des procédures collectives visées au livre VI du Code de commerce (sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire)⁹⁸³.

⁹⁸⁰ Article 2023 du Code civil « *Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* ».

⁹⁸¹ Article 2026 du Code civil « *Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ».

⁹⁸² Article 2025 du Code civil « *Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.*

En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée ».

⁹⁸³ Procédure de sauvegarde visée par L.620-1 du Code de commerce « *La procédure de sauvegarde est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une*

Le législateur n'ayant pas attribué la personnalité morale à la fiducie, nous devons porter nos réflexions sur les conditions éventuelles de sa reconnaissance par les tribunaux. Le silence des dispositions régissant la fiducie peut-il être « *suppléé par le décret du juge, dès lors que la loi n'a pas pris la responsabilité de priver (ou faire bénéficiaire) de la personnalité civile telle catégorie de groupements* »⁹⁸⁴ ?

Il convient donc dans un premier temps, de s'interroger sur la nature de la convention de fiducie et ses conséquences juridiques et de répondre à la question suivante : la convention de fiducie est-elle à l'origine de la formation d'un groupement, qui pourrait prétendre à se voir reconnaître la personnalité juridique ?

Mais avant de pouvoir apporter une réponse à cette question, il convient à titre préliminaire de rappeler les différentes sources de la personnalité morale dans le cadre de la controverse qui a passionné autrefois la doctrine sur la question de la fictivité ou de la réalité des personnes morales.

2.1.2.3 La reconnaissance de la personnalité morale par les tribunaux

Il existe deux sources de création de personnes morales. La première est constituée par le législateur, c'est la source légale qui n'est pas à l'abri des critiques de la part de la doctrine⁹⁸⁵.

profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé (...)».

Procédure de redressement judiciaire visée par l'article L.631-2 du Code de commerce « *La procédure de redressement judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé (...)* ».

⁹⁸⁴ « *Le législateur prend parti dans certains cas, en exprimant un oui ou un non au prix d'un choix fréquemment arbitraire ; cependant lorsqu'il brille par son absence, il revient au juge la tâche ingrate de se déterminer par une formule magique rudement mise à l'épreuve dans les procès qui lui sont soumis.* » « *La personnalité morale à la dérive...* » Charles Freyria, *Mélanges Breton-Derrida*, 1991, page 121

⁹⁸⁵ « *En premier lieu, la loi intervient pour déterminer les catégories de groupements ainsi que les conditions de leur constitution. (...) En second lieu, lorsque s'est légalement formé un groupement susceptible d'être personnifié, il appartient au législateur d'accorder ou non la personnalité juridique* » Guillaume Wicker, « *La personne morale* » Répertoire de droit civil, juin 1998, paragraphes 18 & 19

Charles Freyria déclare que « *les interventions législatives les plus récentes qui agrément ici et refusent là la personnalité morale sans aucun programme d'ensemble mais sous une forme ponctuelle et distributive, au gré des circonstances* » donnent un « *résultat déconcertant* ». *Mélanges Breton-Derrida*, 1991, page 121

Pour être considéré comme une personne morale, un groupement⁹⁸⁶ doit faire l'objet d'une reconnaissance législative⁹⁸⁷. La seconde source est la jurisprudence, c'est la thèse de la spontanéité ou de la personnification des personnes morales.

Comme la personnalité morale n'a pas été accordée par les dispositions législatives régissant la fiducie, la question de la reconnaissance de la personnalité morale à la fiducie revient à s'interroger sur la possibilité d'appliquer la thèse de la réalité de la personnalité morale à la fiducie.

Avant que la jurisprudence adopte la théorie de la réalité technique de la personne morale, cette dernière a donné lieu à l'une « *des plus belles controverses que le droit ait connues* »⁹⁸⁸ entre d'un côté, les partisans de la théorie de la fiction⁹⁸⁹ et de l'autre, ceux soutenant la théorie de la réalité⁹⁹⁰.

⁹⁸⁶ Ou une seule personne physique, puisque le droit français reconnaît la personnalité morale à l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée et à la Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle.

⁹⁸⁷ Comme l'indique Valérie Simonart, « (...) *En Belgique, en France et dans tous les pays anglo-saxons, aucun texte ne précise de manière générale quelles entités sont des personnes morales. Il ne faut dès lors guère s'étonner que la question ait donné lieu à des controverses généralement résolues en faveur de l'intervention du législateur en Belgique et dans les pays anglo-saxons, et de la spontanéité en France* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 78

⁹⁸⁸ Philippe Malaurie « *Nature juridique de la personnalité morale* » Defrénois, 1990, art 38848, 1068, n°1

⁹⁸⁹ Comme le rappelle Valérie Simonart « *La fiction est un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropres, pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique, propre à cette catégorie. Appliquée au concept de personnalité morale, elle signifie que les personnes morales constituent des êtres fictifs car elles résultent d'une assimilation consciente à une notion juridique distincte –les personnes physiques* » « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 22

⁹⁹⁰ Comme le rappelle René David, « *La théorie des personnes morales et, peut-il sembler, les expressions mêmes de personne morale et de personnalité morale, datent du XIXème siècle. On avait jusque-là vécu, sans faire appel à cette notion ; subitement, sous l'impulsion de la doctrine allemande principalement, elle est passée au premier plan vers le milieu et dans la seconde moitié du XIXème siècle, suscitant en tous pays des discussions passionnées : théorie de la fiction et théorie de la réalité des personnes morales s'affrontent à son sujet ; une multitude de théories s'élaborent sur le même thème* », rapport général, « *La personnalité morale et ses limites* », Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, LGDJ, 1960

2.1.2.3.1.1 *L'adoption de la théorie de la réalité technique par la jurisprudence*

A titre préliminaire et sans rappeler de manière exhaustive la controverse sur la notion de la personne morale, il faut avoir présent à l'esprit, comme l'a indiqué Nathalie Baruchel, que « *la personnalité morale est une vieille dame qui a beaucoup fait jaser* »⁹⁹¹.

Comme le rappelle Nathalie Baruchel, la théorie de la fiction était « *Déjà latente chez les canonistes du Moyen Age, pour qui la personne morale n'est qu'un être idéal (corpus mysticum), la théorie de la fiction a été systématisée par le romaniste allemand Savigny en 1849. Cette thèse sera reprise par la plupart des exégètes français du XIXème siècle. La théorie de la fiction exprime les convictions individualistes de la doctrine classique. Son fondement réside dans l'axiome selon lequel seul l'homme est un sujet de droit. (...).* »⁹⁹².

Léon Michoud fut le principal artisan en France de la théorie de la « *réalité technique* » (par opposition à la réalité sociologique)⁹⁹³. Ce dernier a rappelé la nécessité pour l'homme de ne pas agir individuellement et d'avoir à former des groupements avec d'autres hommes⁹⁹⁴. L'auteur a indiqué que « *l'Homme ne doit pas être envisagé en tant qu'individu (...), il ne peut rien par sa force individuelle. Pour que l'humanité arrive au degré de civilisation où nous la croyons parvenue, il a fallu pendant des siècles, le travail collectif et suivi des générations qui se sont succédé. Si le droit veut correspondre aux besoins de l'humanité, (...) il ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir aussi et élever à la*

⁹⁹¹ « *La personnalité morale en droit privé* » -Nathalie Baruchel, bibliothèque droit privé, LGDJ, 2004,

⁹⁹² *En effet, la personnalité suppose non seulement une existence biologique qui ne se trouve que chez l'être humain, mais également une faculté de vouloir et d'agir, qui est liée au cerveau, aux muscles. Or, seules les personnes physiques sont dotées d'une telle volonté. Par conséquent, seuls les êtres humains sont aptes à jouir d'une personnalité juridique propre à leur conférer des droits et des obligations* « *La personnalité morale en droit privé* » Nathalie Baruchel, bibliothèque droit privé, LGDJ, 2004, paragraphe 34

⁹⁹³ « *La théorie de la réalité est fondée sur la constatation suivant laquelle la personnalité morale constitue dans tous les pays une nécessité et une réalité qui ne sauraient être méconnues* » « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 34

⁹⁹⁴ Comme le précise Guillaume Chiron dans sa thèse « *La personnalité morale des sociétés depuis le XIXème siècle en France, en Allemagne et en Angleterre* » Université Paris Panthéon Assas (Paris II), 2008, il existe plusieurs théories de la réalité de la personnalité morale, « *ce mouvement doctrinal s'est produit dès la fin du XIXème siècle. Ce sont les Allemands qui ont été à l'origine de ce mouvement doctrinal, regroupés autour de Jhering, Brinz, Beselet et surtout de Gierke* ». Ainsi l'auteur distingue au sein des différentes théories de la réalité, d'une part, la théorie de la réalité sociologique, et d'autre part, la théorie de la réalité technique. La réalité sociologique « *repose sur le fait que l'essence même de la personnalité morale réside dans la volonté du sujet de droits. Dès lors qu'un groupement est doté d'une volonté collective distincte des volontés individuelles de ses membres, il devra être reconnu comme une personne morale.* ». La réalité technique repose sur l'idée que lorsqu'un « *groupement est doté d'un degré d'organisation suffisant pour que ses dirigeants expriment une volonté collective mise au service d'intérêts distincts de ceux de ses membres, il convient de lui reconnaître la personnalité morale. La personne morale traduit alors l'exigence d'une technique juridique.*»

dignité de droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements humains. Il doit donc permettre à ces groupements d'être représentés par des volontés agissant en leur nom ou, en d'autres termes, les traiter comme des personnes morales. Reconnaître le groupement comme licite, c'est par là même reconnaître l'intérêt qu'il poursuit comme digne d'être protégé ; c'est par conséquent reconnaître implicitement sa personnalité juridique»⁹⁹⁵.

Nathalie Baruchel rappelle que Léon Michoud estime que « *La personnalité n'est pas le reflet de la réalité concrète mais la consécration d'une réalité juridique, déterminée à partir de critères techniques. Ce qui pour Michoud, constitue la personnalité n'est ainsi ni le corps, ni même la volonté, mais l'intérêt.* »⁹⁹⁶.

Pour Léon Michoud, « *la personne morale n'est pas une personne fictive. Elle n'est pas non plus un simple artifice derrière lequel on trouve, soit des patrimoines sans maître, soit des individus. Il reste qu'elle est une personne réelle.*»⁹⁹⁷.

Ainsi, Léon Michoud a donc posé deux conditions juridiques pour reconnaître la personnalité morale à un groupement : « *un intérêt distinct des intérêts individuels ; une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt* »⁹⁹⁸.

Selon Philippe Malaurie cette théorie peut être résumée de la manière suivante « *Ce qui fait la personnalité, n'est ni le corps ni même la volonté, c'est l'aptitude à être sujet de droit. Or, le droit subjectif, c'est un intérêt juridiquement protégé. Il y aurait donc personnalité morale dès qu'existent des intérêts définis, distincts des intérêts individuels des membres du groupement, avec une organisation capable de dégager une volonté pour les défendre. Mais il reste que la personnalité morale n'est pas du même ordre que la personnalité des individus : elle n'apparaît que dans la mesure où existent des intérêts collectifs suffisamment définis* »⁹⁹⁹.

⁹⁹⁵ « *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* » Léon Michoud, LGDJ 1906, réimprimé en Grande Bretagne par Amazon, paragraphe 52

⁹⁹⁶ Léon Michoud indique que « *Pour qu'il y ait droit il faut une protection directe et immédiate. Nous définirons donc le droit subjectif : l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre. Nous ajouterons que le titulaire du droit est l'être (collectif ou individuel) dont l'intérêt est ainsi garanti alors même que la volonté qui le représente ne lui appartiendrait pas en propre au sens métaphysique du mot* » « *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* » Léon Michoud, LGDJ 1906, réimprimé en Grande Bretagne par Amazon, paragraphe 48

⁹⁹⁷ Op. Cit., paragraphe 31. L'auteur insiste sur le fait qu'en « (...) *soutenant la réalité de la personne morale, nous (l'auteur) ne voulons pas dire qu'elle constitue une personne au sens philosophique du mot. La notion que nous cherchons à dégager est une notion purement juridique. Tout le problème consiste donc à savoir quels sont les êtres que l'on doit considérer comme capables de droits (...)* ».

⁹⁹⁸ Op. Cit. paragraphe 53

⁹⁹⁹ « *Nature juridique de la personnalité morale* » Philippe Malaurie, Defrénois, 15 octobre 1990 n°19, page 1068

Il en est autrement en ce qui concerne l'intérêt distinct des intérêts individuels. En effet, pour l'auteur la personnalité individuelle est impuissante à incarner les intérêts collectifs et permanents parce qu'ils dépassent la personnalité individuelle soit dans l'espace soit dans le temps.

En ce qui concerne le caractère permanent de l'intérêt collectif, Trotabas¹⁰⁰⁰ indique que le caractère permanent suppose « *un but dont la réalisation n'est pas immédiate et demandera une certaine durée* ». Nathalie Baruchel souligne que l'adjectif permanent « *ne signifie pas perpétuel, mais aucune limite temporelle marquant le seuil au-delà duquel la permanence d'un intérêt collectif justifierait sa personnification ne figure au rang des critères de la personnalité morale* ». ¹⁰⁰¹

Ainsi « *Dans tout groupement, cet intérêt collectif n'est que la synthèse de certains intérêts communs aux membres du groupe. Celui-ci en effet n'a d'autre motif d'exister que de permettre à ses membres d'arriver à certains buts qu'ils ne pourraient atteindre isolément* » ¹⁰⁰².

L'auteur liste ainsi les groupements dont l'intérêt collectif et permanent justifie de leur reconnaître la personnalité juridique¹⁰⁰³. En dehors de l'Etat et des communes, il existe des intérêts collectifs et permanents dans les associations à but idéal.

L'auteur éprouve plus de doute à déclarer cette condition comme remplie à l'égard des sociétés civiles et commerciales, qui n'ont d'autre but que l'enrichissement pécuniaire de leurs membres car selon ce dernier, « *il y a dans ces sociétés, non pas précisément un intérêt collectif, mais des intérêts individuels qui se rencontrent et s'associent parce que leur union les rendra plus forts. Chacun y a en vue non pas le même but, mais un but semblable, car chacun y a en vue son enrichissement personnel (...). L'idée de personnalité collective est*

¹⁰⁰⁰ Qui a repris les travaux de Michoud en 1932. Cette « mise à jour » a fait l'objet d'une réédition par la librairie générale de droit et de la jurisprudence, en 1998.

¹⁰⁰¹ Par exemple, *l'intérêt doit-il être nécessairement excéder la vie d'un homme pour être qualifié de permanent, comme dans le cas de la fondation ? Du reste, la vie humaine constitue-t-elle véritablement la mesure de ce caractère durable ? Autant d'interrogations auxquelles la théorie ne répond pas*». « *La personnalité morale en droit privé* » -Nathalie Baruchel, bibliothèque droit privé, LGDJ, 2004, paragraphe 66

¹⁰⁰² Op. Cit, paragraphe 71

¹⁰⁰³ Ainsi l'auteur précise que « *Le premier intérêt qui puisse prétendre à cette protection est celui de chaque nation indépendante groupée sur un territoire déterminé ; c'est cet intérêt qui est représentée par la personne morale de l'Etat (...)*. Au dessous de l'Etat, nous trouvons d'autres intérêts collectifs et permanents, qui ont comme les siens, une base territoriale, c'est-à-dire qui ont pour objet les besoins d'une population occupant un territoire donné. Ce sont les intérêts locaux représentés par la commune». Dans ce cadre, l'auteur s'est ainsi posé la question suivante : « *Existe-t-il des intérêts collectifs et permanents autres que ceux de l'Etat et de la commune ?* » Op. Cit, paragraphe 53

donc ici moins essentielle que dans les groupes précédents (c'est-à-dire les associations) (...) ».

Waline, dans son manuel élémentaire de droit administratif, élabore une notion de sujet de droit et définit la personne juridique comme un centre d'intérêts socialement protégés. Il liste « (...) *trois conditions nécessaires mais suffisantes, pour donner naissance à une personne morale : des intérêts dignes de protection sociale et qui méritent de devenir des droits, un certain lien entre ces intérêts qui permette de les rattacher à un même sujet, et une possibilité d'expression de ces intérêts* »¹⁰⁰⁴.

Ce débat, qui a opposé d'une part, ceux qui affirmaient que la personnalité morale était une fiction et d'autre part, d'autres auteurs qui soutenaient que la personnalité morale était une réalité, fut définitivement clos par l'arrêt rendu le 28 janvier 1954 par la Cour de cassation.

2.1.2.3.1.1 L'arrêt du 28 janvier 1954

La jurisprudence s'est ralliée à la théorie dite de la « réalité technique » à l'occasion de deux arrêts rendus par la Cour de cassation en matière syndicale. Le premier arrêt fut prononcé par la Cour de cassation, le 5 avril 1913¹⁰⁰⁵. Il pose la reconnaissance du droit pour les syndicats d'agir en justice dans l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Le second arrêt, beaucoup plus connu, du 28 janvier 1954, nous intéresse plus particulièrement car il définit les critères à réunir pour reconnaître la personnalité morale à un groupement¹⁰⁰⁶.

Ainsi, la Cour de cassation pose le principe que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement reconnus et protégés (...)* »¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 50

¹⁰⁰⁵ Cour de cassation, Chambres réunies, 5 avril 1913, S.1920 1. 49, rapport Falcimaigne, conclusions Sarrut, note A. Mestre

¹⁰⁰⁶ Arrêt du 28 janvier 1954, Comité d'établissement de Saint Chamond, des Forges de la Marine et d'Homécourt, D.1954, 217, note G. Levasseur, JCP. 1954, II, 7978, conclusion Lemoine ; Droit social 1954, 161, note P. Durand

¹⁰⁰⁷ Cet arrêt a été rendu par la seconde chambre civile de la Cour de cassation au sujet du cadre juridique des comités d'établissement. Nathalie Baruchel rappelle que « *L'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise avait prévu la création au sein des entreprises composées d'établissements distincts, de comités d'établissement (article 21 de ladite ordonnance). Mais alors que les textes accordaient expressément la personnalité civile aux comités d'entreprise, ils restaient en revanche muets sur la personnalité des comités d'établissement* » Op. Cit. Paragraphe 97. Celle-ci fut ainsi affirmée par la Cour de cassation aux termes de cet arrêt du 28 janvier 1954.

Pourtant, comme l'indique Nathalie Baruchel, « *les premiers commentateurs de l'ordonnance de 1945, ainsi que les tribunaux fidèles aux thèses classiques, avaient logiquement déduit du silence de la loi que les comités d'établissement ne pouvaient avoir une personnalité distincte de celle du comité*

La Cour affirme également « *que si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice* »¹⁰⁰⁸.

Comme le soulignait le Professeur Levasseur « *Jamais affirmation aussi nette de la réalité des personnes morales n'avait été enregistrée en jurisprudence. (...) la thèse de la réalité, tout au moins d'une réalité technique rallie maintenant l'opinion générale de la doctrine française* »¹⁰⁰⁹.

Enfin, comme l'indique Nathalie Baruchel, « *L'intérêt de l'arrêt ne se situe pas donc pas dans le rappel de cette règle mais dans l'interprétation a contrario à laquelle se livre la Cour de cassation. En l'absence de texte ou à défaut de texte suffisamment précis, il appartient à la jurisprudence d'attribuer, compte tenu des faits, cette qualification (de personne morale)* »¹⁰¹⁰.

Cependant, la rédaction de cet arrêt n'a pas échappé aux critiques. Nathalie Baruchel rappelle que les « *éléments fournis par la Cour de cassation ne permettent pas de distinguer avec certitude l'intérêt collectif de l'intérêt des membres, et donc d'identifier précisément les groupements ayant vocation à la personnalité morale* »¹⁰¹¹. Ainsi la Cour de cassation n'établit pas le lien entre les membres du groupement. Selon « *la doctrine française, cet oubli*

d'entreprise. (...) ». Cependant « certains juges du fond avaient reconnu la personnalité civile des comités d'établissement ».

Enfin, il est particulièrement intéressant de lire les conclusions de l'avocat général Lemoine qui font référence aux conclusions données devant la première chambre civile du tribunal de la Seine à l'occasion du jugement rendu le 9 janvier 1953 (Dalloz 1954, I, 7978). Ainsi, l'avocat général qualifie de « *raisonnement simpliste* » l'affirmation suivant laquelle la personnalité civile ne doit être accordée qu'aux groupements auxquels elle a été expressément attribuée. Il fait également référence à un arrêt encore plus ancien de la Cour de cassation (30 août 1859) qui avait reconnu la personnalité morale en dehors de toute disposition législative à la société de la Romanche « *en raison de ce que le précise l'arrêt, il s'agissait d'une grande société instituée avec le concours et l'approbation de l'autorité publique dans un intérêt collectif et territorial qui touche à l'intérêt public* »

¹⁰⁰⁸ Enfin, il faut avoir présent à l'esprit que « *Cette décision revêt d'autant plus d'importance que la consécration de la théorie de la réalité avait un caractère tout à fait gratuit en l'espèce : pour casser l'arrêt déféré à sa censure, il aurait suffi à la Cour de cassation de relever – ce qu'elle s'est d'ailleurs empressée de faire – que les textes précités impliquaient nécessairement la personnalité des comités d'établissement* » « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 38

¹⁰⁰⁹ L'auteur renvoie aux travaux de Michoud, « *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* », de Capitant, « *Introduction à l'étude du droit civil* » de Josserand, « *Cours de droit civil positif français* » Dalloz 1954, Jurisprudence, page 217

¹⁰¹⁰ Op. Cit, paragraphe 100

¹⁰¹¹ Op. Cit ; paragraphe 100

s'expliquerait par son indifférence pour la solution du litige qui se posait en raison de l'évidence du lien entre les intérêts des membres du comité d'établissement (...) »¹⁰¹².

Il est très discutable d'associer cet arrêt à un autre arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 janvier 1956. Cet arrêt a reconnu la personnalité morale à la masse des créanciers, ladite personnalité étant distincte de la personne des créanciers qui la composent¹⁰¹³. Gaston Lagarde constate que contrairement à l'arrêt du 28 janvier 1954, la Chambre commerciale « *ne prend aucun risque sur le terrain des idéologies : non seulement elle se garde toute référence à la théorie de la réalité, mais encore elle pousse la prudence jusqu'à n'indiquer aucun motif à l'appui de son affirmation que la masse jouit de la personnalité !* »¹⁰¹⁴.

Ainsi la Cour de cassation a donc consacré la thèse de la réalité (ou de la spontanéité pour Valérie Simonart) des personnes morales et cette thèse a depuis été réutilisée à de multiples reprises¹⁰¹⁵ notamment dans le domaine du droit social.

Ainsi, aux termes d'un arrêt rendu le 23 janvier 1990, la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰¹⁶, a statué sur un pourvoi à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel de Paris qui avait déclaré recevable l'intérêt à agir d'un comité de groupe¹⁰¹⁷. Comme l'indique Raymonde Vatinet, la « *formule incantatoire* » de l'arrêt du 28 janvier 1954 est réutilisée par la Chambre sociale¹⁰¹⁸. Cependant, nous ne partageons pas complètement l'avis de l'auteur

¹⁰¹² « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 34. Selon l'auteur, « l'existence d'un lien entre les intérêts des membres du groupement, (...) ne se retrouve pas davantage dans ses arrêts postérieurs.

¹⁰¹³ La loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises qui a réformé le droit de la faillite, a éliminé toute allusion à la notion de masse.

¹⁰¹⁴ « *Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ?* » Gaston Lagarde, Mélanges A. Jeauffret, 1974, page 429

¹⁰¹⁵ Valérie Simonart rappelle que la Cour de cassation a reconnu la personnalité morale « *sur la base de dispositions implicites de la loi (comité d'établissement, masse, ...) ce qui atténue fortement la portée de sa jurisprudence. Celle-ci présente d'ailleurs un intérêt pratique fort limité en raison de l'intervention du législateur pour régler la plupart des questions (comités de groupe, société civile, masse, ...) et de l'exigence d'une immatriculation ou d'autres formalités pour que les sociétés, les associations et les groupements d'intérêt économique puissent jouir de la personnalité morale* » « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 650

¹⁰¹⁶ Charles Freyria indique que « (...) le véritable banc d'essai de la formule de 1954 sera constitué, à n'en point douter, par les groupes d'entreprises » Mélanges Breton-Derrida, 1991, page 121

¹⁰¹⁷ Les comités de groupe ont été institués par la loi du 28 octobre 1982. Comme le rappelle Michel Névoit, cette loi « *ne comporte pas de disposition expresse relative à la personnalité juridique de l'institution créée. Les travaux préparatoires de l'époque ne permettent, de bonne foi, de trancher ni dans un sens ni dans l'autre* » JCP G n°26, 27 juin 1990, II 21529

¹⁰¹⁸ Raymonde Vatinet indique qu'il était nécessaire de reconnaître la personnalité au comité de groupe « *pour lui permettre de demander en justice le respect de ses prérogatives* ». (...) *Plus qu'une réalité, la personnalité morale est une nécessité technique, mise au service du groupement pour l'exercice de*

car la formule de l'arrêt du 28 janvier 1954 n'est pas reprise dans son exhaustivité. Néanmoins, les principales articulations de ce principe s'y retrouvent.

Ainsi, en commentant cet arrêt du 23 janvier 1990, Elie Alfandari souligne que « *L'affirmation du principe¹⁰¹⁹ est particulièrement nette et c'est là l'intérêt majeur de cette décision qui ne manquera pas d'être saluée comme un arrêt de principe venant réaffirmer la primauté contestée à juste raison de la théorie de la réalité de la personnalité morale* »¹⁰²⁰.

Un an plus tard, la Chambre sociale a reconnu la personnalité civile au Comité d'Hygiène de Sécurité et des Conditions de Travail (« CHSCT ») et cassa l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence¹⁰²¹ qui avait fondé sa décision sur l'absence de personnalité civile du CHSCT¹⁰²². Par comparaison à l'arrêt de 1990, « *l'attendu fondamental, que l'on trouve en tête de l'arrêt rapporté, reprend mot pour mot les termes employés en 1954* »¹⁰²³.

La Cour de cassation a également admis la théorie de la réalité de la personnalité morale dans un domaine autre que celui du droit social : le droit commercial et plus particulièrement dans un domaine où la question de l'existence de la personnalité du groupement faisait depuis longtemps l'objet de discussions¹⁰²⁴.

En effet, la Cour d'appel de Basse Terre a reconnu le 6 novembre 1995 la personnalité juridique à la propriété quiritaire¹⁰²⁵. Cet arrêt est d'autant plus intéressant que la propriété

sa mission» « *Reconnaissance de la personnalité morale du comité de groupe et étendue de ses droits d'action en justice* » ; Revue des Sociétés 1990, p.444

¹⁰¹⁹ « Les comités de groupe institués par les articles L.439-1 et suivants du Code du travail sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice »

¹⁰²⁰ « *Comité de groupe. Personnalité morale. Intérêt à agir dans le cas d'une cession d'une filiale d'une société du secteur public* » Elie Alfandari, RTD Com. 1990, page 433

¹⁰²¹ Arrêt en date du 14 mars 1989.

¹⁰²² Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 17 avril 1991

¹⁰²³ La Semaine Juridique Edition Générale 20 mai 1992, 1992, II 21856, note H. Blaise.

¹⁰²⁴ « *La procédure (civile) reste néanmoins le terrain d'élection des controverses sur la personnalité morale. Parfois la question est posée pour l'application des règles de compétence. (...) L'essentiel du contentieux concerne cependant l'admission de l'action en justice puisque la capacité de jouissance est liée à la personnalité. Dans plusieurs cas, le juge a donc reconnu la personnalité morale à des groupements non personnifiés par la loi afin de leur permettre d'agir en justice* » « La personnalité morale en procédure civile » Eric Savaux, RTD Civ. 1995, page 1, paragraphe 10

¹⁰²⁵ Arrêt de la Cour d'appel de Basse Terre (Guadeloupe) 6 novembre 1995, commentaire de Bernard Soinne, « *La reconnaissance de la personnalité morale des groupements de quiritaires* » Petites Affiches, 2 juillet 1997, n°79, p.16 « *Attendu qu'il n'existe donc aucun empêchement dirimant pour reconnaître à une copropriété maritime telle que celle exploitant le navire Rocco Jr la personnalité morale dès lors qu'un groupement répond tant du fait de la loi que de ses statuts, aux critères juridiques exposés par le Cour en préliminaire de sa motivation* » c'est-à-dire « *La personnalité civile n'est pas une création de la loi, elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par la suite d'être juridiquement reconnus et protégés dès lors même que dans le silence des textes la reconnaissance de la personnalité juridique est possible pourvu que l'on ne puisse hésiter sur l'existence d'intérêts collectifs d'une part,*

quiritaire est la forme de propriété la plus ancienne d'exploitation d'un navire en copropriété¹⁰²⁶. Cette position a été maintenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation aux termes d'un arrêt en date du 15 avril 2008¹⁰²⁷.

Nous pouvons donc soutenir que la théorie de la réalité ou de la spontanéité peut être considérée comme le droit positif en France¹⁰²⁸. Cependant certains auteurs considèrent que les dispositions légales postérieures ayant subordonné l'octroi de la personnalité juridique à la réalisation de formalités, seraient contraires à la thèse de la réalité¹⁰²⁹.

et sur la possibilité d'une expression collective organisée de ces intérêts d'autre part, l'existence d'un patrimoine, s'il est le corollaire de la personnalité juridique, n'en étant pas la condition nécessaire ».

Nathalie Baruchel rappelle que « *la Cour a réfuté la qualification de société, sans toutefois proposer une autre qualification juridique de la copropriété quiritaire. L'effort de classification de celle-ci au sein des personnes morales ne présente néanmoins qu'un intérêt essentiellement théorique* ». « *La personnalité morale en droit privé* » -Nathalie Baruchel, bibliothèque droit privé, LGDJ, 2004, paragraphe 125

¹⁰²⁶ Comme le précise Nathalie Baruchel la propriété quiritaire est une « *institution mentionnée dans l'ordonnance sur la marine de 1681 et est régie actuellement par la loi du 3 janvier 1967. Les copropriétaires sont des quiritaires ; les quirats représentent leurs parts dans la copropriété du navire* » « *La personnalité morale en droit privé* » Nathalie Baruchel, bibliothèque droit privé, LGDJ, 2004, paragraphe 123

¹⁰²⁷ La personnalité de la copropriété des navires a été réaffirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 avril 2008, JurisData 2008-043661, faisant l'objet d'un commentaire de la part de François Pasqualini, Répertoire de droit commercial, « *copropriété de navire* ».

¹⁰²⁸ Valérie Simonart rappelle que cette position n'est pas partagée par l'Angleterre, la Belgique, les Etats unis, l'Italie, les Pays Bas et la Suisse. Ces différents systèmes juridiques considèrent que toutes les personnes morales sont reconnues d'une manière ou d'une autre par le législateur. « (...) *La thèse de la spontanéité est, à l'exception de la France, abandonnée de nos jours dans tous les pays les principaux arguments en sa faveur sont des textes légaux, ce qui manifeste encore la croyance en la nécessité de l'intervention du législateur* » « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 517 ; « *L'observation du droit positif comparé montre qu'à de rares exceptions près la reconnaissance de la personnalité morale suppose toujours une loi, qu'il s'agisse d'une particulière qui confère expressément la personnalité à un groupement déterminé ou d'une loi-cadre à laquelle toute groupement peut se conformer pour bénéficier de la personnalité morale, diverses solutions intermédiaires existant des les pays examinés, telles que la nécessité d'une approbation du gouvernement (...) ou d'une immatriculation des sociétés dans un registre (...)* » La plupart des systèmes juridiques acceptent dont le principe de légalisme. « *La personnalité morale en droit privé comparé* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 517

¹⁰²⁹ « *Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ?* » Gaston Lagarde, Mélanges A. Jeuffret, 1974, page 429. Selon Emmanuel Gaillard, « (...) *l'immatriculation destinée à protéger les associés et les tiers n'est qu'un élément du contrôle de la licéité et de la dignité des intérêts personnifiés et qu'elle ne contredit pas directement la formule de l'arrêt du 28 janvier 1954. Ce formalisme n'en est pas moins difficilement conciliable avec la croyance en la spontanéité de la personne morale des groupements* ». « *Le pouvoir en droit privé* » Collection Droit civil, Economica, 1985, paragraphe 275

C'est l'avis de Jean Paillusseau qui constate que « *Le législateur refuse expressément de l'attribuer à certains groupements, ou pour d'autres groupements, subordonne son existence ou sa jouissance à l'accomplissement de formalités qui leur sont extérieures, bien qu'ils satisfassent parfaitement aux conditions posées par la Cour de cassation. Ainsi, la personnalité morale n'est pas obligatoirement*

Après avoir présenté les principaux arrêts ayant admis la théorie de la réalité de la personnalité morale, nous allons maintenant rappeler les critères établis par les tribunaux pour reconnaître la personnalité juridique.

Ainsi, la jurisprudence sur la réalité des personnalités morales repose sur deux critères qui sont, d'une part, l'existence d'un groupement présentant certaines caractéristiques et d'autre part, l'identification d'un intérêt collectif.

2.1.2.3.1.1.1 L'existence d'un groupement

Juridiquement, la notion de groupement n'est pas définie comme le rappelle l'ouvrage « *Vocabulaire juridique* » de l'association Henri Capitant¹⁰³⁰, mais par contre la notion de groupe vise « *dans le sens commun (toute) réunion de personnes, d'institutions ou d'organismes en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées : on parle en ce sens de groupe de collectivités locales pour désigner les syndicats de communes, les districts ou les communautés urbaines* »¹⁰³¹.

Mais attention : tout groupement n'a pas vocation à être personnifié. Il convient donc d'identifier les critères de distinction. Le groupement doit disposer d'une organisation (c'est-à-dire une organisation propre) qui lui permette de dégager une volonté et une expression collective. « *C'est donc l'organisation juridique de la communauté qui fournit à la personne morale une volonté, puisque c'est par cette organisation qu'elle se dote de représentants et d'organes chargé de vouloir en son nom* »¹⁰³². Cette organisation est mise en place soit par le législateur, soit par les membres du groupement (par la conclusion d'une convention régissant

liée à l'existence de groupement de personnes. Le législateur refuse expressément de l'attribuer à certains groupements, ou pour d'autres groupements subordonne son existence ou sa jouissance à l'accomplissement de formalités qui leur sont extérieures, bien qu'ils satisfassent parfaitement aux conditions posées par la Cour de cassation dès leur création » « *Le droit moderne de la personnalité morale* » RTD Civ 1993, page 705, paragraphes 4 et 5

¹⁰³⁰ Il existe des groupements agricoles d'exploitation en commun, des groupements d'intérêt économique, des groupements fonciers agricoles, des groupements d'intérêt public.

¹⁰³¹ Sur cette définition du groupe, il est intéressant de se reporter à l'étude de Gaston Lagarde intitulée « *Propos de commercialiste sur la personnalité morale* » qui déclare que la notion de groupe englobe les termes de « *réunion, bande, ligue, entente, association, société, groupe d'intérêt économique, masse de créanciers, groupe industriel* »

¹⁰³² « *La personnalité morale en droit privé* » Nathalie Baruchel, bibliothèque droit privé, LGDJ, 2004, Paragraphe 67 Le groupement suppose de réunir des personnes physiques et non des actifs afin de constituer des universalités de droit (acceptation d'une succession sous réserve d'actif net, la fortune de mer) ou des universalités de fait (fonds professionnels)

leurs rapports). Il y a donc une exigence minimale d'organisation qui va permettre au groupement de lui conférer une unité en vue d'atteindre une fin déterminée¹⁰³³.

Ainsi, derrière la personne morale, se trouve un groupe d'individus¹⁰³⁴. Selon la formule consacrée de la Cour de cassation, seuls les « *groupements dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés* ».

Pour Marcel Waline, cette organisation se matérialise par l'expression d'un intérêt représenté par « *un individu ou les individus qualifiés pour être les porte-paroles juridiquement autorisés des intérêts défendus* »¹⁰³⁵. Mais ce critère d'expression collective se retrouve dans tous les groupements, selon Valérie Simonart, car à défaut de pouvoir exprimer la volonté de ses membres, un groupement ne serait pas en mesure de manifester son existence à l'égard des tiers¹⁰³⁶.

Il ressort de la jurisprudence que la personnalité a été accordée à des groupements institués par la loi et auxquels la loi avait omis de leur accorder la personnalité morale. Les comités d'établissement, les comités de groupe, la masse (des créanciers) sont tous des groupements institués par la loi et ont été reconnus ultérieurement comme personne morale par la Cour de cassation. Ainsi, Jean Paillusseau en déduit que si des personnes souhaitent donner une certaine autonomie à leur activité, en obtenant la personnalité morale « *ils doivent choisir une structure d'accueil qui leur convient parmi celles que propose le législateur* »¹⁰³⁷.

Enfin, il convient de relever que dans la plupart des décisions, les magistrats ont reconnu la personnalité à des groupements pour leur permettre d'agir en justice¹⁰³⁸. Eric Savaux précise

¹⁰³³ « *Les groupements dépourvus de personnalité morale en droit privé* » Bruno Dondero, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, paragraphe XXXV « (...) le critère fondé sur la possibilité d'expression collective permet de réduire le champ de l'étude aux groupements dotés d'un niveau minimal d'organisation, conférant au groupement une certaine unité, c'est-à-dire permettant que ses membres recherchent en commun une fin déterminée »

¹⁰³⁴ Comme l'indique Gaston Lagarde, la notion de groupe vise toute « *réunion, bande, ligue, entente, association, société, groupement d'intérêt économique, masse de créanciers, groupe industriel* » « *Propos de commercialiste sur la personnalité morale, réalité ou réalisme ?* » Etudes offertes à Alfred Jeauffret, 1974, page 429

¹⁰³⁵ « *Traité élémentaire de droit administratif* » 6^{ème} édition, 1950

¹⁰³⁶ « *Tout groupement doit en effet pouvoir exprimer la volonté de la collectivité de ses membres, car à défaut, il ne serait pas en mesure de manifester son existence à l'égard des tiers* » Valérie Simonart, Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, paragraphe 62

¹⁰³⁷ « *Le droit moderne de la personnalité morale* » RTD Civ, 1993, p.705, paragraphe 80

¹⁰³⁸ Ainsi, l'arrêt de la Cour d'appel de Basse Terre a reconnu la personnalité morale à une copropriété maritime, société de quirataires, pour lui permettre de bénéficier de l'ouverture d'une procédure collective (arrêt de la première chambre civile de la Cour d'appel de Basse Terre, 6 novembre 1995 (commenté par Bernard Soenne, 2 Juillet 1997, petites affiches, 2 juillet 1997, n°78, p.16). La

que les « actions concernées n'ont bien souvent pas pour objet la protection d'intérêts patrimoniaux du groupe personnifié par le juge mais la défense en justice des intérêts collectifs qu'il représente ou l'exercice des attributions que la loi lui donne »¹⁰³⁹.

Ainsi cette exigence d'une certaine organisation dans un groupement est rappelée par Guillaume Wicker. Ce dernier précise que « l'exigence d'une représentation organisée de la personne morale se ramène à l'exigence que l'acte constitutif du groupement investisse une volonté du pouvoir d'agir pour son compte et dans son intérêt. Et cette volonté peut être exprimée par un groupe de personnes (...) ou bien simplement par une seule (...) ». L'auteur considère que « l'exigence d'une représentation organisée du groupement, (...) se réduit à l'exigence que le groupement soit porteur d'un intérêt propre afin que puisse être désigné (...) un représentant permanent ou temporaire, général ou spécial »¹⁰⁴⁰.

Ainsi, la nécessité de créer une organisation, trouverait sa cause dans l'existence d'un intérêt propre au groupement. L'organisation et donc tous les organes mis en place au service du groupement ne se justifient que dans la défense d'un intérêt collectif. Comme le rappelle Thierry Revet, « la personnalité morale est et n'est qu'un instrument dont la raison d'être et de satisfaire des objectifs et autres desseins intéressant toujours, in fine, des personnes physiques »¹⁰⁴¹.

Après avoir présenté les caractéristiques d'un groupement, il convient maintenant d'identifier l'intérêt collectif.

2.1.2.3.1.1.1.2 L'intérêt collectif

A titre préliminaire, il faut avoir présent à l'esprit que l'affirmation selon laquelle la reconnaissance de la personne morale suppose l'existence d'un intérêt collectif fait encore l'objet de critiques de la part de la doctrine.

Ainsi Hervé Blaise se pose la question suivante : « Où est alors l'intérêt collectif, transcendant les intérêts particuliers, qui constitue le fondement même de la personnalité

personnalité juridique de cette copropriété a été confirmée par un arrêt de la chambre commerciale le 15 avril 2008 afin dans l'espèce de lui reconnaître sa capacité d'ester en justice (numéro 07-12.487)

¹⁰³⁹ « La personnalité morale en procédure civile » Eric Savaux, RTD Civ. 1995, page 1, paragraphe 38

¹⁰⁴⁰ « La personne morale » Guillaume Wicker, Répertoire de droit civil, Dalloz, 1998, paragraphe 34

¹⁰⁴¹ Thierry Revet, rapport de synthèse, « La personnalité morale », journée nationale, Tome XII, La Rochelle, 4 juin 2007, Dalloz

morale dans sa conception classique ? Il faut donc admettre que la reconnaissance de cette personnalité peut être aussi un procédé technique commode pour structurer une activité»¹⁰⁴².

En outre, Jean Foyer rappelle que ce critère, bien qu'utilisé par la Cour de cassation, n'est pas sans défaillance, « *il est des centres d'intérêt collectif, dont l'existence est bien certaine, qui sont pourvus d'une organisation et auxquels cependant la personnalité est refusée* »¹⁰⁴³.

Enfin, comme le souligne Bruno Dondero, dans sa thèse, « *certains textes, certaines décisions, font application de la notion d'intérêt de groupe à des groupements non personnifiés* »¹⁰⁴⁴. Poursuivant la même idée, Jean Foyer déclare que ce critère d'intérêt collectif « *n'est pas sans défaillance. Il est des centres d'intérêt collectif, dont l'existence est bien certaine, qui sont pourvus d'une organisation et auxquels cependant la personnalité est refusée. Ni le groupe ni l'entreprise ne sont traités comme des personnes juridiques* »¹⁰⁴⁵.

On peut approcher cette notion d'intérêt collectif de manière négative par opposition aux intérêts particuliers ou propres des membres du groupement. Ainsi Bruno Dondero estime que l'exigence de l'identification d'un intérêt collectif « *c'est surtout l'existence d'un intérêt ne se confondant pas entièrement avec l'intérêt de l'un des membres du groupement (...)* »¹⁰⁴⁶.

Malgré ses discussions doctrinales, il reste que l'existence d'un intérêt collectif propre à un groupement reste l'un des deux éléments permettant aux magistrats de personnifier un groupement.

Pour certains auteurs, l'intérêt collectif constituerait la pierre angulaire de la personne morale.

Nathalie Baruchel a recherché une nouvelle conception de la personnalité morale. Selon l'auteur, l'intérêt collectif va permettre d'identifier l'existence d'un groupement. Nathalie Baruchel indique que l'intérêt collectif « *exprime le seuil de cohésion à partir duquel un*

¹⁰⁴² La Semaine Juridique Edition Générale n°21, 20 mai 1992, 1992, II 21856, « *Hygiène et sécurité du travail* » note H. Blaise

¹⁰⁴³ « *La personnalité morale et ses limites* » Jean Foyer, Droit français, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, LGDJ, 1960

¹⁰⁴⁴ « *Les groupements dépourvus de personnalité morale en droit privé* » Bruno Dondero, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, paragraphe 310 « *Ainsi les articles 815-5 et 815-6 du Code civil se réfèrent-ils à l'intérêt commun en matière d'indivision, (...). L'article 1833 du Code civil qui dispose que toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés fait partie des textes auxquels les sociétés en participation et créées de fait ne peuvent déroger. Le législateur et les juges reconnaissent ainsi un intérêt propre à des groupements non personnifiés, pris comme une entité individualisée ou comme la collectivité des membres du groupement. Cela semble donc démentir le rattachement de l'intérêt du groupement à la notion de personnalité morale* ».

¹⁰⁴⁵ « *La personnalité morale et ses limites* » « *le Droit français* » Jean Foyer, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, LGDJ, 1960, page 113

¹⁰⁴⁶ « *Les groupements dépourvus de personnalité morale en droit privé* » Bruno Dondero, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, paragraphe 2

groupement peut prétendre au statut de personne morale »¹⁰⁴⁷ et donc pour elle, c'est uniquement l'intérêt collectif qui est le fondement de la personne morale.

Emmanuel Gaillard s'est également penché sur cette notion d'intérêt et rappelle que « *Les auteurs ne s'y sont pas trompés (...) (et) relèvent les difficultés insoupçonnées qu'implique la définition même de l'intérêt, « pivot de toute la théorie » de la réalité des personnes morales. Il est également révélateur que toute la querelle de la personnalité ait tourné autour de la recherche irritante d'un intérêt distinct. Prise en tant que telle, la notion d'intérêt a mauvaise presse. Elle paraît insaisissable, préjuridique, sinon ajuridique, voire impudique.* »¹⁰⁴⁸.

Emmanuel Gaillard rappelle que Marcel Waline¹⁰⁴⁹ ajoute aux deux conditions dégagées par Michoud pour reconnaître la personnalité morale, l'existence d'un lien entre les intérêts dont est en charge le groupe personnifié. Selon Emmanuel Gaillard, « *L'auteur a montré que si ce lien était tout trouvé s'agissant des intérêts d'un individu, seul titulaire de ses droits subjectifs, il était plus difficile à cerner dans les groupements. Un véritable intérêt collectif n'existe alors que lorsque les intérêts des membres du groupement leur sont à la fois communs et spéciaux (...) L'intérêt du groupe se ramène à l'intérêt de ses membres dont il n'offre qu'une sélection et qu'il ne saurait donc y avoir opposition entre l'intérêt collectif ainsi conçu et l'intérêt individuel. C'était poser la condition de l'homogénéité des intérêts personnalisés* »¹⁰⁵⁰.

Afin de savoir s'il existe une homogénéité d'intérêts au sein d'un groupe, il est nécessaire d'identifier l'intérêt du membre type du groupe. Celui-ci ne doit pas être en contradiction avec l'intérêt collectif du groupe¹⁰⁵¹. Emmanuel Gaillard indique également qu'il est possible de classer des intérêts semblables par catégorie (« *intérêts catégoriels* »). Les intérêts catégoriels sont identifiés par rapport aux intérêts individuels et à l'intérêt collectif du groupe¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ L'auteur ajoute que l'intérêt « *est atteint lorsque l'intérêt rassemble certains intérêts homogènes des membres et présente un caractère licite et permanent. L'existence d'un intérêt collectif a ainsi vocation à la personnification, dès lors qu'existe une possibilité de réalisation de celui-ci* » « La personnalité morale en droit privé », Nathalie Baruchel, bibliothèque droit privé, LGDJ, 2004 paragraphe 552

¹⁰⁴⁸ « *Le pouvoir en droit privé* » Emmanuel Gaillard, Collection Droit civil, Economica, 1985, paragraphe 283

¹⁰⁴⁹ « *Traité élémentaire de droit administratif* », librairie du recueil Sirey, 1950, pages 169-189

¹⁰⁵⁰ « *Le pouvoir en droit privé* » Emmanuel Gaillard, Collection Droit civil, Economica, 1985, paragraphe 294

¹⁰⁵¹ « *Si l'on ne parvient pas faire coïncider un prétendu intérêt collectif avec l'intérêt type de chacun des membres du groupement, c'est sans doute que celui-ci rassemble plusieurs catégories distinctes de membres qu'il serait artificiel de fondre au sein d'une même personne morale* » « *Le pouvoir en droit privé* » Emmanuel Gaillard, Collection Droit civil, Economica, 1985, paragraphe 297

¹⁰⁵² « *Le pouvoir en droit privé* » Emmanuel Gaillard, Collection Droit civil, Economica, 1985, paragraphe 298

Enfin, Emmanuel Gaillard constate donc qu'au sein d'un même groupe, il existe des catégories « *d'intérêts homogènes en elles-mêmes mais distinctes les unes des autres* » et l'intérêt collectif est « *appelé à transcender ces catégories entières d'intérêts* ». Tout membre d'un groupe ayant intérêt au développement de son groupe, devra faire prévaloir l'intérêt collectif sur ses propres intérêts, c'est le concept de la théorie de l'intégration des intérêts¹⁰⁵³.

Emmanuel Gaillard est du même avis que René David qui estime que les tribunaux manifestent leur volonté de déclarer « *digne d'encouragement et de protection l'intérêt collectif auquel correspond le groupement ; pour le bénéfice de cet intérêt collectif même, il importe qu'une formule de conciliation soit trouvée entre cet intérêt collectif et les intérêts individuels des membres du groupement, entre la personnalité morale du groupement et les droits et intérêts de ceux qui y sont associés. Les membres d'une personne morale, écrit M. Grossen, n'en représentent pas une simple composante, car leur propre personnalité n'est nullement absorbée par celle du groupement.* »¹⁰⁵⁴ L'auteur cite J. Foyer « (...) la conséquence juridique la plus certaine qui en ait jamais été déduite est la subordination des droits et des intérêts privés des membres du groupement aux fins que le groupement a pour mission de réaliser ». Cette subordination des intérêts individuels à l'intérêt collectif se réalise notamment au moyen des règles qui ont trait à l'organisation et à la structure du groupement. René David conclut que « *la personnalité morale, technique imaginée pour favoriser la réalisation de certains intérêts collectifs n'a rien à voir et ne saurait être invoquée dans les cas où avoir recours à elle ne serait d'aucune utilité pour cet intérêt collectif* ».

Cet intérêt propre au groupement est donc distinct et supérieur à celui de l'intérêt des membres du groupement. Il n'est pas non plus la simple accumulation des intérêts individuels de chacun des membres du groupement. C'est cette idée qu'exprime Bernard Soinne en déclarant qu'« *On ne peut donc reconnaître la personnalité qu'aux seuls groupements défendant des intérêts autonomes qui ne constituent pas la simple globalisation, addition ou totalisation des intérêts particuliers des membres* »¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ Mais l'auteur estime que l'on assiste à une nouvelle conception de la combinaison des intérêts catégoriels. Ces derniers ne sont plus soumis à l'intérêt collectif du groupe mais font l'objet d'une mise en balance les uns par rapport aux autres. Ainsi, cette tendance à vouloir mettre en balance les intérêts catégoriels « *sans passer par l'entremise d'un intérêt plus général qui est censé les sublimer pour mieux les départager, vient contrarier la tendance personnificatrice* ».

¹⁰⁵⁴ « *La personnalité morale et ses limites* » René David rapport général, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, LGDJ, 1960

¹⁰⁵⁵ « *La reconnaissance de la personnalité morale des groupements de quirataires* » Bernard Soinne, Petites Affiches, 2 juillet 1997, n°79, page 16

Après avoir rappelé les critères utilisés par la jurisprudence pour reconnaître la personnalité juridique, il convient maintenant de vérifier si nous sommes en mesure, dans chaque fiducie mise en place, de constater l'existence d'une personne morale en recherchant l'existence des deux critères.

2.1.2.4 Application des critères jurisprudentiels à la fiducie

Pour reconnaître la personnalité morale, il est nécessaire d'identifier d'une part, un groupement et d'autre part, un intérêt collectif.

2.1.2.4.1.1 La fiducie constitue-t-elle un groupement ?

Il ressort de nos précédents développements que la jurisprudence exige d'un groupe qu'il remplisse certaines conditions pour se voir reconnaître la personnalité juridique.

Il convient donc d'identifier un groupement dans chaque fiducie constituée, ce qui semble bien être le cas car au minimum deux personnes interviennent dans une fiducie : un fiduciaire et un constituant qui est également bénéficiaire.

Néanmoins, nous verrons qu'en observant les intérêts poursuivis par le fiduciaire, nous arrivons au constat que le fiduciaire ne pourrait pas être considéré comme un membre du groupement. Ainsi, dans le cas des fiducies-gestion se limitant à l'intervention d'un fiduciaire et d'un constituant, qui serait également le bénéficiaire, il n'y aurait pas de groupement. La fiducie ne peut alors prétendre à être reconnue comme personne morale.

Mais ce groupement qui serait constitué par la fiducie ne peut prétendre à la reconnaissance de la personnalité juridique que s'il justifie d'une permanence le distinguant de la simple réunion de personnes physiques.¹⁰⁵⁶

Ainsi ce groupement doit être doté d'un minimum d'organisation, le dotant d'une expression collective. Pour Marcel Waline, cette organisation se matérialise par l'expression d'un intérêt représenté par « *un individu ou les individus qualifiés pour être les porte-parole juridiquement autorisés des intérêts défendus* »¹⁰⁵⁷.

La permanence de la fiducie se manifeste par une organisation qui se met en place pour détenir ce patrimoine fiduciaire, créé par la fiducie. Celle-ci se matérialise dès la signature de

¹⁰⁵⁶ « (...) les signes extérieurs ne suffisent pas. Une réunion de personnes physiques ne constitue pas à elle seule une personne morale » Michel Névot JCP, Edition générale, n°26, 27 juin 1990, II 21529

¹⁰⁵⁷ « *Traité élémentaire de droit administratif* » 6^{ème} édition, 1950

la convention de fiducie par l'accomplissement de mesures de publicité (déclaration, enregistrement) qui renforce cette idée d'organisation durable et stable¹⁰⁵⁸.

Autre indice révélant une organisation dans une fiducie, le fiduciaire propriétaire de l'actif mis en fiducie doit au minimum établir une comptabilité autonome et indépendante de celle de son propre patrimoine¹⁰⁵⁹. La convention de fiducie peut confier au fiduciaire la réalisation d'autres missions sur ce patrimoine (gestion plus ou moins dynamique, vente, achat).

Dans une convention de fiducie, ce rôle de porte-parole du groupement est exercé « naturellement » par le fiduciaire. En effet, le fiduciaire agit pour le compte du patrimoine fiduciaire et défend par conséquent les intérêts des actifs transférés dans ce patrimoine fiduciaire conformément aux directives qui lui ont été données par le constituant et les bénéficiaires. Ces instructions sont visées directement par la convention de fiducie.

Ainsi, le fiduciaire ne va pas agir sur instruction unanime des parties à la convention de fiducie mais va accomplir les missions confiées par la convention de fiducie. Il agit conformément à la convention de fiducie, sans avoir à obtenir une autorisation pour lui permettre d'accomplir tous les actes¹⁰⁶⁰, ce qui démontre encore plus l'existence d'une organisation interne indépendante (des membres qui l'ont créée¹⁰⁶¹).

Par conséquent, il ressort de ces différentes observations que la fiducie serait, à l'exception du cas de fiducie-gestion, un groupement au sens que lui a donné l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954. Dans une seconde étape, il convient d'identifier l'existence d'un intérêt collectif propre à ce groupement.

¹⁰⁵⁸ Enregistrement auprès de la recette des impôts du siège social du fiduciaire pour les fiducies portant sur les actifs mobiliers, publication auprès de la conservation des hypothèques pour toute fiducie portant sur des actifs immobiliers

¹⁰⁵⁹ Ce qui en pratique, pour les établissements de crédit et compagnies d'assurance, nécessite l'intervention de comptables en charge de l'établissement de la comptabilité et de commissaires aux comptes en charge de la certification desdits comptes.

¹⁰⁶⁰ Normalement, le fiduciaire a des objectifs assez précis qui lui ont été indiqués par les dispositions de la convention. Il n'y a que dans le cas d'un événement non prévu par les termes de la convention de fiducie, que le fiduciaire pourrait éventuellement demander l'accord des autres parties.

¹⁰⁶¹ L'arrêt de la Cour d'appel de Basse Terre rappelle que, s'agissant de cette copropriété maritime, celle-ci « est pourvue d'une organisation interne qui lui permet, à la différence de l'indivision, d'imposer la loi de la majorité par l'intermédiaire de son organe social, le gérant, lequel peut notamment en vertu de la loi, hypothéquer le navire avec le consentement d'une majorité des intérêts (...) ou encore en vertu des statuts, représenter en justice la copropriété et agir en son nom en toutes circonstances »

2.1.2.4.1.2 Existe-t-il un intérêt collectif propre à la fiducie ?

Comme nous l'avons rappelé précédemment, l'intérêt collectif n'est pas défini juridiquement et cette absence de définition légale soulève des discussions sans fin sur son existence au sein d'un groupement.

Néanmoins, il ressort de la doctrine et de nombreuses études effectuées sur la personnalité morale et plus particulièrement sur la jurisprudence que l'intérêt collectif présente des caractéristiques sur lesquelles les avis convergent. La licéité de l'intérêt collectif est une exigence directement posée par l'arrêt fondateur du 28 janvier 1954. La durée est également une qualité que doit présenter l'intérêt collectif, cela est d'autant plus nécessaire qu'un groupement disposant d'une organisation permanente est mise en place en vue d'un intérêt collectif.

Ainsi, il apparait certain que l'intérêt collectif dépasse les seuls intérêts individuels représentés par les membres du groupement et va au-delà de la simple addition des intérêts individuels. Nathalie Baruchel exprime cette idée que l'intérêt collectif « *absorbe et dépasse la somme des intérêts individuels de ses membres* »¹⁰⁶².

Dans le cadre d'une fiducie, nous devons montrer qu'il existe un intérêt collectif qui se distingue des intérêts du fiduciaire, du constituant et du ou des bénéficiaire(s).

Il paraît évident à la lecture des dispositions régissant la fiducie que l'intérêt collectif de toute fiducie serait de constituer un patrimoine d'affectation, puis de le conserver et de le transmettre conformément aux termes de la convention de fiducie. Ainsi comme l'indique Bruno Dondero « *la finalité légale et statutaire du groupement doit permettre la réalisation de l'intérêt collectif et par la, des intérêts individuels* »¹⁰⁶³. La volonté de créer ce patrimoine *ad hoc* par tous les membres de la fiducie, suffit-elle à caractériser un intérêt supplémentaire suffisant pour constater l'existence d'un intérêt collectif ?

En effet, cet intérêt collectif est cependant différent de la somme des intérêts individuels. Il est autonome et dépasse les seuls intérêts des membres d'une fiducie. Il est illusoire de penser que les conventions de fiducie anticipent les événements pouvant affecter la vie d'un actif. Par conséquent dans des situations exceptionnelles, le fiduciaire en tant que tiers de confiance

¹⁰⁶² « *De la personnalité morale* » Nathalie Baruchel, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, paragraphe 537. L'auteur rappelle que l'intérêt collectif se définit toute d'abord de manière négative et se distingue ainsi également de l'intérêt général qui constitue le but poursuivi par toute personne morale. L'intérêt collectif ne se confond pas avec l'intérêt général « *lequel constitue la finalité de l'action des personnes morales de droit public* ».

¹⁰⁶³ « *Les groupements dépourvus de personnalité morale en droit privé* » Bruno Dondero, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, Bruno Dondero, paragraphe 396

devra conserver son cap en vue d'atteindre les objectifs qui lui ont été assignés. Dans ce contexte, il est donc évident que le fiduciaire va faire prévaloir la réalisation des objectifs définis par la fiducie sur les intérêts individuels du constituant ou du bénéficiaire.

En examinant plus précisément les intérêts poursuivis par chacun des membres du groupement, nous constatons que les intérêts des parties à une convention de fiducie semblent divergents et difficilement définissables *a priori* car ils semblent être distincts voire même hétérogènes. Mais cette conclusion semble trop rapide.

En effet, comme nous avons pu le constater, la doctrine ¹⁰⁶⁴ estime que cette homogénéité des intérêts au sein d'un groupement est une condition nécessaire à la reconnaissance d'un intérêt collectif d'un groupement et pour lui permettre éventuellement de se faire reconnaître la personnalité juridique par les tribunaux.

Pour s'assurer qu'il existe une homogénéité des intérêts au sein d'un même groupe, il donc est nécessaire d'individualiser un intérêt type d'un participant à un contrat de fiducie. Bien que poursuivant la volonté de constituer un patrimoine d'affectation, les acteurs de la fiducie, poursuivent des intérêts qui leur sont propres et qui pourraient être trop hétérogènes et manquer ainsi de cohésion pour représenter un intérêt collectif.

Avant de tenter de parvenir à une réponse sur l'existence d'une homogénéité d'intérêts et de comparer les intérêts poursuivis par les parties d'un contrat de fiducie, nous devons analyser les intérêts poursuivis par chaque type d'acteurs. Il conviendra de se poser une question complémentaire : sont-ils les mêmes dans une fiducie-gestion ou dans une fiducie-sûreté ?¹⁰⁶⁵

Cette tentative d'identification des intérêts est d'autant plus délicate à effectuer que les acteurs d'une fiducie cumulent plusieurs rôles¹⁰⁶⁶. Ainsi, le constituant peut également être le bénéficiaire, c'est le cas de la plupart des fiducies-gestion¹⁰⁶⁷, un bénéficiaire peut être également un fiduciaire, cela se rencontre dans toutes les fiducies-sûretés où l'un des créanciers accepte de prendre en charge cette fonction de fiduciaire.

¹⁰⁶⁴ Nathalie Baruchel qui partage l'idée d'homogénéité des intérêts au sein d'un groupement. Paragraphe 541

¹⁰⁶⁵ Cette méthode de comparaison fiducie-gestion / fiducie sûreté est un moyen de nous faire réfléchir sur les buts poursuivis par les acteurs de la fiducie et ne doit pas être exclusive car les dispositions qui régissent actuellement la fiducie n'ont pas distingué les dispositions propres à chacune des deux types de fiducies. Seuls les modes de réalisation des actifs mis en fiducie ont fait l'objet de dispositions spéciales. Cette absence de séparation entre les deux régimes pousse les professionnels à concevoir des fiducies qui sont de savants mélanges de fiducie sûreté et de fiducie-gestion.

¹⁰⁶⁶ Article 2016 « *Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie* »

¹⁰⁶⁷ Cela découle de l'article 2013 du Code civil qui interdit les fiducies-libéralité « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

L'intérêt du fiduciaire

L'activité de fiduciaire étant réservée à des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des entreprises d'assurance et des avocats, il n'y a donc que des professionnels qui exerceront cette activité¹⁰⁶⁸. Le principal intérêt poursuivi par un fiduciaire est la perception de revenus liés aux services qu'il effectue pour le compte du patrimoine fiduciaire et non comme le constituant ou le bénéficiaire de la création d'un patrimoine d'affectation.

Compte tenu de cette particularité, nous estimons que le fiduciaire ne doit pas être considéré comme un membre du groupement puisque celui-ci poursuit des intérêts exclusifs qui n'ont rien de commun avec ceux du constituant et du bénéficiaire. Il en serait simplement le mandataire et agirait ainsi au nom de la fiducie et pour son compte.

Le fiduciaire ne pourrait prétendre à avoir la qualité de membre de la fiducie. Ce constat est à rapprocher de nos propos concernant l'existence d'un groupement. Ainsi, comme le fiduciaire ne pourrait pas être considéré comme un membre du groupement, il n'existerait pas de groupement constitué dans le cadre d'une fiducie-gestion puisque le constituant dispose de la qualité de constituant et de bénéficiaire.

L'intérêt du constituant

L'intérêt du constituant dans une fiducie-sûreté est d'obtenir un financement.

Dans une fiducie-gestion, l'intérêt du constituant est d'obtenir le retour de ses actifs dans son patrimoine au terme de la fiducie. En effet, les fiducies-gestion aux fins de libéralité étant prohibées par les dispositions de l'article 2013 du Code civil¹⁰⁶⁹, nous pourrions en déduire que le constituant est forcément le bénéficiaire de toute fiducie-gestion et que par conséquent, le constituant poursuit dans tous les cas le but de récupérer les biens à la fin de la fiducie. Mais il peut être envisagé de mettre en place une fiducie-gestion en vue de réaliser un transfert à titre onéreux d'actifs à un tiers, ce type de fiducie est appelé par certains fiduciaire-

¹⁰⁶⁸ Article 2015 du Code civil « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.*

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire ».

¹⁰⁶⁹ « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire »*

mutation¹⁰⁷⁰. Le constituant ne récupérera donc pas l'actif transmis à la fiducie mais plutôt le prix de vente de l'actif vendu.

Ainsi, compte tenu du choix effectué par le législateur visant à interdire les fiducies successorales, nous constatons que le constituant est le bénéficiaire d'une fiducie-gestion. Par conséquent, cette double qualité semble faire obstacle à la naissance d'un intérêt collectif supérieur à la simple accumulation des intérêts individuels. Une fiducie-gestion ne vise à satisfaire que les intérêts du constituant, il n'existe donc pas un intérêt collectif dans une fiducie-gestion.

L'intérêt du bénéficiaire

- Puisque la fiducie-gestion ne peut être constituée aux fins de libéralité, il y a fusion entre le constituant et le bénéficiaire lorsque le constituant transfère à un fiduciaire un actif afin que celui-ci le gère de manière dynamique et active dans le cadre d'un mandat de gestion. Le bénéficiaire poursuit donc le même but que le constituant, récupérer les actifs ou leur contrevaletur.

Si la fiducie est utilisée comme une vente à terme (fiducie-mutation) via l'intermédiaire du fiduciaire, celui-ci devra vendre les actifs conformément aux objectifs de cession indiqués dans la convention de fiducie. Dans cette hypothèse, le véritable bénéficiaire est également le constituant, puisque le fiduciaire devra vendre aux conditions indiquées par le constituant. Or le constituant ne pouvant poursuivre une intention libérale, il effectue cette fiducie dans son propre intérêt patrimonial et recherche un montant du prix de vente le plus élevé possible¹⁰⁷¹.

- Dans une fiducie-sûreté, les bénéficiaires ne souhaitent bénéficier du transfert de propriété qu'aux fins de s'assurer du risque de non remboursement de leurs concours. Le transfert de propriété des actifs à un tiers ou à leur profit n'est pas leur premier objectif. Ce transfert de propriété définitif à un tiers ou à leur profit n'est qu'accidentel

¹⁰⁷⁰ Exemple de fiducie-gestion utilisée comme une vente à terme : un actionnaire, transfère à un fiduciaire les titres financiers qu'il détient dans le capital d'une société, à charge pour le fiduciaire de les vendre à un tiers. Le fiduciaire recevra le prix de vente et rétrocédera le prix de vente au constituant. Cela permet à une personne souhaitant se séparer rapidement de certains actifs à un moment où leur valeur a chuté, de confier à un fiduciaire le soin d'organiser la vente lorsque des conditions meilleures seront réunies. Exemple présenté par « l'Actualité de la Fiducie » n°9, Benoît teston, mars 2011

¹⁰⁷¹ Le constituant ne peut pas effectuer une donation déguisée à des tiers en demandant au fiduciaire de vendre l'actif à des conditions inférieures à celle du marché.

et ne se produit qu'en cas d'échec du financement. Ce transfert n'est donc qu'un objectif à titre subsidiaire.

Le créancier bénéficiaire souhaite lors du montage de la fiducie que son financement soit remboursé, la réalisation de la fiducie sûreté n'est évidemment pas le but principal recherché par un bénéficiaire.

Par conséquent, nous pouvons dire que compte tenu des dispositions actuelles régissant la fiducie, les bénéficiaires poursuivent le même intérêt que celui du constituant au moment de la mise en place d'une fiducie : le retour des actifs dans le patrimoine du constituant.

Après avoir réfléchi sur le contenu des intérêts poursuivis par chacun des acteurs dans les deux types de fiducie, il est nécessaire de s'interroger sur leur homogénéité. La réponse à cette question se trouve dans l'identification d'un lien qui unirait les membres d'une fiducie et qui irait au-delà de la simple volonté de constituer un patrimoine fiduciaire pour un temps déterminé.

Compte tenu de l'interdiction actuelle de recourir à des fiducies successorales, nous constatons qu'à la mise en place d'une fiducie-gestion, il n'existe pas d'intérêt collectif. La fiducie n'est mise en place que pour satisfaire l'intérêt individuel du constituant. La création de ce patrimoine d'affectation n'est qu'un nouvel outil de gestion patrimoniale.

Dans une fiducie-sûreté, les intérêts des bénéficiaires et du constituant convergent. Ils souhaitent le retour des actifs ou de leur contrevalet dans le patrimoine du constituant. Les intérêts des parties semblent donc être analogues.

Cependant, il ne faut pas se limiter à l'examen des intérêts poursuivis par les parties à un contrat de fiducie-sûreté au moment de sa conclusion. La fiducie et plus particulièrement la fiducie-sûreté, est une garantie et donc par conséquent l'accessoire d'une créance détenue à l'encontre du constituant. Le sort des actifs dépend donc du bon remboursement de la créance. Si le débiteur ne respecte pas ses engagements et que la créance devient exigible, le créancier peut entamer une procédure de recouvrement à l'encontre du débiteur et demander au fiduciaire de vendre les actifs conformément aux dispositions de la convention de fiducie. Dans cette hypothèse, les intérêts du constituant et du bénéficiaire vont s'opposer. Cela est logique, le fiduciaire souhaitera vendre les actifs au plus vite tandis que le constituant s'assurera que la vente ne peut être évitée et assistera passivement au transfert définitif de ses actifs. Dans ce genre de situation et en dehors de toute hypothèse de contentieux, il est aisé de comprendre que les intérêts des parties à une fiducie sont contraires. De plus, à partir du moment où le fiduciaire entame la vente des actifs, l'intérêt défendu par la fiducie se confond

avec les intérêts du bénéficiaire de la fiducie, il n'y a donc plus d'intérêt collectif. Le fiduciaire gère alors exclusivement les actifs conformément aux intérêts du bénéficiaire.

Cependant, cette idée que l'intérêt du bénéficiaire deviendrait l'intérêt poursuivi par la fiducie pourrait être confrontée à l'argument suivant lequel le constituant souhaite une vente aux meilleures conditions financières pour que le créancier soit remboursé et qu'il (le constituant) soit libéré de sa dette et touche éventuellement une partie du prix de vente si celui est supérieur au montant de la créance. Néanmoins, la réalisation des actifs est une opération organisée par la convention de fiducie uniquement en vue de défendre les intérêts du bénéficiaire. Le constituant se trouve généralement en procédure collective et il est prévisible que les conditions de la vente des actifs ne pourront rien changer à la situation du constituant. Par conséquent, seuls les intérêts du bénéficiaire seront à prendre en compte par le fiduciaire. L'intérêt collectif serait donc également inexistant dans ce type de situation.

En conclusion, il apparaît difficile d'établir un intérêt collectif dans une fiducie-sûreté puisque les intérêts individuels des parties à un contrat de fiducie ne sont pas stables et peuvent évoluer dans le temps. Lorsque la créance devient exigible, nous pouvons déclarer que toute idée d'intérêt collectif est supprimée. Seul l'intérêt exclusif du créancier bénéficiaire compte.¹⁰⁷²

Pour la fiducie-gestion, il n'y a pas d'intérêt collectif puisque le constituant et le bénéficiaire sont la même personne. De plus, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, il n'y a pas de groupement puisque nous estimons que le fiduciaire ne peut pas être considéré comme un membre du groupement.

Ces observations nous amènent à conclure qu'il n'est pas possible de reconnaître la personnalité juridique en utilisant les critères jurisprudentiels établis par les tribunaux depuis l'arrêt du 28 janvier 1954.

Nathalie Baruchel¹⁰⁷³, en 2004, s'est interrogée également sur la reconnaissance de la personnalité morale et rappelle que le fiduciaire n'a qu'un droit de gestion. « *Ni véritable patrimoine d'affectation, ni personne morale, la fiducie ne semble pas réductible à une catégorie juridique connue* ». Ainsi pour l'auteur « *l'autonomie patrimoniale n'est pas l'attribut exclusif des personnes morales* » et dès lors l'existence d'un patrimoine d'affectation ne permettrait pas de constater automatiquement l'existence d'une personne morale.

¹⁰⁷² Il existe néanmoins certaines limites et qui sont visées par les dispositions du Code civil. Pour les actifs mobiliers : les articles 2372-2 et 2372-3 du Code civil, pour les biens immobiliers, les articles 2488-2 et 2488-3 du Code civil

¹⁰⁷³ « *De la personnalité morale* » Nathalie Baruchel, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004

Pour l'auteur, la fiducie serait une universalité de droit qui « *répond à la nécessité d'isoler une partie du patrimoine d'une personne afin de limiter les obligations qui sont les siennes ou bien de faciliter la gestion de certains biens* ». Cette autonomie patrimoniale « *n'est destinée qu'à la création d'une séparation au sein du patrimoine d'une personne. Aucun intérêt propre ne justifie donc la personnification de ces masses de biens.* »¹⁰⁷⁴. Nous ne pouvons que souscrire à ce point de vue car c'est exactement ce que recherche le constituant d'une fiducie-gestion¹⁰⁷⁵.

Un autre élément nous pousse à ne pas reconnaître la personnalité morale, qui découle des conséquences négatives liées à la reconnaissance de la personnalité morale à la fiducie. Nous avons déjà abordé ce point lorsque nous avons comparé la fiducie au contrat de société.

Si la fiducie se voyait reconnaître la personnalité juridique, celle-ci en tant que personne morale pourrait faire l'objet d'une procédure collective. L'application d'une quelconque procédure collective viendrait réduire à néant la volonté du législateur qui consistait à isoler des actifs à l'abri de toute procédure collective, tant à l'encontre du constituant que du fiduciaire¹⁰⁷⁶.

En devenant une personne morale, la fiducie pourrait comme toute autre personne morale de droit privé faire l'objet d'une procédure collective. Ainsi, les actifs mis en fiducie, transmis dans ce nouveau patrimoine seraient gelés le temps de la procédure collective dont pourrait faire l'objet une fiducie. Un tel risque n'inciterait pas les créanciers à avoir recours à la fiducie comme sûreté. La fiducie a été promue avant tout comme la reine des sûretés c'est-à-dire une sûreté organisant un transfert d'actifs échappant aux règles des procédures collectives. La fiducie connaît déjà des difficultés d'application, la reconnaissance de la personnalité morale risquerait définitivement de l'écarter du catalogue de sûretés proposées par les banques à leurs clients.

Ainsi, s'il n'est pas possible de reconnaître la personnalité juridique à la fiducie, celle-ci présente néanmoins des particularités. Comme nous l'avons rappelé, elle organise le transfert

¹⁰⁷⁴ « *De la personnalité morale* » Nathalie Baruchel, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004 Paragraphe 642-

¹⁰⁷⁵ En outre, l'auteur conteste même l'idée du transfert de propriété et estime que « *l'originalité de la fiducie réside dans l'absence de transfert de propriété entre le constituant et le fiduciaire : ce dernier ne dispose que d'un droit de gestion sur la masse fiduciaire* ».

¹⁰⁷⁶ Article 2024 du Code civil « *L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire* ». Article 2025 du Code civil « *Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* ».

de la propriété d'un ou plusieurs actifs dans un patrimoine d'affectation détenu par le fiduciaire.

Cette situation est originale et nécessite de la part des parties au contrat de fiducie, et plus particulièrement pour le fiduciaire, de maîtriser la rédaction des clauses du contrat de fiducie afin d'être en mesure d'en contrôler les conséquences.

2.1.3 La technique contractuelle doit être maîtrisée afin de contrôler les conséquences de la mise en place de la fiducie

Les professionnels attendaient la consécration de la fiducie depuis de nombreuses années et espéraient beaucoup de ces nouvelles dispositions. Or, après six années d'existence, même si cette tendance tend à s'inverser, la fiducie a du mal à s'installer dans le droit français. Cette timide application est due en grande partie à la crainte des fiduciaires d'exercer cette nouvelle activité et plus particulièrement à la difficulté de maîtriser les risques découlant du transfert de propriété. Néanmoins, nous démontrerons que si les parties anticipent certaines situations en intégrant certaines clauses et modalités, les risques liés au transfert de propriété seront limités et permettront au fiduciaire d'envisager de développer de manière sereine cette nouvelle activité.

2.1.3.1 La crainte de l'absence de maîtrise de la propriété par le fiduciaire

Il est certain que le nombre de fiducies mises en place depuis février 2007 reste relativement limité¹⁰⁷⁷, certaines ont fait l'objet de communications, notamment les premières, les autres sont restées confidentielles.

Dans le cadre d'un colloque organisé en janvier 2012 par le comité de droit financier de Paris Europlace, Matthieu Dubertret, déclarait que les applications de la fiducie sont encore *« méconnues au point qu'il y a moins d'un an, on pouvait (encore) lire qu'il n'y avait eu que trois fiducies réalisées en France traduisant cette idée que la fiducie est un instrument peu voire pas utilisé. Pour autant, le nombre de fiducies a été multiplié par trois chaque année depuis 2008. Près de trente fiducies ont été réalisées en 2011 et plus d'une centaine de fiducies sont en activité aujourd'hui, ce qui permet de mettre fin à cette image d'Épinal d'un instrument peu utilisé. La pratique révèle que la fiducie est un instrument d'usage courant et pour des montants significatifs de plusieurs dizaines voire de plusieurs centaines de millions d'euros. Néanmoins, ces montages demeurent souvent confidentiels, soit à la demande du client et souvent pour des raisons politiques, soit à la demande du fiduciaire qui propose un produit structuré à forte valeur ajoutée dont il souhaite garder la structure confidentielle »*¹⁰⁷⁸.

Le seul moyen de vérifier avec certitude le nombre de fiducies serait de consulter le registre national de la fiducie mais celui n'est pas consultable par le public. En effet, aux termes du décret n°2010- 219 qui l'a créé, ce registre tenu par le Ministère du budget a *« pour finalité de*

¹⁰⁷⁷ Plus d'une centaine, selon nos sources.

¹⁰⁷⁸ Introduction par Matthieu Dubertret *« La fiducie en action »* Colloque organisé par le Comité de droit financier de Paris Europlace et qui s'est tenu le 18 janvier 2012

centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant de lutter contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »¹⁰⁷⁹.

Les destinataires des informations inscrites sur ce fichier sont relativement limités, il s'agit des services de la police, de la justice ou de l'administration fiscale¹⁰⁸⁰. Par conséquent, il ne sera jamais possible d'avoir des statistiques exactes et objectives sur le nombre de fiducies mises en place en France depuis plus de six ans.

Or comme nous l'avons rappelé, la fiducie dispose d'un champ d'application très vaste et peut être utilisée dans des opérations très variées aussi bien patrimoniales que financières. Dans de nombreux dossiers français dont les enjeux économiques sont très élevés, de nombreux conseils juridiques interviennent et communiquent avec une certaine aisance dans la presse spécialisée ou dans le cadre de manifestations sur les nouvelles structures juridiques mises en place. En nous appuyant sur nos réseaux d'information, nous constatons que des opérations significatives fondées sur une fiducie sont encore en nombre limité, même s'il est vrai que nous assistons à une croissance importante de l'utilisation des fiducies¹⁰⁸¹.

Compte tenu du vaste champ d'application de la fiducie, quelles sont les raisons de ce départ plutôt timide de la fiducie en France ?

Tout d'abord, la propriété exercée par le fiduciaire fait « peur » aux professionnels. Comme nous allons le rappeler, le fiduciaire doit remplir, en fonction des dispositions de la convention de fiducie, une mission plus ou moins large ou complexe et s'il commet une quelconque faute, il est responsable sur son propre patrimoine¹⁰⁸².

Il s'agit également d'une nouvelle activité pour certains professionnels et cette fonction peut leur apporter certains désagréments, voire leur faire subir de graves difficultés financières.

¹⁰⁷⁹ Article 1^{er} du décret 2010-219 du 2 mars 2010

¹⁰⁸⁰ Article 5 du décret 2010-219 du 2 mars 2010

¹⁰⁸¹ Nous avons constaté que la fiducie était utilisée dans des situations que les auteurs de la loi n'avaient pas prévues. Certains envisagent d'utiliser la fiducie, comme un nouveau circuit de distribution de financements alternatif à celui proposé par les banques, c'est-à-dire un outil de « *co-funding* ». Actuellement, des sociétés ayant de nombreux fonds disponibles cherchent à les placer, tandis que les banques de leur côté ne veulent pas mobiliser des fonds propres à moyen terme. Dans ce cadre et ayant recours à la fiducie-gestion, ces sociétés qui sont des compagnies d'assurance vont, en qualité de constituant, transférer ces capitaux à un fiduciaire, établissement de crédit, qui aura pour mission de prêter ces fonds à des emprunteurs, désignés par les constituants. Le fiduciaire va ainsi consentir des financements éventuellement garantis par des sûretés. Le fiduciaire va recouvrer les sommes en principal, intérêts auprès des emprunteurs pour les retransférer (sous déduction faite de sa rémunération) au constituant qui est également bénéficiaire de cette fiducie. Etant précisé que le fiduciaire aura un droit de recours sur le constituant en cas de défaillance des emprunteurs.

¹⁰⁸² Article 2026 du Code civil « *Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ».

C'est pourquoi compte tenu du peu d'expérience de l'activité fiduciaire, les professionnels pouvant exercer cette activité font preuve d'une certaine retenue, certains diront même qu'ils sont particulièrement frileux pour utiliser la fiducie.

Pour l'heure, même si l'outil fiduciaire a fait l'objet de sensibles améliorations depuis son introduction, l'institution fiduciaire «*reste passionnelle et a en effet une singulière propension à diviser, à déchirer les uns et les autres, bien souvent la raison du juriste marque le pas devant l'expression de ses émotions*»¹⁰⁸³.

Avant tout, il faut reconnaître que la fiducie est une sûreté relativement lourde à mettre en place ce qui peut freiner certains professionnels pour y avoir recours. A l'occasion d'une intervention portant sur l'utilité et l'avenir de la fiducie-sûreté, Alain Gourio rappelait les deux critères d'une bonne sûreté. «*Le créancier attend d'une sûreté qu'elle soit simple et efficace. La simplicité n'est pas l'atout majeur de la fiducie : Un formalisme lourd sanctionné par la nullité préside à sa conclusion et surtout, la constitution d'un patrimoine fiduciaire autonome va engendrer toute une série d'obligations : choix d'un fiduciaire, mise en place d'une comptabilité, logistique, etc.*»¹⁰⁸⁴.

Sur l'existence d'une comptabilité et d'une logistique propre à l'activité de fiduciaire, les établissements de crédit ont constaté qu'il était nécessaire de créer une équipe dédiée à la gestion du patrimoine fiduciaire. Cette structure qui doit être composée d'experts dans leurs domaines respectifs doit être indépendante des équipes chargées de la gestion des créances, à l'image des fonctions d'agent d'un financement. Le développement de cette fonction fiduciaire nécessite donc une modification de l'organisation interne des établissements de crédit¹⁰⁸⁵.

En outre, comme le rappelle Alain Gourio, la fiducie est «*trop complexe, trop lourde à mettre en place pour la garantie de petits crédits (crédits à la consommation). (...) La fiducie a vocation à s'appliquer à tous les aspects du financement des entreprises qu'il s'agisse de crédits classiques, de financements structurés par exemple d'actifs immobiliers, de prise de garantie dans les LBO (transfert des titres détenus par la holding au fiduciaire) ou encore de*

¹⁰⁸³ Rapport de synthèse de la journée intitulée «*La fiducie dans tous ses états*» organisée par l'association Henri Capitant, Philippe Dupichot «*La fiducie dans tous ses états*», Dalloz, 2011, page 89

¹⁰⁸⁴ «*La fiducie –sûreté : utilité et avenir*» Alain Gourio, «*La fiducie dans tous ses états*» journée organisée par l'association Henri Capitant, Dalloz, 2011, page 71

¹⁰⁸⁵ Néanmoins, les établissements de crédit sont souvent en charge de la gestion de SPV («*special purpose vehicle*») dans lesquels ils sont associés. Ces SPV sont mis en place dans le cadre de certains financements. La gestion d'un SPV n'est pas si éloignée de la fonction fiduciaire et certaines établissements de crédit envisagent de s'en inspirer fortement.

restructurations de dettes ». C'est cette complexité qui explique en partie le nombre peu élevé de fiducies. Dans le cadre des restructurations de financement, qui sont si nombreuses en ce moment en raison de la crise économique, Alain Gourio rappelle que les professionnels souhaitent les mettre en place rapidement et par conséquent, les « *praticiens ont recours aux sûretés classiques éprouvées, même si elles sont moins efficaces. Le temps manque pour mettre en place une sûreté nouvelle et complexe* ».

En effet, comme nous avons pu le rappeler précédemment, la mise en place d'une fiducie, notamment une fiducie-sûreté, nécessite de rédiger non seulement une convention de fiducie mais également une convention de mise à disposition afin de limiter la responsabilité du fiduciaire lorsque l'actif mis en fiducie est un bien corporel. Une telle documentation à concevoir et rédiger nécessite du temps et un certain recul. Or ces éléments sont souvent absents.

Cette documentation nécessite l'intervention de professionnels du droit. Or dans le cadre d'un financement, l'usage est de faire supporter les honoraires des conseils par le débiteur, ce qui peut parfois être un point de blocage compte tenu du prix de leurs prestations. En proposant un financement garanti par une fiducie, les établissements de crédit vont imposer une augmentation des frais liés à la mise en place du financement, puisque les conseils devront rédiger un acte supplémentaire. De plus, durant l'exécution du contrat de fiducie, l'emprunteur devra supporter le paiement des honoraires du fiduciaire. Le constituant devra non seulement se séparer d'un de ses actifs, mais également supporter le coût financier supplémentaire lié à cette nouvelle garantie.

Ainsi, Stéphane Piedelièvre estime que « *si l'on se place dans le domaine des crédits aux professionnels, une distinction doit être certainement être faite selon la taille de l'entreprise. Pour un entrepreneur individuel, la tendance est de limiter le nombre de garanties, ce qui réduit d'autant les possibilités de recourir la fiducie-sûreté. Par une déclaration d'insaisissabilité, l'entrepreneur a la possibilité de déclarer insaisissable ses droits où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Le nombre des biens qu'il peut donner en garantie s'en ressent nécessairement. La fiducie-sûreté nécessite une certaine taille de l'entreprise permettant ainsi l'insertion d'actifs intéressants pour le créancier dans le patrimoine d'affectation. (...) La fiducie reste malgré tout un outil de garantie aux entreprises d'une certaine dimension, pour ne pas dire d'un certain standing, en raison de sa technicité et de sa finalité ; d'une certaine façon elle est une garantie sur mesure et non prêt à porter. Reste à*

savoir si les établissements de crédit en seront convaincus ; pour le moment tel ne paraît pas être le cas »¹⁰⁸⁶.

Ainsi, les établissements de crédit ne se précipitent pas pour utiliser la fiducie, pour bénéficier de la fiducie dans le cadre d'une fiducie-sûreté ou pour proposer leurs services en tant que fiduciaire.

En effet, les fiduciaires et les personnes pouvant en bénéficier sont conscients des enjeux liés à l'utilisation de la fiducie et ils ont bien compris que la fiducie était un outil juridique qui bousculait certains piliers de notre droit.

Le premier pilier affecté par la fiducie est la propriété. Comme nous l'avons observé lors de la première partie, la doctrine est divisée sur la nature du droit de propriété confié au fiduciaire.

Le second pilier, certes chancelant depuis l'introduction de l'EURL en 1985, est l'unicité du patrimoine, qui consistait à poser le principe général et absolu suivant : un seul et unique patrimoine est lié à une personne. La fiducie pose le principe que le fiduciaire est à la tête de plusieurs patrimoines, son patrimoine propre, et un patrimoine fiduciaire propre à chaque fiducie à laquelle il participera en tant que fiduciaire.

Lorsque les fiduciaires et plus particulièrement les établissements de crédit, se sont intéressés à la fiducie, ces derniers ont été convaincus tout de suite de l'efficacité du transfert de propriété et ont été séduits par la possibilité de mettre à l'écart certains actifs d'une procédure collective pouvant être ouverte à l'encontre de leur débiteur, la fiducie était désignée comme pouvant être la « *nouvelle reine des sûretés* »¹⁰⁸⁷. Convaincus par l'efficacité des cessions fiduciaires, ils envisageaient d'y avoir recours dès que cela était possible.

Néanmoins, contrairement aux cessions fiduciaires, la fiducie fait intervenir une autre personne, le fiduciaire. Or, il est primordial d'avoir confiance dans le fiduciaire.

Les établissements de crédit, en tant que bénéficiaires d'une fiducie ont compris qu'ils n'étaient pas titulaires d'un quelconque droit réel sur l'actif mis en fiducie. Les établissements de crédit bénéficiant d'une fiducie souhaitent « *garder un œil* » sur l'actif mis en fiducie et c'est dans ce cadre qu'ils se sont penchés sur l'activité de fiduciaire. Le fait de cumuler la qualité de fiduciaire et de bénéficiaire dans les fiducies-sûreté leur permet de contrôler le sort et la destinée de l'actif du début jusqu'à la fin de la fiducie.

Or, c'est cette fonction de fiduciaire qui inquiète les fiduciaires.

¹⁰⁸⁶ « *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?* » Stéphane Piedelièvre, « *La fiducie dans tous ses états* » journée organisée par l'Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, page 71

¹⁰⁸⁷ C'est le titre d'une étude rédigée par Alain Cerles (JCP E, - 6 Septembre 2007 - n° 36)

D'une part, comme nous allons le rappeler ci-après, l'acceptation de l'activité de fiduciaire nécessite un travail assez significatif en amont (audit sur l'actif, mise en place d'une équipe de spécialistes).

D'autre part, l'activité de fiduciaire est source de nombreux risques et il est donc nécessaire pour le fiduciaire de se protéger en mettant à disposition l'actif entre les mains du débiteur et en bénéficiant de clauses limitatives de responsabilité à l'égard du constituant.

Cette responsabilité diverse et variée pousse les professionnels à choisir ou à conserver d'autres outils juridiques.

La meilleure illustration concerne les fiducies-sûretés et plus particulièrement dans le cadre des financements immobiliers. Les établissements de crédit préfèrent utiliser l'hypothèque conventionnelle ou le privilège de prêteurs de deniers¹⁰⁸⁸ comme principale garantie sur le financement de l'acquisition d'un actif immobilier ou de travaux portant sur un actif immobilier.

Pourtant, l'hypothèque même assortie d'un pacte comissoire¹⁰⁸⁹, est moins efficace juridiquement au regard des règles de procédures collectives mais semble plus simple à gérer et surtout ne risque pas d'engager la responsabilité de l'établissement de crédit. Le créancier hypothécaire n'étant pas propriétaire de l'actif, il ne peut voir sa responsabilité engagée en raison d'un dommage subi par un tiers.

C'est ce dernier point qui cristallise la crainte des fiduciaires. Deux exemples de situations dans lesquelles le fiduciaire peut voir son image atteinte aux yeux du public et sa responsabilité engagée.

- Un bien immobilier transféré dans le cadre d'une fiducie est à l'origine d'une pollution ou d'une manière générale de dommages subis par des tiers, le fiduciaire verra sa responsabilité engagée. Certes, le fiduciaire pourra se retourner contre le constituant si celui-ci en avait la disposition dans le cadre d'une convention de mise à disposition,

¹⁰⁸⁸ En vertu de l'article 2374 du Code civil « *Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont (...) 2° Même en l'absence de subrogation, ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés (...).* »

Article 2379 du Code civil « *Le vendeur privilégié, ou le prêteur qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, conserve son privilège par une inscription qui doit être prise, à sa diligence, en la forme prévue aux articles 2426 et 2428, et dans le délai de deux mois à compter de l'acte de vente ; le privilège prend rang à la date dudit acte.*

L'action résolutoire établie par l'article 1654 ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, ou à défaut d'inscription de ce privilège dans le délai ci-dessus imparti, au préjudice des tiers qui ont acquis les droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui les ont publiés ».

¹⁰⁸⁹ Article 2459 du Code civil « *Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué »*

mais les stipulations contractuelles de cette convention seront inopposables par le fiduciaire aux tiers, victimes.

- Un fiduciaire accepte de devenir actionnaire majoritaire d'une société, le temps d'une fiducie-gestion. Si la société dont est associé le fiduciaire est à l'origine d'un dommage (notamment en matière sanitaire, d'environnement, etc.), la responsabilité du fiduciaire, en tant qu'associé, risque d'être engagée. Ce risque est encore plus élevé lorsque les associés de cette société ont une responsabilité indéfinie et solidaire.

Dans la plupart des fiducies-sûretés, le fiduciaire, en sa qualité de propriétaire, a remis à disposition du constituant les actifs faisant l'objet de la fiducie. Cependant, le fiduciaire risque de supporter tous les risques liés à la propriété. Compte tenu de la jeunesse de la fiducie en droit français et de l'absence de jurisprudence affirmant l'efficacité des clauses de transfert des risques du fiduciaire au constituant, les professionnels et plus particulièrement les fiduciaires ne peuvent pas obtenir d'avis juridiques de la part de leurs cabinets d'avocats leur certifiant que les clauses de transfert seront efficaces dans toutes les situations et qu'ils échapperont à tout risque de contentieux éventuel¹⁰⁹⁰.

C'est pourquoi, les établissements spécialisés dans le financement de l'acquisition d'actifs immobiliers sont peu motivés pour modifier l'enveloppe de garanties proposées au client.

Ainsi, dans le cadre de la vente d'actifs immobiliers neufs, les établissements de crédit préfèrent avoir recours au mécanisme du crédit-bail largement éprouvé par la jurisprudence. Dans le domaine de l'acquisition des autres actifs immobiliers, les établissements de crédit proposent comme sûreté le privilège de prêteurs de deniers.

Dans le même ordre d'idées et conformément à cette logique, les établissements de crédit qui financent l'acquisition de stocks d'une société préfèrent utiliser un gage faisant intervenir un tiers détenteur notamment lorsque l'actif est constitué de matières dangereuses pouvant être à l'origine d'une pollution ou tout simplement de matières fragiles. Les établissements préfèrent

¹⁰⁹⁰ Il est fortement probable que les tribunaux reconnaissent l'efficacité des clauses de transfert de responsabilité comme cela est le cas pour les crédits-baux mais cela n'empêchera pas tout risque lié aux mauvaises informations transmises par les médias. Ces derniers ne préciseront pas que le propriétaire avait transféré la détention de l'actif à l'ancien propriétaire et que ce dernier est seul responsable du dommage. Il y a un risque non négligeable d'atteinte à l'image du fiduciaire notamment dans le cadre de dommages qui sensibilisent le grand public, pollution, licenciement. Si une usine ou une société dont les titres ont été transférés à un fiduciaire sont à l'origine d'une pollution ou d'un licenciement, il est clair que le fiduciaire en tant que propriétaire sera naturellement visé dans un premier temps surtout s'il s'agit d'une banque ou compagnie d'assurance de premier rang et il sera bien difficile d'expliquer le montage d'une fiducie à la presse. L'atteinte à l'image sera alors grave.

avoir recours au gage avec ou sans dépossession assorti d'un pacte commissaire¹⁰⁹¹. Cette sûreté est souple et son efficacité n'est plus à démontrer en raison du droit de rétention qu'elle confère¹⁰⁹². En outre, si les stocks sont à l'origine de dommages subis par des tiers, la responsabilité du créancier ne pourra pas être engagée car ce dernier n'en avait pas la garde au sens de l'article 1384-1 du Code civil¹⁰⁹³. Cependant, cette position arrêtée par les établissements de crédit a été remise en cause récemment par l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 février 2013¹⁰⁹⁴ notamment dans le cadre de la mise en place de gage sans dépossession. Jusqu'à présent, la majorité de la doctrine¹⁰⁹⁵ et les tribunaux estimaient que le gage sur stocks du Code de commerce (articles L.527-1 et suivants du Code de commerce¹⁰⁹⁶) était une option supplémentaire par rapport au gage de

¹⁰⁹¹ Article 2348 du Code civil « *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire* »

¹⁰⁹² En ce qui concerne le gage sans dépossession de droit commun, le créancier dispose également d'un droit de rétention depuis la modification de l'article 2286 du Code civil par la loi n°2008-776 du 4 août 2008. Cependant, il est d'une portée moins efficace que le droit de rétention conféré au créancier disposant d'un gage avec dépossession. En effet, en vertu des dispositions de l'article L.622-7, I, alinéa 2, le jugement d'ouverture (de la sauvegarde ou du redressement judiciaire) emporte de plein droit inopposabilité du droit de rétention pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L.626-1 du Code de commerce.

¹⁰⁹³ Article 1384 du Code civil « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. (...) »

¹⁰⁹⁴ Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 février 2013, n°11-21.763, 199, numéro JurisData : 2013 - 002730

¹⁰⁹⁵ Comme l'indique Marc Mignot dans une étude publiée à la Gazette du Palais du 28 mars 2013, n°87 sous le titre « *Le rejet de l'option de législation entre le gage de droit commun et le gage des stocks* », « *Dès l'entrée en vigueur de la réforme (ordonnance du 23 mars 2006), la question s'est posée de savoir si les parties au contrat de gage peuvent choisir librement entre l'une ou l'autre forme de gage. La doctrine a répondu en général que les parties doivent avoir le choix entre le gage de droit commun et le gage des stocks dès lors que les conditions dans lesquelles elles se trouvent et la nature des biens le permettent* ».

Alain Cerles dans une étude intitulée « *Le gage sans dépossession sur meubles corporels de l'article 2333 du Code civil interdit aux établissements de crédit ?* » publiée à la semaine juridique Edition Générale, n°11 du 11 mars 2013, p.299 rappelle que « (...) *la doctrine majoritaire considère qu'un tel choix doit être laissée aux établissements de crédit (D. Legeais, « Sûretés et garantie du Crédit » : LGDJ 8^{ème} édition n°491, P. Crocq, « Les sûretés, la publicité foncière » Defrénois/Lextenso, 6^{ème} édition, n°503) des réserves ont cependant été exprimées quant à cette faculté (R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée » Dalloz 2006, p.1298* ».

¹⁰⁹⁶ « *Tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelles peut être garanti par un gage*

droit commun sans dépossession (articles 2333 et suivants du Code civil)¹⁰⁹⁷. De plus, la contrainte la plus significative liée à l'utilisation du gage sur stocks du Code de commerce est l'interdiction du pacte comissoire, c'est pourquoi les établissements de crédit n'avaient jamais recours à cette garantie¹⁰⁹⁸. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère d'une part, qu'en présence d'éléments visés à l'article L.527-3 du Code de commerce, c'est-à-dire des stocks¹⁰⁹⁹, et d'autre part, d'un établissement de crédit, les parties (créancier et débiteur) qui souhaitent mettre en place un gage, doivent le soumettre aux dispositions du gage sur stocks et non du gage de droit commun. Comme l'indique Dominique Legeais, la Cour de cassation a refusé de reconnaître la liberté de choix au créancier qui remplit les conditions de l'article L.527-1 du Code de commerce, le gage sur stock est exclusif du gage sans dépossession de droit commun¹¹⁰⁰. En obligeant le créancier à établir un gage du Code de commerce, la Cour de cassation le prive de pouvoir bénéficier du pacte comissoire en présence d'un gage sans dépossession. Dans ce contexte, le créancier préférera avoir recours au gage de droit commun avec dépossession et intervention d'un tiers détenteur, cette garantie présente alors l'inconvénient pour le débiteur de se priver de la maîtrise du bien. Ainsi, Alain Cerles conclut que *« Cette décision à laquelle la Cour a entendu donner une large diffusion, loin d'assurer la promotion du gage des stocks, ne va-t-elle pas plutôt signer son arrêt de mort »*¹¹⁰¹. Certains

sans dépossession de stocks détenu par cette personne. Le gage de stocks est constitué par acte sous seing privé(...) »

¹⁰⁹⁷ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 mai 2011, pôle 5, Revue Trimestrielle de droit civil, 2011, p.785, observations P. Crocq, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2012, comm.166, observations A. Cerles, JCP G 2012, observations P. Delebecque, Gazette du Palais, 22 décembre 2011, p.21, observations M.-P. Dumont-Lefrand,

¹⁰⁹⁸ Comme le rappelle, Nathalie Martial-Braz, dans son article intitulé *« L'inévitable caractère exclusif du gage sur stock ou les conséquences des errements du législateur de 2006 »*, Semaine Juridique Edition Générale, n°19, 6 mai 2013, 539 *« Au titre de ses principaux défauts, il est notamment exigé que le gage des stocks soit constitué par la rédaction d'un acte sous seing privé doté de sept mentions sacramentelles. Le défaut de l'une de ces mentions ne fait nullement dégénérer l'acte en gage de droit commun, ce qui pourrait militer en faveur d'une application cumulative des textes, mais constitue bien une condition de validité source de nullité de l'acte. Par ailleurs, la publicité doit être réalisée dans un délai impératif (15 jours de sa constitution), inexistant sur le fondement du droit commun (le défaut de publication du gage de droit commun a pour conséquence son inopposabilité et non sa nullité) »*.

¹⁰⁹⁹ Article L.527-3 du Code de commerce *« Peuvent être données en gage, à l'exclusion des biens soumis à une clause de réserve de propriété, les stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur et estimés en nature et en valeur à la date du dernier inventaire »*

¹¹⁰⁰ Dominique Legeais *« Absence d'option offerte aux parties »*, Revue de Droit Bancaire et Finance, mars 2013, comm. 59, ; *« Le gage sur stock est exclusif du gage sans dépossession de droit commun »*, JCP E, n°12, mars 2013, 1173

¹¹⁰¹ *« Le gage sans dépossession sur meubles corporels de l'article 2333 du Code civil interdit aux établissements de crédit ? »* publiée à la semaine juridique Edition Générale, n°11 du 11 mars 2013, p.299

services juridiques d'établissements de crédit sont encore plus pessimistes sur les conséquences de cet arrêt en adoptant une interprétation extensive de cette solution. Ils considèrent qu'en présence de stocks, les établissements de crédit ne pourront pas non plus bénéficier du gage avec dépossession. Nous considérons qu'il est nécessaire d'attendre les prochaines décisions pour adopter une telle position.

Dans ce contexte de doute sur la responsabilité du fiduciaire, les professionnels et plus particulièrement les banques préfèrent avoir recours aux autres fiducies, c'est-à-dire aux « *fiducies innommées* », « *crypto-fiducies* »¹¹⁰² qui ont une maturité et une efficacité juridique qui ne prêtent plus sujet à discussion et dans le cadre desquelles la responsabilité du créancier n'a pas été recherchée.

Enfin, les formalités nécessaires à la mise en place de ces sûretés sont beaucoup moins lourdes que celles à respecter pour constituer une fiducie-sûreté.

Comme pour tout autre nouveau produit, les établissements de crédit cherchent à analyser et à évaluer le risque pouvant découler de cette nouvelle activité de fiduciaire afin de calculer les fonds propres à mobiliser pour exercer cette activité. Or, il est vrai que le peu d'expérience de l'activité fiduciaire ne permet pas aux établissements de crédit de quantifier ce besoin en fonds propres, ce qui les motive encore moins à accepter ces nouvelles responsabilités fiduciaires.

Nous comprenons de ces développements que les professionnels pouvant exercer la fonction de fiduciaire craignent de ne pas être mesure de maîtriser cette propriété qui leur est confiée le temps de la fiducie. Cependant, cette tendance tend à s'inverser depuis 2011. La maîtrise de la technique contractuelle c'est-à-dire l'art de rédiger la convention de fiducie va permettre aux potentiels fiduciaires d'éviter les principaux risques découlant d'une fiducie

2.1.3.2 La technique contractuelle à l'aide de la fiducie

En utilisant le terme « technique contractuelle » nous faisons référence à l'ouvrage de Jean Marc Mousseron qui a pour objet comme sa préface l'indique de « (...) *proposer une méthode systématique de rédaction du contrat, tout en prévenant pour chacun des rubriques envisagées les contraintes liées à l'environnement juridique (...)* »¹¹⁰³. Nous ne pouvons prétendre à réaliser une étude aussi détaillée pour la fiducie mais nous nous proposons d'alerter sur certains points particuliers afin d'être en mesure de bien négocier un contrat de

¹¹⁰² Expression utilisée par Michel Grimaldi, « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre* », Defrénois, 1991, art. 35085, p.897 et suivants, art. 35094, p.961

¹¹⁰³ « *Technique contractuelle* » Jean Marc Mousseron, 4^{ème} édition par Pierre Mousseron, Jacques Raynard, Jean Baptiste Seube, Editons Francis Lefebvre, 2010

fiducie et d'en maîtriser les conséquences juridiques. Nous montrerons que cela commence bien avant les discussions sur les stipulations contractuelles de la fiducie. Le fiduciaire doit en effet faire procéder à un audit préalable de l'actif. C'est sur le fondement des conclusions de cette étude qu'il décidera d'accepter la mission de fiduciaire et qu'il pourra être en mesure de négocier et d'apprécier les conséquences juridiques des termes de la fiducie.

2.1.3.2.1 La réalisation d'un audit préalable

La réticence des fiduciaires à détenir des actifs le temps d'une fiducie peut être écartée en ayant recours à une étude de l'actif mis en fiducie. La nature et l'étendue des risques liés à la propriété transmise dépendent évidemment de l'actif lui-même et un audit préalable permettra au fiduciaire d'identifier les risques éventuels et dans le meilleur des cas de les écarter.

Cette étude devra être réalisée à l'image des « *due diligence* » effectuées par des cabinets spécialisés dans le domaine des fusions et acquisitions ou d'une manière plus générale des rapprochements de sociétés.

Ces études traiteront des questions juridiques, fiscales et comptables liées à l'actif à apporter en fiducie. Elles devront être réalisées par des conseils choisis par le fiduciaire afin de lui permettre de prendre une décision sur l'acceptation ou non de sa fonction de fiduciaire.

La nécessité de réaliser cet audit est une évidence car le fiduciaire devient propriétaire au regard des dispositions du Code civil. Il ne connaît rien des caractéristiques du bien apporté, son origine, ses défauts, etc¹¹⁰⁴.

Si le fiduciaire accepte sa mission sur la base de cette étude, il pourra alors calculer sa rémunération sur le fondement notamment de l'étude des risques liés à l'actif et bien évidemment de l'étendue de la mission qui lui est confiée.

Il semble évident que la rémunération d'un fiduciaire ne sera pas la même si l'actif est un ensemble immobilier industriel en activité ou des actions d'une société à responsabilité limitée (société cotée).

En ce qui concerne, les établissements de crédit, il semble probable que cette étude constituera un des éléments qui permettra à la banque de calculer le risque lié à cette mission,

¹¹⁰⁴ Ainsi si des titres d'une société sont transférées dans le cadre d'une fiducie, le fiduciaire préalablement à la fiducie réalisera un audit de la société afin de savoir si celle-ci est à jour de ses obligations au regard du droit des sociétés (tenue des assemblées générales, existence de statuts à jour), de la fiscalité (paiement de toutes les taxes), droit social, etc. Pour un actif immobilier, cela consiste notamment à s'assurer comme dans le cadre d'une vente, (i) de l'origine de la propriété sur les trente dernières années, (ii) de l'absence d'hypothèques légale, conventionnelle, (iii) absence de servitudes, etc.

de fixer ainsi la rémunération la plus juste afin d'allouer le montant des fonds propres mobilisés nécessaires à la réalisation de cette fonction et aux risques qui peuvent en découler. Dans le cadre de cette étude, il sera joint également une expertise de l'actif apporté en fiducie qui tiendra compte des éléments identifiés dans le cadre de l'audit.

Enfin, cette étude, et plus particulièrement dans le domaine des fiducies-sûretés, permettra d'envisager les possibilités de revente de l'actif. Ce point n'est pas à négliger notamment en cas de défaillance du constituant. Le fiduciaire devra alors soit le remettre au créancier soit le vendre pour le compte du ou des créancier(s) bénéficiaire(s).

Mais cette vente doit se réaliser dans un délai raisonnable pour éviter que la fiducie ne se transforme en « fiducie cauchemar » pour le fiduciaire. En effet, si d'une part, le constituant défaillant est en procédure collective et d'autre part, les créanciers bénéficiaires ne participent pas aux frais d'entretien de l'actif car aucune disposition contractuelle ne les contraint, le fiduciaire se retrouve seul à porter cette propriété et donc à supporter les frais, le temps de trouver des acquéreurs.

C'est pourquoi, non seulement le fiduciaire devra réaliser préalablement à sa prise de fonction de fiduciaire, un audit, mais il devra porter une attention toute particulière à la négociation de certaines clauses du contrat de fiducie. Par conséquent, il est donc nécessaire que le fiduciaire sache négocier la documentation et anticipe les difficultés pouvant être soulevées par l'actif mis en fiducie.

2.1.3.2.2 Quelques exemples de clauses à maîtriser

2.1.3.2.2.1 *Frais et charges non prévus par le contrat de fiducie*

Comme, nous l'avons rappelé précédemment le transfert d'un actif dans le cadre d'une fiducie nécessite d'anticiper la prise en charge des frais d'entretien, ce sont les résultats de l'étude préalable qui permettront au fiduciaire d'anticiper les coûts pouvant naître de la conservation de l'actif.

Dans le cadre d'une fiducie-sûreté, il est admis de faire supporter au constituant ces frais et c'est ainsi que les conventions sont mises en place¹¹⁰⁵. C'est l'un des points principaux

¹¹⁰⁵ C'est d'ailleurs l'objectif poursuivi par le législateur qui se matérialise par les dispositions de l'article 2025 du Code civil « *Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.* »

abordés par la convention de mise à disposition c'est-à-dire la convention par laquelle le fiduciaire remet à disposition l'actif (notamment un bien immobilier) dans les mains de son ancien propriétaire, c'est-à-dire le constituant¹¹⁰⁶.

Il convient donc de prévoir l'hypothèse dans laquelle le débiteur serait défaillant dans la prise en charge des frais et donc les moyens offerts au fiduciaire pour éviter de supporter tout seul la charge de ces frais pendant le temps nécessaire à la vente des actifs. Cette hypothèse n'est pas un cas d'école et se présentera à chaque fois que le constituant fera l'objet d'une procédure collective et plus particulièrement d'une liquidation judiciaire.

Certes, le fiduciaire dispose d'une priorité sur le fruit du produit de la vente des actifs en vertu des dispositions de l'article 2025 alinéa 1 du Code civil. Cette disposition doit être rapprochée des dispositions organisant les privilèges¹¹⁰⁷. Il s'agit notamment de l'article 2332 - 3° du Code civil organisant les privilèges mobiliers et qui accorde notamment un privilège aux créanciers dont les créances sont nées de « *frais faits pour la conservation de la chose* » c'est-à-dire des frais qui « *ont permis de sauvegarder un élément du patrimoine du débiteur* »¹¹⁰⁸.

En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

Le contrat de fiducie peut également prévoir que seul, le patrimoine fiduciaire fera face au fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.

¹¹⁰⁶ Comme nous avons pu le rappeler dans l'historique de la fiducie, cette convention existait déjà à Rome, il s'agissait de la clause dite de *precarium* ou de *locatio*

¹¹⁰⁷ Pour rappel, « *Les privilèges sont des sûretés nécessairement légales. Le législateur octroie une faveur à certains créanciers, en raison de la qualité de leur créance ou des intérêts généraux qu'ils représentent). Les privilèges peuvent être mobiliers ou immobiliers. Ils sont généraux lorsqu'ils portent sur un ensemble de biens. Certains privilèges sont totalement généraux, car ils ont pour assiette les meubles et immeubles du débiteur. Ils sont spéciaux lorsqu'ils portent sur un bien déterminé. Il existe des privilèges généraux mobiliers. Leur liste est précisée par l'article 2331 du Code civil. Les privilèges spéciaux sont, quant à eux, énumérés par l'article 2332. Les principes de classement de ces privilèges sont fixés par les articles 2332-1 et suivants. (...). Les privilèges immobiliers peuvent être généraux ou spéciaux. Les privilèges généraux (immobiliers) voient leur régime précisé par les articles 2375 et 2376 du Code civil. Les privilèges spéciaux sont prévus à l'article 2374 du code civil.*». « *Sûretés* » Dominique Legeais, Répertoire de Droit Immobilier, Dalloz, paragraphes 46, 47

¹¹⁰⁸ « *En ce qui concerne ce privilège, c'est le meuble conservé et lui seul qui constitue l'assiette du privilège. Par conséquent, si ce meuble vient à périr, le privilège est éteint, à moins que la destruction ne donne lieu au versement d'une indemnité, car dans cette dernière éventualité, le privilège devrait se reporter sur l'indemnité : la solution est expressément énoncée par l'article L.121-3 du Code des assurances à propos de l'indemnité d'assurance et s'autorise du jeu de la subrogation réelle* » « *Privilèges mobiliers* » Olivier Barret, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2010, paragraphes 124 et suivants

Pour les privilèges immobiliers, il s'agit des dispositions de l'article 2374-4° du Code civil¹¹⁰⁹.

La spécificité de certains actifs notamment immobiliers peut être un obstacle à leur vente rapide et ainsi le fiduciaire peut devoir supporter cette propriété et les charges financières qui lui sont liées pendant quelques mois voire quelques années supplémentaires.

Pour se protéger de ce type de risque, il serait nécessaire de prévoir, au moyen d'une disposition contractuelle dans le contrat de mise à disposition associé au contrat de fiducie, que le fiduciaire puisse réclamer le remboursement de toutes les sommes qu'il débourse.

« Pendant toute la durée de la convention de fiducie, le constituant en sa qualité d'usager temporaire prend à sa charge tous les charges et obligations pouvant être mis à la charge du fiduciaire conformément aux dispositions de la convention de mise à disposition.

En cas de défaut de paiement par l'usager temporaire d'une quelconque somme à sa charge et qui aura fait l'objet d'une mise en demeure restée infructueuse, le fiduciaire pourra se retourner auprès des créanciers bénéficiaires et ces derniers devront en acquitter le paiement au prorata de leurs engagements respectifs. »

Par ce type de clause, on permet de responsabiliser les créanciers bénéficiaires d'une fiducie lorsqu'ils ne cherchent pas à vendre rapidement un actif et font subir au fiduciaire la gestion courante de l'actif pendant une période trop longue.

Cette prise en charge des frais financiers permettra de les sensibiliser immédiatement et donc de les convaincre puis de les motiver à vendre dans les meilleurs délais l'actif mis en fiducie.

En effet, en prenant pour exemple un immeuble, il faut avoir conscience que dans la pratique conserver un actif immobilier même vide est à l'origine de nombreux frais. Il y a non seulement les charges fiscales (taxe foncière) mais également l'assurance des bâtiments, le gardiennage, l'entretien *a minima* des locaux¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁹ « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : (...) Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office ;
Mais le montant du privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits »

¹¹¹⁰ Enfin, sans oublier qu'un bâtiment vide notamment un bâtiment industriel se détériore encore plus rapidement. On peut envisager que l'accumulation de frais pendant cette période de temps pourrait être

2.1.3.2.2 *La fixation de la rémunération du fiduciaire*

La connaissance de la rémunération de fiduciaire est difficile en raison du nombre relativement limité des fiducies mises en place depuis la loi du 19 février 2007 et de l'absence de communication entre les potentiels fiduciaires sur ce point.

Le peu d'expérience des fiduciaires en France requiert de leur part d'anticiper les couts liés à la réalisation de leurs missions. Chaque fiduciaire devra anticiper le coût de la réalisation de chaque tâche, comme c'est déjà le cas pour les établissements de crédit lorsqu'ils acceptent de remplir des missions annexes à leur fonction de prêteur, comme celle d'agent ou de conseil.

La fonction de fiduciaire nécessite de réaliser certaines missions déterminées et rappelées ci-dessus mais elle exige également de la part de chaque fiduciaire de tenir une comptabilité autonome du patrimoine fiduciaire nécessitant des comptables dédiés et des commissaires aux comptes en charge de la certification des comptes du patrimoine fiduciaire.

En outre, compte tenu des implications liées au transfert de propriété du constituant au fiduciaire, il est obligatoire que le fiduciaire se dote d'une équipe de juristes et de fiscalistes afin de régler toutes les questions liées à la détention de cet actif et d'une manière générale à l'exécution de la convention de fiducie.

C'est sur le fondement des résultats de l'audit et sur la compétence technique de leurs équipes que les fiduciaires vont pouvoir fixer et affiner le montant de leur rémunération. Ce n'est pas la pratique suivie actuellement par tous les fiduciaires. Le fiduciaire le plus actif calcule sa rémunération sur le montant de la créance garantie par la fiducie-sûreté.

Sur le fondement de la pratique contractuelle observée, nous avons constaté que ces prestations donnent lieu au versement de commissions au fiduciaire qui se décomposent en trois parties. La première des commissions est une commission unique car payée au fiduciaire au moment de sa mise en place, celle-ci est la plus élevée. La seconde sera versée au fiduciaire à chaque anniversaire du contrat de fiducie. La dernière, qui est une commission plus hypothétique, sera un complément de rémunération payé au fiduciaire lorsque celui-ci procédera à la réalisation de la fiducie-sûreté, c'est-à-dire en cas de vente des actifs.

Une fois que le montant de la rémunération sera déterminé, il faudra déterminer la personne qui devra rétribuer ce service. Considérant que la fiducie est mise en place à l'initiative du constituant, il est logique qu'il prenne à sa charge le paiement des prestations réalisées par le

supérieure au montant de la valeur des actifs mis en vente, une telle expérience a été vécue de la part des crédits bailleurs qui ont mis plusieurs années à vendre des actifs.

fiduciaire. C'est également ce que nous avons pu constater dans la pratique dans les contrats de fiducie conclus jusqu'à présent.

Mais comme dans le cas précédent, il est nécessaire de prévoir contractuellement le cas de défaillance du débiteur. Si celui-ci fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, le fiduciaire doit pouvoir se retourner vers les créanciers afin que ces derniers lui versent les revenus liés à sa fonction de fiduciaire.

A défaut de prévoir une telle stipulation, le fiduciaire devra attendre la vente des actifs mis en fiducie, car il sera prioritaire en vertu des dispositions de l'article 2025 du Code civil¹¹¹¹.

Mais dans le cas où le produit de la vente serait insuffisant pour obtenir le paiement de ses services, le fiduciaire n'aurait un recours qu'envers le constituant¹¹¹². Or, les chances de recouvrer sa rémunération sont nulles dans cette hypothèse car lorsque le constituant est en liquidation judiciaire, le fiduciaire n'est pas un créancier privilégié.

2.1.3.2.2.3 La démission et la révocation du fiduciaire

2.1.3.2.2.3.1 La démission

Les différents scénarios catastrophes rappelés ci-dessus montrent la nécessité de prévoir que le fiduciaire doit avoir le droit de démissionner et de pouvoir ainsi quitter ses fonctions de fiduciaire.

Ce droit de se retirer unilatéralement de la fiducie pour le fiduciaire doit donc être prévu contractuellement. Il doit être spécifié par un préavis d'un délai raisonnable (trois, six mois) à respecter par le fiduciaire afin de permettre au constituant et aux bénéficiaires de se retourner et de trouver un nouveau fiduciaire¹¹¹³. A défaut d'accord entre les parties pour trouver un nouveau fiduciaire, il est possible d'envisager que le constituant et le bénéficiaire se tournent vers les tribunaux pour demander de choisir un nouveau fiduciaire.

¹¹¹¹ « (...) Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. (...) »

¹¹¹² « (...) En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire (...). »

¹¹¹³ On pourrait s'inspirer des clauses d'agent de crédits syndiqués autorisant l'agent à démissionner de sa fonction moyennant le respect d'un préavis. En ce sens voici l'extrait du modèle de contrat de crédit syndiqué fourni par la « Loan Market Association » : « (i) L'Agent peut, moyennant préavis aux autres Parties Financière et à la Société, démissionner et se substituer une de ses Sociétés Affiliées agissant par l'intermédiaire de son agence située en France. (ii) L'Agent peut également informer, moyennant un préavis de 30 jours, les autres Parties Financières et la Société de son intention de démissionner sans toutefois désigner de successeur, auquel cas la Majorité des Prêteurs, après consultation de la Société, peut nommer son successeur, qui ne devra pas être constitué ou agir à travers une agence située dans un Etat ou Territoire Non Coopératif ».

En outre, et afin d'éviter toute question relative à sa justification, cette démission doit être discrétionnaire, le fiduciaire ne devra donc pas apporter une quelconque motivation à sa démission.

Afin que cette possibilité de démission sans motif soit acceptée par toutes les parties, le fiduciaire doit s'engager à transférer la propriété des actifs au fiduciaire successeur et peut accepter de prendre à sa charge les frais liés au transfert du patrimoine fiduciaire, notamment les frais de publicité liés au changement de propriétaire. Il faut cependant être vigilant dans la rédaction de cette clause et éviter que le fiduciaire démissionnaire ne doive supporter également le supplément de rémunération exigé par le nouveau fiduciaire pour reprendre cette fonction de fiduciaire. En effet, ce cas n'est pas hypothétique car le nouveau fiduciaire reprend un patrimoine fiduciaire dont ne veut plus être propriétaire le fiduciaire précédent, ce qui sous entend que la gestion de ce dossier est difficile et présente des risques.

Enfin, il faut prévoir que le fiduciaire démissionnaire prenne notamment l'engagement de transmettre toutes les informations et tous les documents sur sa gestion (justification des formalités d'enregistrement, de déclaration d'existence auprès de l'administration fiscale, comptabilité, etc.) de la fiducie au nouveau fiduciaire.

2.1.3.2.2.3.2 La révocation du fiduciaire

Cette possibilité de mettre fin aux fonctions du fiduciaire est déjà prévue par les dispositions des articles 2011 et suivants du Code civil. C'est l'objet de l'article 2027 du Code civil qui dispose qu'« *En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant* ».

Il faut être conscient que rapporter la preuve que le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés semble parfois difficile, prend du temps et peut nécessiter d'avoir recours à des conseils juridiques. Afin d'éviter toute discussion possible et toute paralysie de la fiducie, il faut donc prévoir les cas dans lesquels le constituant et le bénéficiaire peuvent révoquer le fiduciaire et établir éventuellement une liste de fiduciaires pouvant être nommés en remplacement de l'ancien fiduciaire.

En ce qui concerne le contenu d'une telle clause de révocation du fiduciaire, il est possible de s'inspirer des clauses de contrats de financements syndiqués prévoyant la révocation de l'agent.

2.1.3.2.2.4 Les conditions de la revente des actifs dans le cas d'une fiducie-sûreté dans laquelle le constituant serait défaillant

Dans l'hypothèse de la revente des actifs, et si celle-ci est prévue par le contrat de fiducie¹¹¹⁴, il est alors nécessaire, afin d'accélérer la vente, de prévoir des modalités de vente souples permettant de s'adapter aux actifs et au contexte économique.

C'est pourquoi dans l'hypothèse où il est envisagé de vendre l'actif mis en fiducie et où celui-ci ne fait pas l'objet d'une cotation officielle, il est nécessaire de prévoir la possibilité d'avoir recours à plusieurs experts et non un seul expert.

En effet, dans l'hypothèse où un seul expert est censé intervenir, et qu'il ne veuille pas tenir compte de l'évolution de certains facteurs et par conséquent réviser son estimation, le fiduciaire n'aura aucun recours. Il sera tenu de vendre à la valeur d'expertise c'est-à-dire de trouver un acquéreur au prix de l'expertise.

Il faut donc avoir recours à plusieurs experts. Si l'ensemble de ces expertises établit toujours une valeur au-dessus de la demande réelle pour ce type d'actif et qu'au bout d'un certain délai le fiduciaire n'a toujours pas trouvé d'acquéreur, il faut concevoir une clause permettant au fiduciaire d'organiser une vente aux enchères avec une mise à prix inférieure à la valeur d'expertise.

Cette possibilité de prévoir une mise à prix inférieure doit être prévue et surtout limitée dans l'intérêt du constituant. Ainsi, on peut envisager que la mise à prix ne soit pas inférieure à 25% de l'estimation la plus basse. Dans l'hypothèse où le bien ne trouverait pas d'acquéreur, il serait possible d'envisager de le remettre aux enchères mais à une valeur de 10% inférieure à la précédente mise à prix, et ainsi de suite, afin de vendre l'actif le plus rapidement possible et de permettre au fiduciaire de sortir de ce dossier.

Ainsi, après avoir négocié les clauses du contrat de fiducie, le fiduciaire va exercer son droit de propriété en vue de remplir sa mission telle que celle-ci a été définie par les stipulations du contrat.

¹¹¹⁴ Article 2372-3 du Code civil pour les fiducies portant sur les meubles, article 2488-3 du Code civil, pour les fiducies portant sur les immeubles

Il convient maintenant de s'intéresser au régime de la propriété fiduciaire pendant l'exécution de la fiducie.

2.2 Le régime de la propriété fiduciaire pendant l'exécution de la fiducie : une propriété au service d'une mission

La propriété étant transférée au fiduciaire et celle-ci étant organisée dans le but de permettre au fiduciaire de réaliser une mission tout au long de la fiducie, nous allons porter maintenant nos réflexions sur la mission du fiduciaire et sur sa responsabilité. Comme le précise Nicolas Borga, « (...) *il importe de connaître la nature précise des droits détenus par le fiduciaire lorsque l'on s'intéresse à la responsabilité qu'il est susceptible d'encourir* »¹¹¹⁵. La mission du fiduciaire peut être présentée en suivant chronologiquement le déroulement d'une convention de fiducie.

En devenant propriétaire de l'actif, il devra remplir toutes ses obligations c'est-à-dire effectuer toutes les formalités administratives liées à la mise en place et réaliser les missions confiées. En examinant ainsi les missions pouvant être confiées à un fiduciaire, nous serons en mesure de mieux maîtriser la question relative à sa responsabilité tant civile que pénale. Puis, nous réfléchirons sur les possibilités offertes au fiduciaire afin de réduire sa responsabilité. Ainsi, sur le fondement de la revue des lourdes obligations à la charge du fiduciaire pouvant engager sa responsabilité, il apparaît évident d'organiser de manière structurelle cette nouvelle activité de fiduciaire.

Mais avant d'arriver à cette conclusion, il convient dès à présent d'examiner les conséquences du transfert de propriété à l'égard du fiduciaire dès la mise en place de la fiducie.

2.2.1 Les conséquences du transfert de propriété à l'égard du fiduciaire

Il faut rappeler que par principe, à compter de la conclusion de l'acte de fiducie, le transfert de propriété entraîne automatiquement le transfert des risques du constituant au fiduciaire. Le transfert des risques est donc concomitant au transfert de propriété.

La proposition de loi initiale prévoyait que le transfert des droits ne mettait pas au fiduciaire le transfert des risques à sa charge. Cette dérogation au droit commun a été abandonnée¹¹¹⁶. Par conséquent, ce transfert de propriété emporte celui des risques « *res perit domino* ». Cette position est regrettée par certains auteurs dont notamment Béatrice Kan Balivet qui estime

¹¹¹⁵ « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » Nicolas Borga, Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47

¹¹¹⁶ Comme le rappelle Claude Witz « *Fiducie – Effets et extinctions* » JurisClasseur Banque – Crédit- Bourse, paragraphe 4

que « *Les risques pèseraient donc sur le fiduciaire, mais au regard de la configuration particulière de la propriété fiduciaire, une solution contraire a pu être avancée* »¹¹¹⁷. François Barrière partage le même point de vue et considère que « *la nature particulière de la propriété fiduciaire devrait (...) commander une dérogation au principe et à l'adage « res perit domino »* »¹¹¹⁸.

Pour Claude Witz, même si un transfert des risques est opéré, le fiduciaire ne subira pas personnellement, c'est-à-dire sur son propre patrimoine, la disparition « fortuite » des actifs fiduciaires. Les biens ne sont pas entrés dans le propre patrimoine du fiduciaire, mais uniquement dans le patrimoine d'affectation créé à cet effet. Seul le patrimoine fiduciaire subira cette perte sauf si cette perte n'est pas « fortuite », mais due au comportement fautif du fiduciaire¹¹¹⁹.

In fine, si nous suivons cette logique, le fiduciaire ne subirait aucun risque, seul le patrimoine d'affectation devrait les supporter. Par conséquent, le constituant ou le bénéficiaire bien qu'il ne soit pas propriétaire de l'actif mis en fiducie, supporterait les risques de cette propriété. Le propriétaire en titre, c'est-à-dire le fiduciaire, ne subirait aucune perte. Admettre une telle logique reviendrait à admettre qu'il n'y pas eu de transfert de risques.

Ce raisonnement ne nous semble pas à l'abri des critiques compte tenu du fait que le législateur a rejeté le projet de l'alinéa 2 de l'article 2066 qui prévoyait expressément de ne pas mettre à la charge du fiduciaire le transfert des risques¹¹²⁰.

Il convient, à présent, de présenter les obligations déclaratives et de publicité, que doit effectuer le fiduciaire.

2.2.1.1 Obligations initiales déclaratives et de publicité

Le fiduciaire est tenu de procéder à une déclaration d'existence de la fiducie dans les quinze jours de la constitution de la fiducie, auprès du service des impôts conformément au décret n°2007-725 du 22 mai 2007¹¹²¹.

¹¹¹⁷ « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » Béatrice Kan Balivet, Droit & Patrimoine, 2009 n°185

¹¹¹⁸ « *Fiducie* » Répertoire de droit civil, François Barrière, paragraphe 57, janvier 2008

¹¹¹⁹ Claude Witz Op. cit, paragraphe 4

¹¹²⁰ Ce texte envisageait que « *le transfert des droits au fiduciaire n'en met pas les risques à sa charge* ». La commission des lois du Sénat a refusé d'admettre cette possibilité.

¹¹²¹ Ce décret est pris en application du nouvel article 223 VH du Code général des Impôts (CGI) qui dispose que « *La fiducie fait l'objet d'une déclaration d'existence par le fiduciaire dans des conditions et délais fixés par décret* », cette obligation déclarative incombant au fiduciaire.

Art. 344 M. du CGI – « *La déclaration d'existence de la fiducie prévue à l'article 223 VH du code général des impôts est déposée dans les quinze jours de sa création auprès du service des impôts des entreprises du siège ou du lieu du principal établissement du fiduciaire ou, en cas de pluralité de*

Le contrat de fiducie opérant un transfert de propriété, il est également nécessaire de respecter les formalités applicables aux transferts de certains biens pour que soit assurée l'opposabilité de cette mutation même si celle-ci est provisoire¹¹²².

Ainsi, si un immeuble est transféré au fiduciaire, l'acte de fiducie devra être publié au Service Public de la Publicité Foncière. De même si la fiducie porte sur un actif dont le transfert nécessite une signification ou une acceptation, il y aura lieu d'y procéder¹¹²³.

Comme l'indiquent Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing « *toutes les publicités spécialement organisées pour certaines catégories de biens devront être mises en ouvre, quels que soient leurs effets, comme il s'agissait d'une aliénation ordinaire* »¹¹²⁴.

En plus de la déclaration d'existence fiscale, et l'exécution des formalités nécessaires à rendre opposable aux tiers ce transfert, le contrat de fiducie doit être enregistré dans le délai d'un mois à compter de sa date de signature aux services des impôts du siège du fiduciaire. Ledit service « alimente » alors le registre national des fiducies, tenu par le Ministère de l'Economie et des Finances¹¹²⁵.

Néanmoins cet enregistrement auprès du service des impôts n'est pas nécessaire pour les immeubles et autres droits réels car leur transfert fait l'objet d'une publicité auprès du Service Public de la Publicité Foncière qui informera directement la recette des impôts et le registre national des fiducies.

fiduciaires, de celui expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie. (...)

La déclaration d'existence est établie sur un formulaire homologué conformément aux articles 371 AL et 371 AM de l'annexe II au code général des impôts. Elle comporte la dénomination exacte de la fiducie, les nom et adresse du fiduciaire ou, en cas de pluralité de fiduciaires, de celui expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie, les noms et adresses des constituants de la fiducie, l'objet de la fiducie, et la date d'effet de l'événement objet de la formalité.

¹¹²² Comme le rappelle Claude Witz, « *lorsque le contrat de fiducie porte sur des biens ou droits dont la mutation est soumise à publicité, les contractants devront veiller aux formalités de publicité propres à chacun de ces mutations* » Fasc. 785 : Fiducie : Introduction et constitution, JurisClasseur Banque – Crédit- Bourse paragraphe 74

¹¹²³ Des exemples :

- le transfert de parts sociales de société civile nécessite de réaliser d'une part des formalités auprès du registre du commerce et des sociétés et d'autre part, d'effectuer des notifications auprès de la société civile dont les parts ont fait l'objet du transfert. *
- le transfert de véhicules automobiles nécessitera d'effectuer des formalités auprès de la préfecture pour rendre opposable aux tiers ce transfert et établir une carte grise au nom du fiduciaire.

¹¹²⁴ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 268, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008

¹¹²⁵ La constitution de ce registre s'est fait attendre trois ans. Il a fallu attendre un décret n°2010-219 du 2 mars 2010. Claude Witz « *Fiducie – Introduction et constitution* » JurisClasseur Banque – Crédit- Bourse paragraphe 73

Ce registre a pour finalité de « *centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant de lutter contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme* ». Ainsi seuls les agents de la direction générale des finances publiques chargés de la mise en œuvre des contrôles individuellement désignés et spécialement habilités à cette fin, sont autorisés à accéder aux données du registre national des fiducies¹¹²⁶.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne désigne la personne en charge de cette inscription, mais il semblerait logique que le fiduciaire prenne à sa charge la réalisation de cette formalité¹¹²⁷, c'est d'ailleurs en ce sens que les conventions de fiducie sont ainsi rédigées.

2.2.1.2 Obligations en cours d'exécution de la fiducie

Aux termes du contrat de fiducie, le fiduciaire accepte de recevoir la propriété d'un actif mais ce dernier s'engage à effectuer une mission au moyen de la propriété qui lui est transférée.

Aux termes de l'article 2018 du Code civil, il est prévu que « *le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité, (...) 6° la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* ».

La fiducie doit donc organiser les pouvoirs et les obligations du fiduciaire car « *le contrat n'organise pas la gestion des biens d'autrui mais la gestion par le propriétaire de ses propres biens pour le compte d'autrui* »¹¹²⁸.

Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing ont relevé également que les dispositions régissant la fiducie ne précisent pas « *les types de missions qui sont donc laissés à l'imagination des parties, la seule exigence étant qu'une mission soit assignée au fiduciaire et qu'elle soit*

¹¹²⁶ Mais ces agents ne sont pas destinataires de l'information car seuls sont destinataires pour l'exercice des missions qui leur sont confiées, le juge d'instruction, le procureur de la République, les officiers de police judiciaire, les agents des douanes mentionnés à l'article 28-1 du code de procédure pénale, les agents du service TRACFIN et les agents habilités de la Direction Générale des Finances Publiques chargés du contrôle et du recouvrement en matière fiscale.

¹¹²⁷ Il est intéressant de relever que la sanction du défaut d'inscription à ce registre n'est pas prévue. La sanction de nullité du contrat de fiducie pourrait elle être encourue ? Cela est peu probable car l'une des deux premières fiducies a été constituée pour le compte du Trésor Public et cette opération n'avait pas été inscrite au registre national des fiducies. Claude Witz « *Fiducie – Introduction et constitution* » paragraphe 73, fascicule 785, JurisClasseur Banque – Crédit- Bourse

¹¹²⁸ « *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn, in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine, 2008, septembre 2008 n°171

compatible avec la fiducie (en même temps que non contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (article 6 du Code civil) »¹¹²⁹.

Cette liberté contractuelle permettra aux parties « *d'imaginer toutes les formes d'utilités qu'elle pourront retirer du fait de confier à autrui la propriété d'un bien dans un but déterminé* »¹¹³⁰ et d'adapter la mission du fiduciaire à leurs attentes.

La mission du fiduciaire est fixée en fonction de l'affectation de la propriété de l'actif mis en fiducie. La fiducie transfère la propriété d'un actif à un fiduciaire avec l'obligation¹¹³¹ d'agir suivant des directives plus ou moins larges sur l'administration et la gestion dudit actif. La mission confiée au fiduciaire se matérialise par l'usage que le constituant lui permettra ou exigera de faire de la propriété de l'actif qui lui est transféré. Sa mission est d'exercer la propriété conformément aux instructions du constituant.

Ainsi, comme le rappelle Céline Kuhn, ces informations sont « *obligatoirement mentionnées ad validitatem, la fiducie se révélant (être un) contrat solennel. En plus de la simple détermination de la mission du fiduciaire (administrer un immeuble, un portefeuille de valeurs mobilières, conserver à titre de garantie un appartement, etc.), doit être précisée l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition* »¹¹³².

Enfin, il faut avoir conscience que ces missions d'administration, de conservation voire de disposition sont confiées au propriétaire lui-même et non à un simple mandataire ou gérant. En effet, « *le contrat n'organise pas la gestion des biens d'autrui mais la gestion par le propriétaire de ses propres biens pour le compte d'autrui. Le fiduciaire à l'instar du gérant, du mandataire, de l'administrateur, doit veiller à la conservation et à l'exploitation des objets qui lui sont confiés fiduciairement car il s'y est engagé* »¹¹³³.

Béatrice Kan-Balivet constate que « *la détermination de l'étendue des prérogatives peut surprendre s'agissant d'un droit de propriété. Il serait plus usuel d'énoncer limitativement les actes interdits au fiduciaire. Le vent de défiance soufflant à l'égard de la fiducie explique probablement cette démarche consistant au contraire à énumérer les actes susceptibles d'être accomplis par le fiduciaire. Ses prérogatives peuvent être limitées à une simple activité de conservation ou d'administration. Il est néanmoins réputé avoir toutes les prérogatives d'un*

¹¹²⁹ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, Op. cit, paragraphe 263,

¹¹³⁰ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 263, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008

¹¹³¹ Personnelle ou réelle suivant les auteurs, voir première partie de nos travaux

¹¹³² « *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine, septembre 2008 n°171

¹¹³³ « *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine 2008171, Droit & Patrimoine, septembre 2008 n°171

propriétaire à l'égard des tiers, les limitations conventionnelles ne leur étant opposables que s'ils en avaient connaissance »¹¹³⁴.

Même si ces missions ne sont pas définies par les textes régissant la fiducie, il est légitime de dégager les deux grands types de missions pouvant être accordés au fiduciaire.

2.2.1.2.1 Mission de conservation effectuée par le fiduciaire

La première mission pouvant être confiée « *a minima* » au fiduciaire est la conservation de l'actif qui lui est transmis. Certains utilisent l'expression assez imagée de « *garde fiduciaire* »¹¹³⁵.

En effet, il devra toujours respecter cette obligation de conservation car « *l'on ne saurait perdre de vue qu'il (le fiduciaire) est en principe tenu de transférer à nouveau la propriété des biens reçus au constituant ou à un tiers* » lors du dénouement de la fiducie¹¹³⁶.

Il étonnant de constater que les dispositions régissant la fiducie ne viennent pas préciser cette fonction « *inhérente à la situation du fiduciaire* ». Cette obligation de garde est particulière voire inédite car le fiduciaire est investi de la propriété des biens qu'il doit conserver.

Mais d'une manière générale, cette obligation de garde n'est pas unique selon Pascal Puig qui estime que c'« *est assez classique au demeurant puisque commune à tous les détenteurs précaires (usufruitier, locataire, emprunteur, dépositaire, mandataire, entrepreneur, vendeur avant la délivrance, etc.) (...)*

- *Si le fiduciaire est autorisé à user et à jouir des biens qui lui sont remis, la figure du bail sera sollicitée. Le fiduciaire sera en principe tenu de restituer ou de transmettre la chose dans l'état où il l'a reçue sauf s'il démontre que les dégradations ont eu lieu sans sa faute.*
- *Si le fiduciaire ne reçoit pas le droit d'user des biens qui lui sont transmis, il se retrouve dans une situation comparable à celle d'un dépositaire. Tenu de conserver les biens afin de les restituer ou les transmettre à un tiers bénéficiaire»*¹¹³⁷.

Céline Kuhn relève que la situation du fiduciaire n'est pas nouvelle car le droit français connaît déjà de nombreux transferts de propriété à titre de garantie¹¹³⁸ dans lesquels le

¹¹³⁴ « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » Béatrice Kan-Balivet, Droit & Patrimoine, 2009, n°185

¹¹³⁵ « *La fiducie et les contrats nommés* » in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Pascal Puig, 2008, n°171

¹¹³⁶ « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » paragraphe 14, Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47

¹¹³⁷ « *La fiducie et les contrats nommés* » in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Pascal Puig, 2008, n°171

créancier reçoit la propriété d'un actif et s'engage uniquement à le conserver. Ainsi, dans cette situation « *le fiduciaire s'engage au minimum à préserver les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire. Cette obligation d'entretien et de conservation est classique dès que le créancier a la possession de l'assiette de son droit réel, sauf que le fiduciaire est quant à lui propriétaire* »¹¹³⁹. Cette mission stricte de conservation est « *d'ailleurs la finalité originelle de la fiducia, ce en quoi elle fut l'ancêtre du dépôt. Aussi fruste peut-elle apparaître, cette technique a le mérite de permettre de protéger un bien avec les armes de la propriété, dont on connaît l'efficacité* »¹¹⁴⁰.

2.2.1.2.2 Mission de gestion effectuée par le fiduciaire

La seconde mission plus active que la précédente consiste à confier au fiduciaire une mission de gestion de l'actif transféré. Ainsi, « *soit le fiduciaire a pour mission de gérer les biens du constituant à charge pour lui de les restituer à la fin de mission, soit il sert d'intermédiaire pour une opération à titre onéreux (...). Ce dispositif est fondé sur une propriété finalisée, une propriété aux fins de gestion des biens, sinon d'autrui, du moins pour le compte d'autrui* »¹¹⁴¹. Il est intéressant de constater que les dispositions régissant la fiducie n'indiquent pas sous quelles conditions le fiduciaire doit gérer ce patrimoine fiduciaire. Les parties sont donc libres de fixer l'étendue de la mission et de déterminer des modalités qui pourront être ainsi plus ou moins contraignantes.

Ce type de mission confiée au fiduciaire se rencontrera plus fréquemment dans les fiducies-gestion car l'objet de ce type de fiducie est de confier la propriété d'un bien ou d'un ensemble de biens pour en optimiser la gestion. Ainsi, nous avons pu relever dans le cadre de fiducies-gestion portant sur des actions que le fiduciaire bénéficie du droit de vote. Cet exercice du droit de vote par le fiduciaire fait l'objet de lignes directrices plus ou moins strictes de la part de la convention de fiducie¹¹⁴².

¹¹³⁸ Les fiducies innommées examinées au cours de la première partie de nos travaux

¹¹³⁹ « *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn, in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine, 2008, n°171

¹¹⁴⁰ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 263, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008

¹¹⁴¹ « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » Béatrice Kan-Balivet, in « *Fiducie : un nouvel équilibre juridique* », 2009, n°185

¹¹⁴² Des auteurs ont réfléchi sur le transfert de la propriété de titres sociaux dans le cadre d'une fiducie-sûreté, ce « *transfert au fiduciaire des droits de vote dans l'entité acquise pourrait inviter les tiers à rechercher sa responsabilité sur le fondement d'une immixtion dans la gestion de l'emprunteur. Ce risque ne semble pouvoir être écarté qu'au prix d'un montage complexe, qui consisterait à laisser au constituant la disposition de certains accessoires des titres, aux termes d'un contrat de mise à disposition qui resterait (...)* » « *La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués ?* » Olivier Fille-Lambie et Louis -Jérôme Laisney, Droit & Patrimoine, mai 2010, n°192

Ainsi, nous avons observé plusieurs dispositions contractuelles laissant une grande liberté au fiduciaire rédigées de la manière suivante :

« Le fiduciaire aura tous les pouvoirs que la loi lui confère, la libre disposition des actions transférées et des droits y afférents. Il pourra à ce titre effectuer en toute indépendance tout acte de gestion, d'administration ou de disposition lui semblant nécessaire ou opportun dans l'accomplissement de sa mission. Il exercera en toute indépendance, en assemblées générales de la société les droits de vote attachés aux actions transférées. Il votera en fonction de son appréciation souveraine de l'intérêt social de la société et des intérêts strictement pécuniaires du bénéficiaire».

Autre exemple de clause assez souple pour le fiduciaire qui laisse une liberté assez significative au fiduciaire :

« le fiduciaire devra exercer l'ensemble des droits de vote dans le strict respect de sa mission de fiduciaire ».

Par contre d'autres conventions de fiducie prévoient que :

« le fiduciaire exercera ce droit de vote après consultation du constituant et s'oblige à observer les consignes de vote formulées par le constituant sauf si celles-ci pourraient affecter substantiellement la valeur des actions transférées dans le patrimoine fiduciaire »

Mais les parties peuvent prévoir que le fiduciaire, même dans le cadre d'une fiducie-sûreté, soit également en charge de la gestion d'un actif, notamment au cours de la période qui précède la vente d'un actif immobilier et qui peut durer plusieurs mois voire plusieurs années. Le temps de trouver un acquéreur, le fiduciaire peut consentir des conventions d'occupation précaire à des tiers afin de payer les charges liées à la conservation de l'ensemble immobilier. Tel a été le cas dans le cadre d'une des fiducies-sûreté mise en place¹¹⁴³.

Dans cette fonction, il serait peut être plus confortable de se reporter à un modèle contractuel bien connu du droit français : le mandat¹¹⁴⁴. Le fiduciaire pourrait-il alors être considéré comme le mandataire du constituant ou du bénéficiaire ?

¹¹⁴³ Dans le cadre d'une fiducie portant sur un actif immobilier, en l'espèce un bâtiment industriel, il nous est apparu nécessaire de consentir des conventions d'occupation précaire de vingt trois mois au maximum (afin d'éviter la requalification en bail commercial) afin de permettre de compenser le montant des charges liées au bâtiment. Ces conventions ont duré près de vingt mois et un des locataires après avoir utilisé un des locaux a souhaité en acheter une partie. Il ne voulait pas s'en porter acquéreur au début mais à la fin de cette période.

¹¹⁴⁴ « La responsabilité du fiduciaire » in « La fiducie dans tous ses états » Philippe Delebecque, paragraphe 2, page 29, Association Henri Capitant, édition Dalloz, 2011

Il ne faut pas oublier, comme nous l'avons rappelé au cours de la première partie, qu'un mandataire n'est pas propriétaire des actifs qui lui sont confiés en gestion par des clients. Comme le fiduciaire est, lui, propriétaire, Pascal Puig met en avant le fait que « *la fiducie présente l'avantage sur le mandat d'offrir au fiduciaire une indépendance de gestion supérieure. Investi des attributs d'un propriétaire et présumé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire*¹¹⁴⁵, le fiduciaire est assurément plus libre dans sa gestion qu'un mandataire simple détenteur des biens d'autrui »¹¹⁴⁶.

Autre élément qui distingue également le contrat de fiducie du contrat de mandat, le fiduciaire ne représente pas le constituant. Il agit en son nom propre mais en qualité de fiduciaire, c'est-à-dire pour le compte d'autrui. La situation d'un fiduciaire est différente de celle d'un mandataire car il « *n'assume aucune fonction de représentation* »¹¹⁴⁷.

Dans le cadre de cette mission, Céline Kuhn relève que « *le contrat n'organise pas la gestion des biens d'autrui mais la gestion par le propriétaire de ses propres biens pour le compte d'autrui. Le fiduciaire, à l'instar du gérant, du mandataire, de l'administrateur doit veiller à la conservation et à l'exploitation des objets qui lui sont confiés fiduciairement car il s'y est engagé* »¹¹⁴⁸.

Ainsi, la gestion n'est pas confiée au fiduciaire dans le cadre d'un contrat de mandat mais au moyen « *d'une technique originale : la propriété* »¹¹⁴⁹.

Cette technique fiduciaire inédite « *permet de mettre en place une gestion plus dynamique que celle fondée sur le mandat. (...) Une trop grande restriction du pouvoir du fiduciaire est incompatible avec la fiducie, en particulier, la fiducie-gestion. Elle est de nature, (...) à justifier une requalification de l'opération en mandat* »¹¹⁵⁰.

Dans le cadre de sa mission de gestion, le fiduciaire est amené à percevoir les fruits produits par l'actif mis en fiducie. En dehors de toute disposition contractuelle prévoyant l'attribution des fruits à une personne désignée, il serait logique de penser que les fruits ont pour vocation à intégrer le patrimoine fiduciaire.

¹¹⁴⁵ Article 2033 du Code civil « *Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* »

¹¹⁴⁶ « *La fiducie et les contrats nommés* » in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Pascal Puig, droit & Patrimoine, 2008, n°171

¹¹⁴⁷ « *La responsabilité du fiduciaire* » in « *La fiducie dans tous ses états* » Philippe Delebecque, paragraphe 2, page 29, Association Henri Capitant, édition Dalloz, 2011

¹¹⁴⁸ « *La mission du fiduciaire* » in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine, 2008, n°171

¹¹⁴⁹ Béatrice Kan-Balivet « *Les Clés du contrat de fiducie-gestion* » Droit & Patrimoine 2009 n°185

¹¹⁵⁰ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008, paragraphe 271

Contrairement au droit commun¹¹⁵¹, le fiduciaire, bien que propriétaire, n'a pas vocation à s'attribuer personnellement les fruits produits par l'actif.¹¹⁵² Dans la pratique et plus particulièrement dans les fiducies-sûreté, nous avons relevé que cette logique a été suivie concernant des actions apportées en fiducie. Les dividendes desdites actions seront reversés par le fiduciaire au constituant jusqu'à la survenance d'un cas de défaut au titre de financement bénéficiant de la fiducie. Dès la survenance de ce cas de défaut, les dividendes seront capitalisés par le fiduciaire dans le patrimoine fiduciaire.

Ainsi, les parties disposent d'une grande liberté pour déterminer les grandes catégories de missions pouvant être confiées au fiduciaire au cours de l'exécution de la fiducie. Toutefois, si celui-ci ne remplit pas toutes les obligations pouvant être sa charge, il engage sa responsabilité. Il nous faut donc examiner la responsabilité du fiduciaire.

2.2.1.3 Responsabilité du fiduciaire

Après avoir présenté les différents types de missions, pouvant être attribuées au fiduciaire, et avant de présenter la responsabilité civile et pénale pouvant être encourue par le fiduciaire, nous allons présenter les principes directeurs que devrait suivre tout fiduciaire durant l'exécution du contrat de fiducie.

2.2.1.3.1 Principes directeurs à suivre par le fiduciaire

A titre préliminaire, il faut constater que les « *textes se montrent lapidaires quant aux modalités d'exercice de sa mission* »¹¹⁵³. Mais il faut avoir conscience que le fiduciaire est choisi par le constituant en raison de ses qualités professionnelles et qu'il a confiance en lui¹¹⁵⁴, une confiance telle qu'il lui transfère la propriété d'un de ses actifs.

Enfin, le fiduciaire agissant pour le compte d'autrui, nous pouvons constater que les rares dispositions législatives s'inspirent des dispositions régissant le mandat, ce qui nous pousse naturellement à raisonner par analogie et appliquer les principes imposés aux mandataires aux fiduciaires.

¹¹⁵¹ Article 546 du Code civil « *La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement* ».

¹¹⁵² « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008, paragraphe 279. Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing estiment que la clause d'attribution des fruits au fiduciaire pourrait se déduire de la nature de la mission confiée au fiduciaire.

¹¹⁵³ Béatrice Kan-Balivet « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » Droit & Patrimoine, 2009, n°185

¹¹⁵⁴ Pour rappel, la racine latine de fiducie, est « *fides* », ce qui signifie confiance

Dans le cadre de la fiducie-gestion, Philippe Delebecque déclare que le fiduciaire doit non seulement effectuer la mission qui lui est confiée par le constituant mais il doit « *accomplir sa mission avec diligence et loyauté (traduction française des « fiduciaries duties »). La diligence implique une obligation positive d'action, de réalisation de l'objet de la fiducie avec attention, tandis que la loyauté oblige le fiduciaire à ne pas faire prévaloir son intérêt personnel sur celui de la fiducie et à demeurer impartial* »¹¹⁵⁵.

Cet esprit de loyauté se retrouve dans les dispositions du Code civil régissant le mandat. Pour illustration, l'article 1993 du Code civil dispose que « *tout mandataire est (...) 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 été dû au mandant* ».

Pour Béatrice Kan-Balivet, « *il ne fait aucun doute qu'à l'instar de tout gérant des biens d'autrui ou pour le compte d'autrui, il (le fiduciaire) doit agir avec prudence, soit avec soin et attention, soit avec l'obligation d'engager les moyens en son pouvoir pour arriver à un résultat. Le fiduciaire est en outre tenu d'un devoir de loyauté. Par exemple, il ne peut acquérir à titre personnel les biens gérés ou encore il doit exercer son activité de manière impartiale, de sorte que si la gestion comporte plusieurs constituants, ils soient tous traités de manière identique* »¹¹⁵⁶.

Nicolas Borga compare également la situation du fiduciaire à celle d'un mandataire. « *Cette mission, le fiduciaire devra, comme le mandataire, l'accomplir avec diligence et loyauté. L'on relèvera à cet égard, qu'en droit anglo-américain le trustee est tenu d'agir non dans son intérêt personnel mais pour le compte d'autrui ou pour parvenir à une fin particulière, ce qui explique que pèsent sur lui certaines obligations (fiduciaires duties). Ce devoir de loyauté l'oblige ainsi à éviter que tout conflit d'intérêt ne survienne entre son pouvoir de gérer et son intérêt personnel. En ce sens, et comme c'est le cas en droit anglo-saxon, la loi du 19 février 2007 est venue modifier l'article 1596 du Code civil en lui ajoutant un 6^{ème} alinéa afin d'interdire au fiduciaire de se porter acquéreur des biens entrés en fiducie (...)*¹¹⁵⁷ Au surplus du devoir de loyauté, le droit anglo-américain fait peser sur le fiduciaire un devoir

¹¹⁵⁵ « *La responsabilité du fiduciaire* » in « *La fiducie dans tous ses états* » Philippe Delebecque, paragraphe 7, page 29, Association Henri Capitant, édition Dalloz, 2011

¹¹⁵⁶ Béatrice Kan-Balivet « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » Droit & Patrimoine, 2009, n°185

¹¹⁵⁷ Article 1596 du Code civil « *Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées (...) Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire* ».

*d'attention, proche de l'obligation de diligence du mandataire, impliquant d'agir avec soin et prudence»*¹¹⁵⁸.

Compte tenu du fait que la fonction fiduciaire est d'une part, réservée à des professionnels (établissements de crédit, compagnies d'assurances et avocats) et d'autre part, rémunérée, il serait logique de prévoir que les tribunaux imposent aux fiduciaires un devoir de conseil.

En effet, les tribunaux imposent déjà cette obligation aux avocats et aux établissements de crédit *« lorsqu'ils ont affaire à un client non averti, soit en raison du risque d'endettement couru par l'emprunteur, soit en raison du caractère spéculatif de l'opération. Quant à l'avocat, il est tenu d'un devoir de conseil, (...) (peu importe) les connaissances personnelles de son client»*¹¹⁵⁹.

Nicolas Borga étend cette idée au devoir de mise en garde dont sont parfois redevables les établissements de crédit à l'égard des emprunteurs non avertis et distingue deux phases où l'on pourrait vérifier si le fiduciaire a respecté cette obligation. La première est la formation du contrat de fiducie et la seconde est l'exécution du contrat de fiducie. Pendant la formation du contrat de fiducie, le fiduciaire qui rédige le contrat de fiducie pourrait voir sa responsabilité engagée en tant que rédacteur d'acte s'il manque à son obligation de veiller à assurer la protection de l'ensemble des parties en les conseillant sur la portée de l'engagement souscrit. Pendant l'exécution de la fiducie, le fiduciaire serait également redevable d'un devoir de mise en garde. Mais cette obligation ne concernerait que les fiducies-gestion qui nécessitent de la part du fiduciaire d'interroger le constituant sur d'éventuelles décisions à prendre concernant le patrimoine fiduciaire¹¹⁶⁰.

Peut-on étendre cette obligation de conseil et de mise en garde aux fiduciaires ?

Dans le cadre des fiducies-sûretés, il est probable que les tribunaux reconnaissent un devoir de conseil à la charge du fiduciaire notamment sur le *« gaspillage du crédit »*. En effet, depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009, *« la propriété cédée en application de l'article 2372-1¹¹⁶¹ peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par*

¹¹⁵⁸ *« Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil) »* Nicolas Borga, revue Lamy Droit des Affaires, 2010, n°47 paragraphe 12

¹¹⁵⁹ *« Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil) »* Nicolas Borga, Revue Lamy Droit des Affaires, 2010, n°47 paragraphe 16

¹¹⁶⁰ En effet, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, le fiduciaire a un devoir de conseil à l'encontre du constituant au moment de la constitution de la garantie pour l'avertir des conséquences de sa décision. Une fois, la sûreté mise en place, le fiduciaire n'a plus de devoir de conseil mais devra simplement gérer la sûreté et éventuellement la réaliser.

¹¹⁶¹ Article 2372-1 *« La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030. Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application de la présente section. »*

l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément »¹¹⁶². La possibilité de proposer une fiducie rechargeable à tout débiteur doit être rappelée car à défaut, le débiteur mobilise un de ses actifs au remboursement exclusif d'une de ses dettes. Le fait pour une banque de ne pas avoir proposé à son client de mettre en place une fiducie rechargeable au lieu et place d'une fiducie pourrait constituer une violation du devoir de conseil. En effet, le constituant n'ayant pas été informé de cette possibilité de prévoir une fiducie rechargeable ne pourra pas apporter en garantie l'actif au profit d'autres créanciers, ce qui réduira ainsi sa capacité à obtenir des financements.

Par contre, comme le rappelle Nicolas Borga « *une fiducie-sûreté constituée en garantie de la dette d'autrui est, à n'en pas douter, un engagement très dangereux pour le constituant, pouvant justifier que pèse sur le créancier un devoir de mise en garde. La jurisprudence tend toutefois à écarter un tel devoir dans le cas d'une sûreté réelle pour autrui, cette dernière étant nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant et aux risques de l'endettement née de l'octroi du crédit* »¹¹⁶³. Cette information du constituant sera nécessaire pour les personnes physiques qui consentent une fiducie en qualité de constituant et qui transfèrent la propriété d'un actif en prenant le risque de ne jamais récupérer leur bien.

En ce qui concerne les fiducies-gestion, ce devoir de conseil sera moins important et moins nécessaire car le constituant est le bénéficiaire. Cependant, lorsque des personnes physiques vulnérables ont recours à la fiducie-gestion pour confier la propriété de leurs actifs à un professionnel de la gestion d'actifs, comme le sont les établissements de crédit et les compagnies d'assurance¹¹⁶⁴, ce devoir de conseil sera nécessaire et devra d'autant plus être respecté que les constituants sont dans une situation de faiblesse intellectuelle ou physique.

¹¹⁶² Article 2372-5 du Code civil « *La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.*

Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.

A peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite. »

¹¹⁶³ « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » Nicolas Borga, Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47 paragraphe 18

¹¹⁶⁴ Pour Béatrice Kan-Balivet, « *Les particuliers, spécialement les personnes vulnérables, il (le contrat de fiducie-gestion) devrait à terme utilement trouver sa place à côté des mandats de protection*

Enfin ce devoir de conseil devra-t-il être respecté de la même façon par tous les fiduciaires ? Un fiduciaire peut devenir propriétaire d'un portefeuille d'instruments financiers nécessitant des actes de gestion notamment la cession et l'acquisition régulières d'instruments financiers. On peut donc s'interroger sur le devoir de conseil du fiduciaire au moment de la conclusion de la convention de fiducie, si celui est un avocat. En effet, ce dernier n'ayant que des compétences juridiques et fiscales, il devrait alors se faire assister d'un professionnel de la gestion de portefeuille pour compte de tiers pour mieux éclairer le choix du constituant sur les conséquences économiques de la fiducie mise en place.

Après avoir rappelé que le fiduciaire doit dans le cadre de sa mission non seulement faire preuve de loyauté et de diligence et de délivrer des conseils, voir de mettre en garde le constituant, il convient de souligner qu'il ne reste pas sans contrôle, puisque sa mission est surveillée sous contrôle interne et externe.

En effet, aux termes de l'article 2022 du Code civil, il est imposé au fiduciaire de rendre compte au constituant selon les conditions déterminées au contrat de fiducie¹¹⁶⁵. Il s'agit du contrôle interne propre à toute fiducie. L'adjectif interne est visé car le contrôle est assuré par une personne partie au contrat de fiducie et qui n'est pas extérieure à cette relation.

Selon Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, « à défaut de stipulation en ce sens, le juge détermine les modalités d'information (teneur, fréquence, etc.) »¹¹⁶⁶. Cette obligation de « reporting » s'étend au curateur et au tuteur, lorsque le constituant fait l'objet d'une procédure de curatelle ou de tutelle. Il doit également rendre compte de sa mission aux bénéficiaires lorsqu'ils existent et au tiers surveillant chargé de surveiller¹¹⁶⁷.

future ou à effet posthume, ainsi que les mécanismes fiduciaires légaux, tels que les libéralités graduelles ou résiduelles »

¹¹⁶⁵ « Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant.

Toutefois, lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de tutelle, le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur à la demande de ce dernier au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le contrat. Lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de curatelle, le fiduciaire rend compte de sa mission, dans les mêmes conditions, au constituant et à son curateur »

¹¹⁶⁶ « Les biens » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 253, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008, paragraphe 273

¹¹⁶⁷ Article 2017 du Code civil « Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté »

Philippe Delebecque qualifie cette obligation de rendre compte « *d'obligation accessoire* » par opposition aux obligations essentielles à la charge du fiduciaire¹¹⁶⁸ que nous venons de rappeler.

Cette obligation de « *reddition des comptes* » rappelle au fiduciaire « *pendant toute la durée de l'opération son statut de propriétaire pour le compte d'autrui* »¹¹⁶⁹.

Cette obligation de rendre compte à la charge du fiduciaire le rapproche du mandataire. En effet, aux termes de l'article 1993 du Code civil « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion (...)* ». Cette obligation existe en permanence et le mandant est en droit d'obtenir la reddition des comptes sans avoir à apporter d'éléments permettant de supposer un dépassement du mandat¹¹⁷⁰.

Le contrôle externe du fiduciaire s'effectue à plusieurs niveaux.

Le premier niveau permet l'intervention d'un tiers à tout moment afin de préserver les droits du constituant. L'article 2017 du Code civil prévoit que « *Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté* ».

Il est à noter que la loi n°2008-776 du 4 août 2008 a érigé en disposition d'ordre public la faculté pour une personne physique de faire appel à un tiers protecteur. Ce tiers qui « *peut être notamment un conseil, est une espèce de subrogé tuteur dont la mission sera réduite à la surveillance. Sa nomination est unilatérale, sauf clauses l'interdisant, et peut avoir lieu à tout moment. Son institution n'a en fait un sens pratique véritable que dans le cas où la fiducie sera à accomplir une libéralité. L'interdiction de cette forme de fiducie en réduit beaucoup l'intérêt* »¹¹⁷¹.

Le second niveau de contrôle externe est prévu à l'article 2027 du Code civil. Aux termes de cet article, il est possible de retirer au fiduciaire provisoirement les fonctions exercées voire de les lui retirer définitivement. « *En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de*

¹¹⁶⁸ « *La responsabilité du fiduciaire* » in « *La fiducie dans tous ses états* » Philippe Delebecque, paragraphe 7, page 32, Association Henri Capitant, édition Dalloz

¹¹⁶⁹ « *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine 2008171, Droit & Patrimoine, septembre 2008 n°171

¹¹⁷⁰ 1^{ère} chambre civile, Cour de cassation, 16 mai 2006, Bull. Civ. n°240

¹¹⁷¹ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 273, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008

redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant ».

Ainsi cette disposition permet aux autres parties du contrat de fiducie de s'adresser au juge tout en permettant la continuité de l'opération et la réalisation du but de la fiducie. Ainsi, « *le fiduciaire initial perd tous ses droits sur le bien précédemment acquis. Même si le texte emploie le terme de « dessaisissement », il s'agit d'une véritable expropriation car le fiduciaire provisoire ou le nouveau fiduciaire doit être propriétaire du patrimoine fiduciaire* »¹¹⁷². Le changement forcé de fiduciaire nécessitera d'accomplir les formalités propres à la fiducie¹¹⁷³ et la mutation de l'actif mis en fiducie. Le nouveau fiduciaire est ainsi substitué dans l'exécution du contrat de fiducie. Enfin, comme le remarque Pascal Puig, le fiduciaire n'est pas librement révocable par le constituant, c'est le juge qui le révoquera et en nommera un nouveau¹¹⁷⁴.

Après avoir parcouru les différentes missions pouvant être attribuées et confiées au fiduciaire, nous allons étudier les conditions dans lesquelles la responsabilité du fiduciaire pourrait être engagée. Nous pourrions présenter la responsabilité du fiduciaire dans les deux principaux types de fiducies, mais il nous apparaît nécessaire d'avoir une approche plus globale car la fiducie ne se limite pas à la fiducie-gestion ou à la fiducie-sûreté. Il existe d'autres utilisations possibles de la fiducie, comme la fiducie transmission ou mutation et d'une manière générale il n'existe pas un nombre limité d'utilisations de la fiducie. Aussi, nous allons aborder d'une part, la responsabilité civile du fiduciaire et d'autre part, la responsabilité pénale du fiduciaire.

¹¹⁷² *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine 2008171, Droit & Patrimoine, septembre 2008 n°171.

¹¹⁷³ Il faut modifier la déclaration d'existence fiscale, l'enregistrement à la recette des impôts puisque la recette des impôts compétente pour recevoir l'enregistrement est celle du siège social du fiduciaire. Enfin, si la mutation du bien requiert des formalités particulières, il sera également nécessaire de les effectuer (Service de la publicité foncière, formalités propres à certains actifs mobiliers (aéronefs, bateaux, voitures, parts sociales, etc.). Une question : le changement de fiduciaire donnera-t-il lieu au paiement des frais de mutation notamment en ce qui concerne les actifs immobiliers ? *A priori* non car l'actif reste au sein du patrimoine fiduciaire, mais une telle position doit être confirmée par l'administration fiscale

¹¹⁷⁴ « *La fiducie et les contrats nommés* » in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Pascal Puig, 2008, n°171

2.2.1.3.2 La responsabilité civile du fiduciaire

La seule disposition relative à la responsabilité du fiduciaire est l'article 2026 du Code civil « *le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ».

Une autre disposition concernant l'activité de fiduciaire par les avocats évoque indirectement la responsabilité du fiduciaire. Il s'agit de l'article 27 de la loi 71-1130 du 31 décembre 1971 tel que modifié par la Loi dite de Modernisation de l'Economie n°2008-776 du 4 août 2008 qui impose à l'avocat fiduciaire de souscrire une assurance spécifique pour la responsabilité susceptible de lui incomber dans cette mission.

Par conséquent, s'il ne respecte pas ses engagements contractuels vis-à-vis du constituant ou du bénéficiaire¹¹⁷⁵, ses actifs serviront à réparer les dommages provoqués par ses actes ou ses omissions. Pour Nicolas Borga, le fait que le patrimoine propre du fiduciaire serve de garantie à toute faute commise par ce dernier est logique car « *le contrat de fiducie n'est pas un contrat de représentation* »¹¹⁷⁶. Le fait d'apporter la précision « *dans l'exercice de sa mission* » ne se comprend que dans le souci « *d'écarter toutes velléités de faire supporter par le patrimoine fiduciaire le poids des fautes commises par le fiduciaire dans l'exercice de sa mission* »¹¹⁷⁷. Cette règle rappelle indirectement que « *la vocation du fiduciaire est d'être au service de la masse et non le contraire. Tout comportement fautif qui nuirait donc au patrimoine fiduciaire n'a pas sa place au sein de l'opération et doit être qualifié de hors fiducie. Même si le fiduciaire a agi dans le cadre de ses pouvoirs, l'intérêt de la fiducie doit être préservé et la faute permet de limiter implicitement l'activité fiduciaire* »¹¹⁷⁸.

Comme le remarque Nicolas Borga, l'article 2026 du Code civil ne distingue pas d'une part, la responsabilité contractuelle du fiduciaire vis-à-vis du constituant ou du bénéficiaire¹¹⁷⁹ et d'autre part, la responsabilité délictuelle du fiduciaire vis-à-vis des tiers au contrat de fiducie¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁵ Ayant accepté la fiducie et devenant ainsi partie au contrat de fiducie

¹¹⁷⁶ « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » Nicolas Borga, Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47

¹¹⁷⁷ « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » Nicolas Borga, Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47

¹¹⁷⁸ *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine, septembre 2008 n°171

¹¹⁷⁹ Qui a accepté la fiducie

¹¹⁸⁰ « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » Nicolas Borga, Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle du fiduciaire, il faut se rappeler que la fiducie peut découler de deux sources, l'une contractuelle, l'autre légale¹¹⁸¹.

Nos propos ne concernent que les fiducies contractuelles car à ce stade le législateur n'a pas encore organisé de fiducie légale. La question de la responsabilité contractuelle du fiduciaire dans le cadre des fiducies d'origine légale se posera, selon Nicolas Borga, si « *le législateur entend véritablement créer de toutes pièces des fiducies hors de tout accord de volonté* »¹¹⁸². Dans ce dernier cas, tout manquement par le fiduciaire engagerait la responsabilité délictuelle du fiduciaire alors que le même manquement dans le cadre d'une fiducie « contractuelle » aurait engagé la responsabilité contractuelle du fiduciaire. Cette différence de traitement serait alors regrettable selon Nicolas Borga.

Cependant, nous estimons que l'article 2012 du Code civil stipule que dans tous les cas, c'est-à-dire les fiducies légales et les fiducies contractuelles, il est nécessaire que la fiducie soit expresse, ce qui devrait supposer une manifestation de volonté de la part du fiduciaire et des bénéficiaires. Par conséquent, même de source légale, une fiducie nécessitera la signature d'un contrat de fiducie.

Philippe Delebecque considère qu'« *il est possible de s'inspirer de la jurisprudence en matière de mandat qui présume la responsabilité du mandataire en cas d'inexécution de sa mission et qui subordonne cette responsabilité à la preuve d'une faute en cas de mauvaise exécution* »¹¹⁸³. Cependant Nicolas Borga estime que le législateur traite de manière sévère le fiduciaire lorsqu'est comparée sa situation à celle d'un mandataire « *puisque tout se passe comme si le fiduciaire agissait pour lui-même à l'égard des biens entrés en fiducie. De ce point de vue, ce régime de responsabilité s'accorde assez bien avec la vision de ceux voyant dans la propriété fiduciaire une véritable propriété* »¹¹⁸⁴.

Vis-à-vis des tiers, comme des parties au contrat de fiducie, si la responsabilité pour faute du fiduciaire est retenue, ses actifs serviront à dédommager les victimes des dommages provoqués par ses fautes dans le cadre de sa mission. L'engagement du propre patrimoine du fiduciaire, en cas de faute du fiduciaire, se justifie par le fait que l'exécution de sa mission ne doit pas provoquer une « *dépréciation de cet actif. La vocation du fiduciaire est d'être au*

¹¹⁸¹ Article 2012 du Code civil « *La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse* ».

¹¹⁸² Op. Cit Nicolas Borga, paragraphe 8

¹¹⁸³ L'auteur cite les références d'un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile, le 18 janvier 1989, D.1989, note C. Larroumet, « *La responsabilité du fiduciaire* » in « *La fiducie dans tous ses états* » Philippe Delebecque, paragraphe 8, page 29, Association Henri Capitant, édition Dalloz

¹¹⁸⁴ Op. Cit Nicolas Borga, paragraphe 22

service de la masse et non le contraire. Tout comportement fautif qui nuirait donc au patrimoine fiduciaire n'a pas sa place au sein de l'opération et doit être qualifié de « hors fiducie ». Même si le fiduciaire a agi dans le cadre de ses pouvoirs, l'intérêt de la fiducie doit être préservé et la faute permet de limiter l'activité fiduciaire »¹¹⁸⁵.

Si le patrimoine propre du fiduciaire est engagé en cas de faute de sa part, il est alors intéressant de s'arrêter sur la notion de faute qui pourrait engager la responsabilité civile (pécuniaire) du fiduciaire. Devrions-nous avoir une conception étroite ou large de la faute commise par le fiduciaire ?

Dans le cadre contractuel, il n'y a guère de débat, il suffit de démontrer l'inexécution ou l'exécution défailante d'une obligation.

Vis-à-vis des tiers, la question sera plus difficile. En effet, les tiers devront prouver la faute du fiduciaire. Cette faute du fiduciaire peut ne pas découler directement de l'exécution ou de l'inexécution du contrat, mais tout simplement de sa qualité de propriétaire. Le domaine dans lequel on pourrait rechercher la faute du fiduciaire serait donc beaucoup plus large lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité délictuelle du fiduciaire.

Comme l'indique Céline Kuhn, « *la notion de faute employée par le texte semble devoir être prise dans son acceptation la plus large, l'essentiel réside dans le caractère fautif du comportement (...)* »¹¹⁸⁶.

Compte tenu du professionnalisme des fiduciaires, il est à prévoir que les tribunaux retiendront une conception large de la faute pouvant être commise par le fiduciaire. Les fiduciaires qui envisagent de développer leur activité de fiduciaire doivent prendre en compte ce risque.

Il est étonnant de constater que le législateur n'a pas imposé des règles fixant un montant minimal de fonds propres à l'égard des fiduciaires dans le cadre de cette activité si particulière, à l'image des activités de financement exercées par les établissements de crédit. Néanmoins le législateur a dans cet esprit, exigé de la part des avocats exerçant l'activité de fiduciaire, de contracter une police d'assurance dédiée à cette activité.

Le fiduciaire peut donc voir sa responsabilité engagée contractuellement dans le cadre de ses rapports avec le constituant et avec tout bénéficiaire qui aurait accepté la fiducie. Dans ce type de rapport comme dans tout contrat, il sera possible de mettre en place des clauses limitatives de responsabilité, voire exonératrices de responsabilité.

¹¹⁸⁵ « *La mission du fiduciaire* » Céline Kuhn in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine, septembre 2008 n°171

¹¹⁸⁶ Op Cit, Céline Kuhn

Dans le cadre de sa mission, le fiduciaire va entrer en relation avec des personnes tierces au contrat de fiducie en faisant mention de sa qualité de fiduciaire¹¹⁸⁷. Néanmoins, « *dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* »¹¹⁸⁸.

Par conséquent, les tiers qui auront contracté avec un fiduciaire ayant dépassé ses pouvoirs seront protégés. Comme l'indiquent Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing « *il s'agit d'une présomption de propriété non limitée du droit de disposer sans restriction* »¹¹⁸⁹.

Il est intéressant de constater que la rédaction de cet article est proche des régimes d'administration des biens d'autrui et du droit des sociétés (les articles L.225-35, 2^{ème} alinéa, L.225-56, 3^{ème} alinéa et L.227-6, 2^{ème} alinéa¹¹⁹⁰), ce qui, selon l'avis de Thierry Revet et de Frédéric Zénati-Castaing « *est regrettable car le fiduciaire n'est pas un représentant et ne reçoit donc pas au sens technique de ce mot, un pouvoir* »¹¹⁹¹. Ces trois articles portent sur l'inopposabilité aux tiers des limitations des pouvoirs respectifs du conseil d'administration d'une société anonyme, du directeur général d'une société anonyme et du président d'une société anonyme.

Ces limitations des pouvoirs internes « *ne valent que pour l'ordre interne de la société afin que les associés puissent, le cas échéant, engager la responsabilité de celui qui a causé un*

¹¹⁸⁷ Article 2021 du Code civil « *Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.*

De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités ».

¹¹⁸⁸ Article 2023 du Code civil

¹¹⁸⁹ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 275, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition 2008

¹¹⁹⁰ Article L.225-35, 2^{ème} alinéa du Code de commerce au sein du chapitre relatif aux sociétés anonymes « (...) *Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (...)* »

Article L.225-56, 3^{ème} alinéa du Code de commerce au sein du chapitre relatif aux sociétés anonymes « (...) *Il (le directeur général représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (...)* ».

Article L.227-6, 2^{ème} alinéa du Code de commerce au sein du chapitre relatif aux sociétés par actions simplifiée « (...) *Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. (...)* »

¹¹⁹¹ « *Les biens* » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 275, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition, 2008

préjudice à la société »¹¹⁹². La seule différence réside dans l'exception à l'inopposabilité des exceptions. Les dispositions du Code de commerce posent le principe que l'exception à l'inopposabilité est constituée lorsque le tiers contractant ne pouvait « *ignorer* » la limitation des pouvoirs « *compte tenu des circonstances* ». L'article 2023 du Code civil dans le cadre de la fiducie prévoit que la limitation des pouvoirs du fiduciaire n'est pas inopposable lorsqu'il est « *démontré* » que le tiers avait connaissance de cette limitation. Les dispositions du Code civil exigent d'apporter la preuve que le tiers avait connaissance, ce qui semble plus difficile à démontrer que les « *circonstances* », lesquelles se démontrent de manière plus objective. Dans ce cas, la sanction n'est pas prévue. Béatrice Ben Kan-Balivet rappelle que « *la jurisprudence concernant une telle sanction est abondante, hésitant entre nullité et inopposabilité. Il peut être proposé de retenir la nullité en cas de dépassement, la qualité pour agir lui faisant défaut et l'inopposabilité en cas de détournement car il a qualité à agir, sauf concert frauduleux.* »¹¹⁹³

Les dispositions de l'article 2026 du Code civil n'envisagent que l'hypothèse dans laquelle le fiduciaire aurait commis une faute pour voir engager sa responsabilité. Voir la responsabilité du fiduciaire par le prisme de l'article 2026 du Code civil est trop étroit car il ne vise que la faute commise par le fiduciaire tant à l'égard des parties que des tiers dans le cadre de sa mission.

Il ne faut pas oublier que le fiduciaire doit accomplir une mission mais celle-ci n'est rendue possible qu'au moyen de la propriété qui lui a été transmise. Or, cette propriété particulière peut être comme toute propriété de droit commun, source de responsabilité. Nous aborderons par la suite la principale technique pour le fiduciaire de limiter sa responsabilité de propriétaire : la mise en place d'une convention de mise à disposition.

2.2.1.3.3 La responsabilité pénale du fiduciaire

L'utilisation de la technique fiduciaire peut être à l'origine d'une spoliation du constituant par le fiduciaire. Le constituant étant alors une victime. Un second volet pénal pourrait être constitué si la fiducie est mise en place par le constituant aux fins d'organiser son insolvabilité, dans le cadre d'une évasion fiscale ou de blanchiment de capitaux. Dans cette dernière hypothèse, le constituant serait alors l'auteur d'une infraction pénale.

¹¹⁹² Comité juridique n°04-052 du 2 juin 2004 intitulé « *Limitation des pouvoirs des mandataires sociaux : possibilité pour un tiers de s'en prévaloir* » de l'association nationale des sociétés anonymes (ANSA)

¹¹⁹³ Béatrice Kan-Balivet « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » dans le cadre du dossier « *Fiducie : un nouvel équilibre* » Droit & Patrimoine, 2009-185

Nos propos, ici, ne concernant que la responsabilité du fiduciaire, nous allons donc porter notre attention sur la commission d'infractions pénales pouvant être commises par le fiduciaire dans le cadre de la mise en place et l'exécution d'un contrat de fiducie.

2.2.1.3.3.1 *Abus de confiance*

L'article 314-1 du Code pénal définit l'abus de confiance comme le fait pour une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. Cette infraction est punie, pour les personnes physiques, de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 Euros d'amende et, pour les personnes morales, d'une amende pouvant aller jusqu'au quintuple de celle prévue pour les personnes physiques, soit 1 850 000 Euros.

Romain Ollard remarque que l'abus de confiance pourrait, à première vue, ne pas s'appliquer à la fiducie puisque la propriété des actifs est transférée au fiduciaire. C'est également le point de vue de Béatrice Kan-Balivet¹¹⁹⁴.

Or, Romain Ollard rappelle qu'« *en vertu d'une conception classique du délit, celui-ci (l'abus de confiance) ne protège que le seul droit de propriété, de sorte que les remises en pleine propriété seraient exclusives de l'application du délit* »¹¹⁹⁵.

En effet, la Cour de cassation a posé le principe que l'abus de confiance ne peut porter que sur des biens remis à titre précaire et aurait ainsi rejeté l'application de l'abus de confiance à toute situation dans laquelle des remises en pleine propriété sont effectuées. En outre, la loi pénale s'interprète de manière stricte.

Mais l'auteur rappelle notamment l'esprit et le sens apportés par la jurisprudence à cette disposition. Est reconnue coupable d'abus de confiance, la personne qui détourne la chose qui lui a été remise à titre précaire et qui se comporte comme un vrai propriétaire de manière univoque.

L'auteur constate que la propriété transmise au fiduciaire est « *doublement limitée dans le temps et dans les pouvoirs qu'elle confère* ». « *La propriété fiduciaire est par essence temporaire. Ainsi, lorsque le contrat de fiducie prend fin, les biens et droits présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour dans celui du constituant ou sont transmis à*

¹¹⁹⁴ Une telle approche a été suivie par Béatrice Kan Balivet dans son article « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* », Droit & Patrimoine, 2009 n°185

¹¹⁹⁵ « *La fiducie : aspects de droit pénal* », Romain Ollard, revue de science criminelle, 2009, p.545, paragraphe 9

un tiers bénéficiaire »¹¹⁹⁶. Ainsi, cette propriété se rapproche plus d'une détention précaire que d'une véritable remise en propriété.

De même, Romain Ollard relève que le contrat de fiducie et le contrat de mandat partagent un « *fondement commun de confiance* ». Or l'abus de confiance a été appliqué au mandat.

Dans ce contexte, Romain Ollard estime qu'étendre l'application du délit d'abus de confiance à la remise en propriété de la fiducie ne paraît pas « *déformer exagérément la figure du délit* ». Par conséquent, un revirement de jurisprudence ne lui semble pas inenvisageable.

L'abus de confiance pourrait ainsi concerner toutes les applications de la fiducie dans lesquels le fiduciaire ne restitue pas l'actif au constituant (fiducie-sûreté), ne respecte pas l'usage déterminé par la confiance ou les modalités de transmission de l'actif ainsi transmis (fiducie-gestion).

Un autre auteur, cité par Romain Ollard¹¹⁹⁷, W. Jeandidier estime que l'abus de confiance s'applique également à tous les contrats opérant transfert de propriété et que ledit transfert est grevé d'une charge impliquant l'une des obligations visées à l'article L.314-1 du Code pénal¹¹⁹⁸.

2.2.1.3.3.2 *Blanchiment des capitaux*

Le second type d'infraction pénale pouvant être commise par un fiduciaire, est celle relative au blanchiment de capitaux.

Tous les fiduciaires, et notamment les avocats¹¹⁹⁹, sont soumis aux obligations de vigilance, de déclaration de soupçon et de droit de communication auprès de la cellule TRACFIN¹²⁰⁰ (Traitement du Renseignement et Action Contre les Circuits Financiers Clandestins).

¹¹⁹⁶ Romain Ollard, Op cit, paragraphe 21

¹¹⁹⁷ Romain Ollard, Op cit, paragraphe 10

¹¹⁹⁸ W. Jeandidier, Fascicule 20 : Abus de confiance, JurisClasseur, 2004, n°34 l'auteur estime que l'abus de confiance peut s'étendre « *à des transferts de propriété, du moins à ceux assortis de certaines conditions ou restrictions postulées par le concept de remise. Ceci révèle une évolution remarquable dans la fonction de l'incrimination d'abus de confiance. La protection de la propriété semble désormais primée par la protection de la foi contractuelle. Un auteur (C. Souweine, citée supra n° 16, p. 322) donne ainsi l'exemple d'un banquier auquel aura été transmis en propriété un bordereau de cession de créances professionnelles comme sûreté de sa créance, ayant l'obligation de le conserver jusqu'à la date d'échéance du crédit, pour le rétrocéder si le crédit est remboursé. Il devrait y avoir abus de confiance si ce banquier transmet ce bordereau en propriété avant la date d'échéance du crédit ou après le remboursement de celui-ci* ».

¹¹⁹⁹ Les avocats depuis la Loi Modernisation de l'Economie, n°2008-776 du 4 août 2008 de dite « LME »

¹²⁰⁰ TRACFIN est la cellule française de lutte anti-blanchiment. Elle dépend des ministres de l'Economie, des Finances et de l'Industrie ainsi que du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État. Créé en 1990, à la suite du sommet du G7, TRACFIN concourt au développement d'une économie saine en luttant contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Aux termes de l'article L.561-3 du Code monétaire et financier¹²⁰¹, les avocats qui assistent leurs clients dans la « *constitution, la gestion ou la direction des fiducies régies par les articles 2011 et suivants à 2031 du Code civil ou de droit étranger ou de toute autre structure similaire* », sont soumis aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme¹²⁰².

En outre, conformément aux dispositions de l'article L.561-1 du Code monétaire et financier, le fiduciaire « *ne peut procéder à la réalisation de l'opération que si TRACFIN n'a pas notifié d'opposition ou si, au terme du délai ouvert par la notification de l'opposition, aucune décision du président du tribunal de grande instance de Paris n'est parvenue à la personne assujettie* »¹²⁰³.

Cette obligation de vigilance s'exerce tout au long de la fiducie c'est-à-dire tout au long de l'exécution de sa mission de fiduciaire. Conformément aux dispositions de l'article L.561-19 du Code monétaire et financier, le fiduciaire ne peut pas aviser la personne en cause de la réalisation de cette déclaration de soupçon.

Dans ce contexte, les fiduciaires devront notamment mettre en place des systèmes d'évaluation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme et assurer la formation et l'information régulière de leurs personnels.

Cette obligation n'était pas nouvelle pour les établissements de crédit et les compagnies d'assurance. Ce n'est pas le cas de la profession d'avocat.

2.2.1.4 Possibilités offertes au fiduciaire pour limiter sa responsabilité

Cet aperçu des différents chefs de responsabilité (civile, pénale) pouvant être encourus par les fiduciaires nous démontrent que l'activité fiduciaire n'est pas sans risque.

¹²⁰¹ Qui effectue un renvoi à l'article L.561-2 du Code monétaire et financier. Il est à noter que ce régime a été prévu par l'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009. Les avocats pouvant exercer la fonction de fiduciaire depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008

¹²⁰² Pour les avocats, il existe trois régimes :

- Lorsque les avocats interviennent dans le cadre d'une consultation juridique, ils sont exonérés de toute obligation de déclaration de soupçon.
- Pour ceux intervenant dans le cadre de la rédaction du contrat de fiducie, l'article L.561-17 du Code monétaire et financier prévoit que par dérogation aux dispositions générales, la déclaration de soupçon est faite non pas à TRACFIN mais au bâtonnier qui assure à son tour la transmission à cette cellule.
- Enfin, les avocats intervenant en qualité de fiduciaire, le régime de droit commun de l'article L.561-2 du Code monétaire et financier que nous décrivons ci-dessus, leur est applicable.

« *Avocat et fiducie* » Droit & Patrimoine, 2009, n°179.

¹²⁰³ Béatrice Kan-Balivet « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » dans le cadre du dossier « *Fiducie : un nouvel équilibre* » Droit & Patrimoine, 2009-185

Dans ce contexte, les conseils juridiques qui ont rédigé les premières conventions de fiducie ont essayé de réduire au maximum la possibilité d'engager la responsabilité des fiduciaires en ayant recours à d'une part, des clauses limitatives de responsabilité et d'autre part à des conventions de mises à disposition, ayant pour principal objectif de réduire les risques supportés par le fiduciaire en sa qualité de propriétaire.

Les conventions de mise à disposition ont notamment été utilisées dans le cadre de fiducies portant sur un actif immobilier. Par cette convention, le fiduciaire va remettre à disposition l'actif immobilier au constituant, anciennement propriétaire, sans lui faire subir les conséquences strictes du transfert de propriété. En outre, à l'égard des tiers et du grand public, comme il a la jouissance de cet actif, rien ne semble s'être passé, l'emprunteur semble toujours être le propriétaire.

Mais cette mise à disposition va permettre au fiduciaire, nouveau propriétaire, de transférer la totalité des charges financières et des risques liés à cet actif au constituant.

La première technique utilisée par les fiduciaires afin de limiter leur responsabilité contractuelle vis-à-vis des parties à la convention est de négocier des clauses limitatives de responsabilité qui sont rédigées de la manière suivante :

« Au cas où la responsabilité du fiduciaire viendrait à être recherchée à quelque titre que ce soit en relation avec les biens remis en fiducie, tant pour des faits ou des actes antérieurs que pour des faits ou des actes postérieurs à la signature de la convention de fiducie, le constituant devra le garantir en principal, frais et intérêts, de toute condamnation qui viendrait à être prononcée contre lui et plus généralement de tous les frais engagés par le fiduciaire concernant cette recherche en responsabilité, étant entendu que le constituant et le fiduciaire devront se concerter pour convenir des conditions et modalités de défense contre une telle action. Cette garantie est consentie par le constituant qui s'engage par la présente irrévocablement à payer ou rembourser le fiduciaire à première demande de sa part sans pouvoir opposer quelque exception que ce soit. »

Ce type de clause présente deux principales faiblesses.

- Celle-ci sera inefficace économiquement si le constituant est en procédure collective, le fiduciaire ne pourra rien obtenir des organes de procédures collectives dans la plupart des cas, en raison de l'insuffisance des actifs du débiteur pour faire face à ses dettes exigibles. C'est pourquoi, il serait plus efficace que le fiduciaire soit garanti par les créanciers bénéficiaires.

- Le second défaut de cette clause est de ne pas être applicable lorsque le constituant est une personne physique, notamment lorsqu'il agit en dehors de son activité professionnelle car le fiduciaire est forcément un professionnel¹²⁰⁴. L'article L.132-1 du Code de la consommation¹²⁰⁵ dispose que les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives. En effet, cette clause crée un déséquilibre aux dépens du consommateur et pourrait être ainsi qualifiée de clause abusive par les tribunaux et par conséquent réputée non écrite¹²⁰⁶. Néanmoins il sera rare de rencontrer un consommateur comme constituant d'une fiducie. En effet, il est interdit de constituer des fiducies à des fins libérales¹²⁰⁷ et compte tenu de la complexité liée à la mise en place d'une fiducie-sûreté, il est semble peu probable que les consommateurs utilisent la fiducie. Par conséquent, les fiduciaires peuvent librement sans aucune limite aménager voire exclure, leur

¹²⁰⁴ Article 2015 du Code civil « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.*

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire ».

¹²⁰⁵ Cet article transpose en droit français la directive européenne du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus par les professionnels avec les consommateurs « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.*

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives ; (...)

Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. (...)

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Les clauses abusives sont réputées non écrites. (...) Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public ».

¹²⁰⁶ Nous rappelons que la Cour de cassation a reconnu au juge la possibilité de tenir pour abusives des clauses non visées par les décrets (première chambre civile, Cour de cassation, 14 mai 1991, Dalloz 1991, p.449, note Ghestin). La loi de 1995 a reconnu ce pouvoir d'intervention des tribunaux et a fourni une liste. Le décret n°2009-302 a poursuivi cette tendance en posant le principe que certaines clauses étaient irréfragablement présumées abusives

¹²⁰⁷ Article 2013 du Code civil « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».*

responsabilité en rédigeant les conventions de fiducie (et plus particulièrement les conventions de mises à disposition).

Pour avoir participé aux premières opérations de fiducie, nous avons constaté que les conseils juridiques en charge de la rédaction de ces conventions de mise à disposition se sont inspirés des modèles de conventions de crédit bail immobilier dans lesquelles tous les risques et charges financières sont supportés par le crédit preneur.

A titre d'illustration, il est possible de rédiger ces clauses de la manière suivante :

« Pendant toute la durée de la convention de mise à disposition, l'usager détiendra l'usage, la direction et le contrôle de l'immeuble, il en est dès lors réputé gardien et cet immeuble se trouve placé sous sa responsabilité exclusive, responsabilité qu'il devra assumer dans son intégralité sans pouvoir exercer un quelconque recours que ce soit (...).

L'usager temporaire assumera seul et satisfera à toutes charges et obligations pouvant être mises à la charge des propriétaires par tout texte légal ou réglementaire national et européen applicable en droit français.

Quant aux dommages susceptibles d'être causés, tant à l'usager temporaire, qu'aux tiers, ils seront intégralement pris en charge par l'usager temporaire lequel ne pourra exercer contre le propriétaire fiduciaire quelque recours que ce soit.

L'usager jouira de l'immeuble en bon administrateur, l'entretiendra à cet effet et effectuera en outre, à ses frais et sous sa responsabilité, toutes réparations de toutes natures qui seraient nécessaires et tous entretiens, travaux, etc. y compris les grosses réparations prévues par l'article 606 du Code civil et tous travaux de remise en état ou de mise en conformité qui pourraient être requis par toute réglementation ou administration en matière d'environnement, d'hygiène, de santé ou de sécurité.

L'usager temporaire acquittera ses contributions personnelles, mobilières, taxe professionnelle et autres et satisfera à toutes les charges de ville et de police, de sorte que le propriétaire fiduciaire ne soit jamais inquiété à ce sujet. Toutes les charges afférentes aux actifs seront sans aucune exception à la charge exclusive de l'usager temporaire qui s'engage à les payer ou à les rembourser à première demande au propriétaire fiduciaire ».

A défaut de respecter ces engagements de prise en charge de tous les frais liés à l'actif immobilier au titre de la convention de mise à disposition, ceci constituera un cas de résiliation anticipée de la convention de mise à disposition, le constituant ne sera plus en droit d'occuper cet immeuble, et pourra être ainsi expulsé.

Afin de renforcer l'efficacité de ce mécanisme de mise à disposition précaire et de permettre au fiduciaire de récupérer cet actif, l'article 2018-1 du Code civil instauré par la loi 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 précise que cette convention n'est pas soumise au statut des baux commerciaux, permettant ainsi au fiduciaire de résilier à tout moment la convention de mise à disposition et ce, quelle que soit la durée pour laquelle elle a été établie¹²⁰⁸.

Par conséquent, l'occupant précaire n'a pas droit à bénéficier du régime protecteur du statut des baux commerciaux et notamment du renouvellement automatique (où à défaut le versement d'une indemnité dite d'éviction).

Il faut avoir présent à l'esprit que l'article 2018-1 du Code civil a été introduit simultanément avec la modification de l'article L.145-5 du Code de commerce qui permet aux parties d'un contrat de bail de déroger au statuts des baux commerciaux si la durée du bail ou des baux successifs ne dépasse pas deux ans¹²⁰⁹.

Cette modification a été bien accueillie par les professionnels, car les conventions de mise à disposition signées dans le cadre d'une fiducie avant la loi du 4 août 2008 avaient expressément rejeté la possibilité pour l'usager temporaire de pouvoir bénéficier des dispositions des articles L.145-1 et suivants du Code de commerce¹²¹⁰.

Avant cette amélioration, il n'y avait aucune certitude sur l'efficacité juridique de la dérogation au statut des baux commerciaux en cas de contestation par l'usager temporaire. En cas de litige et notamment en cas de résiliation de la convention de mise à disposition, l'usager temporaire resté dans les locaux pouvait invoquer le fait qu'un nouveau bail avait été conclu et que par conséquent le régime protecteur des baux commerciaux pouvait lui être appliqué de manière automatique.

¹²⁰⁸ Article 2018-1 du Code civil « *Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire* ».

¹²⁰⁹ Dans le cadre de la loi LME, l'article L.145-5 du Code de commerce a été également modifié, et prévoit dorénavant que « *les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à deux ans. Si, à l'expiration de cette durée, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par les dispositions du présent chapitre. Il en est de même, à l'expiration de cette durée, en cas de renouvellement exprès du bail ou de conclusion, entre les mêmes parties, d'un nouveau bail pour le même local* ».

¹²¹⁰ Exemple de clauses « *En raison du caractère strictement financier et donc sui generis de la convention de mise à disposition, l'usager temporaire ne pourra en aucun cas prétendre à bénéficier (...) d'un quelconque contrat de bail, de quelque nature qu'il soit, et notamment d'un contrat de bail fondé sur les dispositions des articles L.145-1 et suivants du Code de commerce* »

Enfin, les conventions de mise à disposition n'étant pas forcément limitées à une durée de deux ans, l'article L.145-5 du Code de commerce, tel que modifié par la loi du 4 août 2008 n'aurait pas suffi à rassurer les fiduciaires sur l'efficacité des clauses dérogeant volontairement au statut des baux commerciaux, les dispositions dérogatoires du nouvel article 2018-1 étaient donc nécessaires.

Cette présentation des conventions de mise à disposition montre que l'esprit de ces types de convention (notamment lorsqu'il porte sur un actif immobilier) est de transférer l'intégralité des risques et des charges liés à l'actif du nouveau propriétaire (le fiduciaire) à l'ancien propriétaire (le constituant) et cela est possible car comme nous avons pu le rappeler ci-dessus, les constituants ne seront que très rarement voire jamais des consommateurs.

Nous avons pu réfléchir sur les conséquences pratiques de l'application d'une convention de mise à disposition dans le cadre d'un dossier. L'une des premières fiducies constituées en France, était une fiducie-sûreté portant sur un ensemble industriel transféré au fiduciaire pour le compte d'un créancier¹²¹¹. Concomitamment à la signature du contrat de fiducie, une convention de mise à disposition fut signée entre le fiduciaire et le constituant. Aux termes de cette convention de mise à disposition, le fiduciaire avait remis à disposition du constituant un actif immobilier à titre gratuit moyennant la prise en charge de tous les frais et risques liés à ce bien. Nous n'avons jamais eu de certitude sur l'opposabilité aux tiers de ce transfert de risques. Compte tenu de l'effet relatif des conventions¹²¹², nous estimons que la responsabilité du fiduciaire aurait pu être directement engagée par les tiers si le constituant ne respectait pas ses engagements au titre de la convention de mise à disposition, notamment en terme de prise en charge des frais d'entretien, des taxes et du respect des règles relatives à la protection de l'environnement. Prenons l'exemple du paiement de la taxe foncière dans le cadre de ce dossier. Celle-ci n'avait pas été payée par l'usager temporaire, il a été impossible pour le fiduciaire d'opposer au trésor public que le paiement de la taxe foncière était à la charge de l'usager temporaire¹²¹³, celui-ci déclarant que cette convention lui était inopposable. Le

¹²¹¹ G. Bremond, « *Fiducie : Coup d'envoi pour les trusts à la française* », Option Finance, 18 février 2008

¹²¹² Article 1165 du Code civil « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* »

¹²¹³ Un fiduciaire, en l'espèce un établissement de crédit, s'est retrouvé dans une telle situation. L'administration fiscale l'a menacé d'effectuer un avis à tiers détenteur sur ses comptes ce qui aurait pu avoir pour conséquence de bloquer l'ensemble de ses comptes, ce qui pour un établissement de crédit provoque l'arrêt de son activité. Le fiduciaire a donc été contraint de payer et s'est retourné vers l'usager temporaire.

propriétaire fiduciaire s'est trouvé dans l'obligation de se substituer à l'occupant précaire dans ses obligations vis-à-vis des tiers et de se retourner à l'encontre du constituant.

Dans ce cas particulier de transfert de la propriété d'une usine en activité, les risques liés à la propriété des bâtiments étaient relativement élevés, notamment ceux liés au non respect des règles relatives à la protection de l'environnement (pollution du fleuve local). Il est évident que les victimes d'une pollution liée à l'activité de l'usine auraient assigné directement le fiduciaire en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice. Même si le fiduciaire avait la possibilité de se retourner contre le constituant et de montrer juridiquement qu'il n'était pas l'auteur du dommage, l'atteinte à son image aurait été irrémédiable. Il est fort probable en effet que le grand public soit peu informé du mécanisme de la fiducie et surtout de la pratique et du contenu des dispositions de la convention de mise à disposition.

Ainsi, en cas de dommage provoqué par le constituant à l'égard des tiers, le fiduciaire pourrait être poursuivi par les victimes et disposera seulement d'une action à l'encontre du constituant en vertu du contrat de mise à disposition. Il faut anticiper que les victimes auront tendance à vouloir poursuivre le fiduciaire et ce d'autant plus « naturellement » que celui-ci est un établissement de crédit ou une compagnie d'assurance de premier rang. Leur solvabilité semble plus solide que celle de l'occupant précaire qui a été obligé de transférer la propriété d'un actif pour obtenir un financement. Ainsi, en cas de défaillance du constituant, il est donc nécessaire que le fiduciaire dispose dans ce type de situation d'une clause lui permettant de se retourner contre les bénéficiaires.

Une autre illustration de fiducie-sûreté faisant supporter au fiduciaire des risques élevés a eu lieu récemment, mais celle-ci portait sur un actif mobilier. En l'espèce, un emprunteur bénéficiant d'un concours d'une banque a transféré à titre de garantie à un fiduciaire la propriété de parts sociales qu'il détenait dans le capital social de cette société¹²¹⁴. Or, l'actif transféré est constitué de parts sociales d'une société en nom collectif (SNC). La responsabilité du titulaire de parts sociales d'une SNC étant solidaire et indéfinie, le fiduciaire dans cette espèce expose sa responsabilité sans aucune limite. L'objet de la SNC dont les titres ont été transférés est la construction d'un parc commercial d'une surface de plus de 8 000 m². Même si le financement a été consenti pour une durée relativement courte, les risques liés à l'activité de construction puis de vente de la SNC ne sont pas négligeables. Comment le fiduciaire a-t-il pu se protéger contre tous les risques ? Rien n'a été indiqué dans

¹²¹⁴ Benoît Teston, Jeantet & Associés, « *Actualité de la fiducie* » n°13, mars 2012

la présentation qui a été faite¹²¹⁵ mais il semblerait logique que le fiduciaire, compte tenu de la technicité de ce projet, ait délégué sa fonction de gérant à l'ancien propriétaire, c'est-à-dire l'emprunteur.

Comme dans le cadre d'une fiducie-sûreté portant sur un actif immobilier, on peut supposer que l'ancien propriétaire s'est engagé dans le cadre d'un autre contrat, signé concomitamment à la convention de fiducie, à rembourser au fiduciaire tous les frais et charges liés à la propriété de cet actif. Ce recours contractuel est d'autant plus nécessaire que la responsabilité des associés d'une SNC est sans limite. Dans cette situation également, le fiduciaire ne pourra pas opposer aux tiers et notamment au créanciers la possible répartition des risques entre lui et l'ancien propriétaire.

Après avoir indiqué les différents types de responsabilité encourus par le fiduciaire et analysé les méthodes mises en place dans le cadre des premières fiducies pour réduire la responsabilité du fiduciaire, nous arrivons à la conclusion qu'il serait nécessaire d'organiser la fonction de fiduciaire afin de renforcer la confiance des personnes désirant utiliser ce nouvel outil juridique qui est la fiducie.

¹²¹⁵ Benoît Teston, Op. cit

2.2.2 La nécessité d'organiser la fonction de fiduciaire

Nous avons pu constater au cours de nos développements que les obligations à la charge du fiduciaire sont plus ou moins lourdes et varient suivant le type de contrat de fiducie. Ainsi, nous pouvons dire que la fonction fiduciaire est une activité à géométrie variable qui sera déterminée et adaptée à chaque contrat de fiducie.

Cette fonction n'étant pas figée, il est impossible de pouvoir l'expliquer de manière exhaustive aux personnes pouvant avoir recours à la fiducie. Or, depuis la loi 2008-776 du 4 août 2008 qui a abrogé l'article 2014 du Code civil¹²¹⁶, toutes les personnes physiques ou morales peuvent participer à une fiducie, en qualité de constituant. Par conséquent, comme nous l'avons déjà rappelé et même si cela semble peu probable, des consommateurs pourraient ainsi participer à une fiducie en qualité de constituant.

Nous avons pu constater que la fiducie se caractérise par un transfert de propriété au profit du fiduciaire et qu'il s'agit donc d'un acte de disposition pour le constituant car celui-ci va perdre la propriété de l'un de ses actifs.

Compte tenu du caractère grave de cet acte, les constituants doivent pouvoir se reposer sur des fiducies dont les dispositions sont valables juridiquement, d'où la nécessité, comme nous l'avons écrit de s'appuyer sur des conventions rédigées par des professionnels qui ont une expérience de la fiducie et qui en maîtrisent toutes les conséquences.

C'est cette absence de recul des professionnels sur ce nouveau contrat, qui pouvant avoir des conséquences graves à l'égard du constituant, a fait naître des craintes de la part des personnes qui pourraient faire appel à la fiducie.

En outre, les questions liées à la propriété du fiduciaire ont eu comme effet de rendre ce nouvel outil moins attractif et les professionnels dans ce contexte ont préféré attendre de voir les premières expériences de fiducies se réaliser pour avoir recours à ce nouveau contrat.

Compte tenu de cet attentisme, il existe un paradoxe étonnant entre le nombre élevé d'articles de doctrine parus sur la fiducie et le nombre relativement peu élevé de fiducies constituées¹²¹⁷.

Cependant comme nous l'avons relevé précédemment, le recours à la fiducie semble augmenter.

¹²¹⁶ Ancien article 2014 du Code civil « *Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés* ».

¹²¹⁷ Plus d'une centaine à la date des présents travaux

Certes, de nombreux articles ont critiqué ce nouvel outil, mais cela n'explique pas seulement l'absence de réussite de l'intégration de la fiducie dans notre droit.

Dans ce contexte d'attentisme, il a été constituée une association française des fiduciaires (AFF) fin février 2012¹²¹⁸ entre la Caisse des Dépôts, le Crédit Agricole CIB et la société de gestion Equitis Gestion. L'objet de cette association (créée dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901) est de « *promouvoir un nouvel outil sur la place de Paris et par cette promotion, développer une bonne pratique de la fiducie* ».

Selon M. Bruno Fontaine, directeur juridique de Crédit Agricole CIB et membre de cette association, on pouvait au début de l'année 2012 dénombrer plus de cinquante fiducies constituées en France « *dans des cas très divers de cessions de droits sociaux, de cantonnement d'activité, de sanctuarisation d'actifs, de restructuration d'entreprise ou de centralisation de flux financiers. Cette diversité montre que nombre d'intervenants ont déjà intégré les avantages considérables que peut apporter ce nouvel instrument qui permet aujourd'hui de réaliser des montages jusqu'alors impossibles* »¹²¹⁹.

Certes, le nombre d'une centaine de fiducies à l'heure actuelle pourrait impressionner une personne qui n'est pas un professionnel de la finance ou du droit, mais ce chiffre paraît peu élevé lorsqu'il est comparé au nombre global de transactions réalisées en France, pouvant utiliser la fiducie.

Matthieu Dubertret, membre fondateur de l'AFF, constate qu'il y a un effort à réaliser pour mieux expliquer la fiducie et rappelle que « *Par le passé, des contrats ont pu être proposés sans que leur conception soit parfaitement irréprochable. Ce constat a conduit les premiers fiduciaires de la place à prendre conscience qu'un effort pédagogique était nécessaire pour expliquer la fiducie afin que celle-ci reste un instrument efficace et sûr* »¹²²⁰.

Enfin, il faut revenir à la source de la fiducie qui est constituée par le caractère *intuitu personae* du contrat de fiducie. Le constituant va transférer la propriété d'un de ses actifs au fiduciaire parce qu'il a confiance en ce professionnel. La confiance du constituant au fiduciaire est la pierre angulaire de toute fiducie. Celle-ci est aidée par le transfert de l'actif dans un patrimoine d'affectation à l'abri d'une éventuelle procédure collective à l'encontre du fiduciaire, ce qui devrait encore plus convaincre les constituants à transférer leurs actifs dans les mains du fiduciaire et à faire usage de la fiducie.

¹²¹⁸ « *L'association française des fiduciaires* » Matthieu Dubertret, JCP G, n°15, 9 avril 2012,

¹²¹⁹Source : références sur internet
http://www.observatoireimmatériel.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1348%3Acreation-de-lassociation-francaise-des-fiduciaires&catid=7%3Aactualites&Itemid=87&lang=fr

¹²²⁰ Op. cit

La présentation actuelle de l'utilisation du contrat de fiducie révèle qu'il est donc nécessaire de relancer la promotion de la fiducie, si nous souhaitons qu'elle se développe en droit français et il apparaît évident qu'il est opportun de venir organiser de manière plus directive l'activité du fiduciaire.

2.2.2.1 Obtention d'un agrément de fiduciaire

L'article 2015 du Code civil¹²²¹ dispose que l'activité de fiduciaire est réservée à des professionnels qui sont les compagnies d'assurance, les établissements de crédit et les avocats¹²²².

Les compagnies d'assurance et les établissements de crédit sont soumis à une autorité de tutelle.

A toutes fins utiles et afin de comparer les différents types de fiduciaires, il est intéressant de les classer en deux catégories, d'une part, les établissements de crédit, les entreprises d'assurance et d'autre part, les avocats.

Il n'est pas inutile de rappeler les grandes lignes des contrôles auxquels ils sont déjà soumis afin de les comparer et d'envisager éventuellement la mise en place d'un contrôle propre à cette activité de fiduciaire.

Les compagnies d'assurance et les établissements de crédit disposent d'un agrément qui leur a été consenti par l'autorité de contrôle et prudentiel (ACP)¹²²³ et ont donc présenté avant de

¹²²¹ Article 2015 du Code civil « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire* »

¹²²² Il faut se rappeler que les avocats ont du attendre la loi du 4 août 2008 dite Loi de modernisation de 'économie afin d'obtenir le droit d'être fiduciaire. En effet, « *L'article 2015 était à l'origine l'article 2067 dans la proposition de loi et ce texte n'interdisait à quiconque d'exercer les fonctions de fiduciaire en dehors des exclusions d'usage visant, entre autres, les personnes ayant fait l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer une entreprise, subi une sanction professionnelle pour des faits contraires à l'honneur (...)* Or les sénateurs n'ont pas voulu s'en tenir à ce dispositif et préféré limiter la possibilité de remplir cette fonction à une catégorie bien précise de personnes morales de manière à garantir un minimum de transparence et de déontologie. (...) Ces personnes font l'objet d'un double contrôle : soumises à un agrément ou une déclaration lors de leur constitution, leur activité est ensuite contrôlée (...). Exit donc les avocats et les professions juridiques réglementées, alors même que l'éventualité de les ajouter à la liste avait été envisagée lors des travaux préparatoires ». Christophe Jamin, « *L'avocat, le fiduciaire et le tiers* » Recueil Dalloz, p.1492

¹²²³ Pour rappel, l'Autorité de Contrôle Prudentiel est issue de la fusion de l'Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles (ACAM), du Comité des Entreprises d'Assurances (CEA), de la Commission Bancaire et du Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement. Cette autorité a été créée par l'ordonnance du n°2010-76 du 21 janvier 2010 de fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance ratifiée par la loi 2010-1249 du 22 octobre

commencer leurs activités, un dossier d'agrément décrivant exhaustivement les activités qu'elles souhaitent exercer, leurs actionnaires, leurs dirigeants, etc.

En outre, à compter de l'obtention de leur agrément, les établissements du secteur bancaire et les organismes du secteur de l'assurance sont soumis à un contrôle prudentiel de la part de l'ACP. Cette surveillance se matérialise d'une part, par un contrôle permanent sur pièces et d'autre part, par un contrôle sur place.

En ce qui concerne, le secteur de l'assurance, l'ACP assure le contrôle du respect des dispositions législatives et réglementaires applicables aux entreprises d'assurance et de réassurance, aux mutuelles régies par le livre II du Code de la mutualité et leurs unions, aux institutions de prévoyance et leurs unions. Elle contrôle également les sociétés de groupe d'assurance et les sociétés de groupe mixte d'assurance, et les groupements paritaires de prévoyance.

En ce qui concerne les établissements du secteur bancaire, le contrôle de l'ACP s'inscrit dans le cadre des principes édictés par le Comité de Bâle pour un contrôle bancaire efficace. Le contrôle des établissements du secteur bancaire repose sur les deux Directions du contrôle de l'ACP pour le contrôle permanent sur pièces : la Direction du contrôle des établissements de crédit généraux et spécialisés (DCEGS) et la Direction du contrôle des établissements mutualistes et des entreprises d'investissement (DCEMEI) et sur la Délégation au contrôle sur place des établissements de crédit pour le contrôle sur place.

En outre, il a été assigné à l'ACP une mission de protection de l'ensemble de la clientèle et notamment des pratiques commerciales¹²²⁴. L'ACP décline cette mission de protection de la clientèle selon 3 axes : le contrôle des pratiques commerciales des organismes bancaires et d'assurance et de leurs intermédiaires, sur pièces et sur place, la réponse aux demandes de la clientèle et l'orientation et l'analyse des réclamations reçues, et la veille sur les campagnes publicitaires, contrats, produits et services.

2010 de régulation bancaire et financière. Pour rappel, cette autorité unique est en charge de l'agrément et du contrôle des établissements et organismes des secteurs de la banque et de l'assurance. Les missions confiées à l'ACP, son fonctionnement, sa composition, son organisation sont visées aux articles L.612-1 et suivants du Code monétaire et financier.

¹²²⁴ Ainsi aux termes de l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier précise en effet que « l'Autorité de contrôle prudentiel veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle ».

Enfin, l'ACP dispose d'un pouvoir de contrôle, du pouvoir de prendre des mesures de police administrative et d'un pouvoir de sanction. En ce qui concerne ce dernier, l'ACP l'exerce par l'intermédiaire de la commission des sanctions. Dans le cadre de la procédure de sanction¹²²⁵, il peut être prononcé à l'encontre de l'établissement poursuivi un avertissement, un blâme, une interdiction d'effectuer certaines opérations, la suspension temporaire ou la démission d'office de l'un des dirigeants, le retrait partiel d'agrément, voire le retrait total de l'agrément¹²²⁶.

¹²²⁵ Article L.612-38 du Code monétaire et financier « *L'une des formations du collège examine les conclusions établies, dans le cadre de la mission de contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel, par les services de l'Autorité ou le rapport établi en application de l'article L. 612-27. Si elle décide l'ouverture d'une procédure de sanction, son président notifie les griefs aux personnes concernées. Il transmet la notification des griefs à la commission des sanctions qui désigne un rapporteur parmi ses membres.*

La commission des sanctions veille au respect du caractère contradictoire de la procédure. Elle procède aux communications et convocations à l'égard de toute personne visée par la notification de griefs. Toute personne convoquée a le droit de se faire assister ou représenter par un conseil de son choix. La commission des sanctions dispose des services de l'Autorité pour la conduite de la procédure.

Le membre du collège désigné par la formation qui a décidé de l'ouverture de la procédure de sanction est convoqué à l'audience. Il y assiste sans voix délibérative. Il peut être assisté ou représenté par les services de l'Autorité. Il peut présenter des observations au soutien des griefs notifiés et proposer une sanction.

La commission des sanctions peut entendre tout agent des services de l'Autorité.

La récusation d'un membre de la commission des sanctions est prononcée à la demande d'une personne mise en cause s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre.

La commission des sanctions ne peut siéger que si la majorité des membres sont présents. Elle délibère hors la présence des parties, du rapporteur, du directeur général du Trésor ou du directeur de la sécurité sociale ou de leurs représentants, du membre du collège et des services de l'Autorité chargés d'assister ce dernier ou de le représenter. Elle rend une décision motivée.

Les dispositions de l'article L. 612-36 sont applicables aux décisions de la commission des sanctions.

Lorsqu'elle prononce une sanction disciplinaire à l'encontre d'un prestataire de services d'investissement au titre de ses obligations prudentielles, l'Autorité de contrôle prudentiel en informe l'Autorité des marchés financiers »

¹²²⁶ Article L.612-39 du Code monétaire et financier « *Si l'une des personnes mentionnées au I de l'article L. 612-2, à l'exception de celles mentionnées aux 4° et 5° du A et au 4° du B, a enfreint une disposition législative ou réglementaire au respect de laquelle l'Autorité a pour mission de veiller ou des codes de conduite homologués applicables à sa profession, n'a pas remis à l'Autorité le programme de rétablissement demandé, n'a pas tenu compte d'une mise en garde, n'a pas déféré à une mise en demeure ou n'a pas respecté les conditions particulières posées ou les engagements pris à l'occasion d'une demande d'agrément, d'autorisation ou de dérogation prévue par les dispositions législatives ou réglementaires applicables, la commission des sanctions peut prononcer l'une ou plusieurs des sanctions disciplinaires suivantes, en fonction de la gravité du manquement :*

1° L'avertissement ;

3° L'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité;

4° La suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants ou, dans le cas d'un établissement de paiement exerçant des activités hybrides, des personnes déclarées responsables de la gestion des activités de services de paiement, avec ou sans nomination d'administrateur provisoire ;

En ce qui concerne les avocats, ceux-ci peuvent commencer leurs activités à compter de l'inscription au barreau du ressort dans lequel ils exercent leurs activités et sont soumis à un contrôle qui n'est toutefois pas comparable à celui dont font l'objet les établissements de crédit et les compagnies d'assurance.

Les avocats peuvent néanmoins faire l'objet d'une procédure disciplinaire¹²²⁷. Un conseil de discipline est institué pour connaître des infractions et fautes commises par les avocats en cas de violation des principes essentiels de la profession¹²²⁸.

L'exercice de l'activité de fiduciaire par les avocats a ainsi nécessité certains aménagements. Depuis le décret n° 2009-1627 du 26 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats¹²²⁹, les avocats fiduciaires doivent assurer les risques liés à cette nouvelle activité en

5° La démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants ou, dans le cas d'un établissement de paiement exerçant des activités hybrides, des personnes déclarées responsables de la gestion des activités de services de paiement, avec ou sans nomination d'administrateur provisoire ;

6° Le retrait partiel d'agrément ;

7° Le retrait total d'agrément ou la radiation de la liste des personnes agréées, avec ou sans nomination d'un liquidateur.

Les sanctions mentionnées aux 3° et 4° ne peuvent, dans leur durée, excéder dix ans.

Lorsque la procédure de sanction engagée peut conduire à l'application de sanctions à des dirigeants, la formation de l'Autorité qui a décidé de l'engagement de la procédure indique expressément, dans la notification de griefs, que les sanctions mentionnées aux 4° et 5° sont susceptibles d'être prononcées à l'encontre des dirigeants qu'elle désigne, en précisant les éléments susceptibles de fonder leur responsabilité directe et personnelle dans les manquements ou infractions en cause, et la commission des sanctions veille au respect à leur égard du caractère contradictoire de la procédure.

La commission des sanctions peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire au plus égale à cent millions d'euros.

La commission des sanctions peut assortir la sanction d'une astreinte, dont elle fixe le montant et la date d'effet. Un décret en Conseil d'Etat fixe la procédure applicable, le montant journalier maximum de l'astreinte et les modalités selon lesquelles, en cas d'inexécution totale ou partielle ou de retard d'exécution, il est procédé à la liquidation de l'astreinte.

La commission des sanctions peut également prononcer les sanctions mentionnées au présent article s'il n'a pas été déféré aux injonctions prévues aux articles L. 511-41-3 et L. 522-15-1 et aux exigences complémentaires prévues au second alinéa de l'article L. 334-1 du code des assurances, au premier alinéa de l'article L. 510-1-1 du code de la mutualité ou au premier alinéa de l'article L. 931-18 du code de la sécurité sociale.

La décision de la commission des sanctions est rendue publique dans les publications, journaux ou supports qu'elle désigne, dans un format proportionné à la faute commise et à la sanction infligée. Les frais sont supportés par les personnes sanctionnées. Toutefois, lorsque la publication risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause, la décision de la commission peut prévoir qu'elle ne sera pas publiée ».

¹²²⁷ Loi 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques

¹²²⁸ Pour le barreau de Paris, le Conseil de l'Ordre de Paris, siégeant comme conseil de discipline connaît des infractions et fautes commises par les avocats qui sont inscrits au barreau de Paris.

¹²²⁹ Ce décret modifie le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Il définit les modalités d'exercice par cette profession de la fiducie, activité instaurée en France par la loi

contractant une assurance préalablement à la signature d'un contrat de fiducie en qualité de fiduciaire. De plus, ce décret comporte ensuite des dispositions adaptant les règles relatives à la comptabilité de l'avocat à cette nouvelle activité.

La profession des avocats, soucieuse d'apporter, dans l'exercice de cette activité, un niveau de sécurité au moins aussi élevé que pour ses autres activités, a souhaité imposer aux avocats fiduciaires un régime obligatoire de déclaration préalable au conseil de l'ordre dont dépend l'avocat.

Cette déclaration porte sur l'intention d'exercer cette activité et comporte également une attestation des assurances professionnelles spécifiquement souscrites. Ces assurances spéciales correspondent aux deux régimes d'assurance prévus par la loi du 31 décembre 1971:

- une assurance de responsabilité civile professionnelle¹²³⁰,
- une assurance dite « *au profit de qui il appartiendra* » dont l'objet est de garantir la restitution des biens confiés à l'avocat¹²³¹.

Les avocats ont rencontré d'importantes difficultés pratiques pour assurer cette activité et obtenir une assurance dite « *au profit de qui il appartiendra* ». Désormais, depuis le décret 2011-1319 du 18 octobre 2011 relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire¹²³², les avocats souhaitant exercer l'activité de fiduciaire disposent d'une option. Ils peuvent, soit contracter une assurance dite « *au profit de qui il appartiendra* », soit obtenir des garanties financières.

n° 2007-211 du 19 février 2007 et ouverte aux avocats par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie.

¹²³⁰ La définition de l'assurance de responsabilité civile professionnelle de l'avocat fiduciaire est identique à celle de l'assurance que l'avocat doit souscrire pour ses autres activités. Son plafond minimal de garantie a été élevé, à la demande de la profession, de 305 000 € à 1 500 000 €, afin de le rendre plus conforme aux risques professionnels actuels.

¹²³¹ L'assurance dite « *au profit de qui il appartiendra* » a dû, quant à elle, faire l'objet d'aménagements particuliers pour tenir compte de la spécificité de l'activité fiduciaire, laquelle suppose, par définition, le transfert d'un patrimoine confié à l'avocat. En effet, il n'est fixé aucune limite à l'étendue de ce patrimoine qui pourra dans certains cas être très conséquent et, par hypothèse, plus important que la valeur des biens jusqu'alors confiés par des tiers à des avocats. Une assurance minimale est par conséquent règlementairement prévue, laquelle n'interdit pas la souscription contractuelle de garanties supplémentaires, notamment de nature financière. Enfin, et pour évaluer le risque de la façon la plus pertinente possible, l'assureur auprès duquel l'assurance « *au profit de qui il appartiendra* » a été souscrite aura accès à la comptabilité de l'avocat fiduciaire, ainsi qu'à la liste des dépositaires auxquels ce dernier a recours dans son activité fiduciaire

¹²³² Le décret a été pris pour l'application de l'article 70 de la loi n° 2010-1249 du 20 octobre 2010 dite loi de « Régulation Bancaire et Financière »

Ces garanties financières¹²³³ ont pour objet de garantir la restitution des biens, droits ou sûretés transférés au fiduciaire¹²³⁴. Elles couvrent le risque de détournement mais pas les risques de mauvaise gestion¹²³⁵. Les organismes habilités à garantir l'activité fiduciaire des avocats sont les assurances, les banques, les établissements de crédit et les sociétés de caution mutuelle¹²³⁶.

L'assurance couvre « *aussi bien les préjudices dont l'avocat devra répondre au titre de sa responsabilité professionnelle que de son obligation de restitution des fonds, effets, titres et valeurs transférés dans le patrimoine fiduciaire* »¹²³⁷.

La réception des actifs pour le compte d'un client n'est pas l'activité traditionnelle des avocats. Certes, dans le cadre de ses activités professionnelles, l'avocat peut recevoir des fonds (effets ou valeurs) pour le compte de ses clients, dans ce cas, il remet pour le compte de son client les fonds à la CARPA¹²³⁸ par chèque ou virement en indiquant la nature de l'opération, le donneur d'ordre et le bénéficiaire de l'opération.

Ainsi, les fonds sont déposés sur un compte ouvert au nom de la CARPA dans les livres d'une banque ou de la Caisse des dépôts et consignations.

¹²³³ Dominique Legeais souligne que « (...) la qualification de garantie financière est source de confusion. Soit, en effet, il est fait appel à cette qualification pour désigner une garantie originale et dans ce cas, il ne faut pas engendrer la confusion en se référant au cautionnement. Soit, il s'agit d'un cautionnement, même assorti de quelques règles spécifiques et dans ce cas, la qualification de garantie est nulle » Revue de Droit Bancaire et Finance n°2, mars 2012, comm.

¹²³⁴ Dominique Legeais constate que « la garantie financière est un cautionnement et que le décret (2012-101 du 26 janvier 2012) confond cautionnement et caution. (...) La caution résulte d'une convention écrite qui en fixe les conditions générales et précise notamment le montant de la garantie accordée, les conditions de rémunération, les modalités de contrôle comptable ainsi que les contre-garanties éventuellement exigées par le garant. (...) Elle s'applique sur les seules justifications que la créance soit certaine, liquide et exigible et que la personne garantie (le fiduciaire) soit défaillante, sans que le garant puisse opposer au créancier le bénéfice de discussion. (...) Pour le garant, la défaillance de l'avocat garanti résulte d'une sommation de payer ou de restituer suivie de refus ou demeurée sans effet pendant un délai d'un mois à compter de la signification de la sommation faite à celui-ci. (...) Le paiement est effectué par le garant à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la présentation d'une demande écrite, sous réserve, le cas échéant, d'une contestation portée devant le juge » Revue de Droit Bancaire et Finance n°2, mars 2012, comm. 54

¹²³⁵ La garantie minimale est fixée comme pour l'assurance, à 5% des biens immeubles et 20% des autres biens ou valeurs transférés.

¹²³⁶ BNP Paribas a été le premier à proposer ce service aux avocats. Ainsi le 23 novembre 2012, BNP Paribas a officiellement lancé, en partenariat avec l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel de Paris, la première offre en France sur l'émission de garantie fiduciaire à destination des avocats fiduciaires, en présence de Marie-Claire Capobianco, Directeur des réseaux France, Membre du Comité Exécutif de BNP Paribas et de Maître Christiane Feral-Schuhl, Bâtonnier de Paris.

¹²³⁷ « L'avocat face à la fiducie : guide pratique de bonne conduite » Reinhard Dammann, André Albertini, JCP G, supplément au n°41, 10 octobre 2011 Paragraphe 28, citant l'article de Pierre Berger « L'Avocat fiduciaire » Revue Lamy droit civil, mai 2009, 60, p.70

¹²³⁸ Caisse des Règlements Pécuniaires des Avocats

La CARPA est détentrice des fonds, qui sont la propriété du client. Dans tous les cas, les managements de fonds nécessitent une autorisation écrite préalable du client. Ainsi, la représentation des fonds des clients remis à la CARPA est garantie. Les écritures afférentes à l'activité de chaque avocat sont retracées dans un sous-compte individuel. Par conséquent, nous pouvons constater que le fonctionnement de ces remises auprès de la CARPA n'est pas assimilable à une activité de fiduciaire. L'avocat fiduciaire est propriétaire des actifs qui lui sont remis, ce qui n'est pas le cas des fonds remis auprès de la CARPA, pour lesquels l'avocat n'agit qu'en qualité de mandataire de son client¹²³⁹.

Compte tenu de la spécificité de la fiducie au regard des activités traditionnelles de l'avocat et des règles déontologiques qui sont propres à ce dernier, notamment en matière de secret professionnel ou de contrôle, il est obligatoire pour un avocat exerçant l'activité de fiduciaire de tenir une comptabilité séparée. La séparation des comptes et de la comptabilité doit lui permettre de se conformer plus facilement aux règles propres à chacune de ses activités.

Ainsi, les mouvements de fonds relatifs à la fiducie ne transiteront pas par la CARPA, mais seront affectés à un compte dédié ouvert pour chacune des fiducies, ce qui semble logique, car les actifs remis en fiducie sont la propriété du fiduciaire.

Par ailleurs, la fiducie étant de nature à entraîner des mouvements de fonds plus nombreux et plus importants que les autres activités des avocats, elle requiert par conséquent une plus grande souplesse dans les règles régissant ces mouvements de fonds. Une exception est donc prévue, dans le cadre de la fiducie, au principe selon lequel tous les versements de fonds ou remises d'effets à un avocat donnent lieu à la délivrance d'un accusé de réception s'il n'en a pas donné quittance.

Actuellement en raison notamment de la nécessité d'obtenir des assurances ou des garanties financières et de mettre en place une organisation propre à cette activité de fiduciaire, les avocats n'exercent pas cette activité. Seul un avocat a déclaré dans le cadre d'une interview exercer cette activité¹²⁴⁰.

¹²³⁹ Sylvain Tandeau de Marsac rappelle que « *Le mécanisme de la fiducie qui opère un transfert patrimonial n'est pas conciliable avec les règles de fonctionnement de la CARPA fondées sur la notion de mandat. Ainsi, les éléments du patrimoine affecté sous cette forme à l'avocat fiduciaire ne transiteront pas par la CARPA* » « *L'avocat et la fiducie* » Gazette du Palais, 6 août 2009, n°218, page 4

¹²⁴⁰ Interview donnée au Journal du Dimanche en date du 10 mars 2013. Maître Didier Poulmaire déclare être le premier avocat à exercer cette activité de fiduciaire. Dans ce cadre, celui-ci est propriétaire de l'image de ses clients notamment Laury Thilleman (mannequin, « Ex Miss France »), et Jean-Eric Vergne (pilote de formule 1). (www.poulemaire.com)

Comme nous l'avons constaté au cours de nos réflexions, l'étendue des missions confiées au fiduciaire est très variable et compte tenu du caractère grave du transfert de propriété, il serait nécessaire que les fiduciaires obtiennent d'une autorité administrative indépendante un agrément préalable afin d'exercer cette nouvelle activité fiduciaire. Dans ce cadre, une liste officielle des fiduciaires autorisés à exercer cette activité serait ainsi établie.

Les établissements de crédit et les entreprises d'assurance sont déjà soumis à un fort contrôle prudentiel et disciplinaire, ce qui n'est pas le cas des avocats.

Dans un souci d'homogénéiser le marché des fiduciaires et afin de placer tous les fiduciaires sur un pied d'égalité, il pourrait être envisagé de créer une nouvelle autorité administrative indépendante.

Celle-ci s'appuierait sur le contrôle actuellement mené par l'ACP à l'égard des entreprises d'assurances et des établissements bancaires. Ces derniers, s'ils souhaitent exercer à titre régulier une activité de fiduciaire, devraient ainsi déposer une demande de modification de leur agrément en déposant un dossier auprès de cette autorité par l'intermédiaire de l'ACP.

Pour les avocats, cette nouvelle autorité indépendante serait en charge d'étudier toute demande d'agrément de fiduciaire en examinant un dossier d'agrément. Comme pour un dossier déposé auprès de l'ACP en vue de l'obtention d'un agrément d'établissement de crédit, il pourrait être envisagé que l'avocat dépose une requête présentant son programme d'activité de fiduciaire (fiducies portant sur des actifs mobiliers et immobiliers), les moyens humains et techniques mobilisés pour réaliser cette fonction et les assurances contractées.

De plus, le fiduciaire étant responsable sur son propre patrimoine des fautes qu'il peut commettre dans le cadre de sa mission¹²⁴¹, on pourrait notamment exiger que la société d'exercice libéral dans laquelle l'avocat fiduciaire exerce dispose d'un capital social en adéquation avec l'ampleur de l'activité de fiduciaire projetée¹²⁴².

En plus de cet agrément préalable, il serait nécessaire de prévoir la mise en place d'une réglementation propre à l'activité de fiduciaire et par conséquent, d'un pouvoir disciplinaire permettant de prononcer une interdiction d'exercer la profession de fiduciaire.

¹²⁴¹ Article 2026 du Code civil « *Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ».

¹²⁴² Article L.511-1 du code monétaire et financier « *Les établissements de crédit doivent disposer d'un capital libéré ou d'une dotation versée d'un montant au moins égal à une somme fixée par le Ministre en charge de l'Economie* ». Le règlement n°92-14 du 23 décembre 1992, impose aux banques c'est-à-dire les établissements de crédit autorisés à exercer les trois opérations de banque à titre habituel de disposer d'un capital libéré ou d'une dotation en capital d'un montant minimum de cinq millions d'euros

Cette autorité serait notamment en charge des contrôles réguliers à l'égard du fiduciaire avec une fréquence trimestrielle ou semestrielle afin de déceler les éventuels premiers écarts du fiduciaire.

Ces contrôles du fiduciaire se réaliseraient sous la forme de la transmission à l'autorité de tutelle d'une part, des comptes propres à chaque fiducie et d'autre part, des rapports d'activité. A côté de ce contrôle sur pièces, les fiduciaires pourraient également faire l'objet d'un contrôle sur place.

Ainsi, la mise en place d'une autorité de tutelle, chargée de l'agrément et de la surveillance des fiduciaires, permettrait de professionnaliser cette nouvelle fonction de fiduciaire et par conséquent d'assurer au constituant et au bénéficiaire qu'ils peuvent avoir confiance dans la fiducie et surtout dans le fiduciaire.

Cette autorité n'aurait qu'un impact très limité sur l'activité des établissements de crédit et des entreprises d'assurances, puisqu'ils sont déjà soumis au contrôle de l'ACP. En revanche l'exigence d'un agrément et le respect d'une réglementation propre à l'activité de fiduciaire, pourraient dissuader un grand nombre d'avocats d'exercer cette activité de fiduciaire, considérant alors cette autorité trop lourde notamment pour les cabinets disposant d'une structure légère.

Mais la création d'une telle autorité en charge de la surveillance des fiduciaires permettrait avant tout de créer un sentiment de confiance, ce qui n'est que la suite logique du sens du mot de fiducie qui vient du latin *fides*, la confiance.

Mais pour que cette autorité soit respectée, il est nécessaire de constituer un corps d'experts indépendants.

2.2.2.2 Création d'un corps d'experts indépendants

Dans le cadre de la mise en place de cette autorité de tutelle, il serait également nécessaire de renforcer le suivi des fiduciaires par la création d'un corps d'experts indépendants agréés officiellement par ladite autorité.

Si les dispositions du Code civil permettent au constituant de faire appel à l'aide d'un tiers (article 2017 du Code civil¹²⁴³), cela nécessite de la part du constituant une attitude active et donc qu'il anticipe la situation de crise. Or, il est vraisemblable que le constituant ne fera

¹²⁴³ Article 2017 du Code civil « *Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant* »

appel à ce tiers que lorsque la situation deviendra difficile voire bloquée et par conséquent, il sera en général trop tard pour d'une part éviter la paralysie de la fiducie et d'autre part, trouver une solution amiable.

Il serait donc logique de créer un corps d'experts indépendants spécialisés dans la surveillance et qui seraient visés sur une liste officielle mise en place par l'autorité qui octroie les agréments. Ces experts devraient être des professionnels ayant une expérience significative dans la gestion d'actifs mobiliers ou immobiliers.

Ces experts auraient une fonction de surveillance et de manière aléatoire iraient contrôler l'activité des fiduciaires. Ils pourraient également être saisis à la demande du constituant ou du bénéficiaire. Le rôle de ces experts ne serait pas de se substituer au juge, mais d'apporter une aide d'expert au constituant ou au bénéficiaire et de s'assurer que le fiduciaire agit conformément aux instructions qui lui ont été données par la fiducie. Si l'expert considère qu'une quelconque faute a été commise par le fiduciaire, il transmettra les conclusions de son enquête à l'autorité administrative. Cette dernière décidera ou non d'intenter une procédure disciplinaire à l'encontre du fiduciaire.

Etant précisé, qu'il sera primordial de préciser si l'expert est spécialisé dans la gestion d'actifs immobiliers ou d'actifs mobiliers. Pour illustration, en aucun cas, un expert spécialisé dans l'asset management d'actifs mobiliers ne pourra intervenir dans une fiducie ayant organisé le transfert d'un actif immobilier.

2.2.2.3 Code de bonne conduite

Dans le même esprit et dans la suite logique de la création d'une autorité de tutelle, il conviendrait d'établir un code de bonne conduite qui devrait être respecté par les fiduciaires. Comme le fait remarquer, James Leavy, « *La loi française renvoie seulement au contrat de fiducie (donc au cas par cas) pour déterminer les pouvoirs et devoirs du fiduciaire dans l'administration du patrimoine fiduciaire* »¹²⁴⁴. Ce n'est pas le cas au Québec où l'administration du patrimoine fiduciaire est encadrée par la loi. En France, l'essentiel des dispositions régissant la fiducie se trouve dans les conventions. Le fiduciaire au Québec n'est pas propriétaire des actifs puisque ceux-ci sont compris dans un patrimoine à but.

Dans le souci de régler de manière générale la fiducie, le Code civil du Québec a alors établi un code de bonne conduite. Selon l'article 1278 du Code civil du Québec « *le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux*

¹²⁴⁴ « *Administration de la fiducie : Quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire* » James Leavy, Banque & Droit, n°123, Janvier-février 2009, page 14

biens que le composent sont établis à son nom ; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration », il (le fiduciaire québécois) est soumis à un véritable Code de bonne conduite intégré aux articles 1299 à 1370 du Code civil du Québec sous le titre septième « De l'administration du bien d'autrui » du livre quatrième « Des biens ».

Etant précisé que lesdites dispositions ne s'appliquent pas seulement aux seuls fiduciaires mais également à toute personne qui « *est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui (...)* »¹²⁴⁵. Ainsi ces dispositions s'appliquent également aux liquidateurs de succession, tuteurs, curateurs, séquestres et gérants de copropriété.

Ainsi le fiduciaire en sa qualité d'administrateur du bien d'autrui est « *(..) sujet à des devoirs d'honnêteté et de loyauté*¹²⁴⁶, *il doit agir dans le meilleur intérêt du bénéficiaire*¹²⁴⁷, *éviter les conflits d'intérêts*¹²⁴⁸, *les dénoncer s'ils existent ou sont susceptibles d'exister*¹²⁴⁹, *ne pas être partie à un contrat qui touche les biens administrés ou acquérir des droits sur eux*¹²⁵⁰, *ne pas confondre les biens administrés avec les siens*¹²⁵¹, *et ne pas utiliser à son profit les biens administrés ou l'information obtenue en raison de son administration, sauf consentement du*

¹²⁴⁵ Article 1299 du Code civil du Québec

¹²⁴⁶ Article 1309 du Code civil du Québec « *L'administrateur doit agir avec prudence et diligence.*

Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie. »

¹²⁴⁷ Article 1309 du Code civil du Québec cité ci-dessus

¹²⁴⁸ Article 1310 du Code civil du Québec « *L'administrateur ne peut exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt ni dans celui d'un tiers; il ne peut non plus se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur.*

S'il est lui-même bénéficiaire, il doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt commun, en considérant son intérêt au même titre que celui des autres bénéficiaires ».

¹²⁴⁹ Article 1311 du Code civil du Québec « *L'administrateur doit, sans délai, dénoncer au bénéficiaire tout intérêt qu'il a dans une entreprise et qui est susceptible de le placer en situation de conflit d'intérêts, ainsi que les droits qu'il peut faire valoir contre lui ou dans les biens administrés, en indiquant, le cas échéant, la nature et la valeur de ces droits. Il n'est pas tenu de dénoncer l'intérêt ou les droits qui résultent de l'acte ayant donné lieu à l'administration.*

Sont dénoncés à la personne ou à l'organisme désigné par la loi, l'intérêt ou les droits portant sur les biens d'une fiducie soumise à leur surveillance ».

¹²⁵⁰ Article 1312 du Code civil du Québec « *L'administrateur ne peut, pendant son administration, se porter partie à un contrat qui touche les biens administrés, ni acquérir autrement que par succession des droits sur ces biens ou contre le bénéficiaire.*

Il peut, néanmoins, y être expressément autorisé par le bénéficiaire ou, en cas d'empêchement ou à défaut d'un bénéficiaire déterminé, par le tribunal ».

¹²⁵¹ Article 1313 du Code civil du Québec « *L'administrateur ne doit pas confondre les biens administrés avec ses propres biens »*

bénéficiaire¹²⁵², il doit rendre compte au bénéficiaire de tous ses profits et avantages personnels, et indemniser le bénéficiaire s'il utilise un bien sans y être autorisé¹²⁵³. On reconnaît ici presque tous les aspects des fiduciary duties de common law (...) »¹²⁵⁴.

Comme le remarque, James Leavy « cet encadrement de l'administration fiduciaire au Québec contraste singulièrement avec la législation française (...) la différence entre l'attitude libérale du Code civil du Québec et celle plus règlementaire du Code civil, s'explique en partie par le fait que la fiducie française s'adresse à une clientèle plus restreinte et en principe avertie tandis que la fiducie québécoise est destinée aux entreprises mais aussi et même surtout, au grand public. (...) Dans ce contexte, on peut expliquer l'inclusion au Code civil du Québec d'un code de conduite pour les fiduciaires par le souhait d'une protection des particuliers qui forment l'essentiel des constituants et bénéficiaires des fiducies créés au Québec »¹²⁵⁵.

Depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008 qui a abrogé l'article 2014 du Code civil¹²⁵⁶, toutes les personnes physiques ou morales peuvent participer à une fiducie, en qualité de constituant et non plus les seules personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés.

Par conséquent, la fiducie est destinée au grand public et la mise en place d'un code de bonne conduite est d'autant plus justifiée et nécessaire. C'est dans cet esprit que les membres de l'association française des fiduciaires se sont engagés à développer l'activité fiduciaire en

¹²⁵² Article 1314 du Code civil du Québec « L'administrateur ne peut utiliser à son profit le bien qu'il administre ou l'information qu'il obtient en raison même de son administration, à moins que le bénéficiaire n'ait consenti à un tel usage ou qu'il ne résulte de la loi ou de l'acte constitutif de l'administration »

¹²⁵³ Article 1366 du Code civil du Québec « L'administrateur doit remettre tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au bénéficiaire ou au patrimoine fiduciaire; il est aussi comptable de tout profit ou avantage personnel qu'il a réalisé en utilisant, sans y être autorisé, l'information qu'il détenait en raison de son administration.

L'administrateur qui a utilisé un bien sans y être autorisé est tenu d'indemniser le bénéficiaire ou le patrimoine fiduciaire pour son usage, en payant soit un loyer approprié, soit l'intérêt sur le numéraire ».

¹²⁵⁴ « Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du Code civil du Québec » Paul Martel, Revue du Barreau/Tome 61/Automne 2001, page 323

¹²⁵⁵ « Administration de la fiducie : Quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire » James Leavy, Banque & Droit, n°123, Janvier-février 2009, page 14. James Leavy rappelle que le législateur français dans un souci d'éviter toute évasion fiscale ou de blanchiment au moyen d'une fiducie a établi un code de bonne conduite qui concerne uniquement les aspects fiscaux de la fiducie et les informations à fournir aux autorités de contrôle en matière de blanchiment.

¹²⁵⁶ Ancien article 2014 du Code civil « Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés ».

respectant les devoirs de transparence¹²⁵⁷, de loyauté¹²⁵⁸ et d'efficacité¹²⁵⁹. Ces principes ne doivent être respectés que par les membres de cette association et aucune sanction découlant de leur non respect ne semble avoir été prévue. On peut néanmoins considérer qu'il s'agit d'une première étape vers l'élaboration d'un code de bonne conduite qui sera consacré par le pouvoir législatif ou réglementaire.

Nous avons donc au cours de cette partie, porté notre attention sur les conséquences liées au transfert de cette propriété au fiduciaire. Ainsi, nous avons rappelé que le fiduciaire a une mission qui est propre à chaque fiducie pour laquelle il peut engager sa responsabilité civile et pénale. Compte tenu des risques liés à cette activité, la pratique a mis en place certaines

¹²⁵⁷ « *Le Fiduciaire s'engage à présenter un descriptif aussi détaillé que possible des principes généraux des conventions de fiducie à tout constituant et bénéficiaire potentiels faisant état de ses compétences professionnelles et de tout savoir-faire qu'il serait amené à utiliser au cours de son activité de Fiduciaire.*

Le Fiduciaire s'engage à expliquer au constituant, en préalable du contrat de fiducie, les effets de droits entraînés par la transmission de la propriété fiduciaire.

Le Fiduciaire mettra toute sa diligence dans le contrôle de la rédaction du contrat de fiducie et attirera en tout point l'attention du constituant et du bénéficiaire sur tout point qu'il estime à risque pour l'efficacité de la mission du Fiduciaire.

Les conditions de rémunération du Fiduciaire seront expressément stipulées et détaillées dans le contrat de Fiducie.

Vis-à-vis des Tiers, le Fiduciaire s'engage à faire état de sa fonction dès qu'il agit ès qualités dans le cadre de la mission qui lui est confiée.

Le Fiduciaire attachera le même souci de transparence dans la conduite de ses relations avec les Tiers protecteurs le cas échéant. »

¹²⁵⁸ « *Dans le cadre de la réalisation de la mission fixée dans le contrat de fiducie, le Fiduciaire s'engage à mettre en œuvre une gestion fidèle aux stipulations du contrat.*

Le Fiduciaire sera particulièrement sensible à prévenir tout conflit d'intérêt, et agira au mieux des intérêts de ses clients afin de développer une Bonne Pratique de place.

Le Fiduciaire, à moins qu'il ne soit un établissement de crédit, une entreprise d'assurance ou une institution monétaire et/ou financière agréée par l'Etat, communiquera l'attestation d'assurance couvrant sa responsabilité civile sur simple demande au constituant et au bénéficiaire. »

¹²⁵⁹ « *Le fiduciaire s'engage à ne signer de contrat de fiducie qu'à la condition d'avoir au préalable vérifié la possibilité pour son établissement d'assurer l'ensemble des missions de base du fiduciaire.*

Le Fiduciaire s'engage à réaliser personnellement l'objet de la fiducie. Il s'assurera du concours de toute personne tierce au contrat de fiducie dont le savoir-faire, les méthodes, la qualité ou l'expérience permettront à la mission fixée dans le contrat d'être satisfaite.

Le Fiduciaire chaque fois qu'il le pourra, aura à cœur d'approfondir sa connaissance de la situation personnelle du constituant, de celle du bénéficiaire et des enjeux entourant la signature du contrat de fiducie en mettant en place un suivi individuel et régulier avec les signataires du contrat tout au long de son exécution.

Dans le cadre de sa mission, le Fiduciaire s'efforcera d'anticiper les attentes du constituant et du bénéficiaire en mettant en place une gestion réactive et équilibrée correspondant aux attentes du client.

Les Fiduciaires s'engagent à participer au développement de l'Institution sur la Place financière, par l'observation des présentes règles, par l'échange, le dialogue, la pédagogie, entre membres, entre Fiduciaires et avec le Public. »

techniques visant à limiter ou à transférer les risques du fiduciaire. Pour plus de pérennité, nous venons de présenter une proposition qui consisterait à régler cette nouvelle activité de fiduciaire. Enfin, il nous reste à examiner dans nos prochains développements le régime de la propriété fiduciaire dans le dénouement de la fiducie.

2.3 Le régime de la propriété fiduciaire au dénouement de la fiducie : un nouveau transfert

Au dénouement de la fiducie, le fiduciaire va transmettre le patrimoine d'affectation soit au constituant soit à un bénéficiaire ou à un tiers. Les différentes parties au contrat de fiducie deviennent ainsi les témoins de la « *mutation de la propriété fiduciaire en propriété pleine et entière* »¹²⁶⁰ au profit du constituant, du bénéficiaire voire d'un tiers¹²⁶¹.

Comme le précise Claude Witz, « *A l'extinction de la fiducie, la propriété finalisée est appelée à se transformer en propriété pleine et entière au profit du bénéficiaire ou, le cas échéant, au profit du constituant* »¹²⁶².

Nicolas Borga rappelle cette obligation à la charge du fiduciaire de transmettre la propriété de l'actif mis en fiducie et souligne que le « *fiduciaire n'est certes pas un détenteur précaire, mais (...) qu'il est en principe tenu de transférer à nouveau la propriété des biens reçus au constituant ou à un tiers (sauf à les conserver définitivement dans l'hypothèse où le fiduciaire serait le bénéficiaire dans le cas d'une fiducie-sûreté). Ce (l'obligation de restitution) n'est toutefois par là une obligation née dans l'exercice de sa mission, cette dernière étant par hypothèse achevée* »¹²⁶³.

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 n'avait apporté de précisions que pour les dénouements anormaux du contrat de fiducie, c'est-à-dire l'absence du bénéficiaire, la liquidation judiciaire, la dissolution ou la disparition du fiduciaire suite à une cession ou une absorption¹²⁶⁴. L'article 18-1 de la loi n°2008-776 dite de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 (« LME ») a ajouté le décès du constituant (article 2029 alinéa 1 du Code civil¹²⁶⁵).

Or, cette obligation de transférer la propriété des biens constitue l'une des obligations essentielles à la charge du fiduciaire et marque la fin de sa mission de fiduciaire. Cette

¹²⁶⁰ « *Fascicule 786 : Fiducie – effets et extinction* » JurisClasseur, Claude Witz, paragraphe 73, mars 2012

¹²⁶¹ Transfert par le fiduciaire à un tiers dans le cadre de la réalisation d'une fiducie sûreté

¹²⁶² Comme le rappelle Claude Witz « *Fiducie – Effets et extinctions* » fascicule 784, JurisClasseur Banque – Crédit- Bourse, paragraphe 73

¹²⁶³ « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » Nicolas Borga, Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47, paragraphe 13

¹²⁶⁴ Article 2029 dans sa version initiale tel qu'introduit par la loi du 19 février 2007 dispose que le contrat de fiducie prend fin « (...) *si le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution, ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption* »

¹²⁶⁵ Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession. Néanmoins, pour les fiducies-sûreté, la mort du constituant ne constitue pas un cas de dénouement anticipé de la fiducie (articles 2488-1 et 2372-1 du Code civil).

obligation est inévitable car elle découle logiquement de la durée limitée du contrat de fiducie (limitée à 99 ans¹²⁶⁶).

La LME et l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 ont précisé les conditions de dénouement de la fiducie-sûreté. Ainsi, l'ordonnance a ajouté d'une part, les articles 2372-1 et suivants du Code civil pour les meubles apportés en garantie et d'autre part, les articles 2488-1 et suivants du Code civil pour les immeubles apportés en garantie.

Chacune de ces deux « *dispositions jumelles* »¹²⁶⁷ ajoutées prévoit deux hypothèses, l'une lorsque le fiduciaire est également créancier, l'autre lorsque le fiduciaire n'est pas créancier.

Lorsque l'on envisage la fin d'un contrat de fiducie, il est possible de distinguer d'une part, les causes tenant à l'opération et d'autre part, les causes découlant de l'issue de la convention de fiducie. Cette scission regroupe également les causes accidentelles des causes anormales de la fin du contrat de fiducie.

2.3.1 Les causes de dénouement d'une fiducie

2.3.1.1 Les causes tenant aux parties : dénouement accidentel

Les articles 2029, 2030 et 2031 du Code civil visent toutes les situations dans lesquelles il est mis fin au contrat de fiducie. Ces articles ont été modifiés depuis leur introduction en 2007.

Un cas a été abrogé par l'article 19 V de la LME, il s'agit du cas particulier dans lequel le constituant révoquait son option de se soumettre à l'impôt sur les sociétés. Cette suppression, saluées par tous les commentateurs, se comprend aisément car la fiducie jusqu'au vote de la LME, ne permettait qu'aux seules personnes morales soumises ou ayant opté pour l'impôt sur les sociétés de constituer une fiducie¹²⁶⁸.

Compte tenu de la possibilité offerte par les dispositions de la LME de permettre à toutes les personnes physiques ou morales de s'engager dans un contrat de fiducie en qualité de constituant, le législateur a ajouté un nouveau cas de fin accidentelle, il s'agit du décès du

¹²⁶⁶ Article 2018 2° du Code civil tel que modifié par la LME « *La durée du transfert qui, ne peut excéder quatre vingt dix neuf ans à compter de la signature du contrat* »

¹²⁶⁷ Expression utilisée par Philippe Dupichot dans son article intitulé « *La fiducie sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009* », JCP N n°17, 24 avril 2009, 1138, paragraphe 4

¹²⁶⁸ Article 2014 du Code civil « *Seuls peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés* »

constituant qui serait une personne physique. Cet ajout trouvait à s'appliquer naturellement aux fiducies-gestion ; mais, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, il n'était pas logique que le créancier assiste passivement à la disparition de sa garantie sans avoir été désintéressé. Comme le fait remarquer Bénédicte François, « *cette anomalie a été corrigée (ultérieurement) par la loi n°2009-526 (par l'introduction de deux nouveaux articles) qui prévoit que, par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie-sûreté* »¹²⁶⁹.

Un autre cas de fin prématurée doit être pris en compte par les parties à un contrat de fiducie, il s'agit de la disparition suite à une cession ou une absorption du fiduciaire. D'après Bénédicte François¹²⁷⁰, cette hypothèse de cession ne serait envisagée que dans le cadre d'une procédure collective. Cependant, compte tenu de l'absence de précision du texte, nous estimons qu'il conviendrait d'avoir une interprétation large de ses dispositions afin d'éviter toute mauvaise surprise. C'est pourquoi ce risque de cession ou de fusion doit être anticipé de la part des parties à un contrat de fiducie et nous avons pu constater par le passé que les phénomènes de rapprochement entre les sociétés, notamment entre les compagnies d'assurance et les établissements de crédit, sont difficilement prévisibles. C'est pourquoi, la convention de fiducie doit anticiper ce risque et prévoir qu'en cas de survenance prochaine de fusion ou cession, le patrimoine fiduciaire doit être transféré à un autre fiduciaire, antérieurement à la réalisation de cette opération.

Depuis la LME, l'article 2015 du Code civil a été modifié afin d'accorder aux avocats la possibilité d'exercer la fonction de fiduciaire. Ainsi, l'article 2015 alinéa 2 dispose que « *Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire* ». Si l'avocat fiduciaire est frappé d'une sanction disciplinaire l'empêchant d'exercer sa

¹²⁶⁹ Article 2372-1 du Code civil pour les biens mobiliers et article 2488-1 du Code civil pour les biens immobiliers « *Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application du présent chapitre* ».

¹²⁷⁰ « *On peut penser qu'il est fait allusion à la cession du fiduciaire prononcée à l'occasion d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire* » Bénédicte François, Répertoire Dalloz, « *Fiducie* » paragraphe 198. L'auteur cite l'ouvrage la « *La Fiducie : Mode d'emploi* », dossier pratique Francis Lefebvre. Cet ouvrage indique que c'est « *cette hypothèse qu'envisageait la proposition de loi instituant la fiducie : elle prévoyait que le contrat de fiducie prenait fin en cas de disparition de l'une des personnes morales partie au contrat en qualité de fiduciaire par suite d'une absorption ou d'une cession prononcée dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire* » paragraphe 7032

profession : interdiction temporaire, radiation ou omission du tableau, le contrat de fiducie prend également fin de plein droit¹²⁷¹.

Nous constatons que les avocats ne sont pas traités comme les autres fiduciaires. Ainsi, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les compagnies d'assurance peuvent être frappés d'une interdiction temporaire voire se faire retirer leur agrément par l'autorité de contrôle prudentiel, ces sanctions ne mettent pas fin automatiquement à la fiducie.

Or, lorsqu'un avocat fiduciaire est frappé d'une interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau, le contrat de fiducie prend fin. Il convient de rappeler que l'omission du tableau d'un avocat n'est pas automatiquement liée au prononcé d'une sanction à l'encontre de l'avocat¹²⁷² et qu'il n'est donc pas logique que l'omission provoque la fin du contrat de fiducie. Dans ce dernier cas, il aurait été logique de prévoir tout simplement que le patrimoine fiduciaire soit transmis à un autre fiduciaire.

Cependant, les parties à un contrat de fiducie peuvent éviter l'extinction du contrat de fiducie de plein droit. En effet, l'article 2029 du Code civil alinéa 2 dispose que le contrat de fiducie prend fin « *lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau* » sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit. Ainsi comme l'indique Claude Witz, « (...) le contrat peut prévaloir une survie de la fiducie en cas de disparition du fiduciaire de la scène juridique. Les contractants gagneront à user de la liberté contractuelle qui leur est

¹²⁷¹ Comme l'indique Claude Witz, « *Il eût été utile de prévoir également, semble-t-il, le décès de l'avocat fiduciaire, en raison du laps de temps entre cet événement et la radiation du tableau* » Fascicule 786 « *Fiducie : effets et extinction* » JurisClasseur Banque Crédit Bourse

¹²⁷² L'article 105 du décret 91-1197 du 27 novembre 1991 « *Peut être omis du tableau* :

1° *L'avocat qui, soit par l'effet de maladie ou infirmité graves ou permanentes, soit par acceptation d'activités étrangères au barreau, est empêché d'exercer réellement sa profession;*

2° *L'avocat qui, sans motifs valables, n'acquiesce pas dans les délais prescrits sa contribution aux charges de l'ordre ou sa cotisation à la Caisse nationale des barreaux français ou au Conseil national des barreaux, soit les sommes dues au titre des droits de plaidoirie ou appelées par la caisse au titre de la contribution équivalente ;*

3° *L'avocat qui, sans motifs légitimes, n'exerce pas effectivement sa profession. »*

ouverte alors que celle-ci leur est fermée dans les cas précédents (réalisation du but, survenance du terme, décès du constituant). »¹²⁷³.

Enfin, le dernier cas de fin inattendue de la fiducie est constitué par la renonciation par tous les bénéficiaires de la fiducie.

La survenance de cette hypothèse paraît peu probable dans le cadre d'une fiducie-sûreté. Les créanciers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté renonceront à celle-ci à compter du remboursement de leur créance, il est difficile d'envisager un autre cas. Or cette hypothèse est déjà visée dans le premier alinéa de l'article 2029 du Code civil, c'est le cas de la réalisation du but poursuivi.

Dans le cadre d'une fiducie-gestion, la renonciation par le fiduciaire pourrait se rencontrer dans l'hypothèse où le constituant aurait besoin de récupérer très rapidement la propriété de l'actif pour effectuer une autre opération de placement (notamment plus intéressante financièrement), ce cas risque de se rencontrer fréquemment¹²⁷⁴. Béatrice Kan-Balivet critique cette possibilité car *« cela revient à lui octroyer un droit de libre révocabilité. L'objectif en instituant la fiducie, était précisément d'éviter cet inconvénient propre aux dispositifs fondés sur la représentation. Pour y obvier, il paraît possible d'insérer une clause précisant que le constituant accepte le bénéfice du contrat au lendemain de sa constitution »*¹²⁷⁵.

Ainsi, nous avons pu le constater dans la plupart des cas, les causes de dénouement de la fiducie tenant aux parties découlent d'évènements inattendus qui affaiblissent le fiduciaire et parfois le font disparaître. Les causes tenant à l'opération ne sont pas accidentelles mais découlent du dénouement naturel d'une fiducie.

¹²⁷³ Fascicule 786 « *Fiducie : Effets et extinction* » JurisClasseur Banque –Crédit Bourse, paragraphe 66

¹²⁷⁴ Comme dans le cadre des remboursements anticipés de financement, il est probable que les fiduciaires vont se protéger contre le comportement de certains constituants qui auraient tendance à changer d'avis trop soudainement. Ainsi, le fiduciaire pourrait imposer au constituant le paiement d'une indemnité afin de couvrir les frais liés à la rupture de contrat notamment si les actifs sont des fonds et que ceux-ci ont été investis par le fiduciaire sur le marché financier. Dans ce cas, le fiduciaire doit mettre fin à des positions lui faisant alors supporter des coûts financiers.

¹²⁷⁵ « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » Béatrice Kan-Balivet, Droit & Patrimoine, n°2009-185

2.3.1.2 *Les causes tenant à l'opération : le dénouement naturel*

2.3.1.2.1 Réalisation du but poursuivi et la survenance du terme

L'article 2029 du Code civil dispose que le contrat de fiducie « *prend fin (...) par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi* ».

La survenance du terme vise la durée du contrat de fiducie. Tout d'abord, il faut rappeler que la durée du contrat de fiducie, est une des mentions obligatoires imposées sous peine de nullité. A l'origine, celle-ci avait été fixée à trente trois ans à compter de la signature du contrat de fiducie¹²⁷⁶. Mais la durée de la fiducie a été augmentée à quatre vingt dix neuf ans par la loi dite de Modernisation de l'Economie¹²⁷⁷. L'avantage de cette augmentation de durée est de permettre de constituer une fiducie-sûreté dans le cadre de financements d'une très longue maturité¹²⁷⁸. Cette extension de durée présente également des avantages lorsque la fiducie constituée est rechargeable.

Enfin, nous estimons qu'il est possible de proroger la durée du contrat de fiducie au moyen de la signature d'un avenant si toutes les parties au contrat de fiducie acceptent cette prolongation. Néanmoins, il faudra réaliser certaines formalités, sous peine de nullité¹²⁷⁹.

La réalisation du but poursuivi d'une fiducie ne peut pas être définie de manière générale et absolue, car le but poursuivi est propre à chaque fiducie. Cependant, il est possible d'envisager les différentes grandes catégories de but poursuivi qui peuvent constater le terme d'une fiducie.

Dans le cadre d'une fiducie-gestion, compte tenu du fait que la loi interdit le recours à des fiducies libéralités, il revient au constituant de définir le but poursuivi par la fiducie. L'objet d'une fiducie-gestion est généralement de transférer des actifs ou leur contrevaletur à un fiduciaire, (professionnel de la gestion d'actifs) afin que celui-ci retransfère au constituant les

¹²⁷⁶ L'article 2018-1 2° du Code civil dans sa rédaction initiale « La durée du transfert, qui ne peut excéder trente-trois ans à compter de la signature du contrat »

¹²⁷⁷ L'article 2018-1 2° du Code civil dans sa rédaction nouvelle « *La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat* »

¹²⁷⁸ C'est le cas de certains financements de projets qui peuvent dans certains cas avoir une durée supérieure à trente ans, mais il convient de constater que depuis quelques années la durée des financements de projet a plutôt tendance à se réduire.

¹²⁷⁹ Attention, il faut que cet avenant fasse l'objet d'un enregistrement auprès du service des impôts du siège du fiduciaire. En effet, l'article 2019 du Code civil précise que « *A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du Code Général des Impôts* ». Il conviendra également de modifier la déclaration d'existence fiscale effectuée auprès de l'administration fiscale.

actifs ou leur contrevalet lorsque des objectifs ont été remplis (gestion active des actifs ou vente des actifs).

Un exemple de fiducie-gestion ayant fait l'objet de plusieurs applications est l'hypothèse par laquelle un propriétaire d'un actif désireux de s'en séparer rapidement (en l'espèce des actions cotées) transfère sa propriété à un fiduciaire qui a pour mission de les vendre aux meilleures conditions¹²⁸⁰. Dans ce cas, les biens transférés à la fiducie n'ont pas vocation à l'issue de celle-ci, à revenir au constituant, seul le produit de leur cession par le fiduciaire reviendra au constituant¹²⁸¹.

Par conséquent, si le fiduciaire a rempli ses objectifs soit de gestion ou de vente, ce dernier n'aura plus qu'à constater la réalisation du but poursuivi par la fiducie.

En ce qui concerne la fiducie-sûreté, le remboursement de la dette est également un exemple de réalisation de but poursuivi par la fiducie.

Sur le point du second transfert effectué à la fin de la fiducie, Béatrice Kan Balivet constate que « *les textes sont fort laconiques sur le dénouement normal du contrat (de fiducie), ce qui contraint les rédacteurs d'un tel contrat à les préciser* »¹²⁸².

Les parties doivent également déterminer précisément les créances garanties par le contrat de fiducie. Ainsi, comme le rappelle les auteurs de l'ouvrage « *Fiducie : Mode d'emploi* », si les créanciers « *souhaitent que la fiducie serve de véhicule à une garantie rechargeable, elles (les parties) doivent éviter de viser la garantie d'un prêt déterminé car, une fois le prêt remboursé, le contrat de fiducie prendra fin automatiquement, même à leur insu, ce qui les obligera à conclure un nouveau contrat si elles veulent affecter les biens du constituant à la garantie d'autres dettes* »¹²⁸³.

¹²⁸⁰ C'est-à-dire d'attendre une chance de remontée du cours de bourse ou de se donner du temps pour négocier leur cession en bloc « *Le 1er mars 2011, l'AMF a publié la déclaration de franchissement de seuils de la société Equitis Gestion1, agissant en qualité de fiduciaire, dans le capital de la société EUROPACORP. (...) L'AMF précise que « ce franchissement de seuils résulte du transfert de la pleine propriété de 1 634 454 actions EUROPA CORP en vertu d'une convention de fiducie-gestion conclue le 22 février 2011 entre M. Pierre-Ange Le Pogam (constituant et bénéficiaire de la fiducie) et la société Equitis Gestion (fiduciaire) et dont l'objet est de permettre la cession desdites actions "dans les meilleures conditions", le produit de chaque cession réalisée revenant à M. Pierre-Ange Le Pogam en sa qualité de bénéficiaire de la fiducie (...) Comme on le voit, la fiducie permet à un constituant de se séparer rapidement de ses titres, à un moment où il ne serait pas judicieux de les vendre sur le marché, afin de se ménager une chance de remontée de leur cours de bourse ou de se donner du temps pour négocier leur cession en bloc.* » Extraits de « *L'actualité de la Fiducie* » n°9 de mars 2011 par Benoit Teston et Thierry Brun

¹²⁸¹ Il s'agirait d'une fiducie dévolution non libérale

¹²⁸² Béatrice Kan-Balivet « *Les Clés du contrat de fiducie-gestion* » Droit & Patrimoine 2009 n°185

¹²⁸³ « *Fiducie : Mode d'emploi* », paragraphe 7020, édition à jour au 15 juin 2009

Mais la réalisation du but poursuivi et la survenance du terme ne sont pas les seules causes de dénouement de la fiducie, le non remboursement du financement garanti est également à l'origine du dénouement de la fiducie.

2.3.1.2.2 Non remboursement du financement garanti par une fiducie-sûreté

La défaillance du débiteur d'un financement garanti par une fiducie-sûreté a fait l'objet de développements de la part du législateur. L'ordonnance 2009-526 du 30 janvier 2009 a précisé les conditions dans lesquelles le fiduciaire devait transmettre cette propriété. Le législateur a établi des dispositions identiques concernant d'une part, les actifs mobiliers, et d'autre part, les actifs immobiliers. Pour ces deux types d'actifs le législateur a envisagé deux cas. Le premier vise les fiducies où le fiduciaire est également créancier du constituant. Le second traite de la situation dans laquelle le fiduciaire n'est pas créancier du constituant.

2.3.1.2.2.1 Attribution ou vente par le fiduciaire créancier

Dans l'hypothèse d'attribution, le fiduciaire en qualité de créancier acquiert alors la « *libre disposition* » du bien cédé affecté en garantie. Cette règle découle de l'article 2372-3 alinéa 1^{er}¹²⁸⁴ en matière mobilière et de l'article 2488-3 alinéa 1^{er}¹²⁸⁵ en matière immobilière.

Même si nous considérons que le fiduciaire est titulaire du droit de propriété tel que visé par l'article 544 du Code civil, nous pouvons dire que la propriété exercée par le fiduciaire deviendrait une propriété affranchie des termes de la convention de fiducie. Certains auteurs estiment que « *la propriété fiduciaire se convertira alors en une propriété ordinaire, suivant une automaticité qu'il reviendra aux parties d'arrêter* »¹²⁸⁶. D'autres auteurs évoquent la mutation d'une propriété fiduciaire en une propriété ordinaire¹²⁸⁷.

Dans ce contexte, nous considérons que le fiduciaire sera dégagé de ses engagements personnels d'exercer son droit de propriété conformément aux dispositions de la convention

¹²⁸⁴ « A défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien cédé à titre de garantie (...) »

¹²⁸⁵ « A défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien cédé à titre de garantie (...) »

¹²⁸⁶ « La fiducie sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », Philippe Dupichot, JCP N n°17, 24 avril 2009, 1138, paragraphe 13

¹²⁸⁷ « La vocation de la propriété-sûreté, réservée ou cédée, est, en cas de défaillance du débiteur, de s'épanouir en une propriété ordinaire afin qu'elle procure au créancier la valeur qui lui est due » « La fiducie sur ordonnances » Michel Grimaldi et Reinhard Dammann, Recueil Dalloz, 2009 p.670

de fiducie, ainsi il ne sera plus limité dans l'exercice de son droit de propriété par les termes de la convention.

Il est à noter que le législateur n'a pas prévu l'hypothèse dans laquelle le fiduciaire ne serait pas l'unique créancier mais ferait partie d'un « *pool* » de banques. Cela est regrettable car la fiducie-sûreté est surtout proposée comme garantie dans des crédits syndiqués. Ainsi, si une fiducie-sûreté est mise en place dans un crédit syndiqué, plusieurs situations pourraient se présenter pour le fiduciaire :

- Le fiduciaire pourrait s'approprier pour son propre compte le bien et restituer une part de la valeur du bien aux autres banques au prorata de leurs participations respectives au financement. En l'absence de disposition contractuelle expresse visant ce cas, cette possibilité pourrait être à l'origine de conflits d'intérêts entre le fiduciaire et les autres prêteurs, notamment si l'expertise du bien n'était pas impartiale et minorait la valeur de l'actif. Le risque de partialité de la part du fiduciaire est à écarter en raison du professionnalisme des personnes autorisées à exercer l'activité de fiduciaire.

Enfin, et en raisonnant par analogie avec la réalisation du pacte commissoire, les dispositions des conventions de crédits syndiqués ne prévoient pas la possibilité pour l'agent de s'approprier pour son propre compte l'actif nanti ou gagé et de redistribuer aux autres banques une éventuelle quote-part de la valeur de l'actif. C'est pourquoi, cette hypothèse de l'appropriation de la pleine propriété par le fiduciaire-bénéficiaire, en présence d'autres bénéficiaires ne semble pas envisageable.

- Le fiduciaire pourrait transférer cette propriété temporaire à la communauté des prêteurs dont il fait partie. Cette propriété temporaire deviendrait la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil mais serait alors détenue par les créanciers. Il s'agirait alors d'une propriété en indivision entre tous les créanciers.

Cette hypothèse semble inenvisageable dans la pratique car le fonctionnement d'une propriété indivise nécessite l'accord unanime des propriétaires indivisaires, ce qui semble difficile à obtenir dans un syndicat de banques. Les pools bancaires étant plus habitués à fonctionner (hormis certains cas très limités) sur le fondement d'une majorité qualifiée (66 2/3)¹²⁸⁸.

¹²⁸⁸ En outre, actuellement les banques ont tendance à ne pas conserver dans leurs livres les créances qu'elles détiennent. Elles les cèdent à d'autres types d'acteurs disposant de fonds propres (fonds de dettes, Fonds communs de titrisation, assureurs), qui n'ont pas forcément les mêmes intérêts que les créanciers originaux. Il sera donc encore plus difficile de trouver une unanimité entre des banques,

- Le fiduciaire serait autorisé à vendre l'actif pour le compte de tous les prêteurs et partager le produit de la vente entre eux. Ceci semble envisageable uniquement en présence de dispositions expresses et cela a déjà été prévu par les dispositions actuelles des conventions de fiducie-sûreté mises en place. En effet, les établissements de crédit n'ont pas vocation à devenir propriétaires d'actifs apportés en garantie. Nous avons pu constater que depuis l'introduction du pacte comissoire en droit français par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, les banques ne semblent pas vouloir utiliser cette faculté bien que celle-ci soit visée dans toutes les garanties.

Compte tenu de cette expérience, nous estimons que dans la majorité des cas lorsque le fiduciaire sera également créancier, il ne s'attribuera pas la propriété mais organisera la vente de l'actif à un tiers et en reversera le prix de la vente aux autres créanciers au prorata de leurs participations au financement.

2.3.1.2.2 Vente des actifs à un tiers par le fiduciaire non créancier

Dans ce cas, le créancier « *peut exiger la remise du bien (par le fiduciaire), dont il peut alors librement disposer ou, si la convention le prévoit, la vente du bien pour le compte des autres créanciers et la remise de tout ou partie du prix de vente* » (article 2372-3 alinéa 2 en matière mobilière¹²⁸⁹, article 2488-3 alinéa 2 en matière immobilière¹²⁹⁰).

Comme le soulignent Olivier Fille-Lambie et Louis-Jérôme, les bénéficiaires « *tiennent de la loi le droit personnel d'exiger du fiduciaire qu'il leur transfère la propriété de ces biens. Assurément pragmatiques, ces dispositions leur permettent de transformer leur droit personnel contre le fiduciaire en droit réel sur les biens objet de la fiducie ou, si le contrat le prévoit, sur le produit de leur vente* »¹²⁹¹.

partenaires du débiteur, qui ont participé au montage et des investisseurs qui n'ont acheté qu'une part de financement en raison de son bon rendement et de l'efficacité de la garantie proposée.

¹²⁸⁹ « (...) Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix. (...) »

¹²⁹⁰ « (...) Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si la convention le prévoit, la vente du bien et la remise de tout ou partie du prix. La valeur du bien est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Toute clause contraire est réputée non écrite (...) »

¹²⁹¹ « La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués » Olivier Fille-Lambie et Louis-Jérôme Laisney, Droit & Patrimoine, mai 2010

Les causes de dénouement naturel et accidentel de la fiducie ayant été présentées, il nous reste maintenant à examiner la nature de l'obligation à la charge du fiduciaire au dénouement de la fiducie.

2.3.2 La nature de l'obligation du fiduciaire

Dans le cadre d'une fiducie-gestion, les biens mis en fiducie ont vocation à intégrer le patrimoine du bénéficiaire. Mais, comme le remarque fort justement Claude Witz, le destinataire final des biens sera rarement un tiers bénéficiaire, compte tenu de l'interdiction d'organiser des fiducies-libéralité¹²⁹². Par conséquent, le fiduciaire devra restituer les biens au constituant. Il convient de noter que la fiducie-gestion a plus été utilisée en France comme vente à terme que dans le cadre d'une gestion patrimoniale.

Pour la fiducie-sûreté, le bien a vocation à revenir dans le patrimoine du constituant. Par contre, en cas de dénouement anormal du contrat de financement, la propriété sera transmise selon le cas, au fiduciaire, au créancier ou à un tiers.

La doctrine s'est interrogée sur les modalités du transfert de propriété au terme de la fiducie, à savoir si le transfert s'effectue de plein droit, ou s'il dépend de la réalisation d'une obligation à la charge du fiduciaire. De plus, si le transfert repose sur une obligation à la charge du fiduciaire, quelle est la nature de cette obligation? Est-ce une obligation personnelle et si oui quelle est sa nature? Une obligation de faire ou une obligation de donner? Claude Witz rappelle que ce débat trouve son origine du fait que «(..) *la doctrine française est profondément divisée quant au point de savoir si le transfert de propriété est un effet légal du contrat de base ou l'exécution d'une obligation de donner. (...) C'est ainsi qu'une partie de la doctrine voit dans le transfert final des éléments d'actifs l'exécution d'une obligation de donner à la charge du fiduciaire, laquelle s'opère néanmoins de plein droit, alors que d'autres auteurs l'analysent comme un effet légal du contrat de fiducie*»¹²⁹³.

Pour certains auteurs, le transfert ne serait pas forcément dans toutes les situations à la charge du fiduciaire. C'est l'opinion émise par Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing. Pour ces derniers, il existe deux types de transfert, l'un automatique, l'autre nécessitant un acte formel. Le caractère automatique dépend du type de mission confié au fiduciaire, fiducie-sûreté ou

¹²⁹² Article 2013 « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

¹²⁹³ « *Fascicule 786 Fiducie : Effets et Extinction* » JurisClasseur Banque Crédit Bourse, Claude Witz, paragraphe 78

fiducie-transmission. « Deux solutions sont concevables, ou bien le transfert s'opère de plein droit au jour où la fiducie prend fin, solution que retient la loi dans la cas particulier qu'elle traite (absence du bénéficiaire) ou bien le transfert résultant d'un nouvel acte translatif accompli par le fiduciaire, voire d'une tradition. Le choix ne peut pas être uniforme, il dépend de la mission du fiduciaire.

- S'il s'agit de conserver à titre de garantie le bien fiduciaire jusqu'au paiement, le défaut de paiement ne se traduit pas par une transmission, à titre commissaire, de la propriété de la chose puisque le fiduciaire créancier en est déjà propriétaire.

Dans le cas où le débiteur paie sa dette, la sûreté cesse instantanément et la chose donnée en garantie est transmise en retour au débiteur sans qu'une tradition soit nécessaire. Il en va de même quand la chose confiée au fiduciaire l'a été aux fins de conservation ou de gestion. La rétrocession a lieu de plein droit.

- En revanche si la mission a pour objet une transmission, celle-ci dépend nécessairement de l'initiative du fiduciaire et ne peut se produire sans une manifestation de sa volonté. Le transfert ne peut avoir lieu de plein droit. Le contrat de fiducie confère dans ce cas au dévolutaire la qualité de créancier d'une obligation de donner les biens formant le patrimoine fiduciaire dont le débiteur est le fiduciaire. Il s'agit d'un droit personnel dont l'exécution en nature est aisée mais qui ne procure à son titulaire aucun droit de suite à l'encontre d'un acquéreur de bonne foi de tout ou partie du patrimoine, nonobstant les éventuelles restrictions au droit de disposer du fiduciaire »¹²⁹⁴. Cependant, nous ne partageons pas totalement ce point de vue, car la fiducie-gestion ne pouvant être utilisée pour effectuer une libéralité, l'actif mis en fiducie a vocation à revenir dans le propre patrimoine du constituant. Dans ces conditions, les auteurs auraient pu soutenir que la rétrocession avait lieu de plein droit et que l'actif retournait automatiquement dans le patrimoine du constituant.

Camille de Lajarte estime que ce transfert de propriété ne découle pas de la volonté du fiduciaire ni de celle du bénéficiaire mais de la volonté du constituant¹²⁹⁵. C'est ce dernier qui

¹²⁹⁴ « Les biens » Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, paragraphe 287, Presses Universitaires de France, 3ème édition 2008 Il faut avoir présent à l'esprit que l'opinion précédemment rappelée a été émise avant l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui est venue préciser les modalités de la transmission du patrimoine fiduciaire dans le cadre des fiducies-sûretés lorsque le débiteur est défaillant en introduisant les articles 2372-1 et 2488-1 du Code civil 2009 afin d'organiser le transfert de propriété dans le cadre d'une fiducie-sûreté lorsque la défaillance du débiteur est constatée.

¹²⁹⁵ Il faut rappeler que les propos de l'auteur portent principalement sur les fiducies gestion et les fiducies transmission et sur les droits du bénéficiaire à l'encontre du fiduciaire. L'auteur revient sur la controverse relative à l'obligation de donner (paragraphe 48).

décide au moment de la signature de la convention de la fiducie « *du sort des biens fiduciaires à une date à laquelle il n'en sera plus propriétaire en recourant au mécanisme de l'obligation, en l'espèce à l'obligation de « dare » : le constituant impose au fiduciaire de transférer la propriété des biens fiduciaires à une date déterminée. Cette obligation de donner prend naissance à la conclusion du contrat de fiducie, devient exigible lorsque survient l'une des causes prévues à l'article 2029 du Code civil¹²⁹⁶ et s'exécute par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2019 alinéa 3, du même code¹²⁹⁷ ».*

Ainsi, cet auteur prend partie dans le débat qui se tient sur la qualification juridique à apporter à l'obligation par le fiduciaire de transférer les biens fiduciaires au bénéficiaire. Il s'agit d'une obligation de donner et non d'une obligation de faire.

Comme le rappelle l'auteur, « *l'obligation de faire contraint le débiteur à l'accomplissement d'une prestation tandis que l'obligation de donner impose au débiteur de transférer la propriété d'une chose ou tout autre droit réel. L'obligation faite au fiduciaire de transférer les biens fiduciaires au tiers bénéficiaire ne saurait être qualifiée d'obligation de ne pas faire puisque son exécution suppose nécessairement un acte positif de la part du débiteur* »¹²⁹⁸.

Il existe des enjeux liés à la qualification juridique de cette obligation en obligation de faire ou de donner. « *En cas de défaillance du fiduciaire, le recours à l'exécution forcée dépendra*

-
- La plupart des auteurs contemporains nie l'existence de l'obligation de donner et estime que le transfert de propriété s'opère solo consensu c'est-à-dire par leur seul échange des consentements des parties au contrat. Lorsque le transfert de propriété est différé, il n'en garde pas moins son caractère automatique, parce qu'il advient dès la réalisation de l'évènement envisagé.
 - Selon un autre courant, l'exécution de l'obligation de donner ne saurait être contestée, même si elle est masquée par son exécution immédiate dès la conclusion dans la vente lorsque l'acte d'aliénation porte sur un corps certain. Les partisans de cette opinion relèvent que cette obligation de donner réapparaît lorsque le transfert de propriété est différé c'est-à-dire qu'il s'effectue postérieurement à l'échange des consentements.
 - Enfin, selon un dernier courant soutenu par Philippe Delebecque et François Collart Dutilleul, dans le cadre d'une vente d'un corps certain, le transfert de propriété serait un effet légal du contrat et non l'exécution d'une obligation de donner. En revanche, lorsque le transfert de propriété est retardé en raison de la nature de la chose aliénée ou de la volonté des parties, le transfert n'est plus automatique mais suppose l'exécution d'une obligation de donner.

¹²⁹⁶ Article 2029 du Code civil : « *Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme.*

Lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, il prend également fin de plein droit, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit. Sous la même réserve, il prend fin lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau ».

¹²⁹⁷ « *La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie* » Camille de Lajarte, Revue Lamy Droit Civil, 2009, n°60, paragraphe 63

¹²⁹⁸ Camille de Lajarte, Op cit, paragraphe 47

de la qualification attribuée à l'obligation qui lui incombe. En effet, en vertu de l'article 1142 du Code civil, le recours à l'exécution forcée n'est en principe possible que si l'obligation du fiduciaire est qualifiée d'obligation de donner, l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire se résolvant en principe par l'allocation de dommages-intérêts (...). En outre, la nature des actions sanctionnant l'inexécution d'une obligation de donner sont des actions mobilières ou immobilières selon que l'acte porte sur un meuble ou un immeuble. Les actions sanctionnant l'inexécution d'une obligation de faire sont en revanche nécessairement mobilières. Les actions mobilières et immobilières n'obéissent pas au même régime procédural»¹²⁹⁹.

Selon Philippe Delebecque¹³⁰⁰, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, lorsque le créancier est remboursé, ce dernier devra restituer l'actif conformément aux dispositions de l'article 2030 du Code civil¹³⁰¹. Cette obligation de restitution à la charge du fiduciaire est une obligation de résultat. Des difficultés seront à prévoir si le bien restitué s'est abîmé, ou a été dégradé. Selon cet auteur, « ce sont les solutions admises en matière de gage qui devraient être admises : aussi devrait-on pour apprécier la responsabilité du fiduciaire raisonner en terme d'obligation de résultat atténuée »¹³⁰². Cette obligation prend naissance à compter du remboursement intégral de la dette¹³⁰³.

Cette position est conforme à l'idée de cet auteur de soutenir le concept que le transfert de propriété ne s'effectue pas par la rencontre des consentements mais par la réalisation d'une obligation de donner à la charge du vendeur. Cette obligation de donner se matérialise concrètement lorsque l'échange des consentements et le transfert de propriété sont dissociés¹³⁰⁴. Dans le cas de la fiducie-sûreté, le fiduciaire et le constituant ont accepté que la propriété soit transférée par le fiduciaire lorsque la créance sera remboursée par le constituant.

¹²⁹⁹ L'auteur rappelle néanmoins qu'il « est désormais admis que les obligations de faire ou de ne pas faire peuvent également faire l'objet d'une exécution forcée lorsque l'obligation litigieuse ne présente pas un caractère strictement personnel, autrement dit lorsque l'exécution forcée ne porte pas atteinte à la liberté du débiteur ».

¹³⁰⁰ « La responsabilité du fiduciaire » Philippe Delebecque, Droit & Patrimoine, 2009, n°189, « la responsabilité du fiduciaire » in « La fiducie dans tous ses états », Association Henri Capitant, Edition Dalloz, page 29

¹³⁰¹ « Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant. Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession ».

¹³⁰² « La responsabilité du fiduciaire » in « La fiducie dans tous ses états » Philippe Delebecque, paragraphe 16, page 29, Association Henri Capitant, édition Dalloz

¹³⁰³ Première chambre civile, Cour de cassation, 25 mai 2005, n°03-17.022, JurisData n°2005-028583, JCP E 2005, 1860, n°16, observations Philippe Delebecque

¹³⁰⁴ « Contrats civils et commerciaux » François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 200

Le remboursement de la créance constitue le terme qui retarde le transfert de propriété. A compter du remboursement, le fiduciaire serait débiteur d'une obligation de donner à l'encontre du constituant.

Cette opinion qui consiste à supporter l'idée que le transfert de propriété n'est pas automatique et qu'il repose sur l'exécution d'une obligation de donner à la charge du fiduciaire n'est pas partagée par tous.

Ainsi, Pascal Puig part du principe que le remboursement de la dette garantie entraîne l'extinction automatique de la fiducie en raison de son caractère accessoire. Le second transfert¹³⁰⁵ même si celui-ci doit respecter les formes¹³⁰⁶ du premier transfert, va s'opérer de « *plein droit au moment où la fiducie prend fin, soit par un défaut de paiement, lequel emporte l'entrée du bien dans le patrimoine propre du créancier fiduciaire, soit par l'accomplissement de la mission de gestion conduisant à la rétrocession automatique du bien au constituant. Seule la cession à un tiers bénéficiaire supposera une manifestation expresse de volonté* »¹³⁰⁷. Il est à noter que l'auteur ne précise pas la nature de l'obligation à la charge du fiduciaire dans la dernière hypothèse de cession à un tiers. Ainsi, à compter du remboursement, le fiduciaire n'est plus propriétaire et concomitamment le constituant redevient propriétaire. Le fiduciaire n'est débiteur que d'une obligation de restitution. Cette obligation « (...) *est une obligation de faire, c'est-à-dire un droit personnel dont l'inexécution ouvre droit à des dommages et intérêts (à l'encontre du fiduciaire). Le constituant dispose de l'action, attachée à sa qualité de propriétaire du bien. En effet, par l'exécution de la dette, la propriété lui est retransférée. Il dispose de l'action en revendication* »¹³⁰⁸.

Nous considérons que le fiduciaire étant un propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil, au dénouement de la fiducie, celui-ci devra en tant que propriétaire transmettre la propriété de l'actif conformément aux dispositions du contrat de fiducie. Il est donc débiteur d'une obligation de donner à l'encontre de la personne qui doit recevoir l'actif, objet de la fiducie.

Après avoir précisé la nature de l'obligation à la charge du fiduciaire, il nous reste à réfléchir sur les modalités de l'exécution de son obligation et ses conséquences.

¹³⁰⁵ C'est-à-dire comme le précise l'auteur la transmission au bénéficiaire des droits résultants du contrat de fiducie

¹³⁰⁶ C'est-à-dire les formalités d'enregistrement, de publicité, de cession.

¹³⁰⁷ « *La fiducie et les contrats nommés* » in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Pascal Puig, 2008, n°171

¹³⁰⁸ Lamy droit des sûretés, Etude 293 « *Fiducie-sûreté* », étude 293, mars 2012, paragraphe 100

En effet, non seulement, il est nécessaire d'effectuer le transfert de propriété mais il faut également réaliser les différentes tâches nécessaires pour constater la fin de la fiducie (c'est-à-dire les formalités suivies lors de la constitution, mais en sens inverse).

2.3.3 Les modalités du transfert par le fiduciaire

2.3.3.1 Les modalités du retour de l'actif dans le patrimoine du constituant

Il est intéressant d'effectuer le rapprochement entre la fin d'une fiducie-sûreté en raison du remboursement de la dette garantie et le remboursement d'un financement garanti par la remise de la propriété d'une créance cédée par bordereau Dailly, qui est également une application particulière de la fiducie¹³⁰⁹. Le cas de la restitution de la propriété d'une créance apportée en garantie après le remboursement du financement a donné lieu à un arrêt rendu par la Cour de cassation¹³¹⁰. Les magistrats ont indiqué les modalités de la restitution au cédant de la propriété remise à titre de garantie et ont rappelé dans ce cadre que « *le cédant peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il y renonce (...)* »¹³¹¹.

Comme l'indique Thierry Revet dans le cadre d'un commentaire portant sur cet arrêt, « *lorsque la cession de créance est effectuée à titre de garantie, la propriété est temporaire puisque l'opération n'est autre qu'une fiducie-sûreté : la propriété affectée qui est celle du cessionnaire est assortie d'un terme consistant, soit dans le paiement intégral de la créance garantie, soit dans le constat définitif du non paiement de cette créance ; dans le second cas, le cessionnaire deviendra propriétaire ordinaire de la créance garantie ; dans le premier, elle retournera au cédant.* »¹³¹². Il y a donc un « *nouveau transfert, inversé par rapport au précédent, (qui) a pour effet de replacer les protagonistes dans la situation antérieure au transfert initial* ». Dans le cadre du premier contrat translatif, le cessionnaire s'était engagé à renoncer à sa propriété en faveur du cédant en cas de remboursement de sa créance, puisqu'il

¹³⁰⁹ Une créance cédée suivant les dispositions de la loi 81-1 du 2 janvier 1981, codifiée aux articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier

¹³¹⁰ Première chambre civile, Cour de cassation, 19 septembre 2007, (pourvoi n° 04-18.372)

¹³¹¹ A titre de rappel, nous rappelons que nous avons évoqué cette jurisprudence de manière plus développée dans le cadre de la première partie de nos travaux consacrée à la présentation des fiducies innommées.

¹³¹² « *Le dénouement de la propriété temporaire* » RTD Civ 2008, p.322

était convenu que la cession de créance était temporaire. Cette propriété temporaire, selon Thierry Revet, est affectée d'un terme extinctif : le remboursement de la créance garantie. « *Ce même évènement vaut alors également terme suspensif de l'exécution de l'obligation de donner la créance, souscrite par le cessionnaire (fiduciaire) au profit du cédant (constituant)* ». Ainsi, le cessionnaire lors du premier transfert contracte une obligation de donner qui est affectée d'une condition suspensive : le remboursement de la créance dans les conditions convenues entre le créancier et le débiteur.

En ce qui concerne les modalités de retour du bien dans le patrimoine du débiteur, l'arrêt indique qu'il s'effectue sans formalité particulière. Thierry Revet ajoute que la décision de transférer¹³¹³ la propriété au remboursement de la créance « *étant acquise dès la conclusion de l'opération, elle est nécessairement couverte par les formalités qui ont accompagné la mise en place de l'opération; les volontés cristallisées dès ce moment étaient tant la volonté d'abdication initiale du cédant-constituant que la volonté d'abdication à terme et, en retour, du cessionnaire-fiduciaire* ».

Après avoir rappelé cette jurisprudence relative au retour des créances cédées dans le cadre des dispositions de la loi Dailly, il nous faut réfléchir sur les conditions du retour de l'actif en cas de remboursement de la dette du constituant.

Il pourrait être fait application par analogie des principes découlant de l'arrêt sus-visé puisque comme nous l'avons déjà indiqué le bordereau Dailly est une fiducie innommée. Le retour du bien dans le patrimoine du débiteur s'effectuerait alors sans formalité particulière. Nous estimons que l'expression sans formalité particulière viserait un transfert automatique dans le patrimoine du constituant. Il n'y aurait donc pas de formalité à effectuer pour rendre opposable ce transfert aux tiers. Toutefois, admettre une telle position n'est pas selon nous à l'abri de critiques. En effet, le retour de l'actif dans le patrimoine du constituant nécessitera d'effectuer des formalités administratives et de droit civil visant à assurer l'information des tiers.

Concernant les formalités administratives, il est évident qu'il est nécessaire d'avertir le centre des impôts (qui avait reçu l'enregistrement de la fiducie) de la fin de la fiducie¹³¹⁴. Nous estimons qu'une lettre adressée par voie de lettre recommandée avec accusé-réception

¹³¹³ Thierry Bonneau que nous avons cité dans la première partie de nos travaux utilise l'expression de « *rétrocession* » qui selon, notre opinion, est plus adaptée à notre cas.

¹³¹⁴ Sauf pour les fiducies portant sur des actifs immobiliers, puisqu'il n'y a pas dans ce cas d'enregistrement.

pourrait suffire¹³¹⁵. Ainsi, le centre des impôts avertira directement le service en charge au sein du Ministère de l'économie et des Finances (direction générale des finances publiques) de la tenue et de la mise à jour du registre national de la fiducie.

Comme le remarque fort justement Claude Witz, « *Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose une démarche auprès de l'autorité en charge du registre national des fiducies, lors de l'extinction du contrat de fiducie* »¹³¹⁶. Mais il est nécessaire d'effectuer cette formalité car l'article 3 du décret n°2010-219 du 2 mars 2010 dispose que les informations seront conservées dans un délai de dix ans à compter de l'extinction de la fiducie¹³¹⁷.

Il convient également d'informer le centre des impôts ayant reçu la déclaration d'existence fiscale de la cessation de la fiducie. En effet, le formulaire de déclaration d'exploitation en commun dispose d'une case où est visée expressément la cessation. Ce formulaire pourra être également adressé par lettre recommandée avec accusé-réception.

Les formalités de droit civil à effectuer lors du retransfert dans le patrimoine du constituant devront être identiques à celles effectuées lors de la mise en place de la fiducie¹³¹⁸. Ces formalités sont destinées à l'information des tiers et plus particulièrement des créanciers du constituant afin de les avertir du retour des actifs dans le patrimoine du constituant.

Ainsi, si les actifs faisant l'objet de la fiducie sont des biens dont la mutation est soumise à des mesures de publicité (des immeubles, des fonds de commerce ou tout simplement des actifs mobiliers comme des navires, aéronefs, des véhicules automobiles, des parts sociales ou des actions), il est nécessaire de respecter le formalisme de la cession de ces actifs.

Ainsi, la rétrocession d'immeubles au constituant nécessitera la rédaction d'un acte authentique et il sera procédé aux mesures d'enregistrement et de publicité au service de la publicité foncière¹³¹⁹.

¹³¹⁵ Les dispositions régissant la tenue de ce registre sont visées par les dispositions du décret n°2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « *Registre national des fiducies* »

¹³¹⁶ Fascicule 786 : « *Fiducie : Effets et extinction* » JurisClasseur Banque Crédit Bourse, paragraphe 81

¹³¹⁷ C'est également un point relevé par Claude Witz

¹³¹⁸ La fiducie opérant un transfert de propriété, il est nécessaire de respecter le formalisme de la cession de certains actifs. Même si la vente est en principe un contrat consensuel, ce « *principe souffre aujourd'hui de nombreuses exceptions tenant à des raisons diverses. Il peut s'agir d'un besoin de sécurité car le formalisme permet bien souvent de l'atteindre. Il peut s'agir d'un souci de protection, guidé par l'obligation de rédiger certaines mentions obligatoires (...). Il peut encore s'agir d'un formalisme informatif destiné à la publication de la vente pour l'information des tiers comme c'est le cas des ventes immobilières. Toutes ces exceptions transforment de nombreuses ventes particulières en contrats formalistes* » « *Contrats spéciaux* » Daniel Mainguy, Dalloz, 6^{ème} édition, 2008, paragraphe 36

¹³¹⁹ Au service de la publicité foncière le fiduciaire apparaît en qualité de propriétaire.

En cas de rétrocession d'actions, notamment non cotées, il conviendra de compléter un ordre de mouvement portant sur le transfert de ces actions. Le registre des mouvements de titres et des comptes d'actionnaires de la société devra être mis à jour à la suite de ce transfert.

Par conséquent, nous pouvons constater que la réalisation de ce formalisme n'est que l'application du principe de parallélisme des formes¹³²⁰.

Stéphane Prigent a réfléchi sur l'extinction d'une fiducie dont le constituant avait remboursé sa dette et sur les formules et clauses qui pourraient être choisies par les parties à un contrat de fiducie¹³²¹. Les rédacteurs des conventions de fiducie sont conscients des lacunes de la loi précisant les conditions du retour des actifs en cas de remboursement de la dette par le constituant. Dans ce contexte, nous avons pu observer que les conseils juridiques rédigeant les conventions de fiducie mettent en annexe les modèles d'actes à signer afin d'organiser le retour des actifs chez le constituant en cas de remboursement de la dette. Compte tenu de la carence des dispositions législatives et afin de renforcer la sécurité juridique des transactions, il serait souhaitable que le législateur apporte des précisions dans ce domaine et rappelle que lors de la constitution ou de son dénouement (suite à la réalisation du but poursuivi ou la survenance du terme), les parties à un contrat de fiducie doivent respecter les formalités de publicité liées à la mutation des actifs faisant l'objet de la fiducie.

¹³²⁰D'après l'ouvrage « Vocabulaire juridique » dirigé par Gérard Cornu, le parallélisme des formes signifie la « *correspondance des formes entre l'acte qui crée un état de droit et celui qui le modifie ou y met fin* ». Il faut rappeler qu'à la création de la fiducie, l'article 2019 du Code civil dispose qu'« *A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts* ».

¹³²¹ « *Extinction d'une fiducie-sûreté dont le constituant s'est acquitté de sa dette* » 15 janvier 2011 ; Defrénois, n°1, page 48. L'auteur souligne qu'« *Il faudra constater et organiser le « retour » (C. civ., art. 2030) des biens présents dans le patrimoine fiduciaire au constituant en tenant compte des stipulations du contrat de fiducie et de celles de l'acte de location-gérance : au titre des comptes, le fiduciaire devra « immédiatement (...) communiquer la comptabilité retraçant les opérations affectant le patrimoine fiduciaire et rendre compte de sa gestion. (...) le fiduciaire et le constituant doivent normalement tirer les conséquences fiscales d'une cessation d'activité, telles que prévues à l'article 201 du Code général des impôts (CGI, art. 238 quater I), relativement au patrimoine fiduciaire. (...) l'opération ne dégage pas de plus-value de transfert dans les comptes de la fiducie (puisque le constituant dispose toujours du contrôle de l'actif* ».

2.3.3.2 Les modalités de transfert en cas de non remboursement du financement garanti par la fiducie

En reprenant la distinction du législateur, fiduciaire-créancier et fiduciaire non créancier, nous allons examiner les conditions dans lesquelles le fiduciaire va transmettre la propriété. Les modalités de la transmission de la propriété par le fiduciaire à des tiers au contrat de fiducie ne soulèvent pas de questions particulières, car celles-ci sont assimilables à des cessions de droit commun. En revanche, il en est autrement lorsque le fiduciaire, également créancier décide de « *mettre la main définitivement* » sur l'actif et d'acquérir ainsi la libre disposition du bien. D'autres questions peuvent également être soulevées lorsque le créancier demande au fiduciaire (qui n'est pas créancier) la remise du bien. Enfin, nous rappellerons les modalités communes aux transferts de propriété dans les situations (fiduciaire-créancier et fiduciaire non créancier).

2.3.3.2.1 Les modalités de vente et d'appropriation lorsque le fiduciaire est créancier

En cas de défaut de paiement de la dette garantie, lorsque le fiduciaire est également créancier, il acquiert par principe « (...) *la libre disposition du bien ou du droit cédé en garantie* »¹³²².

Par conséquent, si le créancier fiduciaire ne souhaite pas acquérir la propriété du bien en cas de défaut de paiement, le contrat de fiducie doit prévoir expressément que le bien sera vendu par le fiduciaire. C'est donc une option à anticiper dès la mise en place de la fiducie par les rédacteurs de la convention de fiducie.

Sur le fondement de la revue des contrats de fiducie proposés ou signés depuis l'introduction de la fiducie, nous avons pu constater que le fiduciaire lorsqu'il est également créancier négocie la possibilité d'avoir le choix entre d'une part, l'appropriation du bien et d'autre part, la vente du bien.

Les modalités de la vente du bien par le fiduciaire ne soulèvent pas de questions particulières, car il s'agit d'une nouvelle cession qui devra respecter si cela est requis les formalités de droit civil nécessaires pour rendre opposable aux tiers la vente de l'actif.

Cependant l'appropriation du bien par le fiduciaire soulève des questions qui nous semblent inédites.

¹³²² Il s'agit de l'article 2372-3 alinéa 1 du Code civil pour les biens mobiliers faisant l'objet d'une fiducie-sûreté et de l'article 2488-3 alinéa 1 du Code civil pour les biens immobiliers faisant l'objet d'une fiducie-sûreté.

Si le fiduciaire créancier décide de s'approprier définitivement le bien¹³²³, la propriété du fiduciaire se dégage des limites posées par le contrat de fiducie, le fiduciaire acquiert ainsi la « *libre disposition* ». Claude Witz considère que « *Dans ce cas, le bien change de régime, sans changer de titulaire* »¹³²⁴.

Bien qu'il n'y ait pas de changement de propriétaire, il est nécessaire de procéder à des formalités administratives. Celles-ci sont identiques à celles que nous avons rappelées lorsque le bien revient dans le patrimoine du constituant¹³²⁵. Bien que les dispositions législatives soient silencieuses sur ce point, il est également nécessaire d'effectuer des formalités destinées à l'information des tiers et plus particulièrement des éventuels créanciers du patrimoine fiduciaire et du fiduciaire. L'article 2021 du Code civil dispose que « *Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention. De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités* ».

Dans la pratique pour les fiducies-sûretés portant sur des actifs immobiliers, nous avons observé que sur le registre de la publicité foncière, le fiduciaire est inscrit en tant que « *propriétaire en qualité de fiduciaire* ». Il est de même pour d'autres actifs, notamment des actions. Dans le registre des mouvements de titres et des comptes d'actionnaires de la société dont les actions sont apportées en garantie, le fiduciaire est inscrit en tant que « *propriétaire en qualité de fiduciaire* ».

Pour les créanciers du patrimoine fiduciaire, ce changement de régime n'aura aucune conséquence défavorable sur leur situation puisque leurs droits portent sur les actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire.

Par contre, il sera nécessaire d'avertir les tiers et notamment les créanciers propres du fiduciaire, que le fiduciaire a acquis la « *libre disposition* » de l'actif et que par conséquent il pourra exercer cette propriété pour son propre compte. Dès lors, tous les créanciers du fiduciaire auront un droit sur cet actif¹³²⁶. Dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure

¹³²³ Nous l'avons déjà indiqué mais cette hypothèse se rencontrera rarement car les créanciers n'ont pas pour politique de s'approprier la propriété des actifs remis en garantie.

¹³²⁴ Fascicule 786 : « *Fiducie : Effets et extinction* » JurisClasseur Banque Crédit Bourse, paragraphe 75

¹³²⁵ Information d'avertir le centre des impôts (qui avait reçu l'enregistrement de la fiducie) de la fin de la fiducie et également le centre des impôts (si ce n'est pas le même) ayant reçu la déclaration d'existence fiscale de la cessation de la fiducie

¹³²⁶ Il deviendra le « *gage commun des créanciers* ». Cette expression est notamment visée par l'article 2025 du Code civil.

collective à l'encontre du fiduciaire et comme les autres actifs du fiduciaire, ledit actif sera soumis à ladite procédure.

Par conséquent, si la cession des actifs apportés en fiducie est soumise à des mesures de publicité, il sera nécessaire d'y procéder afin d'avertir les tiers de ce « *changement de régime* » et que désormais le fiduciaire a acquis la libre disposition de cet actif et s'est affranchi définitivement des dispositions de la convention de fiducie.

2.3.3.2.2 Les modalités de transfert ou de vente par le fiduciaire non créancier

En cas de défaut de paiement de la dette garantie, lorsque le fiduciaire n'est pas créancier, le créancier « *peut exiger de lui (le fiduciaire) la remise du bien ou du droit cédé ou si le contrat le prévoit la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix* »¹³²⁷.

Comme dans le cas où le fiduciaire est créancier, celui-ci sauf stipulation contraire, acquiert la libre disposition du bien. C'est également une option à anticiper par le créancier dès la constitution de la fiducie.

Nous avons relevé que dans les contrats de fiducie mis en place, il est prévu que le fiduciaire non créancier interroge le créancier afin de savoir s'il souhaite acquérir « *la libre disposition* » de l'actif ou s'il autorise à vendre le bien pour son compte.

Enfin, nous regrettons l'usage par le législateur de l'expression de « *remise du bien* », qui n'est pas très clairement définie. A notre sens, il s'agirait d'un transfert de la propriété de l'actif du fiduciaire au bénéficiaire, cette remise du bien allant au delà de la simple détention de l'actif.

Par conséquent, ce transfert permet au créancier bénéficiaire, qui jusqu'à présent n'était pas titulaire d'un quelconque droit réel sur l'actif, de devenir propriétaire. Le créancier devient un propriétaire libre et affranchi de toutes les dispositions de la convention de fiducie. Il résulte de ce transfert comme dans toute cession de droit commun qu'il conviendra d'accomplir, si besoin, les formalités de droit civil nécessaires à rendre opposable aux tiers la vente de l'actif.

2.3.3.2.3 Les modalités communes

Dans les deux cas rappelés ci-dessus (fiduciaire créancier et fiduciaire non créancier), il existe des modalités communes de cession ou d'appropriation des actifs. Celles-ci trouvent leur origine dans la volonté du législateur de ne pas voir le débiteur spolié par son créancier. Il faut

¹³²⁷ Il s'agit de l'article 2372-3 alinéa 2 du Code civil pour les biens mobiliers faisant l'objet d'une fiducie-sûreté et de l'article 2488-3 alinéa 2 du Code civil pour les biens immobiliers faisant l'objet d'une fiducie-sûreté.

en effet avoir présent à l'esprit qu' « *une sûreté ne saurait être une source de profit*¹³²⁸ » pour le créancier, il est donc nécessaire de procéder à une expertise des actifs dans toutes les situations possibles (vente du bien par le fiduciaire, appropriation du bien par le créancier).

Néanmoins il n'est pas nécessaire d'avoir recours à une expertise lorsque la valeur de l'actif ne peut faire l'objet d'une contestation. Ainsi lorsque l'actif est une somme d'argent, des créances ou instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé ou faisant l'objet d'une cotation officielle sur un marché organisé, il n'est pas nécessaire d'établir une expertise.

Comme l'indique François Barrière, l'idée est la suivante : « *Aucun enrichissement ne peut résulter de l'appropriation des biens dont la valeur est discutable* »¹³²⁹. Ainsi, l'article 2372-3 du Code civil en matière mobilière et l'article 2488-3 du Code civil en matière immobilière, précisent que « *La valeur du bien est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Toute clause contraire est réputée non écrite* »¹³³⁰.

Si l'expert désigné (amiablement ou judiciairement¹³³¹) constate que la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, le créancier devra verser au constituant une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

Après avoir présenté les différentes modalités de transfert, il nous reste à examiner les différentes conséquences du transfert de cette propriété au dénouement de la fiducie.

¹³²⁸ « *La fiducie sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009* », Philippe Dupichot, JCP N n°17, 24 avril 2009, 1138, paragraphe 13

¹³²⁹ François Barrière, « *Fiducie* » Répertoire de droit civil, janvier 2008, paragraphe 85

¹³³⁰ Cependant, en ce qui concerne les dispositions de l'article 2372-3 du Code civil, il est intéressant de constater que le législateur a tenu compte du fait que l'actif mobilisé pouvait prendre la forme d'un actif faisant l'objet d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent.

¹³³¹ Nous avons observé que les parties à un contrat de fiducie désignent, dès la signature de la convention de fiducie, les experts qui pourraient être chargés ultérieurement d'une expertise. Cette technique est conforme à la pratique suivie dans les contrats de financement organisant des sûretés accordant un pacte comissoire aux créanciers. La liste des experts est jointe en annexe des contrats de sûretés.

2.3.4 Conséquences du transfert

Pour avoir une vision globale de l'ensemble des conséquences de ce transfert, nous allons étudier les différentes hypothèses c'est-à-dire le retour de l'actif chez le constituant, mais également l'appropriation de l'actif par le créancier et enfin le transfert de l'actif à des tiers au contrat de fiducie.

Mais avant de présenter ces différentes situations, il existe une conséquence commune à tous ces cas. Le transfert est le point final de la fiducie et constitue pour le fiduciaire, la fin de sa mission. Il est étonnant de constater qu'aucune disposition ne traite de cette question des conséquences du transfert au dénouement de la fiducie.

Nous avons eu à gérer cette situation, en tant que fiduciaire, dans le cadre d'une vente d'actifs fiduciaires au profit de tiers. Dans ce cadre, les commissaires aux comptes en charge de la certification des comptes du patrimoine fiduciaire ont souhaité avoir la confirmation de la fin de la fiducie qui s'est matérialisée comme la liquidation d'une société par la vente des actifs et le désintéressement de tous les créanciers. Nous avons demandé un « *quitus* »¹³³² de la part des créanciers nous attestant que nous avons rempli notre mission de fiduciaire et que celle-ci était terminée depuis la vente des actifs.

2.3.4.1 Conséquences du retour de l'actif chez le constituant

Précédemment, nous avons constaté que le retour de l'actif chez le constituant n'est pas automatique et qu'il requiert le respect de certaines modalités liées à la cession des actifs faisant l'objet du contrat de fiducie. Mais au-delà de ce transfert, il faut avoir conscience que ce retour est un nouveau transfert de propriété puisque la propriété avait été initialement transférée au fiduciaire. Par conséquent, nous sommes amenés à nous interroger sur les droits et obligations du fiduciaire et du constituant dans le cadre de ce transfert.

La question est de savoir s'il s'agit d'un transfert assimilable à une vente ou d'un acte de disposition « *sui generis* » qui devrait suivre le même régime juridique que le transfert initial à la création de la fiducie.

Mais en aucun cas, il ne peut s'agir d'une opération qualifiable juridiquement de vente car « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à*

¹³³² Dans la pratique, les mandataires sociaux et syndics de copropriété demandent à l'assemblée générale qui statue sur leurs comptes de leur donner quitus de leur gestion.

payer »¹³³³. Par conséquent, il s'agit d'un transfert de propriété qui serait identique mais en sens inverse au transfert initial de propriété entre le constituant et le fiduciaire.

Toutefois si cette rétrocession du bien au constituant n'est pas une vente, nous avons relevé que les conventions de fiducie (jusqu'à présent mises en place) stipulent que l'actif doit être libre de tout privilège comme cela avait été le cas lors de la mise en place de la fiducie. Pour illustration, le fiduciaire s'engage à ce que « *L'ensemble immobilier présentement retourné au constituant soit libre de toute fiducie (fiducie-sûreté ou autre) antérieurement constituée, de tout privilège immobilier spécial et de toute hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale* »¹³³⁴.

Cependant, il est intéressant de constater qu'aucune disposition législative n'indique l'état dans lequel le fiduciaire doit remettre l'actif au constituant.

Ainsi, nous pouvons distinguer deux types de situations : la première, où le fiduciaire remet à disposition le bien au constituant notamment dans le cadre d'une convention de mise à disposition¹³³⁵ et la seconde, où le fiduciaire conserve le bien pendant la fiducie¹³³⁶.

Concernant la première hypothèse, nous avons relevé que les conventions de mise à disposition transfèrent tous les risques liés à la propriété du fiduciaire au constituant. Par conséquent, lorsque ce dernier se voit retransférer la propriété de son actif, celui-ci connaît l'actif et comme il était responsable de la gestion et des risques découlant de l'actif au cours de la fiducie, il ne peut donc pas prétendre à un quelconque droit à réparation à l'encontre du fiduciaire, si le bien subit une quelconque dégradation¹³³⁷.

¹³³³ Article 1582 du Code civil

¹³³⁴ Stéphane Prigent « *Extinction d'une fiducie-sûreté dont le constituant s'est acquitté de sa dette* » 15 janvier 2011 ; Defrénois, n°1, page 48

¹³³⁵ Cette hypothèse est prévue par les dispositions de l'article 2018-1 du Code civil « *Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire* »

¹³³⁶ La conservation du bien par le fiduciaire a des conséquences au regard de l'évaluation des éléments transférés. En effet, si ce dernier ne conserve pas le contrôle des éléments transférés (c'est-à-dire les avantages ou risques économiques afférents aux éléments remis en fiducie), les biens sont transférés à leur valeur vénale, il y a donc une plus value (ce qui entraîne un coût fiscal, voir en ce sens l'avis 2008-03 du 7 février 2008 du Conseil National de la Comptabilité Publique). C'est pour cette raison que les fiducies-sûretés qui organisent un transfert prévoient que le bien est remis à disposition au constituant. Par conséquent, les fiducies-sûretés n'organisant pas la remise du bien au constituant seront donc rares

¹³³⁷ La convention de mise à disposition trouve naturellement sa place dans le cadre de fiducies-sûretés portant sur des actifs immobiliers. Celles-ci sont nécessaires car généralement il s'agit du siège social de la société ou d'un site d'exploitation de la société. Seul le constituant peut gérer l'actif et a intérêt à y apporter une attention encore plus forte car il a vocation à redevenir propriétaire au remboursement de la créance garantie par la fiducie.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque le fiduciaire conserve le bien durant la convention de fiducie, nous avons relevé que les conventions de fiducie limitent la responsabilité du fiduciaire à l'égard du constituant aux seuls cas où le fiduciaire a commis une faute. Ce risque de perte de valeur est particulièrement élevé lorsque les actifs transférés dans la fiducie sont des actifs dont la valeur peut connaître une forte volatilité (exemple : les actions cotées, les instruments financiers à terme, stocks de matières premières, etc.).

Ainsi et afin de protéger les intérêts du fiduciaire lorsque la fiducie porte sur des actifs dont la valeur peut varier sensiblement au cours de la fiducie, nous avons identifié une clause rédigée de la manière suivante « *le fiduciaire ne saurait être tenu responsable de quelque manière que ce soit au titre du contrat de fiducie à raison de toute perte de valeur des actifs transférés dans le patrimoine d'affectation* ».

Pierre Berger estime que « (...) *que le fiduciaire ne peut en aucun cas voir sa responsabilité mise en jeu sur la seule preuve de la baisse de la valeur du patrimoine fiduciaire : il n'est en effet pas imaginable que la définition de la mission du fiduciaire comprenne cette garantie, ledit fiduciaire ne possédant pas la maîtrise de l'évolution du marché, immobilier ou financier notamment, cette évolution constituant pour lui une problématique étrangère* »¹³³⁸.

Enfin, ce qui concerne les clauses limitatives de responsabilité dont pourrait bénéficier le fiduciaire, Philippe Delebecque rappelle que « *Si que cet aménagement ne porte pas atteinte à la substance même de ses obligations (de fiduciaire), les clauses que le fiduciaire aura pu stipuler seront, en principe, parfaitement, valables* »¹³³⁹.

2.3.4.2 Conséquences de l'appropriation du bien par le créancier

Dans ce cadre, le créancier devient propriétaire suivant les deux modalités que nous avons revues¹³⁴⁰. Il faut avoir conscience que ce transfert trouve sa cause dans le défaut de paiement de la dette garantie. Le créancier dispose d'une créance exigible à l'encontre du débiteur-constituant, qui le rembourse en renonçant à redevenir propriétaire.

¹³³⁸ « *La responsabilité de l'avocat fiduciaire* » in colloque « *La fiducie dans tous ses états* » organisé le 15 avril 2010 par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, édition Dalloz, 2011, page 39

¹³³⁹ « *La responsabilité du fiduciaire* » in colloque « *La fiducie dans tous ses états* » organisé le 15 avril 2010 par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, édition Dalloz, 2011, page 33, paragraphe 11

¹³⁴⁰ Lorsqu'il est créancier, le fiduciaire acquiert la libre disposition. Lorsqu'il est uniquement fiduciaire, le créancier peut exiger du fiduciaire la remise du bien.

Le créancier doit verser un prix correspondant à la valeur de l'actif, d'où la nécessité d'établir une expertise du bien si celui-ci ne fait pas l'objet d'une cotation officielle. Si la valeur du bien excède le montant de la créance garantie, le créancier doit alors verser une soulte. Le montant de celle-ci sera égal à la différence entre la valeur de l'actif et le montant de la créance garantie. Il s'agit d'une obligation à laquelle aucune disposition de la convention ne peut déroger.

Ainsi, le transfert de la propriété (sous réserve de la valeur de l'actif) permet de désintéresser partiellement voire totalement le créancier.

Dans ce contexte, compte tenu de l'absence de disposition législative, nous pourrions être tentés de penser que ce transfert du fiduciaire au créancier est un contrat de vente car les éléments essentiels du contrat de vente sont présents (la propriété d'une chose contre versement d'un prix)¹³⁴¹.

Le fiduciaire en tant que vendeur, serait alors considéré comme un cessionnaire de droit commun. Le fiduciaire serait débiteur comme tout vendeur de droit commun d'une obligation de délivrance¹³⁴², d'une garantie d'éviction et des vices cachés¹³⁴³.

Mais le fiduciaire est devenu propriétaire le temps de la convention de la fiducie pour garantir le remboursement de la créance du bénéficiaire de la fiducie. Le créancier ne peut pas alors l'ignorer puisqu'il est partie à la convention de fiducie¹³⁴⁴, il a donc connaissance des conditions juridiques dans lesquelles le fiduciaire est devenu titulaire de la propriété.

Dans le cas de l'appropriation par le créancier, il serait logique de soutenir que le fiduciaire vend pour le compte du débiteur. Ainsi, compte tenu de la participation à la convention de fiducie, nous pourrions avancer que le constituant, en tant qu'ancien propriétaire, serait débiteur des garanties d'éviction et des vices cachés à l'encontre du créancier. Mais un tel schéma n'est pas à l'abri des critiques puisqu'il bouscule le droit des contrats et plus

¹³⁴¹ Article 1582 du Code civil « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à payer* »

¹³⁴² « *Les articles 1603 et 1604 du Code civil expriment implicitement une règle de bon sens selon laquelle le vendeur doit délivrer la chose vendue et non une chose différente. En d'autres termes, il doit délivrer une chose conforme aux spécifications du contrat* » « *Les contrats spéciaux* » Pascal Puig, 4^{ème} édition, 2012, paragraphe 370

¹³⁴³ Article 1625 du Code civil « *La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires* »

¹³⁴⁴ Dans la pratique observée depuis 2007, nous avons constaté que le fiduciaire est choisi par les créanciers.

particulièrement l'effet relatif des conventions¹³⁴⁵. En effet, le constituant n'est pas le propriétaire qui cède la propriété, seul le fiduciaire peut céder cette propriété.

On pourrait s'inspirer des chaînes de contrats dans le commerce, composées de nombreux intermédiaires entre un fabricant d'un côté et de l'autre, un consommateur. Comme le rappellent MM. Aynès et Gautier, il est accordé à tout acquéreur d'un produit ayant fait l'objet d'une fabrication une action directe contractuelle contre le fabricant. « *Depuis 1820, une jurisprudence constante reconnaît au sous-acquéreur déçu le droit d'agir en dommages-intérêts, soit contre son vendeur, soit directement contre le fabricant, vendeur originaire, soit contre n'importe quel intermédiaire de commercialisation du produit, tous obligés envers le sous-acquéreur* »¹³⁴⁶. Mais nous ne pensons pas que ce raisonnement puisse être appliqué à toutes les situations dans lesquelles le créancier s'approprie la propriété. En effet, cette action directe a été reconnue dans des chaînes de ventes successives de produits manufacturés. La fiducie organise non seulement le transfert de la propriété de biens manufacturés mais également de biens incorporels, droits, sûretés, ce qui est beaucoup plus vaste.

Il serait plus souhaitable que le législateur prévoie dans cette hypothèse particulière d'appropriation du bien par le créancier que le fiduciaire s'engage uniquement à remettre la propriété de l'actif et que cette propriété soit conforme aux spécifications du contrat de fiducie. En terme de garantie, le fiduciaire ne serait donc redevable que de la garantie d'éviction de son propre fait¹³⁴⁷ et du fait des tiers¹³⁴⁸. Dans ce cadre, le fiduciaire ne serait pas alors redevable de la garantie des vices cachés. Les créanciers étant des professionnels souvent assistés de conseils, ils seraient en mesure d'appréhender les risques découlant de l'acquisition de la propriété d'un actif, il ne serait donc pas alors « choquant » de les priver d'une telle protection.

¹³⁴⁵ Article 1165 du Code civil « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

¹³⁴⁶ « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, paragraphes 416 et suivants

¹³⁴⁷ La garantie d'éviction du fait personnel est d'ordre public, toute clause y portant atteinte est nulle (article 1628 du Code civil). Tandis que la garantie d'éviction du fait des tiers n'est pas d'ordre public. Les clauses limitatives relatives à la garantie d'éviction du fait des tiers sont donc en principe valables sous deux réserves. « *D'une part, la jurisprudence prive d'effet les clauses invoquées de mauvaise foi par le vendeur (...) D'autre part, les clauses de non-garantie, n'exonèrent le vendeur que des dommages-intérêts, non de la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu le risque d'éviction lors de la vente et n'ait acheté à ses risques et périls* » « *Les contrats spéciaux* » Pascal Puig, 4^{ème} édition, Dalloz, 2011, paragraphe 439

¹³⁴⁸ Comme dans le cadre du retour de l'actif dans les mains du constituant, la clause suivante peut être insérée : Le fiduciaire s'engage à ce que « *L'ensemble immobilier présentement transféré au créancier soit libre de toute fiducie (fiducie-sûreté ou autre) antérieurement constituée, de tout privilège immobilier spécial et de toute hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale* »

En attendant ce possible aménagement législatif, il est souhaitable que les fiduciaires anticipent ce genre de situation et négocient, lors de la mise en place des conventions de fiducie, des clauses les exonérant de toute garantie légale si le bien est acquis par le créancier¹³⁴⁹ dans le cadre du dénouement de la fiducie. Cela ne semble pas poser de difficulté particulière car les créanciers étant parties au contrat de fiducie, ils seraient donc en mesure d'accepter ou non cette clause limitative de responsabilité. Néanmoins, il reste à attendre que les magistrats n'écartent pas de telles clauses limitatives, notamment en les déclarant « réputées non écrites ».

2.3.4.3 Conséquences du transfert du bien par le fiduciaire à un tiers

Dans ce dernier cas, le fiduciaire, conformément aux dispositions de la convention de fiducie, va transférer le bien, objet de la fiducie, à un tiers, c'est-à-dire une personne qui n'est pas partie au contrat de fiducie ou qui n'en est pas bénéficiaire.

Nous allons donc nous interroger sur la qualification juridique de ce transfert et plus particulièrement sur les conséquences juridiques en découlant. En effet, dans ce cas d'espèce, il semble bien s'agir d'une vente puisque nous sommes en mesure de retrouver tous les éléments propres à l'identifier. Enfin, contrairement au cas précédent (appropriation par le créancier du bien objet de la fiducie) l'acquéreur n'est pas partie au contrat de fiducie et donc n'a pas connaissance des dispositions de la convention de fiducie. En outre, l'acquéreur en tant que tiers, n'a pas à vérifier les pouvoirs du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire, le fiduciaire est alors réputé disposer des pouvoirs les plus importants à l'égard des tiers¹³⁵⁰.

En qualité de vendeur, le fiduciaire a donc des obligations envers le tiers acquéreur. Le fiduciaire a donc conformément à l'article 1603 du Code civil, « *deux obligations principales celle de délivrer*¹³⁵¹ *et de garantir*¹³⁵² *ce qu'il vend* ». Or comme le rappellent MM. Malaurie,

¹³⁴⁹ Actuellement, sur le fondement de notre expérience de l'activité de fiduciaire, aucune clause n'a traité encore de ce sujet car les conventions de fiducie prévoient uniquement que le fiduciaire vend l'actif à des tiers et non aux créanciers.

¹³⁵⁰ Article 2026 du Code civil « Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

¹³⁵¹ « (...) l'obligation de délivrance est aussi la plus importante. Elle est la contrepartie de l'obligation de l'acheteur au paiement du prix et consiste « dans le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (article 1604 du Code civil). Le Code civil précise les modalités d'exécution de cette obligation : remise matérielle ou juridique de la chose (article 1605 du Code civil) délivrance de la contenance, c'est-à-dire de la quantité promise (article 1616 à 1624) » « Contrats civils et commerciaux » François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 207

¹³⁵² « L'objet de cette garantie est double. L'acheteur est protégé contre l'éviction (articles 1626 à 1640 du Code civil et contre les vices cachés (articles 1641 à 1649 du Code civil) c'est-à-dire « grosso

Aynès et Gautier, nous assistons à une multiplication et une sophistication des obligations du vendeur et, par conséquent, le fiduciaire en tant que vendeur, n'y échappera pas les autres obligations accessoires ou secondaires lui seront alors imposées¹³⁵³. Les obligations du vendeur sont l'obligation de sécurité, l'obligation de renseignement, l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie.

A titre préliminaire, l'obligation de sécurité doit être écartée dans le cas d'un transfert effectué par le fiduciaire. En effet, cette obligation est à la charge du fabricant, celle-ci n'a donc pas lieu à s'appliquer dans le cadre des ventes effectuées par le fiduciaire puisqu'elle pèse par principe sur le fabricant sauf si ce dernier n'est pas identifiable.

L'obligation de renseignement est présentée par d'autres auteurs sous la dénomination de « *devoir d'information et de conseil* »¹³⁵⁴. Celui-ci comprend un devoir d'information, un devoir de conseil (sur l'utilisation de la chose) et un devoir de collaboration. En ce qui concerne le devoir d'information, ce dernier se matérialise pour le vendeur par l'obligation de renseigner l'acquéreur sur la chose vendue et de lui communiquer les informations utiles, c'est-à-dire « *toutes informations susceptibles d'influencer la décision d'acheter ou utiles à l'usage de la chose* »¹³⁵⁵. Comme le précisent, MM. Malaurie Aynès et Gautier, cette « *obligation pèse surtout sur le fabricant et le vendeur professionnel. (...) Dans les ventes immobilières, la jurisprudence admet l'existence d'une obligation précontractuelle d'information pesant sur le vendeur, engageant sa responsabilité quand il omet d'informer l'acquéreur d'éléments importants du contrat qu'il était seul à connaître* ». Le devoir de collaboration est l'obligation pour « *le vendeur (..) d'informer l'acheteur de ce qu'il sait et interroger l'acheteur sur ce que celui-ci désire* »¹³⁵⁶. Cependant, l'obligation d'information et

modo », contre les défauts du titre et ceux de la chose » « *Contrats civils et commerciaux* » François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Dalloz, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 207

¹³⁵³ « (...) les obligations du vendeur se sont accrues et compliquées, soit par l'effet du contrat, soit, par celui du droit (c'est-à-dire la jurisprudence, pratiques et usages). » « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, paragraphe 270. Daniel Mainguy exprime la même idée dans son ouvrage « (...) la vente ne connaît pas deux obligations comme le promet l'article 1602 du Code civil mais beaucoup plus au gré des ventes particulières et des stipulations des parties » « *Contrats spéciaux* » Daniel Mainguy, 6^{ème} édition, 2008, paragraphe 135

¹³⁵⁴ « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, paragraphe 309

¹³⁵⁵ « *Contrats civils et commerciaux* » François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 216

¹³⁵⁶ « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, paragraphe 316

de conseil « *pour les particuliers, vendeurs occasionnels, (...) se limite à la loyauté et la bonne foi, tel que les contours en sont donnés dans le cadre du dol par réticence* »¹³⁵⁷.

Cette obligation de renseignement ne devrait pas poser des difficultés insurmontables pour le fiduciaire, même si celle-ci sera lourde à gérer matériellement car il faudra qu'il soit en mesure de délivrer au futur acquéreur toutes les informations nécessaires à l'acquéreur pour acquérir les biens de manière éclairée. Par conséquent et afin de limiter toute possibilité de voir sa responsabilité engagée, le fiduciaire devra organiser préalablement un audit de l'actif à vendre. Cet audit se matérialisera par la rédaction d'un rapport qui sera remis à l'acquéreur. Etant précisé que ledit rapport est fait sous la responsabilité exclusive d'un professionnel¹³⁵⁸.

L'intégralité de ce rapport devra être jointe en annexe du contrat de vente. Si les conclusions mettent en exergue des risques particuliers, ces derniers devront être repris exhaustivement dans l'acte de vente. Cette méthode a ainsi été suivie par le fiduciaire qui a été en charge du premier dénouement d'une fiducie portant sur un actif immobilier.

L'obligation de délivrance à la charge du vendeur peut être définie comme la mise à disposition par le vendeur à l'acheteur de la chose vendue¹³⁵⁹. Ainsi, le vendeur doit délivrer la chose vendue et non une chose différente. Une telle obligation ne devrait pas poser de difficulté majeure, mais elle nécessitera de la part du fiduciaire de préciser la chose vendue aux acquéreurs potentiels en présentant ses caractéristiques. Celles-ci devront être exactes et ainsi, la chose livrée par le vendeur correspondra à la commande de l'acheteur.

En ce qui concerne les garanties à la charge du vendeur, le fiduciaire pourrait négocier des contrats de vente comportant des clauses ayant « *pour objet de limiter voire d'écarter complétement ses obligations en tant que vendeur. Elles (ces clauses) donnent lieu à un contentieux abondant et ont suscité une immense activité doctrinale* »¹³⁶⁰. La validité de ces clauses dépend de la qualification du vendeur retenue par les tribunaux. Si celui-ci est reconnu vendeur occasionnel, il pourra en toute légalité effectuer une vente sans garantie. Par contre

¹³⁵⁷ « *Contrats civils et commerciaux* » François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, , Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, paragraphe 219

¹³⁵⁸ Dans ce contexte, il est ajouté la clause suivante : « (...) *L'acquéreur fera son affaire exclusive sans aucun recours contre le vendeur d'une éventuelle inexactitude du rapport et des conséquences financières d'une telle inexactitude aussi importante soit elle, (...) Dans l'hypothèse où des recherches ultérieures révéleraient le caractère inexact du rapport, le vendeur subroge l'acquéreur dans les droits et actions qu'il détient à l'encontre de l'auteur du rapport* ».

¹³⁵⁹ Article 1603 du Code civil « *Il (le vendeur) a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ». Article 1604 du Code civil « *La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ».

¹³⁶⁰ « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, paragraphe 428

s'il est considéré comme vendeur professionnel, il lui est interdit de restreindre, voire d'écarter, sa garantie.

Il nous reste donc à réfléchir sur la qualification du fiduciaire, à savoir celui-ci peut être considéré comme un vendeur professionnel ou un simple vendeur occasionnel.

En effet les tribunaux qualifient de vendeur professionnel « *toute personne qui, dans son activité, utilise ses connaissances professionnelles ou se livre de façon habituelle au même type de ventes, connaît ou doit connaître les vices de la chose* »¹³⁶¹.

Il faut avoir présent à l'esprit que la fiducie a un champ d'application illimité c'est-à-dire qu'elle peut organiser le transfert de tous les types de biens mobiliers/immobiliers, corporels/incorporels, etc. Par contre, les fiduciaires, c'est-à-dire les vendeurs potentiels, sont en nombre limité. En vertu des dispositions de l'article 2015 du Code civil, seuls les établissements de crédit, les entreprises d'investissements, les entreprises d'assurance et les avocats peuvent avoir la qualité de fiduciaire.

Par conséquent, les fiduciaires venant d'horizons différents, il faudra pour chaque type d'actif vendu par le fiduciaire, rechercher si ce dernier vend cet actif de façon habituelle dans le cadre de ses activités principales ou non.

Par conséquent, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement qui vend en tant que fiduciaire des instruments financiers (au sens de l'article L.211-1 du Code monétaire et financier) se trouvant dans un patrimoine fiduciaire, serait alors qualifiable de vendeur professionnel et ne pourrait pas réduire sa responsabilité de vendeur en ajoutant des clauses restrictives de responsabilité. Cette situation risque de se rencontrer régulièrement. En effet, nous avons constaté l'existence de fiducies portant sur des instruments financiers et dont le fiduciaire dispose notamment d'un agrément d'entreprise d'investissement. Dans ce cadre et si ce type de fiduciaire propose à la vente à ses propres clients des instruments financiers qu'il détient dans le cadre d'une fiducie, il devra respecter les règles de bonne conduite qui découlent des articles L.533-11 et suivants du Code monétaire et financier¹³⁶². Comme le

¹³⁶¹ « *Les contrats spéciaux* » Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, paragraphe 411. Les auteurs citent des jurisprudences dans lesquelles le vendeur a été reconnu comme vendeur professionnel et qui sont notamment les suivantes.

- Cass. Civ 3^{ème} 26 avril 2006, cet arrêt avait reconnu que le vendeur était un professionnel de la vente immobilière et de la construction immobilière en raison de son expérience professionnelle acquise dans le domaine du bâtiment.
- Cass. Civ 1^{ère} 30 septembre 2008 qui a reconnu qu'un vendeur de voitures d'occasion était un vendeur professionnel car il se livrait de façon habituelle à des opérations d'achat et de revente de véhicules d'occasion dont il tirait profit

¹³⁶² Suite à la transposition de la directive MIF (2004/39/CE) et de sa directive d'application (2006/73/CE) par l'ordonnance du 12 avril 2007, les relations entre les PSI (*prestataires de services*

rappelle, Michel Storck, « *Les dispositions de l'article L.533-13 intègrent désormais les exigences antérieures d'information, de conseil et de mise en garde dans une procédure formalisée de connaissance du client et de vérification du caractère adapté ou adéquat du produit ou du service d'investissement proposé* »¹³⁶³. Ainsi, les prestataires de services d'investissement devront s'enquérir « (...) *auprès des clients notamment de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation (...)* »¹³⁶⁴. En revanche, en ce qui concerne les biens immobiliers, les fiduciaires ne les vendent pas de façon habituelle dans le cadre de leurs activités principales puisqu'ils ne participent en tant que vendeur à des ventes immobilières que de manière épisodique. Il leur sera alors possible de vendre le bien sans garantie, mais cela ne les dégagera pas de leur obligation de loyauté et de bonne foi qui, nous l'avons rappelé ci-dessus, impose au fiduciaire d'organiser un audit de l'actif afin que l'acquéreur puisse prendre sa décision en toute connaissance de cause.

d'investissement) et leurs clients sont encadrées par les règles de bonne conduite des articles L.533-11 et suivants du Code monétaire et financier

¹³⁶³ « *Les obligations des PSI relatives à la connaissance des clients et les informations collectées varient en fonction du service d'investissement fourni, du conseil en investissements financiers formulé et de la catégorisation desdits clients* »

¹³⁶⁴ Article L.533-13 du Code monétaire et financier

CONCLUSION

Ainsi, nous avons pu observer que la fiducie est un contrat qui relève de nombreuses disciplines juridiques (droit des biens, droit des contrats, droit des personnes, droit des procédures collectives, droit des sûretés, etc.) et engendre aussi bien des effets réels (transfert de propriété) que des effets personnels (obligations à la charge du fiduciaire)¹³⁶⁵. En effet, résumer la fiducie à un simple transfert de propriété du constituant au fiduciaire serait insuffisant.

Nous avons observé que la propriété est au cœur de la fiducie, de sa constitution à son dénouement. Ainsi, l'usage de l'expression « *propriété fiduciaire* » pourrait sous-entendre que l'on ne s'attache qu'à se préoccuper de la détention de la propriété, or une telle conception serait trop étroite car la propriété fiduciaire c'est la propriété au cours de la fiducie à la fois lors de sa constitution, de sa conservation et de son dénouement. Les modalités de son transfert initial, de sa conservation, de sa gestion et de son transfert final définissent le régime juridique de la fiducie et surtout ses conséquences tant à l'égard des parties que des tiers. Cette organisation du droit de propriété est inédite en droit français.

Comme nous l'avons indiqué, la fiducie est un contrat qui bouscule de grands principes du droit français (droit de propriété, théorie classique du patrimoine, etc.) et qui engendre de nombreux effets que le législateur n'a pas anticipés de manière exhaustive. Par conséquent, il reste aux professionnels du droit d'améliorer cet outil juridique afin de pouvoir en maîtriser toutes les conséquences juridiques. Fondés sur notre expérience, nous avons pu constater une amélioration de la « *technique contractuelle* » des conventions de fiducie, notamment sur des clauses essentielles telles que la définition de la mission confiée au fiduciaire.

Depuis son introduction en 2007, le législateur a amélioré les dispositions régissant la fiducie. Celles-ci ont fait l'objet de quatre modifications en moins de dix-huit mois !¹³⁶⁶ Or, comme

¹³⁶⁵ « *Bien plus qu'un simple contrat spécial, ou un petit contrat, l'opération de fiducie investit de nombreuses disciplines : droit des personnes, régimes matrimoniaux, successions, contrats, responsabilité, biens crédit, société, procédures collectives, droit international privé, droit fiscal ou comptable, voire social ou pénal... rien n'échappe aux forces de l'empire fiduciaire* » rapport de synthèse de Philippe Dupichot dans le cadre du colloque « *la fiducie dans tous ses états* » Association Henri Capitant, Journée nationale, Tome XV Paris-Est Créteil, Collection thèmes & Commentaires, Edition Dalloz, 2011, paragraphe 4

¹³⁶⁶ La loi n°2007-211 du 19 février 2007 a fait l'objet de nombreuses critiques, les titres de certains articles de doctrine étaient assez évocateurs « *La fiducie, une œuvre inachevée – un appel à la réforme après la loi du 19 février 2007* » JCP E n°27, I, 169 Gauthier Blanluet, Jean-Pierre Le Gall, « *Lacunes*

nous avons pu le constater, ce travail d'optimisation n'est pas encore complètement achevé puisque des interventions du législateur seraient encore nécessaires. Pour Philippe Marini, à l'origine de la loi du 19 février 2007, « *des facilitations ou clarifications seront sans doute encore nécessaires, mais elles ne doivent pas remettre en cause l'équilibre du dispositif ou des conventions déjà conclues* »¹³⁶⁷.

Dans un premier temps, il conviendrait d'élargir le champ d'application et permettre aux personnes physiques en qualité de constituant de mettre en place des fiducies à des fins successorales. C'est une suite logique à l'ouverture des fiducies aux personnes physiques¹³⁶⁸. La fiducie-sûreté étant un outil relativement complexe, seule la fiducie-gestion pourrait intéresser les personnes physiques. Or tant qu'elle ne pourra pas être utilisée à des fins successorales¹³⁶⁹, les particuliers n'y auront jamais recours. L'interdiction actuelle n'est pas justifiée et appartient à un autre temps. Les fiduciaires sont des professionnels et donc sont en mesure de s'assurer que les fiducies auxquelles ils participent ne violent aucune disposition législative ou réglementaire (notamment celles relatives au droit des successions, à la lutte contre le blanchiment). Dans cet environnement économique international, un tel outil juridique permettrait d'anticiper la succession de grands groupes français reposant sur son fondateur, une personne physique et de permettre de conserver l'unité de ces ensembles économiques et par conséquent de préserver l'emploi en évitant leur éclatement. Pour se convaincre d'une telle utilité, il suffit d'observer le trust de « *common law* » qui permet une telle utilisation et en a montré son utilité depuis le temps des croisades. De plus comme nous l'avons indiqué au cours de nos travaux, une organisation de la fonction de fiduciaire serait également nécessaire.

D'autres modifications plus techniques devraient être apportées afin de préciser les conditions de dénouement de la fiducie et notamment les obligations qui pèsent sur les fiduciaires en leur qualité de vendeur. Il conviendrait que le législateur tienne compte de l'esprit de la fiducie qui repose sur le principe sous-entendu que le fiduciaire, durant la fiducie est propriétaire pour le compte d'autrui et non pour son propre compte. Par conséquent, à l'issue du contrat de

et limites de la loi (du 19 février 2007) au regard du droit des sûretés » Pierre Crocq, Recueil Dalloz, 2007, p.1354

¹³⁶⁷ Propos rapportés par Stéphanie de Silguy dans son article « *La fiducie, une réussite ?* » revue Lamy Droit civil n°104, mai 2013

¹³⁶⁸ Abrogation par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de l'article 2014 du Code civil qui ne permettait qu'aux seuls personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés de pouvoir constituer une fiducie.

¹³⁶⁹ Article 2013 du Code civil « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

fiducie, le fiduciaire n'est pas assimilable à un vendeur de droit commun mais à un vendeur pour le compte d'autrui c'est-à-dire le constituant ou le(s) bénéficiaire(s). Ainsi, les dispositions régissant la fiducie pourraient être modifiées afin de prévoir que le fiduciaire ne soit pas débiteur des garanties du vendeur, seuls les constituants en seraient redevables directement à l'égard du tiers cessionnaire.

Même si la plupart des professionnels considère que la fiducie est enfin mise en place et est de plus en plus utilisée dans des domaines très variés, il apparaît indispensable que le législateur apporte des modifications aux dispositions en vigueur. A défaut de modifier les textes, nous craignons que la fiducie ne reste l'outil juridique d'un cercle trop restreint d'initiés. L'amélioration des dispositions régissant la fiducie est un point essentiel pour que l'intégration de la fiducie dans notre droit soit enfin considérée unanimement comme une réussite.

BIBLIOGRAPHIE

La présentation de la bibliographie obéira au plan suivant :

- ✓ Traités, manuels, ouvrages généraux
- ✓ Thèses, ouvrages spéciaux,
- ✓ Articles, rapports, fascicules, mélanges
- ✓ Jurisprudence
- ✓ Rapports parlementaires

Traités, manuels, ouvrages généraux

- Atias (C.) « *Droit Civil Les biens* » LexisNexis, Litec, 2011
- Aynès (L.) & Crocq (P.) « *Les sûretés – La Publicité foncière* », Defrénois, 6^{ème} édition, 2012
- Barret (O.) « *Privilèges mobiliers* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2010
- Barrière (F.) « *Fiducie* » répertoire de droit civil, Dalloz, 2008
- Bonneau (T.) « *Doit bancaire* », 7^{ème} édition, Montchrestien, 2011
- Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (P.) « *Droit des sûretés* », LITEC, 9^{ème} édition, 2010
- Collart Dutilleul (F.) & Delebecque (P.) « *Contrats civils et commerciaux* », Dalloz, 9^{ème} édition, 2011
- Couret (A.) Le Nabasque (H.) Coquelet (M.L.), Granier (T.), Porachia (D.), Raynouard (A.), Reygrobollet (A.); Robine (D.) « *Droit financier* » Collection Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2012
- Crocq (P.) « *Gage* » Répertoire de Droit Civil, septembre 2007, mise à jour juin 2011
- Duranton (G.) « *Courtiers* » Répertoire de droit commercial, Dalloz, octobre 2007,
- François (B.) *Fiducie*, répertoire du droit des sociétés, Dalloz, 2011
- Godechot-Patris (S.) JurisClasseur Code civil fascicule unique « *Libéralités – dispositions générales – substitutions prohibées* », 2009
- Grandclaude (M.) « *Histoire du Droit privé* » 1933-1934,
- Halpérin (J.L.) « *Histoire du droit des biens* », Economica, 2008

- Jeandidier (W.), JurisClasseur Fascicule 20 « *Abus de confiance* », 2012
- Lamy droit des sûretés, Etude 293 « *Fiducie-sûreté* », mars 2012
- Legeais (D.) :
 - « *Sûretés et garantie du crédit* » 8^{ème} édition, LGDJ, 2011
 - « *Sûretés* » Répertoire de Droit Immobilier, Dalloz
- Lévy (J.P.) et Castaldo (A.) « *Histoire du droit civil* », Précis Dalloz, 2002
- de Malafosse (J.) & Ourliac (P.) « *Histoire du droit privé, 2/ les Biens* » Presses Universitaires de France, 1971
- Malaurie (P.), Aynès (L.) Gautier (P.Y) « *Les contrats spéciaux* », Defrénois, 6^{ème} édition, 2012
- Malaurie (P.), Aynès (L.) « *Les biens* » Collection droit civil, Defrénois, 5^{ème} édition, 2013,
- Michoud (L.) « *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* » LGDJ, 1906
- Mousseron (P.), Raynard (J.) Seube (J.B.) « *Technique contractuelle* » 4^{ème} édition, Editions Francis Lefebvre, 2010
- Pièdelièvre (A.) « *Droit des biens* » Droit sciences économiques, Masson, 1977
- Praicheux (S.) & Robine (D.) « *Garanties financières* », Dictionnaire bulletin Joly Bourse, 2011
- Puig (P.), « *Les contrats spéciaux* » 4^{ème} édition, Dalloz, 2011
- Renaut (M.H.) « *Histoire du droit privé - Personnes et biens* » Collection Ellipses, 2008
- Simler (P.) & Delebecque (P.) « *Droit civil Les sûretés La publicité foncière* » 6^{ème} édition, Précis Dalloz, 2012
- Stoufflet (J.) « *Cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau. – Loi Dailly du 2 janvier 1981* », JurisClasseur Banque Crédit Bourse, fascicule 570, 2012
- Terré (F.) & Simler (P.) « *Droit civil Les biens* » 8^{ème} édition, Précis Dalloz, 2010
- Zénati-Castaing (F.) et Revet (T.) « *Les biens* », 3^{ème} édition, 2008
- Waline (M.) « *Traité élémentaire de droit administratif* » 6^{ème} édition, 1950
- Wicker (W.) « *La personne morale* » Répertoire de droit civil, Dalloz, 1998
- Witz (C.) :
 - « *Fiducie – Introduction et constitution* » JurisClasseur Banque Crédit- Bourse, Fascicule 785, 2012

- « *Fiducie : Effets et extinction* » JurisClasseur Banque Crédit Bourse, Fascicule 786, 2012

Thèses, ouvrages spéciaux,

- « *Fiducie : Mode d'emploi* », dossier pratique Francis Lefebvre, édition à jour au 15 juin 2009
- Anquetil (H.) « *Droit romain des fidéicommiss* » Thèse, Faculté de droit de Caen, 1884
- Barrière (F.) « *La réception du trust au travers de la fiducie* » Thèse, 2001, Université Panthéon-Assas (Paris II),
- Baruchel (N.) « *De la personnalité morale* » Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004
- Bellivier (F.) « *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France* » in « *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* » sous la direction d'Olivier Beaud et de Patrick Wachsmann, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997
- Blanluet (G.) « *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français-recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil* », collection bibliothèque de droit privé, tome 313, L.G.D.J., 1999
- Boudot (M.) « *L'image du démembrement dans la doctrine française* » 2006
- Bouteille (M.) Revue Lamy Droit Civil, n°74, p.63, septembre 2010
- Chiron (G.) « *La personnalité morale des sociétés depuis le XIXème siècle en France, en Allemagne et en Angleterre* » Thèse, Université Paris Panthéon Assas (Paris II), 2008
- Chaltiel (F.) « *La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel* » Petites affiches, 29 octobre 2009, n°216
- Cordier-Dumonnet (N.) « *Le détournement d'institution* » 2010, Thèse, Université de Bourgogne, 2010
- Crocq (P.) : « *Propriété & Garantie* » LGDJ, 1995,
- Danos (F.) « *Propriété, possession et opposabilité* » Economica, 2007
- Dondero (B.) La Semaine Juridique Edition Générale n°21, 20 mai 1992, 1992, II 21856, « *Les groupements dépourvus de personnalité morale en droit privé* » Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006
- El-Dayé (A.B.) « *La Fiducie en droit privé Libanais* », Presses Universitaires de Strasbourg, 2008

- Gaillard (E.) « *Le pouvoir en droit privé* » Collection Droit civil, Economica, 1985
- Family (R.) « *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)* » Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris I), 2000
- Gazin (H.) « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* » thèse de la faculté de Dijon, édition A Rousseau, 1910
- Gény (F.) « *Etude sur la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Nancy, 1885
- Glard (I.) « *Droit romain : De la fiducie* » Thèse de la faculté de droit de Rennes, 1894
- Jacquelin (R.) « *Droit romain de la fiducie* », Thèse, Faculté de droit de Paris, 1891
- Kuhn (C.) « *Le patrimoine fiduciaire – contribution à l'étude de l'universalité* » thèse, université Panthéon Sorbonne (Paris I), 2003
- Lucas (F.X.) « *les contrats portant transfert temporaires de valeurs mobilières* » LGDJ 1995
- Percerou (R.) « *La personne morale de droit privé patrimoine d'affectation* », 1951.
- Simonart (V.) *La personnalité morale en droit privé comparé* », Collection de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995
- Thévenoz (L.) « *Trusts en Suisse : Adhésion à la convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* » p.145, Schulthess, Zurich 2001
- Thomat-Raynaud (A.L.) « *L'unité du patrimoine : essai critique* » Doctorat & Notariat, Defrénois, collection : Doctorat & notariat Tome 25, 2007
- Wicker (G.) « *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique* », Bibliothèque de droit privé, tome 253, 1997
- Witz (C.) « *La fiducie en droit privé français* » Economica, 1981

Articles, rapports, fascicules, mélanges

- Alfandari (E.) « *Comité de groupe. Personnalité morale. Intérêt à agir dans le cas d'une cession d'une filiale d'une société du secteur public* », RTD Com. 1990, page 433
- Allouche (R.) & Peltier (F.) « *Le nouveau régime des prêts de titres* », Lamy « *Droit du financement* », édition 2013, n°1322

- Association nationale des sociétés anonymes (ANSA) Comité juridique n°04-052 du 2 juin 2004 intitulé « *Limitation des pouvoirs des mandataires sociaux : possibilité pour un tiers de s'en prévaloir* »
- Auckenthaler (F.) « *Compensation, garantie, cession : le nouveau régime des obligations financières* », JCP E n°43, 27 octobre 2005
- Azuero (S.R.) « *La fiducie en Amérique latine : une expérience étonnante* » in « *Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* », Actes du colloque du 13 et 14 juin 2007, collection Academy & Finance, Genève, 2008, page 105
- D'Avout (L.) « *La liberté de création des droits réels aujourd'hui* » Recueil Dalloz, 2013, page 53
- Aynès (L.) « *Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi* » revue Lamy droit civil, février 2008
- Aynès (L.) & Crocq (P.) « *La fiducie préservée des audaces du législateur* » Recueil Dalloz 2009, n°38, p 2559
- Aynès (A.), « *Validité et spécificité du gage-espèces* » Revue des contrats, 1^{er} avril 2008
- Bac (A.) « *La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés* », Droit & Patrimoine, 2005 140
- Barrière (F.) « *Propriété, fiducie et sukuk* », JCP E n°10, 10 mars 2011, 1203
- Barrière (F.) & Elineau (R.) « *L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ?* » Droit des sociétés n°5, mai 2011
- Berger (P.) « *L'Avocat fiduciaire* » Revue Lamy droit civil, mai 2009, 60, p.70
- Berlinguer (A.) « *Trust et fiducie en Italie* » Recueil Dalloz 2008, p.600
- Biedermann (K.) « *La fiducie liechtensteinoise inspirée du trust* » p.77-82, colloque intitulé « *la fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » colloque organisé le 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4bis, p. 77
- Blaise (H.) « *Hygiène et sécurité du travail* » Semaine Juridique Edition Générale n°21, 20 mai 1992, 1992, II 21856
- Blanluet (G.) & Le Gall (J.P.) « *La fiscalité des trusts et des fiducies en France* » in « *Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* », Actes du colloque qui s'est tenu à Paris le 13 et 14 juin 2007, Step France, collection Academy & Finance, Genève, 2008, page 333

- Blanluet (G.) & Le Gall (J.P.) « *La fiducie, une œuvre inachevée – un appel à la réforme après la loi du 19 février 2007* » JCP E n°27, I, 169
- Blaurock (U.) avec le concours de Claude Witz « *Les opérations fiduciaires en droit allemand* » » in « *les opérations fiduciaires* » Colloque de Luxembourg du 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p.211
- Borga (N.) « *Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)* » Revue Lamy droit des affaires, 2010, n°47
- Bors (S.) « *Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006* » Revue Lamy droits des affaires, 2007, n°14
- Bouteille (M.) « *La propriété du fiduciaire : une modalité externe du droit de propriété* » Revue Lamy Droit Civil, n°74, septembre 2010
- Bremond (G.) « *Fiducie : Coup d'envoi pour les trusts à la française* », Option Finance, 18 février 2008
- Bureau (A.) « *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé, Allemagne, France, Luxembourg* », Juripole de Lorraine
http://www.juripole.fr/memoires/compare/Antoine_Bureau/partie1.html
- Cantin-Cumyn (M.) :
 - « *L'avant-projet de la loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre atlantique* » Madeleine Cantin-Cumyn, Recueil Dalloz 1992, p.117
 - « *La fiducie, un nouveau sujet de droit ?* » in « *Mélanges Ernest Caparros sous la direction de Jacques Beaulne* », Wilson & Lafleur, 2002, p.131
 - « *La Fiducie du Québec, un modèle imitable ?* » in « *Trust & fiducie, concurrents ou compléments ?* » Actes du colloque tenu à Paris le 13 & 14 juin 2007, collection Academy & Finance, Genève, 2008, p.83
 - Rapport général « *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* » dans le cadre du colloque « *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* » sous la direction de Madeleine Cantin Cumyn, XVème congrès international de droit comparé, Bristol, 1998, édition, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.11
- Cassagnabère (C.) « *De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois* » Revue Lamy Droit Civil, 2012
- Cerles (A.) :
 - « *La fiducie : nouvelle reine des sûretés ?* » JCP E, 6 Septembre 2007, n° 36

- « *Dénouement de la cession Dailly à titre de garantie* » Revue de Droit Bancaire et Financier n°3, mai 2010, comm. 95
- Rapport au 107^{ème} Congrès des notaires, Cannes 5-8 juin 2011 Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2011, comm. 199
- « *Le gage sans dépossession sur meubles corporels de l'article 2333 du Code civil interdit aux établissements de crédit ?* » publiée à la semaine juridique Edition Générale, n°11 du 11 mars 2013, p.299
- Champaud (C.) & Danet (D.)
 - « *Sociétés et autres groupements* » RTD Com, octobre / décembre 2007 p.728
 - « *Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée de la fiducie en tant que technique juridique de substitution fidéicommissaire* » RTD Com 2007, p.728
- Conseil National de la Comptabilité (CNC), avis n°2008-03 du 7 février 2008
- Crocq (P.) :
 - « *Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties* » in « *Ruptures, mouvements et continuité du droit autour de Michelle Gobert* » Economica, 2004
 - « *L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie* », RTD Civ 2007, p.160
 - « *Le cœur du dispositif fiduciaire* » Revue Lamy Droit civil, 2007, n°40
 - « *Lacunes et limites de la loi (du 19 février 2007) au regard du droit des sûretés* », Recueil Dalloz, 2007, p.1354
 - « *La fiducie préservée des audaces du législateur* » Recueil Dalloz 2009 n°38, p.2559
 - « *Sûretés mobilières : état des lieux et prospective* » Revue des procédures collectives n° 6, Novembre 2009, dossier 18
- Cuniberti (G.) « *Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire)* » Petites Affiches, 5 novembre 1999, n°221
- Dammann (R.) et Albertini (A.) « *L'avocat face à la fiducie : guide pratique de bonne conduite* », JCP G 2011, supplément n° 41, 4, p. 15.
- Dammann (R.) et Podeur (G.), « *Cession de créance de loyers : sauvegarde du cédant (Cœur Défense)* » Recueil Dalloz 2013 p. 829

- Danos (F.) « *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération* », recueil Dalloz 2009, page 1845
- Dapei (C.) « *Italie- L'article 2645 ter du Code civil italien et la loi du 19 février 2007 relative à la fiducie au regard du trust* » Université Paris X Nanterre, 10 mars 2008
- David (R.) « *La personnalité morale et ses limites* » rapport général, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, LGDJ, 1960
- Decheix(P) « *La fiducie ou du sens des mots* » Recueil Dalloz 1997, p.35
- Delebecque (P)^o « *La responsabilité de l'avocat fiduciaire* » in colloque « *La fiducie dans tous ses états* » colloque organisé le 15 avril 2010 par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, édition Dalloz, 2011, page 29
- Delpech (X.)
 - « *Bordereau Dailly : distinction entre la cession-escompte et à titre de garantie* » recueil Dalloz 2007, p.2352
 - « *Précision sur le régime de la cession de créances professionnelles à titre de garantie* », Recueil Dalloz 2005 p.3081
- Demogue (R.) rapport général du colloque « *La fiducie en droit moderne* » dans le cadre de la semaine internationale de droit international à Paris, Sirey, 1937
- Dupichot (P.) :
 - « *Opération fiducie sur le sol français* » Semaine Juridique Edition Générale, n°11, 14 mars 2007, act.121
 - « *La fiducie sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009* », JCP N n°17, 24 avril 2009,
 - « *L'unicité du patrimoine aujourd'hui observations introductives* » JCP N, n°52, décembre 2009, 1356,
- De Lajarte (C.) « *La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie* » Revue Lamy Droit Civil, 2009, n°60,
- Duhem (J.) « *Chronique annuelle en matière d'ISF* », JCP E. n°23, juin 2010,
- Fille-Lambie (O.) et Laisney (J.L.) « *La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués* » Droit & Patrimoine, mai 2010
- Foyer (J.) « *La personnalité morale et ses limites* » « *le Droit français* » Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, LGDJ, 1960
- Freyria (C.) Mélanges Breton-Derrida, 1991, p. 121

- Gelpi (B.) « *Le droit de réutilisation* » Revue de Droit Bancaire et Financier n°1, janvier 2007, dossier 3, p.87
- Ghorain (P.F.), « *Le transfert des petites et moyennes entreprises* » in « *le trust et la fiducie : implications pratiques* » sous la direction de J. Herbots et de D. Philippe, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.215
- Giovanoli (M.) « *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse* », « *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Bulletin Joly, 1991 n°4, p.31
- Godin (R.) « *Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec* » p. 154 « *La Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* » Bristol, 1998, colloque international de droit comparé, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.155
- Gourio (A.) « *La fiducie –sûreté : utilité et avenir* », in « *La fiducie dans tous ses états* » colloque organisé le 15 avril 2010 par l'association Henri Capitant, édition Dalloz, 2011, page 71
- Grimaldi (M.) :
 - « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre* » Defrénois, 15 septembre 1991, n°17, p.897,
 - « *Théorie du patrimoine et fiducie* » Revue Lamy Droit civil, 2010-77
- Grimaldi (M.) et Dammann (R.), « *La fiducie sur ordonnances* » Recueil Dalloz, 2009, p.670
- De Guillenchmidt (J.) :
 - Présentation de l'avant-projet « *La fiducie ou le trust à la française* » colloque organisé par « Marchés et Techniques Financières » le 22 mai 1990
 - « *Les assises de la fiducie –Metz 6 mars 1992* » Gaz. Pal. 1^{er} et 2 juillet 1992, page 16
- Gissinger (P.), « *Garanties financières et opérations de marché* », Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, janvier 2007,
- Guisan (F.) « *La fiducie en droit suisse* » dans le cadre du colloque « *La fiducie en droit moderne* » à l'occasion des travaux de la semaine internationale de droit international à Paris, Sirey, 1937 p.93
- Hamel (J.) « *La personnalité morale et ses limites* » Dalloz, 1949, chronique XXXIV, p.141

- Hoss (P.) & Santer (P.) « *Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois* » p.793.
<http://www.ehp.lu/uploads/media/Contratfiduciairedroitluxembourgeois.pdf>
- Izorche (M.L.) « *A propos du « mandat sans représentation* », Recueil Dalloz, 1999, p.369
- Jahn (U.) « *La treuhand dans la pratique bancaire allemande* » p.61 « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* » Colloque du 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis, p.61
- Jamin (C.) « *L'avocat, le fiduciaire et le tiers* » Recueil Dalloz, p.1492
- Kan-Balivet (B.) « *Les clés du contrat de fiducie-gestion* » dans le cadre du dossier « *Fiducie : un nouvel équilibre* » Droit & Patrimoine, 2009-185
- Kaczmarek (L.) « *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération* » recueil Dalloz 2009, p.1845
- Kireans (D.B.) & Perez (D.) « *La fiducie à l'aide des entreprises* » Colloque du 25 mai 1995, Institut Wilson & Lafleur inc., 1995, partie IV
- Koppenol-Laforge (M.E.) & Kottenhaggent, R.J.P., « *The institution of the trust and dutch law* » dans le cadre du colloque « *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* » sous la direction de Madeleine Cantin Cumyn, XVème congrès international de droit comparé, Bristol, 1998, édition, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.289
- Kuhn (C.) :
 - « *Une fiducie française* » Droit & Patrimoine 2007, n°158
 - « *La mission du fiduciaire* » in « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* », Droit & Patrimoine 2008, n°171,
 - « *Des patrimoines et des hommes* » Droit & Patrimoine, février 2012 n°211,
- Lambrecht (P.) « *La fiducie, un instrument juridique utile* » p.193, in « *Le trust et la fiducie : implications pratiques* » sous la direction de J. Herbots et de D. Philippe, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.193
- Larroumet (C.) :
 - « *La fiducie inspirée du trust* », Recueil Dalloz 1990, p.190
 - « *Compensation de plein droit entre le dépôt de garantie et les indemnités auxquelles le locataire est condamné après résiliation du bail* » Dalloz 1995, p.124
 - « *Gage espèces, fiducie, pacte comissoire et compensation* » Dalloz 1996 p.399

- « *La cession de créance de droit commun à titre de garantie* » Dalloz 2007 p. 344
- « *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie - Propos critiques* » Dalloz 2007, n°20
- Lagarde (G.) « *Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ?* » Mélanges A. Jeuffret, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p.429
- Leavy (J.) « *Administration de la fiducie : Quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire* », Banque & Droit, n°123, Janvier-février 2009
- Leduc (F.) « *Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?* », RTD Civ.1995, p.307
- Legeais (G.) :
 - « *L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles* » Mélanges Cabrillac, p.365, Litec, 1999
 - « *Cession de créances. Portée de la cession portant des créances nées de contrat à exécution successive lorsque s'ouvre une procédure collective* » RTD Com 2006 p.169
 - « *Cession de créance à titre de garantie* » RTD Com. 2007 p. 217
 - « *Le gage-espèces après la réforme des sûretés* » Droit & Patrimoine, 2008, n°172,
 - « *Le gage des créanciers dans l'EIRL* » Defrénois, 2011, p. 560
 - « *Garantie des avocats fiduciaires* », Revue de droit bancaire et financier, n°2, mars 2012, comm.54
- Le Gall (J.P.) « *De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale* », JCP E n°36, 6 septembre 2007, 2058
- Lemoine, Avocat général, JCP. 1954, II, 7978, conclusions dans le cadre de l'arrêt de l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954
- Levasseur (G.) D.1954, 217, commentaire de l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954
- Libchaber (R.) :
 - « *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007* » Répertoire du notariat Defrénois, n°15 p.1094

- « *Une fiducie française, inutile et incertaine...* », in « *Mélanges Philippe Malaurie, Liber amicorum* », Defrénois, 2003, p.303
- Malaurie (P.) « *Nature juridique de la personnalité morale* » Defrénois, 15 octobre 1990 n°19
- Malherbe (J.) « *La fiscalité des trusts et des fiducies en Belgique* » in « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ?* » Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, Step France, collection Academy & Finance, Genève, 2008, page 263
- Mallet-Bricout (B.) :
 - « *Le fiduciaire propriétaire ?* », JCP N, n°6, 12 février 2010, 1073
 - « *Fiducie et propriété* » in « *Liber amicorum Christian Larroumet* », Economica, 2010
- Martin (D.R.) « *Du gage espèces* », Dalloz 2007 p.256
- Mathieu (B.) « *Le Conseil constitutionnel poursuit la chasse aux « cavaliers législatifs »*. A propos de la décision n°2009-589 DC du 14 octobre 2009 », JCP G, n°45, 2 novembre 2009, 399
- Meinertzbagen-Limpens (A.) « *Les opérations fiduciaires en droit néerlandais* » » in « *Les opérations fiduciaires* » Colloque de Luxembourg du 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p.391
- Mekki (M.) « *Le patrimoine aujourd'hui* » JCP N, n°51, 23 décembre 2011, 1327,
- Moris (M.) « *La fiducie en droit belge : quelques applications* » IDEFISC, actualité des idées fiscales, <http://www.idefisc.be/themes/fiducie.html>
- Morrissette (A.) « *Etude de la fiducie du Code civil du Québec : comparaison avec le trust du droit anglais* » dans le cadre du colloque du 25 mai 1995 « *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale* », Institut Wilson & Lafleur inc., 1995
- Mortier (R.) & Le Mentec (F.) « *Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix* » Droit & Patrimoine, n°171, juin 2008, p.82
- Muir (B.) « *La fiducie au Québec* dans le cadre du colloque du 25 mai 1995 « *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale* », Institut Wilson & Lafleur inc., 1995
- Najjar (I.), « *Les contrats fiduciaires en droit libanais* », Bulletin Joly Bourse, 1^{er} juillet 1999, n°4, p.329

- Nénot (M.) JCP, Edition générale, n°26, 27 juin 1990, II 21529, commentaire de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 janvier 1990 (Société Bendix Electronics c. Fédération des travailleurs de la métallurgie C.G.T. et autres)
- Normand (S.) «*La notion de modalité de propriété* » in «*Mélanges Offerts au Professeur F. Frenette –Etude portant sur le droit patrimonial*», PUL, 2006, p.255
- Oberson (X.) «*Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Suisse* » in «*Trust & Fiducie : Concurrents ou compléments ?* », actes du Colloque tenu à Paris, le 13 & 14 juin 2007, Step France, collection Academy & Finance, Genève, 2008, p. 219
- Ollard (R.) «*La fiducie : aspects de droit pénal* », revue de science criminelle, 2009, p.545
- Van Ommeslaghe (P.) «*Rapport de synthèse* » in «*Les opérations fiduciaires* », Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) chez LGDJ, 1985, p.457
- Von Overbeck (A.E.) «*La ratification de la convention de La Haye sur le trust par les Pays bas : un exemple pour la Suisse ?* » Etudes de droit international privé pour Gerardo Broggin, Milano Dott. A Giuffrè Editore, 1997, page. 373
- Paillusseau (J.) «*Le droit moderne de la personnalité morale* » RTD Civ, 1993, p.705,
- Panico (P.) «*Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Italie* » in «*Trust & Fiducie : Concurrents ou compléments ?* » Actes du Colloque tenu à Paris, le 13 & 14 juin 2007, Step France, collection Academy & Finance, Genève, 2008, p.193
- Perrot (A.) :
 - «*La vente à réméré de valeurs mobilières* » RTD com, 46, janvier-mars 1993
 - «*Pension de titres et transfert de propriété* » Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, n°46, novembre décembre 1994
- Peyrot (A.) : «*La fiducie en droit suisse* » Revue Lamy droit des affaires, 2010 n°47
- Piedelièvre (S.) «*Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?* » «*La fiducie dans tous ses états* » colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, p.75
- Prigent (S.) «*Extinction d'une fiducie-sûreté dont le constituant s'est acquitté de sa dette* » 15 janvier 2011, Defrénois, n°1, page 48
- Prüm (A.) «*L'arrivée annoncée de la fiducie* » Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier-février 2007, alerte 1

- Prüm (A.) « *Trust et fiducie au Luxembourg* » in « *Le trust en droit international privé* » Perspectives suisses et étrangères, actes de la 17^{ème} journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, édition Schulthess, 2005, p.63
- Prüm (A.) Revet (T.) & Witz (C.) « *La ratification de la convention de la Haye par le Grand Duché de Luxembourg* », colloque « *Trust et fiducie – la convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise* », colloque tenu au Luxembourg, le 11 décembre 2003, collection grands colloques, Montchrestien, 2005, p.53
- Puig (P.) « *La fiducie et les contrats nommés* » dans le cadre du dossier « *Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007* » Droit & Patrimoine, 2008 n°171
- Rakotovahiny (M.A.) « *La créance cédée par bordereau Dailly : une appropriation encadrée* » Les Petites Affiches, 15 janvier 2008, n°11 p. 20
- Raynouard (A.), « *Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe* » JCP N n°3, 22 janvier 2010, 1014
- Revet (T.) :
 - « *Le dénouement de la propriété temporaire* » RTD Civ 2008, p.322
 - Rapport de synthèse, « *La personnalité morale* », journée nationale, Tome XII, La Rochelle, 4 juin 2007, Dalloz, p.109
- Reymond (C.) & Revaclier (J.) « *Les opérations fiduciaires en droit suisse* » in « *les opérations fiduciaires* » colloque de Luxembourg du 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p.421
- Robine (D.) « *La réforme du droit spécial des garanties financières par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005* » Bulletin Joly Bourse 1^{er} septembre 2005, n°5 p.521
- Rossi (J.) « *La pratique de la fiducie et du trust en Suisse* » Colloque « *Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe* », 28 mars 1991, office de coordination bancaire et financière
- Saint Marc (G.) « *Emission de sukuk en droit français : l'apport de la fiducie* » in « *La fiducie dans tous ses états* », colloque organisé le 15 avril 2010, Association Henri Capitant, édition Dalloz, 2011, p.81
- Savaux (E.)
 - « *La personnalité morale en procédure civile* », RTD Civ. 1995
 - « *Cession de créance* » Defrénois 2006 n°7 p.601

- Schaffner (J.) « *La fiscalité des trusts et des fiducies au Luxembourg* », « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments* », Actes du colloque tenu à Paris du 13 & 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008, p.175
- Schmidt (D.) & Witz (C.) avec le concours de Jean-Louis Bismuth « *Les opérations fiduciaires en droit français* », in « *les opérations fiduciaires* » Colloque de Luxembourg du 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p.305
- De Silguy (S.) « *La fiducie, une réussite ?* » Revue Lamy droit civil, n°104, mai 2013
- Siruguet (J.L.) et Ferrari (A.) « *Le réméré : une technique contestable ?* » la Revue Banque n°515, avril 1991
- Soinne (B.) « *La reconnaissance de la personnalité morale des groupements de quirataires* », Petites Affiches, 2 juillet 1997, n°79, page 16
- Sprung, (B.), intervention au congrès « *La fiducie en droit moderne* » publié dans le cadre « *Des travaux de la semaine internationale de droit* » Sirey, 1937
- Tandeu de Marsac (S.) « *L'avocat et la fiducie* » Gazette du Palais, 6 aout 2009, n°218, page 4
- Terré (F.) « *La personne et ses patrimoines ou l'EIRL* » JCP E n°1, 13 janvier 2011
- Teston (B.) & Brun (T.) Jeantet & Associés, « *Actualité de la fiducie* » numéros de 1 à 16
- T'Kint (F.) « *la fiducie-sûreté* » « *le trust et la fiducie : implications pratiques* » sous la direction de J. Herbots et de D. Philippe, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.247
- Thévenoz (L.) « *Les Enjeux de la ratification pour les pays de droit civil* », in colloque « *Trust et fiducie – la convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise* », colloque tenu au Luxembourg, le 11 décembre 2003, collection grands colloques, Montchrestien, 2005, p.35
- Tricaud (N.) « *Introduction aux travaux – actualité des pratiques du trust et de la fiducie en France et en Europe dans un cadre plus concurrentiel* » dans le cadre du colloque organisé par l'office de coordination bancaire et financière le 28 mars 1991, intitulé « *Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe* »
- Vatinet (R.) « *Reconnaissance de la personnalité morale du comité de groupe et étendue de ses droits d'action en justice* », Revue des Sociétés 1990, p.444
- de Vauplane (H.) :
 - « *La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride* », Revue de droit bancaire et de la bourse n°70, novembre décembre 1998, p.197

- « *Cadre juridique des garanties financières* », Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, Janvier 2007, dossier 2
- « *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier* », JCP E. n°36, 6 septembre 2007, 2051
- Wautelet (P.) « *Le Code de droit international privé* », chargé de cours à la faculté de Liège
- Witz (C.)
 - « *Rapport introductif : les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe* » p.9 « *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* », Colloque du 29 novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4 bis, p.9
 - « *La fiducie en Europe : France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours* » ; in colloque « *Le trust et la fiducie, implications pratiques* », 9 février 1996, publication du colloque UCL-KUL, Bruylant, Bruxelles, 1997, p.51
 - « *La fiducie face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust* », Recueil Dalloz, 2007, p.1369
 - Les caractères distinctifs de la fiducie » in colloque « *trust & fiducie : concurrents ou compléments ?* » Colloque tenu à Paris le 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008, p.61
 - « *Appréciation de la législation libanaise* » in Colloque de Beit Mery, « *Fiduciary Operations : legal, economic, financial regulatory and tax aspects* », Banque du Liban, 1997, p.414
- Zénati-Castaing (F.) « *Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine* » RTD Civ 2003, page 667

Jurisprudence

- Cour de cassation, Chambres réunies, 5 avril 1913, S.1920 I. 49,
- Cour de cassation, Chambre sociale, 2^{ème} section civile, 28 janvier 1954, recueil Dalloz, 1954, Jurisprudence, p.217
- Cour d'appel d'Aix en Provence, Chambre sociale 9, 14 mars 1989, n°86.7774
- Cour de cassation, Chambre sociale, 23 janvier 1990 n°86-14.947, Publication : Bulletin 1990 V N° 20 p. 13

- Cour de cassation, Chambre sociale, 17 avril 1991, n°89-17.993, Publication : Bulletin 1991 V N° 206 p. 125
- Cour d'appel de Basse Terre, 6 novembre 1995, 1ère chambre (R.G. n°930-1177 ; arrêt 870)
- Chambre commerciale, Cour de cassation, 30 mai 1995, n°93-16.978, Publication : Bulletin 1995 IV N° 161 p. 150
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 novembre 2005, n° 03-15.669 Publication : Bulletin 2005 IV N° 230 p. 249
- Cour de cassation, Chambre commerciale 19 décembre 2006, n° 05-16.395, Publication : Bull. 2006, IV, n° 250, p. 275
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 février 2007 n°05-16.649
- Cour de cassation, 1ère Chambre civile 19 septembre 2007 n° 04-18.372, Publication : Bulletin 2007, I, N° 275
- Cour de cassation Chambre commerciale, 15 avril 2008 n°07-12.487, Publication : Bulletin 2008, IV, N° 89
- Cour de cassation, 3ème chambre civile, 28 janvier 2009, n°08-12.649, Publication : Bulletin 2009, III, n° 27
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 février 2010, n°09-10.119, Publication : Bulletin 2010, IV, n° 34
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 novembre 2010, n° 09-69.870, Publication : Bulletin 2010, IV, n° 162
- Cour d'appel de Paris, 4 novembre 2010, pôle 5, chambre 9, n°10-07100
- Cour d'appel de Paris, 3 mai 2011, pôle 5, chambre 8, 10-13656
- Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 31 octobre 2012, n°11-16.304
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 février 2013, n°11-21.763
- Cour d'appel de Versailles, 28 février 2013, 13^e chambre, n° 12/06573

Travaux parlementaires

De Richemont (H.), sénateur « *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Monsieur Philippe MARINI instituant la fiducie* »,

annexe au procès verbal de la séance du 11 octobre 2006, rapport n°11, session ordinaire de 2006-2007

De Roux (X.), député « *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (N°3385) adoptée par le Sénat, instituant la fiducie* », session ordinaire de 2006-2007 rapport n°3635

Marini (P.), sénateur « *Rapport fait au nom de la commission des Finances sur la proposition de loi adoptée par l'assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises* » rapport n°442, session ordinaire de 2008-2009