



HAL
open science

La fiducie et l'entrepreneur

Baptiste Ody

► **To cite this version:**

Baptiste Ody. La fiducie et l'entrepreneur. Droit. Université de Rennes, 2016. Français. NNT : 2016REN1G012 . tel-02176227

HAL Id: tel-02176227

<https://theses.hal.science/tel-02176227>

Submitted on 8 Jul 2019

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.



THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire

pour le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

École doctorale SHOS

présentée par

Baptiste ODY

Préparée à l'unité mixte de recherche n° 6262 IODE
Institut de l'Ouest : Droit et Europe
Faculté de Droit et de Science Politique

**La fiducie et
l'entrepreneur**

**Thèse soutenue à Rennes
le 7 juillet 2016**

devant le jury composé de :

Christophe ALBIGES

Professeur à l'Université de Montpellier /
rapporteur

Jean-Jacques ANSAULT

Professeur à l'Université de Rouen Normandie /
rapporteur

Rémy GENTILHOMME

Professeur Associé à l'Université de Rennes 1 /
co-directeur de recherche

Hervé LÉCUYER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II) / *examineur*

Armel LIGER

Professeur Émérite de l'Université de Rennes 1 /
directeur de recherche

LA FIDUCIE ET L'ENTREPRENEUR

« La difficulté de réussir ne fait qu'ajouter
à la nécessité d'entreprendre »

Pierre-Augustin CARON DE BEAUMARCHAIS,
Le Barbier de Séville ou la Précaution inutile (1775), Acte I, Scène 6.

Remerciements

Pour ce qui me concerne, la thèse de doctorat n'a pas été que l'aventure solitaire évoquée par le Doyen Vedel. Aussi, je tiens à remercier chaleureusement toutes celles et tous ceux qui ont bien voulu m'accorder un peu —souvent beaucoup— de leur temps au cours de ces dernières années. Je pense en particulier à :

- Monsieur le Professeur Christophe Albiges, Monsieur le Professeur Jean-Jacques Ansault et Monsieur le Professeur Hervé Lécuyer, pour me faire l'honneur de constituer mon Jury de soutenance ;
- mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Armel Liger, et mon co-directeur de thèse, Monsieur le Professeur Rémy Gentilhomme, pour m'avoir accompagné sur le difficile chemin de la recherche ;
- Monsieur le Bâtonnier Philippe Le Goff et Monsieur le Bâtonnier Bruno Cressard, sans le soutien desquels cette thèse n'aurait jamais existé ;
- Monsieur le Professeur Jacques Beaulne, qui m'a initié au droit des successions au Québec et, ce faisant, a semé sans le savoir les graines desquelles ont germé les présents travaux ;
- Monsieur le Professeur Laurent Mayali, grâce à l'appui duquel la recherche en droit m'a menée jusqu'en Californie ;
- Madame le Professeur Brigitte Feuillet-Liger, pour ses conseils avisés ;
- Madame Sophie Pérez, pour sa disponibilité et sa gentillesse ;
- ma famille et mes amis, pour leur soutien et leurs encouragements. Je pense tout particulièrement à mes parents pour leur bienveillance à mon égard ;
- enfin, surtout, Camille, que je ne remercierai jamais assez d'être à mes côtés et de me supporter (dans tous les sens du terme).

Sommaire

<u>INTRODUCTION GÉNÉRALE</u>	<u>1</u>
<u>PARTIE I. LE PARADOXE INITIAL DE LA FIDUCIE POUR L'ENTREPRENEUR</u>	<u>45</u>
Titre I. Une nature attrayante pour les acteurs économiques	49
Chapitre 1. Une opération innovante	53
Section 1. La consécration d'un transfert <i>sui generis</i>	54
Section 2. La remise en cause d'un statu quo	78
Chapitre 2. Un véhicule contractuel	101
Section 1. La liberté contractuelle sous la fiducie.....	102
Section 2. La mise en œuvre du droit des contrats	119
Titre II. Un régime inadapté aux spécificités entrepreneuriales	143
Chapitre 1. Des modalités d'accès trop restrictives pour l'entrepreneur	147
Section 1. Au niveau des fonctions primaires.....	148
Section 2. Au niveau des fonctions secondaires.....	176
Chapitre 2. Des modalités d'encadrement peu attractives pour l'entrepreneur	191
Section 1. Des limites de fond dommageables.....	191
Section 2. Des rigidités formelles	206
<u>PARTIE II. L'APPORT VÉRITABLE DE LA FIDUCIE POUR L'ENTREPRENEUR.....</u>	<u>223</u>
Titre I. <i>De lege lata</i> : une pratique marginale.....	227
Chapitre 1. L'affectation au service de l'entrepreneur	233
Section 1. L'affectation comme technique de cantonnement du risque	234
Section 2. L'affectation comme technique de gouvernance patrimoniale.....	257
Chapitre 2. La rétention au service de l'entrepreneur	279
Section 1. La rétention comme modalité d'anticipation.....	279
Section 2. La rétention comme modalité du crédit	301
Titre II. <i>De lege ferenda</i> : un potentiel certain.....	311
Chapitre 1. Le modèle du <i>trust</i>	315
Section 1. Des attributs singuliers et flexibles	315
Section 2. Un équilibre entre finalités patrimoniales et financières	327
Chapitre 2. L'intérêt d'une fiducie renouvelée	339
Section 1. Une carence : la neutralisation du <i>trust</i> en droit français.....	340
Section 2. Un objectif : une fiducie équilibrée au service de l'entrepreneur	363
<u>CONCLUSION GÉNÉRALE</u>	<u>379</u>
Bibliographie	385
Index alphabétique.....	455
Table des matières.....	463
Table des annexes	471

Table des abréviations et locutions

A.	Arrêté
<i>Ab init.</i>	<i>Ab initio</i> (Lat. « Depuis le début »)
Abrév.	Abréviation
<i>Act. prat. et ingén. soc.</i>	<i>Actes pratiques et ingénierie sociétair</i>
<i>Act. prat. et strat. patri.</i>	<i>Actes pratiques et stratégie patrimoniale</i>
Adde	Ajouter
<i>AJ fam.</i>	<i>Actualité juridique Famille</i>
<i>AJDI</i>	<i>Actualité juridique Droit immobilier</i>
al.	Alinéa
All.	Allemand(e)
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
ANC	Autorité des Normes Comptables
Anc.	Ancien
Ann.	Annexe
Ang.	Anglais(e)
Ap.	Après
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale
Av.	Avant
<i>Beav</i>	<i>Beavan's Chancery Reports</i>
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BOFiP	Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts
BOI	Bulletin officiel des impôts
BODGI	Bulletin officiel de la Direction générale des impôts
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	<i>Bulletin mensuel Joly Sociétés</i>
c/	Contre
c.	Chapitre (norme canadienne)
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. civ. B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C. com.	Code de commerce

C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. rur. pm.	Code rural et de la pêche maritime
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage</i>
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Cardozo L. Rev.</i>	<i>Cardozo Law Review</i>
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CCIP	CCI Paris Île-de-France
CCQ	Code civil du Québec
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
CGI	Code général des impôts
<i>Ch</i>	<i>Chancery</i>
<i>Ch Rep</i>	<i>Chancery Reports</i>
Ch.	Chambre ou Chapitre (norme française)
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Chr.	Chronique
Class.	Classique
<i>Colum. J. Eur. L. F.</i>	<i>Columbia Journal of European Law Online</i>
Comm.	Commentaires
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	<i>Solution contraire</i>
<i>Courr. jurid. financ. ind.</i>	<i>Le Courrier juridique des finances et de l'industrie</i>
C. propr. intell.	Code de la propriété intellectuelle
CRC	Comité de la Réglementation Comptable
CSBP	<i>Les Cahiers sociaux du barreau de Paris</i>

TABLE DES ABRÉVIATIONS ET LOCUTIONS

Cts	Consorts
D	Diffusé sur la base Jurinet des arrêts de la Cour de cassation
D.	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
Dart's Stats.	<i>General Statutes of the State of Louisiana (B.W. Dart)</i>
DC	<i>Recueil Dalloz critique</i>
Déc.	Décision
Décr.	Décret
DIP	Droit international privé
dir.	Direction d'ouvrage
DGFIP	Direction Générale des Finances Publiques
DP	<i>Recueil Dalloz périodique</i>
Dr. et soc.	<i>Revue Droit et Société</i>
Dr. et patr.	<i>Droit et patrimoine</i>
Dr. famille	<i>Droit de la famille</i>
Dr. soc.	<i>Droit social</i>
Dyer	<i>Dyer's King's Bench Reports</i>
e.g.	<i>exempli gratia</i> (Lat. « par exemple » - norme anglaise)
E.S.	<i>Extraordinary Session</i>
ECDE	<i>Études et documents, Conseil d'État</i>
Éd.	Édition
Edinburgh L. Rev	<i>Edinburgh Law Review</i>
eev	Entré en vigueur
ER	<i>All England Law Reports / England Reports</i>
ès qual.	Ès qualité
FS	Formation de section de la Cour de cassation
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
HCLR	<i>Henri Capitant Law Review</i>
Id.	<i>Idem</i> (Lat. « La même chose »)
Ibid.	<i>Ibidem</i> (Lat. « Le même endroit »)
Infra	Ci-dessous
Instr.	Instruction
Int'l & Comp. L.Q.	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>

<i>J.-Cl. civil</i>	<i>JurisClasseur Civil</i>
<i>J.-Cl. cont. distri.</i>	<i>JurisClasseur Contrats - Distribution</i>
<i>J.-Cl. ent. ind.</i>	<i>JurisClasseur Entreprise Individuelle</i>
<i>J.-Cl. not. rép.</i>	<i>JurisClasseur Notarial Répertoire</i>
<i>J.C.T.P.</i>	<i>Journal of International Trust and Corporate Planning</i>
<i>J. Finance</i>	<i>The Journal of Finance</i>
<i>J.L. & Econ.</i>	<i>Journal of Law and Economics</i>
<i>JCP E</i>	<i>Semaine juridique édition entreprise et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine juridique édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Semaine juridique édition notariale et immobilière</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de droit international « Clunet »</i>
<i>JFE</i>	<i>Journal of Financial Economics</i>
<i>JO / JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française (lois et règlements)</i>
<i>JOAN</i>	<i>Journal officiel de la République française (questions à l'Assemblée Nationale)</i>
<i>JO Sénat</i>	<i>Journal officiel de la République française (questions au Sénat)</i>
<i>Journ. sociétés</i>	<i>Journal des sociétés : le mensuel des juristes et de l'entreprise / Journal Spécial des Sociétés</i>
<i>L.</i>	<i>Loi</i>
<i>L.Q.</i>	<i>Lois du Québec</i>
<i>La. L. Rev.</i>	<i>Louisiana Law Review</i>
<i>La RSG</i>	<i>La Revue des Sciences de Gestion</i>
<i>Lamy dr. sûr.</i>	<i>Encyclopédie Lamy Droit des sûretés</i>
<i>Lat.</i>	<i>Latin</i>
<i>Litt.</i>	<i>Littéralement</i>
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato (Lat. « À l'endroit cité précédemment »)</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>LPF</i>	<i>Livre des procédures fiscales</i>
<i>Médiév.</i>	<i>Médiéval</i>
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
<i>Mém.</i>	<i>Mémorial</i>
<i>Mod.</i>	<i>Modifié</i>
<i>n.</i>	<i>Note</i>
<i>NB</i>	<i>Nota Bene (Lat. « Remarquez bien »)</i>
<i>NBER</i>	<i>National Bureau of Economic Research</i>
<i>N.C. L. Rev.</i>	<i>North Carolina Law Review</i>

TABLE DES ABRÉVIATIONS ET LOCUTIONS

Nouv.	Nouveau
Not.	Notamment
N.Y.U. L. Rev	<i>New York University Law Review</i>
Obs.	Observations
<i>Off. Invest. Mag.</i>	<i>Offshore Investment Magazine</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (Lat. « Œuvre précitée »)
Opp.	Opposition
Ord.	Ordonnance
part.	Particulier
Proj. L.	Projet de loi
Prop. L.	Proposition de loi
PUF	Presses Universitaires de France
PUSS	Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>R.D.U.S</i>	<i>Revue de droit de l'Université de Sherbrooke</i>
Rapp.	Rapport ou rapporteur
Rapp. Info.	Rapport d'information
<i>RD aff. int.</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RD bancaire et bourse</i>	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
<i>RD bancaire et financier</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
RDC	<i>Revue de droit des contrats / Revue des contrats</i>
RDF	<i>Revue de droit fiscal</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier (urbanisme - construction)</i>
Réc.	Récemment
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
REDEE	<i>Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa</i>
Règl.	Règlement
Regnal.	<i>Regnal name</i> (Ang. « Nom de règne »)
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	<i>Répertoire encyclopédique de droit civil Dalloz</i>
<i>Rép. com. Dalloz</i>	<i>Répertoire encyclopédique de droit commercial Dalloz</i>
<i>Rép. Defrénois</i>	<i>Répertoire du Notariat Defrénois</i>
Rép. Min.	Réponse ministérielle
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rép. sociétés Dalloz</i>	<i>Répertoire du droit des sociétés Dalloz</i>
<i>Rev. crit.</i>	<i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>

<i>Rev. fisc. not.</i>	<i>Revue fiscale notariale</i>
<i>Rev. jur. env.</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>Rev. Lamy dr. civ.</i>	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
RHD	<i>Revue Historique de droit français et étranger</i>
<i>RID comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RID éco.</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
RJF	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
RJO	<i>Revue juridique de l'Ouest</i>
RJPF	<i>Revue juridique personne & famille</i>
RN	<i>Reporter's Note</i>
RPTE	<i>Real Property, Trust and Estate Law Journal</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTDF	<i>Revue trimestrielle de droit financier</i>
s.	Et suivants
S.	Sirey
S.Q.	<i>Statute of Quebec / Statuts de la Province de Québec</i>
Sect.	Section
Sign.	Qui signifie
somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T. civ.	Tribunal civil
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne (1992-2009)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
TGI	Tribunal de Grande Instance
Tr.	Traité
Tr. & Est. L.J.	<i>Trusts and Estates Law Journal</i>
Tul. Eur. & Civ. L.F.	<i>Tulane European and Civil Law Forum</i>
Turn. & R.	<i>Turner & Russell Reports, Chancery (1822-24) (Eng.)</i>
U.S.C.	<i>United States Code</i>
U.T.L.J.	<i>University of Toronto Law Journal</i>

TABLE DES ABRÉVIATIONS ET LOCUTIONS

v	Versus (ang. « Contre »)
V.	Voir
V ^o	Verbo (Lat. « Mot »)
VC	Vice-Chancellor of the Chancery Division
Yale L.J.	Yale Law Journal

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Fameusement qualifiée de « Belle juridique au bois dormant du droit français¹ », la fiducie demeure drapée d'une forme de mystère. À l'instar du conte, ses racines sont anciennes et incertaines. Populaire, le récit fiduciaire a été écrit et réécrit, au point qu'aujourd'hui, différentes versions coexistent. Pour filer la métaphore, il est toujours question du sommeil maléfique d'une princesse à laquelle de nombreux atouts sont attribués. Mais sous quelle plume l'histoire de la fiducie est-elle désormais contée ? S'agit-il de celle de Perrault, celle des frères Grimm ou encore celle de Walt Disney ? Selon les époques, les juridictions² ou les objectifs visés, la « belle fiduciaire » peut en effet revêtir différents visages.

La fiducie et le droit international privé

2. C'est le droit international privé qui permet d'avoir la meilleure vue d'ensemble de la question. Les travaux les plus pertinents en la matière ont été menés dans le cadre de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985³. Ils démontrent un effort important de rationalisation juridique qui permet de définir ce qu'il convient d'appeler « l'opération fiduciaire ». Cette notion vise à exposer l'essence de la fiducie, abstraction faite de toute référence à un système juridique⁴ déterminé. En s'affranchissant de la seule technique juridique et en proposant une approche comparatiste transversale⁵, la notion d'opération fiduciaire se comprend

¹ C. CHAMPAUD. « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français ». *RD aff. int.*, 1991, p. 689.

² Dans ce sens, il est préférable de parler de « juridiction » plutôt que de « pays » ou de « droit ». En effet, certains pays connaissent sur leurs territoires plusieurs droits, voire plusieurs systèmes juridiques (v. n. 4, *infra*). L'exemple classique est celui du Canada qui relève à la fois du *Common Law* et du droit civil (avec le Québec).

³ V. en part. Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (e.v. 1^{er} janvier 1992), *Conférence de La Haye de droit international privé*. V. égal. P. LÉPAULLE. *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*. Paris : Rousseau, 1932, VII-463 p. ; P. LÉPAULLE. *La notion de « trust » et ses applications dans les divers systèmes juridiques*. Rome : Éditions Unidroit, 1951, 12 p.

⁴ Il convient de bien distinguer « système juridique » et « droit ». Un système juridique est un mode d'organisation de la règle de droit et des organes qui y sont attachés. Chaque système comprend plusieurs droits, qui résultent chacun de la mise en œuvre du système sur un territoire donné. Ainsi, le droit français est un ensemble des règles régissant les rapports sociaux et qui est rattaché au territoire de la République Française. Il relève du système civiliste qui est basé sur des règles écrites et issues du législateur.

⁵ Pour une analyse similaire, v. la distinction entre l'acte créateur du *trust* et le mécanisme du *trust* : F. BARRIÈRE. *La réception du trust au travers de la fiducie*. Paris : Litec, 2004, X-604 p. (Bibliothèque de droit de l'entreprise, ISSN 0150-7451, 66), n° 240 à 242. Même si le champ d'application de la

comme l'organisation de rapports juridiques entre personnes, fondés sur la confiance⁶ et aboutissant à la création d'un patrimoine séparé⁷. Généralement, pour pouvoir parler d'opération fiduciaire, il faut qu'un individu confie à une personne de confiance la gestion d'une universalité de biens ou droits au profit d'une autre personne. Au carrefour du droit des personnes et du droit des biens, l'opération fiduciaire permet de séparer la propriété, l'administration et le bénéfice tiré d'éléments patrimoniaux. Reposant sur la confiance conférée⁸, l'opération fiduciaire emporte deux conséquences notables : la création d'une universalité isolée des personnes qui ont contribué à la créer, et le maintien d'un contrôle indirect du constituant sur l'universalité ainsi créée.

3. Même si les travaux relevant du droit international privé s'attachent principalement au *trust* de l'anglosphère⁹, ces effets peuvent s'obtenir au moyen de

Convention de La Haye est le *trust*, l'auteur reconnaît qu'elle « ne régit pas l'acte qui crée ledit *trust* mais seulement le *trust* qui en résulte. (...) En dissociant l'acte créateur du mécanisme créé, la Convention illustre le fait que l'acte de création n'est pas indissociablement lié au mécanisme qui va en résulter. (...) La Convention de La Haye permet d'établir un pont entre les mondes de droit civil et ceux de droit anglo-américain. (...) Le *trust*, instrument censé être spécifique aux pays de droit anglo-américain, est, grâce à la Convention de La Haye, présenté de manière compréhensible afin que tout système de droit, quelle que soit sa famille d'origine, puisse le reconnaître. (...) Il y a là un apport tout à fait substantiel, lequel permettra de mettre fin à des confrontations difficiles, entre, d'une part, une institution structurelle spécifique à un champ d'application polymorphe, d'autre part, des catégories d'un système juridique ignorant les distinctions sur lesquelles l'institution spécifique réside ».

⁶ D'où le terme « fiduciaire », dont la racine latine (*fides*) signifie « confiance ».

⁷ D'autres auteurs privilégient une approche un peu plus civiliste, en y voyant un mécanisme juridique qui permet d'« organiser une gestion de bien pour le compte d'un bénéficiaire » et dans un but déterminé. V. par ex. C. KUHN. « Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Sorbonne, 2003, 479 p., n° 1.

⁸ Que ce soit à un Fiduciaire, un fiduciaire, un *trustee* ou un *fiduciary*. Tout le droit fiduciaire repose sur cette confiance.

⁹ « Ensemble des pays où l'anglais est la langue maternelle principale » : V° Anglosphere : A. STEVENSON ; M. WAITE (dir.). *Concise Oxford English dictionary*. 12^e éd. New York/Oxford : Oxford University Press, 2011, 1682 p., spéc. p. 50. Or, à en croire le philosophe Emil Cioran (1911-1995), « On n'habite pas un pays, on habite une langue. Une patrie, c'est cela et rien d'autre » : E. CIORAN. *Aveux et anathèmes*. Paris : Gallimard, 1987, 145 p., p. 21. De fait, les historiens du droit s'accordent classiquement pour réserver l'adjectif « anglo-saxon » au domaine culturel. En matière juridique, l'adjectif ne devrait être utilisé que pour désigner le droit applicable à l'Angleterre avant la conquête normande, c'est-à-dire du V^{ème} au XI^{ème} s. : v. not F. W. MAITLAND. *Equity : a course of lectures*. 2^eème éd. révisée. Cambridge : Cambridge University Press, 1949, XXIV-343 p. Dans un respect rigoureux de cette approche classique, le recours à la notion d'anglosphère permet de dépasser une acception purement culturelle des pays de langue anglaise, tout en faisant référence à ce que sous-entend l'expression française de « monde anglo-saxon ». Se référer à l'anglosphère permet de surcroît de mettre en valeur le lien entre la langue et le droit (le Québec civiliste n'entrant ainsi pas dans la nomenclature). Ce lien, bien que souvent négligé par les juristes, est en effet un élément fondamental de la construction, de l'application, et du développement d'un système juridique ainsi que de ses principes.

modalités techniques propres à chaque juridiction¹⁰. Selon le système juridique¹¹, il peut exister ou pas, un transfert de propriété, un caractère institutionnel ou encore une nature contractuelle. Ainsi, même si les véhicules juridiques sont distincts, l'opération fiduciaire se retrouve tout autant dans le *trust* des droits anglo-américains¹², que dans la fiducie de droit civil ou encore dans le *waqf* issu de la *Chari'a*¹³. Mais ce n'est pas tout. À l'intérieur d'un même système juridique, le régime des opérations fiduciaires peut varier selon des spécificités locales ou le degré d'intensité de leurs caractéristiques. Il existe ainsi différents types de *trusts* et de fiducies, de même que plusieurs variations dans la pratique du *waqf*.

4. Compte-tenu de leur importance, dans le monde économique en général et en droit français en particulier, il sera ici principalement question des mécanismes issus du système juridique de droit civil et de *Common Law*¹⁴. Les similitudes entre

¹⁰ Certains auteurs font ainsi le lien entre la relation fiduciaire et la théorie de l'agence. La plus ancienne manifestation d'une relation fiduciaire remonterait alors 3 000 ans avant J.-C. avec le Code Hammourabi selon lequel le *Tamkarum* était le principal et le *Samallum* était l'agent : R. VERSTEEG. *Early Mesopotamian law*. Durham : Carolina Academic Press, 2000, 228 p. V. égal. la relation fiduciaire au regard du droit juif, droit islamique, droit romain et du *Common Law* : T. FRANKEL. *Fiduciary law*. New York/Oxford : Oxford University Press, 2011, XIX-313 p., spéc. p. 79 s., ou encore « (...) dans l'Égypte des pharaons, dans la Grèce antique, dans le vieux droit musulman, au Japon 500 ans avant Jésus-Christ » : C. WITZ. « Rapport introductif - Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe ». In : *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse (Colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises, 29 novembre 1990)*, Paris : Joly Éditions, 1991, p. 9.

¹¹ En matière de propriété, il est possible d'identifier sept grands systèmes juridiques distincts : le droit civil, le *Common Law*, le système socialiste, le droit islamique, le système coutumier, le droit hindou et les systèmes hybrides. V. F. H. LAWSON et al. « Structural Variations in Property Law ». *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, n° 2, Vol. 6 sur 17 ; R. DAVID. *Les Grands systèmes de droit contemporains : droit comparé*. Paris : Dalloz, 1964, 630 p.

¹² À noter que l'expression de « droit anglo-américain » est préférable à celle de « droit anglo-saxon » (v. n. 9). De même, le « *Common Law* » ne se confond pas avec l'ensemble du droit anglais ou du droit américain. Même si le droit américain ne connaît pas l'*Equity*, cette assimilation serait un abus de langage. V. n° 8, *in fine*.

¹³ En droit religieux islamique, le *Waqf* est une sorte de donation qui rend inaliénable le bien donné. V. par ex. N. YAHAYA. « British colonial law and the establishment of family waqfs by Arabs in the Straits Settlements, 1860–1941 ». In : *The worlds of the trust*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 167.

¹⁴ À l'évocation en langue française des normes et du système juridique des pays de l'anglosphère, un problème de genre se pose assurément. Doit-on parler du « *Common Law* » ou de la « *Common Law* » ? Une tendance naturelle pousse le juriste francophone à l'utilisation du féminin. Cette inclinaison instinctive s'explique par le recours habituel en langue française au terme de « loi » dans son sens le plus général, afin de traduire le terme « *law* ». Cette pratique ne saurait être condamnée. Néanmoins, une pratique plus rigoureuse peut être suggérée afin de refléter au mieux l'intention du locuteur. Si ce dernier veut faire référence au type de système juridique, il utilisera volontiers le masculin. Au contraire, s'il souhaite faire référence à un type de norme appartenant au droit positif *per se*, telle la loi au sens de la hiérarchie des normes, alors le féminin saurait être conseillé.

la fiducie et le *trust* s'expriment tant au travers de leur philosophie qu'au travers de leurs effets¹⁵. En principe, les deux mécanismes présentent trois caractéristiques. La première est un dessaisissement du constituant des éléments faisant l'objet de l'opération. La deuxième est le saisissement corrélatif d'une autre personne¹⁶. La troisième est la détermination d'une mission ou d'une charge au profit d'une personne déterminable. L'identité commune des deux mécanismes trouve son paroxysme dans l'existence de fiducies dites « hybrides », qui présentent la particularité de mêler tradition civiliste et *Common Law*¹⁷. De leur côté, les fiducies dites « civilistes » présentent un visage moins univoque qu'il n'y paraît. Il existe des fiducies traditionnelles, consacrées par la jurisprudence, principalement la *Treuhand* des droits germaniques¹⁸ et l'*Anstalt*¹⁹. Mais plus récemment, de nombreuses fiducies ont également été consacrées par la loi. C'est le cas du contrat fiduciaire de droit Luxembourgeois²⁰ ou encore de la fiducie italienne²¹. Or, ces fiducies législatives sont, le plus souvent, des réceptions du *trust* en droit interne.

¹⁵ Sur l'identité des effets du *trust* et de la fiducie : BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, n° 526 s., spéc. n° 530 à 532, 584 à 592 et 646 à 649.

¹⁶ *Trustee* ou fiduciaire.

¹⁷ C'est le cas de la fiducie québécoise dont le régime est codifié au sein du Titre Sixième (« De certains patrimoines d'affectation » du Livre Quatrième réservé aux biens : CCQ, art. 1260 s. V. not. C. CASSAGNABÈRE. « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois ». *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, vol. 92, n° 4846 ; R. GODIN. « Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 155 ; M. CANTIN CUMYN. « La fiducie du Québec, un modèle imitable ? ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 83 ; S. NORMAND. « La notion de modalité de la propriété ». In : *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec : Presses de l'Université Laval, 2006 ; P. B. MIGNAULT, M. FARIBAUT. « Review of : Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec ». 1938, 22 U.T.L.J., p. 423 et 424. À noter que le *trust* écossais est également hybride : J. W. G. BLACKIE. « Trusts in the Law of Scotland ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 117.

¹⁸ Qui offre des possibilités tant en matière de sûreté que de gestion. Pour une vue d'ensemble, v. A. ARSAC. *La propriété fiduciaire : nature et régime*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, 325 p. (Droit des affaires), spéc. n° 128 s. Adde H. KÖTZ. « Trusts in Germany ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 175.

¹⁹ Bien connue des lecteurs de Largo Winch qui se rappelleront de la *Zukunft Anstalt*, l'*Anstalt* est une structure juridique dotée de la personnalité morale et d'un patrimoine propre. Généralement constituée dans un but économique, elle présente l'avantage de garantir l'anonymat de la personne physique ou morale à l'origine de sa création. Elle peut toutefois avoir pour seul objectif « la gestion et l'administration de patrimoines ou la détention de participations et d'autres droits ». Elle bénéficie alors parfois d'un régime fiscal de faveur. V. par ex. au Liechtenstein : A. GOUTEYRON. *Rapport fait au nom de la commission des finances*. Paris : Sénat, 7 juillet 2010, 710 p. N° 620, spéc. Première Partie, II.

²⁰ Pour un aperçu, v. par ex. ARSAC. *La propriété fiduciaire, op. cit.*, spéc. n° 96 s.

²¹ *Ibid.*, spéc. n° 63 s.

Aussi, elles n'entreront pas directement dans le cadre de cette étude, au profit du modèle sur lequel elles ont été constituées : le *trust*.

5. En vertu d'un arrêté datant de 1991 et toujours en vigueur, le terme « fiduciaire » devrait normalement remplacer le terme « *trust* » dans toute une série de textes et documents, notamment les textes officiels de la République Française et les ouvrages d'enseignement, de formation ou de recherche²². Bien que constante²³, cette tentative de défense de la langue française n'a pas été fructueuse sur ce point. Il faut bien dire que, malgré les similitudes fonctionnelles précédemment évoquées, la fiduciaire et le *trust* ne peuvent pas totalement se confondre. En effet, ils ne partagent pas la même nature. Cela s'explique par plusieurs facteurs. D'abord, les deux systèmes juridiques auxquels ils appartiennent sont différents. Pour simplifier, le droit civil repose sur la force de la loi générale et impersonnelle tandis que le *Common Law* repose sur le contrat et les décisions judiciaires²⁴. Ensuite, le *trust* n'est pas une construction théoriquement cohérente mais le résultat d'un processus anarchique et lent, propre au droit anglais, qui demeure difficile à décrypter. Depuis son origine, le *trust* sert en effet à combler des insuffisances juridiques, voire à contourner des rigidités pratiques. Sa nature est donc

²² Il est également prévu que le terme « fiduciaire » remplace celui de « *trustee* ». V. Arrêté du 30 septembre 1991 relatif à la terminologie économique et financière (JO Loi et décrets 11 octobre 1991, p. 13345), *NOR ECOZ9100039A*.

²³ Depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts, le législateur français a toujours été très actif pour promouvoir et protéger juridiquement la langue française : Ordonnance du 25 août 1539 enregistrée au Parlement de Paris le 06-09-1539 sur le fait de la justice (Ord. 1539-08-25 Recueil Isambert, t. XII, p. 600). Celle-ci produit d'ailleurs toujours des effets en matière procédurale (v. par ex. Cass. com. 27 novembre 2012, n° 11-17.185, Bull. 2012, IV, n° 213). Ainsi, le droit français rappelle que « La langue de la République est le français » (Constitution, art. 2) et que « Toute inscription ou annonce apposée ou faite sur la voie publique (...) et destinée à l'information du public doit être formulée en langue française » : art. 3, Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (dite Toubon) (JORF n° 180, 5 août 1994, p. 11392). Mais la défense de la langue française se retrouve également dans des domaines plus spécifiques : par ex. C. trav., art. L1321-6 sur les règlements intérieurs (v. Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-67492, CSBP août 2011, p. 220, A 54, n. F.-J. Pansier).

²⁴ Au travers du « système du précédent » ou *Stare decisis* (en vertu de la maxime lat. *Stare decisis et non quieta movere*, sign. « S'en tenir aux décisions et ne pas déranger »). Il convient cependant de relativiser cette distinction et de ne pas y voir un antagonisme indépassable. D'une part, le droit français accorde bien la primauté à la loi écrite et codifiée, mais ce n'est pas pour autant que la doctrine, et surtout la jurisprudence, ne constituent pas des sources normatives (au moins indirectes). Il ne faut ainsi pas sous-estimer le rôle grandissant du juge dans la société française. Dès le XIX^{ème} siècle, Désiré Dalloz (1795-1868) l'avait bien intégré en concevant « Le grand répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence ». En associant textes de lois, opinions doctrinales et jurisprudence, les quarante-huit volumes de l'ancêtre de l'Encyclopédie Dalloz reconnaissaient déjà la complémentarité des ces trois sources de droit en France. D'autre part, il ne faut pas imaginer que les systèmes juridiques issus du *Common Law* soient totalement imperméables à la loi. Cela n'a jamais été le cas et l'est d'autant moins sous l'influence des droits supranationaux, notamment le droit de l'UE pour le Royaume-Uni.

inextricablement liée aux spécificités du droit anglais, dont les particularités se sont forgées à partir du Moyen-Âge²⁵. Aussi, pour bien comprendre l'acception contemporaine de l'opération fiduciaire, il est absolument nécessaire d'envisager précisément la construction du droit anglais et la manière dont la propriété y est conçue²⁶.

6. Aujourd'hui encore, les origines du *trust* font parfois l'objet d'interrogations voire de débats²⁷. En revanche, il est largement admis que la nature du *trust* ne peut s'expliquer que de pair avec la construction du droit anglais dans laquelle la procédure et les rapports entre les juridictions prennent une place fondamentale. La concomitance des origines du droit anglais et du *trust* n'est cependant pas limitée à l'acception spécifique de la propriété en droit anglais²⁸. S'il est bien un acteur de la formation du droit de propriété en Angleterre, le *trust* est surtout une

²⁵ Pour une vision d'ensemble, v. par ex. B. BASDEVANT-GAUDEMET, J. GAUDEMET. *Introduction historique au droit : XIIIe-XXe siècles*. Paris : LGDJ, 2010, 484 p. (Manuel) n° 189 à 198. Adde H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*. Paris : LGDJ, 1977, 136 p. ; E. BODENHEIMER, J. B. OAKLEY, J. C. LOVE. *An introduction to the Anglo-American legal system : readings and cases*. St. Paul : West Group, 2001, XVII-232 p. ; B. S. BYRD. *Introduction to Anglo-American Law & Language*. 2^e éd. Munich : Beck, 2001, 367 p. ; J. H. LANGBEIN, R. L. LERNER, B. P. SMITH. *History of the common law : the development of Anglo-American legal institutions*. Austin/New York : Wolters Kluwer Law & Business/Aspen Publishers, 2009, XXVII-1141 p.

²⁶ D'où l'importance d'une analyse historique « sans la connaissance de laquelle il est absolument impossible de comprendre le droit anglais » : R. DAVID. *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*. Paris : LGDJ, 1950, VI-556 p.

²⁷ Par ex. quant au rôle qu'y a joué le droit islamique et l'institution du *waqf* : J. A. MAKDISI. « The Islamic Origins of the Common Law ». *N.C. L. Rev.*, 1999, vol. 77, p. 1635 ; ou encore sur le lien avec le *Salman* germanique (même si cette hypothèse ne semble aujourd'hui plus vraiment soutenue) : BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, spéc. n° 123 ; J.-P. BÉRAUDO. *Les trusts anglo-saxons et le droit français*. Paris : LGDJ, 1992, (Droit des affaires), spéc. n° 5 ; mais égal. sur l'importance du droit canonique : J. MARTÍNEZ-TORRÓN. *Anglo-American Law and Canon Law : Canonical Roots of The Common Law Tradition*. Berlin : Duncker & Humblot, 1998, 195 p. (Comparative studies in Continental and Anglo-American legal history, Bd. 18). Sur ces interrogations, il est intéressant d'évoquer Sir Henri Maine selon lequel il est impossible de distinguer des origines précises aux sciences juridiques dans la mesure où les coutumes des sociétés primitives avaient nécessairement une origine préhistorique (« *Legal science has no clear beginnings, because the customs of early societies are invariably of prehistoric origin* »). Selon lui, de la Chine au Pérou, il n'existe aucun système de droit écrit n'ayant pas des liens avec des rituels ou des pratiques religieuses (« *There is no system of recorded law, literally from China to Peru, which, when it first emerges into notice, is not seen to be entangled with religious ritual and observance* ») : H. S. MAINE. *Dissertations on early law and custom, chiefly selected from lectures delivered at Oxford*. Londres : J. Murray, 1883, VII-402 p., spéc. p. 5.

²⁸ Telle qu'issue de l'*use*. Pour une analyse plus détaillée, v. C. MANOLESCU. « Le trust en droit anglais ». Paris : Université Panthéon-Assas, 1997, 424 p. ; M.-F. PAPANDRÉOU. « Fondements du droit anglais des biens ». Thèse de doctorat. Strasbourg : Université Robert Schuman, 1996, 930 p. ; M. A. BADRE. *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*. Paris : Rousseau, 1932, 212 p.

composante indissociable du droit anglais dans sa totalité²⁹. Il découle tout à la fois de la construction d'un droit nouveau à partir du XI^{ème} siècle et de l'évolution parallèle du droit de propriété, tel qu'il est conçu en Angleterre.

7. Au XII^{ème} siècle, la *curia regis*³⁰ n'est pas encore « le système bureaucratique et uniforme [du nouveau] *Common Law*³¹ ». Cependant, avant même la conquête normande de 1066³², cette juridiction d'exception porte déjà en elle les fondations d'un droit unifié pour tout le royaume. Les premières traces écrites de règles juridiques en Bretagne³³ sont le fait de romains observant les coutumes celtes³⁴. Avec la conquête romaine, le droit civil est introduit en *Britannia*. Cette introduction demeure mesurée puisque les populations locales sont autorisées à pratiquer leurs coutumes tant que celles-ci n'entrent pas en contradiction avec les principes du droit romain³⁵. En revanche, le gouverneur romain demeure le juge suprême des citoyens romains et des affaires les plus importantes. Au début du V^{ème} siècle, la province romaine de Bretagne est alors régie par un mélange de règles juridiques civilistes, de coutumes celtes et de principes relevant du christianisme importé par les romains.

Pendant les deux siècles suivants, l'influence romaine s'affaiblit et la Bretagne subit les invasions constantes de guerriers traversant la mer du Nord. Ces

²⁹ Certains auteurs vont même jusqu'à dire que « (...) le *trust* est uniquement un produit de l'histoire du droit anglais » : J. W. REBOUL, E. SOMMER. « Fasc. 2 : États-Unis d'Amérique.- Trusts.- Successions. - Conflits de lois ». *J.-Cl. not. rép.*, novembre 1997, V^o Législation comparée, n^o 2.

³⁰ Lat. sign. « La cour du Roi et de ses conseillers ».

³¹ *Common Law* : « Droit commun » par opposition aux droits coutumiers locaux. V. A. POTTAGE. « *Common Law* ». *Encyclopædia Universalis*, Paris : Encyclopædia Universalis, 2008.

³² La bataille d'Hastings en 1066 ne met pas fin à la conquête de l'Angleterre par les normands mais elle est communément admise comme en étant le fait majeur.

³³ Terme ici compris comme désignant les territoires actuels de l'Angleterre, du pays de Galles et du sud de l'Écosse, du I^{er} au V^{ème} siècle ; c'est-à-dire la province romaine connue sous le nom de *Britannia*.

³⁴ Souvent familiers des traditions littéraires grecques, les érudits celtes négligeaient volontairement l'écrit. C'est Jules César, lors de la deuxième invasion de la Bretagne en 54 av. J-C, qui sera l'un des premiers à consigner et à faire consigner les coutumes perpétuées par les druides. Ironiquement, les meilleures descriptions de ces pratiques apparaissent dans ses écrits sur la Guerre des Gaules. V. not. les livres IV et V : J. CAESAR, A. HIRTIUS, L.-A. CONSTANS. *Guerre des Gaules*. Paris : Société d'édition « Les Belles lettres », 1926, XXXIII-327 p.

³⁵ À ce titre, ce double régime perdurera malgré l'attribution de la citoyenneté romaine à tous les sujets de l'Empire, avec la Constitution antonine (Lat. *Constitutio Antoniniana*) voulue par l'empereur Caracalla (188-217). V. not. J. H. BAKER. *An introduction to English legal history*. Boston/Londres : Butterworths, 1990, XLIX-673 p., spéc. p. 1 à 8.

combattants, Angles³⁶ et Saxons³⁷, repoussent les celtes vers le pays de Galles, la Cornouaille et le sud-ouest de l'Écosse. Leurs coutumes se mêlent aux règles en vigueur selon un principe voulant que chacun demeure régi par les règles propres à sa communauté. Le droit n'a alors pas encore d'existence territoriale au sens moderne, c'est-à-dire applicable à tous sur un même territoire. Néanmoins, à mesure que la chrétienté se développe sur le continent, des Codes sont élaborés et se diffusent dans toute l'Europe³⁸. En Bretagne, la conversion du roi *Æthelberht* de Kent³⁹ rapproche les mœurs juridiques insulaires de celles de toute la chrétienté.

Au cours des siècles suivants, les invasions vikings poussent l'unification des Angles et des Saxons contre un ennemi commun. Unifiée politiquement sous le règne d'Alfred Le Grand⁴⁰, l'Angleterre dispose de lois écrites pour les Anglais mais pas encore de droit anglais à proprement parler⁴¹. C'est à cette époque qu'apparaît la fameuse règle du précédent. À l'origine, elle signifie simplement que le droit peut émaner du roi⁴². Cette prérogative créatrice est ensuite conservée par tous les monarques jusqu'à Édouard Le Confesseur⁴³. Lorsque ce dernier décède sans postérité, une crise de succession survient. Cette crise est d'une importance capitale dans l'histoire politique et juridique de ce qui va devenir le royaume d'Angleterre⁴⁴.

³⁶ Lat. *Gens anglorum*. Peuplade germanique, originaire du Schleswig, qui est une ancienne région à cheval entre le Danemark et l'Allemagne actuels.

³⁷ Lat. *Saxones*. Confédération germanique de tribus voisines des Angles, originaire des régions correspondant aujourd'hui au nord de l'Allemagne et à quelques parties du Danemark et des Pays-Bas.

³⁸ Par ex. le Code de Théodose (Lat. *Codex Theodosianus*) en 438 ou encore le *Corpus Iuris civilis* (Lat. sign. « Corpus de droit civil ») de Justinien en 529.

³⁹ Premier roi anglo-saxon à se convertir au Christianisme (560-616). V. M. J. SWANTON (dir.). *The Anglo-Saxon chronicle*. New York : Routledge, 1998, 363 p.

⁴⁰ Soit *Ælfred* (846 env.-899). Il fut le premier roi de Wessex à se présenter comme « Roi des Anglo-saxons ».

⁴¹ Deux systèmes coexistent : la *Lex Anglorum* (« Loi des anglais ») et la *Dane laga* (« Loi des Danois », par extension égal. des Saxons). Dans le même sens, « *There were laws for the English, but no law of England* » (« Il y avait des lois pour les Anglais, mais de droit anglais ») : BAKER. *Introduction to English legal history, op. cit.* p. 1-8.

⁴² À la fin de son règne, Alfred publie le *domboc* qui est un Code constitué des règles et coutumes que le roi et ses conseillers approuvent. Ensemble, ces règles forment près de 120 chapitres de principes déjà établis et annoncent les « précédents ». V. not. F. L. ATTENBOROUGH. *The laws of the earliest English kings*. Cambridge : Cambridge University Press, 1922, XII-256 p., spéc. p. 63. *Adde* n. 24.

⁴³ Soit *Edward the Confessor* (1004 env.-1066). C'est à lui que le recueil *Leges Edwardi Confessoris* fait référence. V. B. R. O'BRIEN. *God's peace and king's peace : the laws of Edward the Confessor*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1999, 305 p. (The Middle Ages series).

⁴⁴ Sur ce point, v. not. F. G. KEMPIN. *Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell*. 3^e éd. St. Paul : West Pub. Co, 1990, 323 p. (Nutshell series) ; S. F. C. MILSOM. *Historical foundations of the*

La guerre pour la succession d'Édouard voit s'opposer trois prétendants : le comte Harold de Wessex⁴⁵, le roi de Norvège Harald III⁴⁶ et le duc Guillaume II de Normandie⁴⁷. Chacun représente une culture différente avec des coutumes propres, notamment sur le plan juridique. Chacun représente un avenir différent pour le royaume⁴⁸. Aussi, la conquête normande constitue la première étape vers la naissance du droit anglais contemporain. Suite à sa victoire lors de la bataille d'Hastings en 1066, Guillaume devient roi d'Angleterre. Lors de son règne, il n'importe dans son nouveau royaume que peu de règles juridiques normandes. Mais à la différence des ses prédécesseurs, il impose la centralisation de la justice, qui est désormais rendue au nom du roi. De fait, l'Angleterre devient un pays à part entière⁴⁹, gouverné par un seul et même roi, qui dispose du pouvoir d'édicter des lois et de rendre la justice. Sur le fond, Guillaume et ses fils ne font que confirmer le droit tel que pratiqué sous Édouard. Il s'agit principalement de dispositions relatives aux relations entre anglais et français, ainsi qu'à la séparation des juridictions laïques et ecclésiastiques. Ces changements ouvrent néanmoins la voie à l'émergence d'un droit commun au royaume, le *Common Law*, dont les principaux développements interviennent sous Henry II⁵⁰.

Common Law. Londres : Butterworths, 1969, XIV-466 p.

⁴⁵ Harold Godwinson ou Harold II (1022 env.- 1066) est choisi par les Anglo-saxons pour succéder à son beau-frère Édouard. Il sera le dernier roi anglo-saxon d'Angleterre.

⁴⁶ Harald Hardrada ou Harald Sigurdsson (1015 env.-1066) visait à unir le Danemark et l'Angleterre à son royaume de Norvège.

⁴⁷ Guillaume Le Bâtard est né à Falaise vers 1027. Il est surnommé Guillaume Le Conquérant (*William the Conqueror*) avec la conquête normande mais règne sous le nom de Guillaume I^{er} d'Angleterre. Il décède à Rouen le 9 septembre 1087.

⁴⁸ Frédéric William Maitland (1850-1906), juriste et historien anglais connu comme le père de l'étude historique du droit anglais, considère que la conquête normande fut une catastrophe. Néanmoins, cet avis demeure très personnel et peu partagé par le reste de la doctrine. D'ailleurs, les évolutions consécutives à la conquête normande se sont également produites dans des royaumes sans dominion normand : v. not. BAKER. *Introduction to English legal history, op. cit.* p. 1-8.

⁴⁹ Ce royaume d'Angleterre ne concerne alors pas les celtes présents au pays de Galles, en Irlande et en Écosse. Les gallois ont conservé des coutumes propres jusqu'à l'annexion de leurs terres par Henri VIII (1491-1547). Celle-ci est consacrée dans les actes d'union de 1536 : *Laws in Wales Act 1535 c. 26* (Regnal. 27 Hen 8) ; *Laws in Wales Act 1542 c. 26* (Regnal. 34 and 35 Hen 8). Des juridictions propres ont, elles, subsisté jusqu'en 1830 : *Court Of Session Act 1830 c. 69* (Regnal. 11 Geo 4 and 1 Will 4). De leur côté, les irlandais ont disposé d'un système proche mais indépendant du droit anglais. Au contraire, les écossais ont conservé un système totalement distinct, même après la réunion des couronnes d'Écosse et d'Angleterre en 1603, ou encore l'union politique de 1706 : *Union with Scotland Act 1706 c. 11* (Regnal. 6 Ann). V. not. BAKER. *Introduction to English legal history, op. cit.* p. 1-8.

⁵⁰ Soit Henri Plantagenet (1133-1189).

8. À défaut de véritables changements en droit positif, la conquête normande⁵¹ provoque un bouleversement juridictionnel qui impacte ultérieurement le contenu des règles de droit. En effet, aux juridictions coutumières locales antérieures à la conquête, s'additionne le pouvoir royal normand. Soucieuse d'asseoir sa légitimité sur un peuple dont elle ne partage ni la langue ni la culture, l'élite normande qui remplace progressivement l'élite anglo-saxonne, se montre particulièrement active en matière de justice. À l'origine, la justice royale n'est qu'une juridiction d'exception, par ailleurs assez onéreuse⁵². Progressivement pourtant, elle prend « un rôle moteur par rapport aux cours (coutumières) de *shire* et de *hundred*⁵³ ». Pour les justiciables, elle présente en effet le grand avantage de rendre une solution écrite et enregistrée, au contraire des autres juridictions. Au fil du temps, la justice royale se détache de la personne du roi pour échoir à son chancelier. Ce dernier, le plus souvent un ecclésiastique, est alors chargé de résoudre les injustices résultant des décisions de *Common Law*. Sa décision ne peut être prise qu'en accord avec sa conscience personnelle : le système dit de l'*Equity*⁵⁴ est né. Il se développe rapidement face à un *Common Law* jugée trop rigide sur le plan procédural. Dès le XIV^{ème} siècle, le chancelier se voit reconnaître le pouvoir de rendre la justice en son nom et en équité⁵⁵. Il existe alors deux types de for, c'est-à-dire deux juridictions et deux types de fondements pour agir en justice. La cohabitation des deux systèmes est compliquée puisque les interventions de l'*Equity* viennent fréquemment désavouer de manière indirecte les décisions de *Common Law*. Pourtant, il faut bien comprendre que l'*Equity* ne vise pas à concurrencer le *Common Law*. Il vise simplement à en pallier les insuffisances⁵⁶. Pour autant, il peut arriver que *Common Law* et *Equity* se contredisent totalement. Dans un tel cas, l'*Equity*

⁵¹ Véritablement achevée en 1070.

⁵² Elle nécessitait l'achat d'un *writ*, c'est-à-dire d'une autorisation royale et écrite d'ester en justice. En plus de la force probante de l'écrit, celui-ci présentait également l'avantage de pouvoir recourir à la force publique afin de contraindre une personne à se soumettre à la décision de la cour. V. BARRIÈRE. *La réception du trust*, *op. cit.*, n° 64 à 67.

⁵³ POTTAGE. « *Common Law* », *op. cit.*

⁵⁴ Permettant d'obtenir une décision « juste », c'est-à-dire pas uniquement dictée par la règle de droit mais également par une forme d'« équité ».

⁵⁵ En 1474, le chancelier a publié le premier décret en son nom propre, marquant l'indépendance de sa Cour personnelle (*Court of Chancery*) vis-à-vis du Conseil du roi (*King's Council*).

⁵⁶ En vertu de l'adage lat. « *Aequitas sequitur legem* », sign. « L'équité suit la loi ».

prévaut sur le *Common Law*. Cette prééminence est reconnue par décision royale⁵⁷ dans l'affaire du comte d'Oxford⁵⁸. Cette primauté est consacrée par le parlement britannique lors de la fusion des cours de *Common Law* et d'*Equity*⁵⁹. La bicéphalie juridictionnelle du droit anglais disparaît, alors même que *Common Law* et *Equity* demeurent des fondements juridiques distincts⁶⁰. Cette distinction de fond se retrouve d'ailleurs dans tous les droits de l'anglosphère, notamment en droit américain, alors même qu'elle n'a jamais correspondu à une réalité juridictionnelle aux États-Unis⁶¹. C'est cette bicéphalie qui explique les spécificités de la propriété en droit anglais. Cette dualité rejaillit donc sur le *trust* qui est une construction issue de l'*Equity*.

9. Le *trust* est en effet une émanation des décisions des cours d'*Equity*, essentiellement à propos de propriété foncière. Mais il n'est pas apparu *ex nihilo*. Le *trust* s'est construit sur les fondations d'une institution préalable à la conquête normande : l'*use*⁶². Celle-ci permettait à un individu⁶³ de confier des biens à une personne de confiance⁶⁴, afin que cette dernière les administre au profit d'un bénéficiaire⁶⁵. Le *feoffe* ne joue alors qu'un rôle de simple intermédiaire en vue de conserver les biens⁶⁶. Dès l'origine, l'*use* pouvait répondre à des problématiques assez différentes. Il pouvait s'agir de permettre à des moines franciscains de

⁵⁷ Jacques Stuart (1566-1625) est alors roi des Écossais sous le nom de Jacques VI puis également roi d'Angleterre et d'Irlande sous le nom de Jacques I^{er} (ou *James VI and I*).

⁵⁸ Earl of Oxford's case (1615) 1 Ch Rep 1, (1615) 21 ER 485.

⁵⁹ Supreme Court of Judicature Act 1873 (36 & 37 Vict c. 66) ; Supreme Court of Judicature Act 1875 (38 & 39 Vict c. 77). V. not. W. D. GRIFFITH, R. LOVELAND. *The Supreme Court of Judicature acts, 1873, 1875, & 1877 : The Appellate Jurisdiction Act, 1876. And the rules, orders, and costs thereunder*. Londres : Stevens and Haynes, 1877, XI- 829 p. Depuis, les juridictions judiciaires de droit anglais se présentent comme suit (en ordre décroissant d'importance) : *House of Lords, Court of appeal, High Court, Divisional Court, Crown court*, puis *Magistrates' Court* et *County Court*.

⁶⁰ Aujourd'hui, l'*Equity* n'est plus discrétionnaire et s'articule autour de règles connues. Elle s'est formalisée de la même manière que le *Common Law*. Celui-ci est d'ailleurs beaucoup plus codifié que ce qui est parfois enseigné, en particulier sous l'influence du droit communautaire, depuis l'adhésion du Royaume-Uni en 1973.

⁶¹ V. not. A. TUNC. « États-Unis d'Amérique (Le territoire et les hommes) : Le droit ». *Encyclopædia Universalis*, Paris : Encyclopædia Universalis, [s.d.]

⁶² V. not. BADRE. *Le développement historique des « uses », op. cit.*

⁶³ Appelé *feoffor*.

⁶⁴ Appelée *feoffe to use*.

⁶⁵ Appelé *cestui que use*, abrég. de *cestui a qui use le feoffment fut fait*.

⁶⁶ BÉRAUDO. *Les trusts anglo-saxons et le droit français, op. cit.*, n° 7-9.

subvenir à leurs besoins matériels de subsistance, tout en respectant leur engagement spirituel de pauvreté⁶⁷, ou encore de sécuriser le départ d'un croisé en s'assurant que son domaine foncier et ses proches ne disposant pas de la capacité de jouissance soient protégés durant son absence⁶⁸. De même, l'*use* pouvait servir à éluder la lourdeur d'une fiscalité féodale assise sur le foncier⁶⁹, mais aussi à tenter de limiter les recours des créanciers⁷⁰.

Juridiquement, la personne de confiance désignée devenait seule propriétaire des biens⁷¹. Toute la difficulté du mécanisme résidait alors dans la faculté d'assurer la bonne exécution de l'accord. Si jamais la confiance dont le nouveau propriétaire officiel bénéficiait n'était pas méritée, car il ne respectait pas son engagement initial, le *Common Law* ne prévoyait aucune procédure de sanction. Le ou les bénéficiaires ne disposaient d'aucun recours, ni contre le titre de propriété puisqu'il était clairement établi, ni contre la non-exécution de la promesse. Aussi, dans la mesure où les tribunaux d'*Equity* ne pouvaient pas contredire directement le *Common Law*, les juges de l'*Equity* voulant remédier à ces injustices ne pouvaient qu'intervenir *ad personam*. C'est-à-dire qu'il « n'agissaient pas directement sur les biens de l'individu, mais contraignaient le propriétaire à faire ce qu'exigeaient l'Équité et la bonne conscience⁷² ». La dichotomie juridictionnelle du droit anglais s'est alors instaurée au niveau du droit de propriété. Dans une même affaire, les juridictions de *Common Law* pouvaient

⁶⁷ V. BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, n° 105.

⁶⁸ Habituellement, son épouse et/ou ses enfants mineurs. Il convient de noter que cette finalité est très souvent présentée, à tort, comme la seule utilisée au Moyen-Âge.

⁶⁹ V. BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, n° 107. Afin de contrecarrer cette méthode d'évasion fiscale, Henri VIII fit voter une loi en vertu de laquelle le titre de propriété était automatiquement attribué au *cestui que use* : Statute of Uses 1535 (27 Hen 8 c 10). Cette loi fut abrogée par le Law of Property Act 1922 (Chapter 16, 12 & 13 Geo. 5). Pour une analyse détaillée, v. A. UNDERHILL. *A Concise Explanation of Lord Birkenhead's Act : The Law of Property Act, 1922 in Plain Language*. Londres : Butterworths, 1922, XII-131 p. Par ailleurs, l'ancienne règle de primogéniture féodale, en selon laquelle le fils aîné devait hériter de la totalité des terres d'un propriétaire foncier, fut brièvement rétablie jusqu'en 1540 : Statute of Wills 1540 (32 Hen. 8, c. 1).

⁷⁰ V. BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, n° 108.

⁷¹ Principalement destiné aux propriétaires fonciers, les *uses* pouvait également concerner les biens mobiliers (*chattels*).

⁷² REBOUL et SOMMER. « Fasc. 2 : Trust », *op. cit.*, n° 2.

donc reconnaître une propriété « légale⁷³ », tandis les cours d'*Equity* imposaient une propriété « équitable⁷⁴ ».

10. Au cours du XVI^{ème} siècle, la pratique de l'*use* était bien implantée. Trop, sans doute, pour Henri VIII qui prit des dispositions législatives afin de limiter sa pratique visant à minorer la fiscalité foncière⁷⁵. L'objectif visé par la Couronne était alors d'annihiler toute pratique de l'*use*. Mais les juges eurent une interprétation restrictive de la loi⁷⁶ qui permit à l'*use* de subsister sous les formes non visées explicitement par la loi : à savoir pour les biens meubles et pour les schémas non-traditionnels de l'*use*. C'était le cas de la pratique dite du « *use upon a use* » selon laquelle un constituant A donnait « des terres pour l'usage de B, lequel les donnait à l'usage de C⁷⁷ ». Lorsque le *feoffe* se voyait reconnaître la conduite d'une véritable mission pouvant excéder la simple conservation des biens, l'usage reconnu à C était qualifié de *trust*⁷⁸ et le dispositif dans son ensemble ne tombait plus sous le coup de l'interdiction légale.

Admis au début du XVIII^{ème} siècle, ce mécanisme s'est ensuite rapidement développé, au détriment de l'*use*, pour devenir le *trust* contemporain dont il est question dans la Convention de La Haye.

⁷³ *Legal title* ou *Powers stemming from title holding for the trustee*.

⁷⁴ *Beneficial title* ou *Enjoyment interest for the beneficiary*.

⁷⁵ Statute of Uses 1535, *op. cit.* V. n. 69, *supra*.

⁷⁶ Interprétation restrictive consacrée pour la première fois dans l'arrêt *Jane Tyrrel's case* (1558) 2 Dyer 155a.

⁷⁷ BARRIÈRE. *La réception du trust*, *op. cit.*, n° 131.

⁷⁸ Le terme de *trust* provient du vieux norrois (ou vieil islandais - langue médiévale scandinave) « *treysta* » qui signifie « confiance ». Ce terme, apparu au XIII^{ème} siècle env., s'explique en partie comme la traduction du terme *fiducia* dont la racine latine (*fides*) signifie également « confiance ». Cependant, même en droit anglais, le mot *trust* est un terme dont les frontières sont difficiles à déterminer. V. l'arrêt *Tito v Waddell* (No. 2) [1977] Ch 106-227, per Megarry VC. « *The first question is the sense in which that protean word has been used. The word, indeed, is one that can be found in the unwary to invite the comment Que Haeret in litera haeret in cortice* » (« La première question est celle du sens dans lequel ce mot protéiforme a été utilisé. Ce mot (*trust*) est, en effet, un de ceux qui peuvent être trouvé chez les imprudents pour rappeler le commentaire *Que Haeret in litera haeret in cortice* ») : M. GRAZIADEI, U. MATTEI, L. D. SMITH. *Commercial trusts in European private law*. Cambridge/New York : Cambridge University Press, 2005, spéc. p. 5. Cette maxime latine (litt. « Celui qui se cramponne à la lettre, colle à l'écorce ») dénonce les interprétations trop littérales. Elle invite au contraire à une lecture téléologique des textes.

La fiducie et le droit civil en France

11. Historiquement, le droit français⁷⁹ ne connaît pas de mécanisme véritablement assimilable au *trust*. En France, l'opération fiduciaire s'entend plutôt comme un transfert de propriété entre personnes, et non comme une modalité de la propriété⁸⁰. Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, la doctrine s'emploie à explorer les origines civilistes de la fiducie⁸¹. La question fiduciaire en ressort habituellement rattachée au droit romain. Plus précisément, la doctrine s'accorde pour lier l'opération fiduciaire à deux mécanismes issus du droit romain⁸² : le fidéicommiss⁸³ et la *fiducia*⁸⁴. Tous les deux reposent sur « le transfert de propriété de biens dont l'acquéreur est prié d'opérer le retransfert⁸⁵ ». S'ils partagent bien une philosophie commune, ils ne sont pourtant pas identiques. Le premier est un acte unilatéral dont vocation est, comme pour le testament, de recueillir des biens par voie successorale. La seconde, au contraire, est une convention accompagnant des transmissions de biens entre vifs. C'est une sorte de contrat de gage avec dépossession.

12. La *fiducia* a joué un rôle important en matière de droit des biens mais également de droit des personnes. Pour ce qui concerne les personnes, la *fiducia*

⁷⁹ Du point de vue de l'histoire, il convient de distinguer le droit applicable en France, c'est-à-dire sur le territoire que recouvre actuellement la République française, et le « droit français ». La première formalisation d'un droit français (« *droit français* »), autonome du droit romain et du droit canonique, date de Louis XIV (1638-1715). « *XIV. Nous voulons que le Droit françois contenu dans nos Ordonnances & dans les Coûtumes, soit publiquement enseigné* » : Édit du Roi portant règlement pour l'étude du Droit Canonique & Civil (dit Édit de Saint-Germain de 1679).

⁸⁰ V. n° 6 à 10., *supra*.

⁸¹ Les auteurs s'accordent généralement pour remonter jusqu'au V^{ème} s. av. J.-C., c'est-à-dire à la loi des XII Tables (Lat. *Lex Duodecim Tabularum*). Pour autant, les traces écrites les plus anciennes sont indirectes et remontent seulement au II^{ème} s. de notre ère. V. II GAIUS. *Institutes*. Paris : Les Belles Lettres, 1950, XVII-194 p., spéc. I : §114, 115, 118, 140, 166, 172, 194, 195 ; II : §59, 60 ; III : §201 ; IV : §62, 182 ; Épitomé, lib. I, titre VI : §3. Sur toutes les sources juridiques de la fiducie en provenance de l'antiquité, v. I. GLARD. « Droit romain : de la fiducie. Droit français : de la condition des meubles en droit international privé ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes, 1894, spéc. p. 13 à 18.

⁸² C. WITZ. *La Fiducie en droit privé français*. Paris : Economica, 1981, 351 p., spéc. n° 20 à 53. V. déjà. E. GENZMER. « La genèse du fidéicommiss comme institution juridique ». *RHD*, 1962, p. 319.

⁸³ Lat. *fideicommissum*, soit « ce qui est confié à la bonne foi de quelqu'un », dérivé de *fides* : P. MALAURIE. *Les successions, les libéralités*. Paris : Defrénois, 2010, XIV-573 p. (Droit civil), n. 4, p. 376.

⁸⁴ Lat. *fides*, soit « confiance ».

⁸⁵ WITZ. *La Fiducie en droit privé français, op. cit.*, n° 20. L'auteur précise, par ailleurs, que le droit romain connaissait également un testament *per as et libram*, dont les caractéristiques étaient proches. Toutefois, son développement aboutira à une institution totalement autonome : le testament.

était un moyen indirect de modifier leur état. Elle permettait notamment de conférer la capacité juridique aux enfants, d'émanciper les femmes ou encore d'affranchir les esclaves⁸⁶. Mais c'est en matière de biens que la *fiducia* s'est le plus développée. Structurées autour d'une mécanique commune, la *fiducia cum creditor* et la *fiducia cum amico*, relevaient de deux philosophies différentes.

La première catégorie, désignée par l'expression *fiducia cum creditor*, était la plus répandue. Sa pratique correspond à une acception plus économique de la *fiducia*. Le principe était assez simple. D'une part, un débiteur transférait à son créancier la propriété d'un bien. D'autre part, le créancier s'engageait, au travers d'un pacte⁸⁷, à retransférer le bien dès que la dette était éteinte. Dans ce cadre, la *fiducia* a été présentée comme la toute première sûreté réelle du droit romain. Pour autant, la *fiducia cum creditor* se distinguait des autres sûretés par la possibilité de ne pas déposséder le débiteur. Si le débiteur pouvait jouir du bien mis en garantie, le créancier en était néanmoins le propriétaire. Malheureusement, le dispositif souffrait d'un formalisme assez lourd, mais également de certaines difficultés lors de son dénouement. Aussi, la pratique contractuelle romaine a beaucoup évolué sur cette question. Progressivement, les pouvoirs attachés au bien transmis se sont renforcés. Initialement, le créancier ne pouvait que le retenir, et pas s'en départir. En cas de blocage, il se trouvait démuné. Pour améliorer l'efficacité de la sûreté, une pratique dite de *lex commissoria* s'est développée⁸⁸. Elle visait à abroger le *pactum fiduciae* lorsque le créancier n'était pas remboursé. Ce dernier devenait alors propriétaire de plein droit⁸⁹.

La seconde catégorie concernant le droit des biens est la *fiducia cum amico*. À la différence de la *fiducia cum creditor*, celle-ci ne visait pas des rapports de

⁸⁶ « La fiducie est un acte par lequel un individu appelé acquéreur fiduciaire reçoit une chose en propriété, ou une personne, en *mancipium*, par un procédé solennel et s'engage soit à restituer cette chose, soit à affranchir la personne du *mancipium* » : J. MACQUERON. *Histoire des obligations : Le droit romain*. Aix-en-Provence : Faculté de droit et de science politique, 1971, 498 p. (Publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine. Série mémoires et travaux 1), spéc. p. 84. *Adde* ARSAC. *La propriété fiduciaire, op. cit.*, spéc. n° 10 à 12.

⁸⁷ Le *pactum fiduciae*.

⁸⁸ V. F. GÉNY. « Étude sur la fiducie (droit romain) ; De la responsabilité des locataires envers le bailleur en cas d'incendie de la chose louée (droit français) ». Thèse de doctorat. Nancy : Université de Nancy, 1885, 122-9 p., spéc. p. 68 ; ARSAC. *La propriété fiduciaire, op. cit.*, spéc. n° 17.

⁸⁹ Pour autant, la pratique de la *fiducia cum creditor* s'est étiolée au profit du gage et de l'hypothèque.

débiteur à créancier. Comme son nom l'indique⁹⁰, elle concernait plutôt des rapports amicaux. Dans un premier temps, elle se rapprochait du contrat de dépôt ou du prêt à usage. Mais, dans un second temps, elle s'est développée pour contourner certaines rigidités du droit romain. C'était en particulier le cas de l'ancienne prohibition des donations entre époux⁹¹. La *fiducia cum amico* pouvait alors remplir le rôle de *donatio mortis causa sub modo* pour permettre aux époux de se gratifier indirectement⁹². Déjà, la *fiducia* se caractérisait comme un outil juridique permettant de satisfaire des finalités très variées⁹³. Elle a ainsi été de plus en plus utilisée pour réaliser une donation à cause de mort.

C'est justement dans ce domaine qu'un autre mécanisme, similaire à la *fiducia*, s'est développé : le fidéicommiss.

13. Au moment de son apparition, le fidéicommiss n'est qu'une prière par laquelle un disposant demande à un institué, ou à quiconque reçoit une portion héréditaire, « de donner ou d'accomplir quelque chose en faveur d'un tiers⁹⁴ ». À l'instar de nombreuses *fiducia cum amico*, l'objectif des parties tendait à éluder certaines contraintes du droit romain. Mais à la différence de cette dernière, le fidéicommiss ne concernait que les dispositions à cause de mort. C'était l'exemple classique du citoyen romain désireux de gratifier à cause de mort un incapable, tel un pérégrin⁹⁵. Pour cela, il n'avait pas d'autre choix que de faire appel à la *fides* de son héritier légal, pour que ce dernier transmette les biens après sa mort⁹⁶. En définitive, le véritable intérêt du fidéicommiss était justement là. Il permettait

⁹⁰ *Fiducia cum amico* : lat. « fiducia avec un ami ».

⁹¹ Lat. *Donatio mortis causa*.

⁹² Au travers de leurs héritiers respectifs par ex. V. R. JACQUELIN. « Droit romain : de la Fiducie. Droit français : de la Juridiction administrative dans le droit constitutionnel ». Paris : Université de France, 1891, 511 p., spéc. p. 361 à 364.

⁹³ « La fiducia était utilisée partout où le besoin pratique s'en faisait sentir » : WITZ. *La Fiducie en droit privé français*, op. cit., n° 23.

⁹⁴ V. M. PETITJEAN. *Essai sur l'histoire des substitutions : du IXe au XVe siècle dans la pratique et la doctrine spécialement en France méridionale*. Dijon : Centre de recherches historiques, 1975, 579 p. (Publications du Centre de recherches historiques de la Faculté de droit et de science politique. ISSN 0337-7989 ; 1), spéc. p. 5.

⁹⁵ En droit romain, les pérégrins (Lat. *Peregrinus*) étaient des hommes libres, généralement originaires des provinces conquises par Rome, qui ne bénéficiaient pas de la citoyenneté romaine. Par conséquent, ils étaient frappés d'une incapacité de recevoir. Ce statut pris fin en 212 ap. J.-C. avec la Constitution antonine. V. n. 35, *supra*.

⁹⁶ V. WITZ. *La Fiducie en droit privé français*, op. cit., n° 25.

d'organiser une transmission successive du patrimoine, en y greffant des conditions ou durée limitées, de contourner un héritier inapte à la liquidation de la succession, ou encore d'assurer la stabilité du patrimoine familial⁹⁷.

14. Dès le Bas Empire Romain⁹⁸, il est ainsi certain que la *fiducia cum creditor* et la *fiducia cum amico* n'étaient plus couramment pratiquées. Du X^{ème} au XVIII^{ème} siècle, sous l'empire de l'Ancien droit, les mécanismes dérivés de la *fiducia* finirent de périlcliter, tant sous la période franque⁹⁹ qu'au moyen-âge¹⁰⁰. Au cours de la renaissance du droit romain au XV^{ème} et XVI^{ème} siècles en revanche, des libéralités résiduelles sont réapparues de manière éparse. Au travers de substitutions fidéicommissaires¹⁰¹, le droit français connaît une sorte de « réminiscence de la *fiducia*¹⁰² ». À l'occasion de la Révolution française, dans un contexte particulier d'abolition des privilèges et des grandes fortunes, les substitutions sont totalement prohibées¹⁰³. Cela explique, en grande partie, l'absence de toute mention de la fiducie ou de l'opération fiduciaire dans le Code Napoléon.

15. Bien que le Code civil l'ignorait, la fiducie faisait, sous l'influence des droits étrangers, l'objet d'un intérêt doctrinal certain. À la fin du XIX^{ème} siècle, les

⁹⁷ V. *ibid.*, n° 25.

⁹⁸ Dont la date de fin varie selon les historiens entre 395 (partition irréversible de l'Empire après Théodose), 324 (fondation de Constantinople comme rivale orientale de Rome) et 476 (fin de l'Empire romain d'Occident). Quoiqu'il en soit, elles étaient absentes du *corpus iuris* (ou *juris civilis* (litt. « corpus de droit civil » ou « Code de Justinien »), qui était en réalité non un véritable Code mais plutôt une compilation des règles composant le droit romain antique. Élaboré selon la volonté de Justinien I^{er} (483-565), Empereur de l'Empire romain d'Orient (527-565), il constitue la plus grande compilation du droit romain antique et a inspiré l'essor du droit romain en occident médiéval à partir du XII^{ème} siècle. Le premier volet du corpus date de 529, la seconde version de 534.

⁹⁹ Du V^{ème} au X^{ème} siècle.

¹⁰⁰ Du X^{ème} au XV^{ème} siècle.

¹⁰¹ Les substitutions fidéicommissaires reprenaient le principe de la *fiducia cum amico* et du fidéicommissis. Il s'agissait donc de libéralités, entre vifs ou à cause de mort, dont le gratifié pouvait être substitué par un autre, selon des modalités diverses et variées. V. n° 81 et 82, *infra*.

¹⁰² BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, p. 54-55. En pratique, ce renouveau fiduciaire concernait principalement le Juvénat, le Majorat et le Commodat. Ce dernier est d'ailleurs toujours utilisé. Il s'agit d'un prêt à usage, c'est-à-dire un contrat par lequel une chose est confiée gratuitement à une personne, à charge pour cette dernière de la restituer en nature à une date convenue. La pratique notariale se sert du Commodat pour des situations très diverses, notamment en matière agricole afin d'éviter le statut du fermage, ou encore pour encadrer l'occupation gracieuse d'une maison d'habitation.

¹⁰³ V. n° 81 et 82, *infra*.

substitutions fidéicommissaires étaient ainsi un domaine majeur d'étude¹⁰⁴. Étonnamment, tandis que le *trust* renaissait en matière économique et financière¹⁰⁵, la fiducie a été négligée au courant du XX^{ème} siècle. Ce n'est qu'au tournant des années mille neuf cent quatre-vingt, que la doctrine contemporaine s'est véritablement emparée de la question fiduciaire. Le transfert de propriété au travers d'une fiducie civiliste a été remis sur le devant de la scène sous l'impulsion de Monsieur le Professeur Claude Witz¹⁰⁶. Ses travaux soutenaient la thèse selon laquelle la fiducie existait déjà en droit positif mais de manière cachée.

À défaut de reconnaissance, de nombreux acteurs se sont alors mobilisés pour imaginer ce que pourrait être une fiducie contemporaine et en réclamer la consécration en droit français¹⁰⁷. Pendant une dizaine d'années, de nombreux travaux sont menés¹⁰⁸. Ils aboutissent même à un projet de loi élaboré sous l'égide de la Chancellerie¹⁰⁹.

¹⁰⁴ De nombreuses thèses de doctorat y ont ainsi été consacré : T. AUMAÎTRE. « Des diverses espèces de fidéicommiss en droit romain. Des Substitutions prohibées en droit français ». Thèse de doctorat. Poitiers : Université de Poitiers. Faculté de Droit, 1869, 115 p. ; J. PONCET. « Des fidéicommiss en droit romain ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris. Faculté de Droit, 1874, 157 p. ; H. FOSSET. « Des fidéicommiss en droit romain et des substitutions prohibées en droit français ». Thèse de doctorat. Douai : Université de France. Académie de Douai. Faculté de Droit, 1878, 256 p. ; A. BENOIT-CATTIN. « Des substitutions fidéicommissaires en droit romain ». Thèse de doctorat. Grenoble : Université de Grenoble. Faculté de droit, 1879, 210 p. ; L.-P. OLIVIER. « Du fidéicommiss de famille : droit romain ». Thèse de doctorat. Lyon : Université de Lyon, 1882, 257 p. ; N. JACQUEMAIRE. « Des Fidéicommiss : droit romain ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris. Faculté de Droit, 1885, 216 p.

¹⁰⁵ V. n° 342, *infra*.

¹⁰⁶ C. WITZ. « La fiducie en droit privé français ». Doctorat d'état. Strasbourg : Université Robert Schuman, 1979, 311 p.

¹⁰⁷ V. C. WITZ (dir.). *Les opérations fiduciaires : pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international*. Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984. Paris : FEDUCI/LGDJ, 1985, IX-494 p. (ISSN 0757-6668).

¹⁰⁸ Entre 1989 et 1994, plusieurs avant-projets voient le jour. Certains ont été rendus publics et sont consultables librement : J. DE GUILLENCHMIDT, A. CHAPELLE. « Trusts, business trusts et fiducie ». *LPA*, 25 juin 1990, n° 76, p. 4 ; « Texte de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie ». *RD bancaire et bourse*, 1990, n° 19, p. 122 ; J.-P. LE GALL. « Premières réflexions sur l'avant-projet de loi relatif à la fiducie ». *RDF*, 27 mars 1991, n° 13, 100011. *Adde* les travaux et études concomitantes : B. SOUSI. « La fiducie. Contributions à l'avant-projet de loi ». *RD bancaire et bourse*, 1990, n° 21, p. 176 à 178 ; C. LARROUMET, M. ELLAND-GOLDSMITH, J.-C. GOLDSMITH. « La fiducie, une révolution dans notre droit (Dossier) ». *Banque et droit*, décembre 1990, n° 14, p. 239 à 247 ; M. GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre ». *Rép. Defrénois*, 15 septembre 1991, n° 17, 35085, p. 897 ; M. GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre ». *Rép. Defrénois*, 30 septembre 1991, n° 18, 35094, p. 961 ; J. DE GUILLENCHMIDT et al. « Spécial : Fiducie (Dossier) ». *RD bancaire et bourse*, 1990, n° 19, p. 105 à 124 ; M. CANTIN CUMYN. « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue de civiliste d'outre-Atlantique ». *D.*, 1992, 117.

¹⁰⁹ Projet de loi instituant la fiducie déposé le 20 février 1992 devant l'Assemblée Nationale, n° 2583, (*et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la*

16. L'idée initiale du projet était de défendre la compétitivité des établissements financiers français, notamment à l'occasion de la libéralisation bancaire enclenchée au niveau communautaire¹¹⁰. Mais au-delà de cette seule visée financière, le texte élaboré prévoyait d'instaurer un nouveau contrat spécial. Inséré dans le Livre troisième du Code civil, un Titre seizième *bis* aurait été intitulé « De la fiducie » et aurait compris les articles 2062 à 2070-11¹¹¹. Le droit français se serait vu gratifié d'un article 2062¹¹² définissant la fiducie au sein des dispositions générales du Code civil. Cet emplacement marquait la volonté du projet de lui conférer une place de choix. Ambitieux, ces travaux s'inscrivaient en effet dans la droite ligne de la Convention de La Haye de 1985. Ainsi, contrairement à la *fiducia*, les biens placés en fiducie n'avaient pas vocation à intégrer le patrimoine propre du fiduciaire¹¹³. De même, trois grandes finalités étaient envisagées : gestion, sûreté et libéralité.

Malheureusement, le produit de ces différents travaux ne fut pas étudié par l'Assemblée Nationale. Le Gouvernement, mais surtout l'administration derrière le ministère de l'Économie et des Finances, considérait que toute fiducie était un outil de blanchiment et d'évasion fiscale en puissance. Malgré de nouvelles velléités rédactionnelles en 1994, aucune discussion parlementaire n'eut lieu.

17. Près d'une décennie plus tard, la « Commission Grimaldi » se pencha de nouveau sur la fiducie. À l'occasion de la réforme du droit des sûretés, elle avait rédigé un texte de huit articles sur la seule fiducie-sûreté¹¹⁴. Sauf qu'entretemps, la

république) ; « Communiqué de la Chancellerie. Projet de loi relatif à la fiducie ». *JCP E*, 1992, bloc note 11 ; « La fiducie. Exposé des motifs du projet de loi ». *Bull. Joly Sociétés*, 1 avril 1992, n° 4, p. 380 ; CANTIN CUMYN. « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie », *op. cit.* ; « Projet de loi relatif à la fiducie ». *JCP G*, 1992, act. 100123 ; A. BÉNABENT. « La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire) ». *JCP N*, 1993, I. 275.

¹¹⁰ Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JO L 386, 30.12.1989, p. 1 à 13).

¹¹¹ Proj. L. n° 2583 de 1992, *op. cit.*, art. 1.

¹¹² La fiducie y était définie comme « un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire qui, tenant ces biens et droits séparés de son patrimoine personnel, agit dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat ». V. Annexe n°1 : Extraits du Projet de loi instituant la fiducie (1992), p. 469.

¹¹³ C. civ., art. 2067 : « les biens et droits transférés au fiduciaire forment une masse séparée dans son patrimoine ».

¹¹⁴ V. M. GRIMALDI (dir.). *Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés*. Paris : Rapport à

Chancellerie avait constitué une commission ayant pour mission de faire des propositions sur l'introduction de la fiducie en droit français. Les travaux de la Commission furent donc écartés. De manière assez inattendue, une proposition de loi avait été déposée par le sénateur de l'Oise, Philippe Marini. Largement inspirée des travaux précédents, la proposition fut adoptée par le Sénat, le 17 octobre 2006, puis par l'Assemblée nationale, le 7 février 2007¹¹⁵. Après une si longue attente, le législateur eu enfin l'occasion d'instaurer une fiducie nommée en droit français¹¹⁶. Désormais, en vertu de l'article 2011 du Code civil¹¹⁷, la fiducie est officiellement 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 ».

18. Avec la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, le droit français connaît donc la fiducie. Il quitte alors le « temps de l'ignorance¹¹⁸ » pour rejoindre le « temps de la consécration¹¹⁹ ». Pour être précis, le droit français connaît une fiducie qu'il convient de désigner comme « fiducie nommée ».

Le mécanisme adopté en 2007 est nommé en ce qu'il dispose d'une dénomination propre¹²⁰, qui ne renvoie directement à aucun autre mécanisme existant par ailleurs en droit interne. Sans cette précision, l'observateur attentif

Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 28 mars 2005, 20 p.

¹¹⁵ P. MARINI. *Proposition de loi instituant la fiducie n° 178 présenté au Sénat*. Paris : Sénat, 8 février 2005.

¹¹⁶ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (JO 21 février 2007, p. 3052).

¹¹⁷ *ibid.*, art. 1.

¹¹⁸ §4, M. GRIMALDI. « L'introduction de la fiducie en droit français ». *HCLR*, 30 juin 2011, n° 2.

¹¹⁹ §6, *ibid.*

¹²⁰ Sur les contrats nommés, v. C. civ., art. 1107, al. 1 : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre ». À compter du 1^{er} octobre 2016, cette disposition relative à la reconnaissance des contrats spéciaux est reprise dans l'art. 1105 nouveau : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières » : art. 2, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO n° 0035, 11 février 2016, texte n° 26), *NOR JUSC1522466R*. V. égal. le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF n° 0035, 11 février 2016, texte n° 25).

pourrait être poussé à penser qu'il existe une manière unique et universelle de réunir les caractéristiques fiduciaires¹²¹. Cet enclin serait évidemment un tort puisqu'en réalité, la fiducie telle qu'instaurée par la loi française, ne constitue qu'une itération de l'opération fiduciaire¹²². Cette itération ne peut donc aucunement être qualifiée de modèle universel. Ce n'est que le modèle qui prévaut actuellement en droit français. Celui-ci n'est nullement inscrit dans le marbre et est susceptible d'évoluer. D'ailleurs, le régime de la fiducie nommée a déjà été modifié plusieurs fois¹²³. C'est aussi l'une des raisons qui rendent son étude passionnante.

Car si l'introduction d'un mécanisme juridique n'est jamais anodine, l'instauration de la fiducie en droit français l'est encore moins. Les implications, certaines et en germe, sont à la fois nombreuses et complexes. La question fiduciaire peut ainsi être traitée sous une multitude d'angles. Étonnamment, peu de travaux s'intéressent à la fiducie dans une optique entrepreneuriale alors qu'il s'agit d'un des piliers de la vie économique et sociale.

L'entrepreneur en France

19. Le droit français¹²⁴ ne s'est jamais véritablement accommodé de la notion d'« entrepreneur¹²⁵ », pas plus que celle d'« entreprise » d'ailleurs¹²⁶. Elles ne font

¹²¹ Compte-tenu du nombre de travaux portant sur la fiducie en droit français alors même qu'elle n'existait pas encore, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une « fiducie doctrinale » aux caractéristiques naturelles : WITZ. « La fiducie en droit privé français », *op. cit.* ; F. METTETAL-FRESNEL. « La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 1995, 286 p. ; F. BARRIÈRE. « La réception du trust au travers de la fiducie ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2001, 525 p. L'histoire de l'opération fiduciaire, les expériences étrangères ainsi que le droit positif démontent au contraire qu'il n'en est rien.

¹²² Sur les itérations étrangères de l'opération fiduciaire, v. n° 2 s., *supra*. Quant aux itérations innommées, v. n° 239 s., *infra*.

¹²³ Modifiée quatre fois en moins de deux ans, la loi fut perçue « davantage comme un ballon d'essai qu'un texte gravé dans le marbre » : C. WITZ. « Fasc. 10 : Fiducie : Introduction et constitution ». *J.-Cl. not. rép.*, octobre 2012, V° Fiducie, spéc. n° 10.

¹²⁴ Que le Doyen Percerou qualifiait de « science de l'organisation et de la réglementation des rapports sociaux » : R. PERCEROU. « La Personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris, 1951, I.

¹²⁵ Ne faisant l'objet d'aucune véritable définition en droit, la notion d'« entrepreneur » doit ici être comprise dans son sens commun. Il ne faudrait donc pas se limiter à une vision juridique *stricto sensu*, comme celle se référant au contrat d'entreprise, c'est-à-dire au contrat de louage d'industrie prévu aux articles 1710 s. du Code civil.

¹²⁶ D'un point de vue strictement législatif, la notion d'« entreprise » n'a véritablement pénétré le droit français qu'avec l'Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprises (JO 23

l'objet d'aucune définition juridique. À défaut de constituer des entités juridiques spécifiques, ces deux notions sont traitées de manière fragmentaire au gré de dispositions diverses et de régimes variés¹²⁷. Or, la catégorisation et la représentation mentale sont des étapes indispensables à la bonne prise en compte de tout phénomène¹²⁸. Leur importance pratique semble ainsi à la hauteur du désintérêt que lui porte une grande partie de la doctrine¹²⁹. Il n'est pourtant pas satisfaisant de regarder l'entrepreneur comme une « bête curieuse ». Aussi, pour mieux appréhender cette question, il convient d'étendre la réflexion au-delà de la seule science juridique. L'apport pluridisciplinaire des sciences de gestion apparaît alors fondamental.

En sciences de gestion¹³⁰, l'entrepreneur est avant tout étudié au travers de l'entreprise, étudiée en tant qu'organisation. Au sens le plus général, une

février 1945, p. 954). D'un point de vue doctrinal, ce sont d'abord des travaux en droit social qui s'y sont attachés : M. DESPAX. *L'entreprise et le droit*. Paris : LGDJ, 1957, IX-443 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 1) ; G. DUCHANGE. *Le concept d'entreprise en droit du travail*. 1^{re} éd. Neuilly-sur-Seine : LexisNexis : Planète social, 2014, 300 p. (Diffusion). Toutefois, elle ne s'est véritablement imposée en tant que concept juridique qu'avec la « Doctrine de l'entreprise » et notamment les travaux de l'« École de Rennes » : C. CHAMPAUD. *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*. Bruxelles : Larcier, 2011, 365 p. (Droit, Management et Stratégies) ; C. CHAMPAUD. *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*. Bruxelles : Larcier, 2013, 251 p. (Droit, Management et Stratégies). *Adde L'entreprise et ses partenaires : 79^{ème} Congrès des Notaires de France à Avignon (8-11 mai 1983)*. Paris : Litec, 1983, 1245 p. ; D. LAMÈTHE et al. *L'entreprise et le droit comparé : colloque... Paris, le 25 novembre 1994*. Paris : Société de Législation Comparée, 1995, 227 p. ; J.-P. ROBÉ. « L'entreprise en droit ». *Dr. et Soc.*, 1995, vol. 29, n° 1, p. 117 à 136 ; J. SCHMIDT. « L'entreprise incomprise ». In : *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 985 à 992 ; D. FASQUELLE et al. *Droit de l'entreprise*. 16^e éd. Rueil-Malmaison : Wolters Kluwer France, 2012, 2107 p.

¹²⁷ En droit du travail par ex., l'entreprise se trouve au carrefour de notions juridiques variées comme le contrat de travail, la personnalité morale ou encore la représentation collective des travailleurs. L'entreprise est alors alternativement mise au service de l'emploi et de l'activité entrepreneuriale. V. DUCHANGE. *Le concept d'entreprise en droit du travail*, *op. cit.*

¹²⁸ Un pan entier de la littérature en sociologie et psychologie étudie l'impact des systèmes de classification sur les acteurs sociaux, notamment les organisations, au premier rang desquelles les entreprises. En ce sens, v. les travaux du Professeur Eleanor Rosch sur la catégorisation en sciences cognitives, not. : E. ROSCH ; B. B. LLOYD (dir.). *Cognition and categorization*. Hillsdale : Lawrence Erlbaum Associates, 1978, VIII-328 p.

¹²⁹ Pendant longtemps, la question entrepreneuriale était ignorée, voire carrément méprisée. Malgré des évolutions récentes, notamment du fait de la révolution numérique, l'entrepreneuriat demeure trop souvent relégué au rang des thématiques secondaires. Pourtant, comment considérer que le vecteur de subsistance d'une personne physique puisse être un sujet mineur ? Quoi de plus fondamental pour un homme ou une femme que de subvenir à ses besoins et à ceux son entourage ? Cela est d'autant plus étonnant qu'il ne s'agit pas seulement de considérations matérielles, mais également d'enrichissement personnel, tant l'entrepreneuriat constitue une véritable aventure humaine.

¹³⁰ D'un côté, la science juridique vise l'étude de la règle de droit qui, quelle que soit sa source ou son étendue d'application, a pour vocation l'organisation de la vie en société. De l'autre côté, les sciences de gestion s'attachent à l'étude des normes sociales. Celles-ci sont également des règles de vie en commun, mais à la différence du droit objectif et des droits subjectifs, ces normes sociales ne sont pas sanctionnées

organisation est une entité sociale unie autour d'un objectif commun et inscrite dans un environnement propre¹³¹. Dans les sociétés humaines développées, les organisations occupent une place de plus en plus importante à mesure que les besoins de l'individu se multiplient et se complexifient¹³². Un auteur résumait simplement :

« Notre société est une société d'organisations. Tout ce qui se produit dans notre société se produit dans le contexte d'organisations, de notre naissance à l'hôpital, à notre enterrement par une compagnie de pompes funèbres, y compris l'essentiel de notre travail et de notre temps libre entre ces deux moments¹³³ »

L'étude des organisations est un champ d'investigation particulièrement vaste¹³⁴. Elle s'est développée comme discipline autonome en mobilisant des techniques relevant traditionnellement de branches distinctes des sciences humaines et sociales : le droit, l'économie, la gestion, les sciences politiques, la psychologie ou encore l'histoire¹³⁵. Cette approche pluridisciplinaire ne trouve pas

par l'autorité publique. Elles sont seulement des faits sociaux.

¹³¹ Pour une analyse des difficultés relatives à la définition d'une organisation et aux différentes propositions faites par la doctrine, v. J. ROJOT. *Théorie des organisations*. Paris : Eska, 2005, 541 p. Adde R. AIM. *L'essentiel de la théorie des organisations*. Paris : Gualino, 2013, 148 p. ; J.-L. ROSSIGNOL, A. COURET, M. TALY. *La gouvernance juridique et fiscale des organisations*. Paris : Éditions Tec & Doc, 2010, XVIII-400 p.

¹³² Certains auteurs ont ainsi proposé le nombre et la variété des organisations comme critère de mesure du degré d'évolution d'une société : « Le degré zéro sera la tribu, seule organisation d'appartenance, et la société moderne avec ses multi-appartenances pour un seul individu une évolution achevée ». V. ROJOT. *Théorie des organisations, op. cit.*, spéc. p. 17.

¹³³ H. MINTZBERG. *Le management : voyage au centre des organisations*. 2^e éd. Paris : Éditions d'organisation, 2007, 703 p.

¹³⁴ Elle se divise en de nombreux domaines, allant de l'économie des organisations, à la gestion des ressources humaines, en passant par le management des systèmes d'information (l'étude des flux d'informations dans l'organisation), la micro-économie, la philosophie ou encore la sociologie des organisations. L'étude du fonctionnement de ces entités, à savoir la manière dont il convient de les diriger, le comportement de ses différents membres et leurs motivations, est nommée « théorie des organisations ». Le terme « théorie » peut cependant prêter à confusion car le champ d'étude des organisations ne constitue pas un ensemble définitif et cohérent. Il convient donc de l'entendre ici dans son sens le plus restreint. L'étude des organisations est souvent considérée comme l'une des branches des sciences de gestion, aux côtés de domaines comme la stratégie d'entreprise, les ressources humaines ou la politique industrielle.

¹³⁵ Rendue nécessaire par la complexité inhérente aux entités humaines, qui sont la réunion d'intérêts sinon contraires, à tout le moins distincts, la théorie des organisations s'impose par la grande variété des organisations pouvant faire l'objet d'une telle étude. Si, comme son nom le suggère, elle vise l'étude de tous les types d'organisation, la recherche d'une théorie générale des organisations (particulièrement prégnante lors des travaux fondateurs) a néanmoins été assez rapidement remise en cause. Un des premiers auteurs en ce sens est Chester Barnard (1886-1961). V. not. C. I. BARNARD. *The functions of the executive*. Cambridge : Harvard University Press, 1950, 334 p. Pour une synthèse, v. J.-M. PLANE.

ses racines dans des approches doctrinales, mais dans les démarches individuelles de professionnels cherchant à résoudre des difficultés auxquelles ils étaient confrontés. Dans le sillage d'ingénieurs tels que Taylor¹³⁶ ou Fayol¹³⁷, la théorie des organisations s'est développée avec un objectif concret : celui d'améliorer le fonctionnement des entreprises. C'est cette dimension pratique, nécessairement pragmatique et dénuée de considérations relatives aux champs disciplinaires traditionnels des universités, qui explique le caractère fondamentalement pluridisciplinaire de l'étude des organisations¹³⁸.

20. La véritable difficulté de l'étude des entreprises réside dans la complexité d'appréhension de ce qu'est une entreprise. Le concept d'entreprise est l'archétype même du concept implicite, c'est-à-dire un phénomène connu de tous et désigné par un terme relevant du langage courant. Or, le concept implicite se caractérise par un décalage certain entre sa simplicité apparente et sa complexité réelle.

D'abord, le concept d'entreprise est particulièrement difficile à appréhender car polysémique¹³⁹. D'une manière générale, l'entreprise peut désigner tant l'action d'entreprendre, que l'entité qui entreprend cette action. Là où l'action d'entreprendre correspond à l'acceptation d'une prise de risque dans l'espoir d'un gain, l'entité qui entreprend est une véritable organisation. Celle-ci sera plus ou moins complexe selon que l'aventure entrepreneuriale est individuelle ou collective, privée ou publique et que le profit est considéré comme une fin ou un moyen. Même dans le cadre de la seule étude de l'organisation, cette complexité empêche l'adoption d'une définition universelle.

Ensuite, le regard de l'historien, de l'économiste, du juriste, du gestionnaire ou encore du sociologue, ne fait pas recouvrir les mêmes réalités à l'entité

Théorie et management des organisations. Paris : Dunod, 2012, VIII-293 p. (Management sup), spéc. p. 40 à 42.

¹³⁶ Frederick Winslow Taylor (1856-1915) est un ingénieur américain et le promoteur le plus influent de l'Organisation Scientifique du Travail (OST ou *scientific management*), couramment appelée Taylorisme.

¹³⁷ Henri Fayol (1841-1925) est un ingénieur français, directeur d'entreprises minières et précurseur des sciences de gestion grâce à une OST connue sous le nom de Fayolisme. V. H. FAYOL. *Administration industrielle et générale : prévoyance, organisation, commandement, coordination, contrôle*. Paris : Dunod & Pinat, 1917, 174 p. (Bulletin de la Société de l'industrie minière. ISSN 0366-3329).

¹³⁸ À la croisée des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, ce sont des praticiens (ingénieurs, investisseurs ou dirigeants d'entreprise) qui ont initié l'étude des organisations dans sa forme contemporaine.

¹³⁹ Entreprise provient du verbe entreprendre, issu du latin *prendre*. V° Entreprise, Entrepreneur : G. CORNU. *Vocabulaire juridique*. 9^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2011, XXX-1095 p.

entrepreneuriale¹⁴⁰. La variété des situations et des approches dont elles peuvent faire l'objet est presque illimitée. L'étude des entreprises est donc tout aussi variée selon les domaines ou thèmes choisis. En matière juridique, où la notion d'entreprise ne va pas de soi, l'aspect économique prédomine. Ainsi l'entreprise y est souvent définie comme un « ensemble des moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif économique¹⁴¹ ». De même, selon le Doyen Percerou, l'entreprise est un « ensemble de moyens techniques, financiers et humains, réunis et organisés en vue de l'exercice d'une activité économique, c'est-à-dire d'une activité de création et de mise sur le marché de valeur ajoutée¹⁴² ». L'entreprise, concept implicite malaisé à définir, fait l'objet de nombreuses tentatives de classifications. Toutes ces nomenclatures illustrent la grande variété des situations existantes.

21. À défaut de pouvoir parvenir à une définition universelle de l'entreprise, de nombreuses classifications permettent de les comparer, les distinguer et les étudier séparément. Ce sont les définitions purement économiques qui ont émergé les premières. Les classifications purement économiques reposent sur deux critères principaux, relevant d'une approche soit macro-économique, soit micro-économique. Le premier critère, le plus fréquent, est micro-économique. C'est celui de la dimension des entreprises qui se mesure selon différents paramètres¹⁴³. Le deuxième critère en revanche, relève au contraire d'une approche macro-économique, à savoir celle du domaine d'activité de l'entreprise. L'appréciation de la dimension de l'entreprise au moyen de critères économiques structure la classification la plus fréquemment utilisée. Cette classification, assez simple, se

¹⁴⁰ Pour un panorama des différentes approches disciplinaires, v. D. BACHET. *Les fondements de l'entreprise : construire une alternative à la domination financière*. Paris : Éditions de l'Atelier, 2007, 255 p.

¹⁴¹ Définition résolument économique proposée suite à l'analyse des traités communautaires puis européens, en particulier les articles 101 s. TFUE (anc. tr. CECA, art. 65, 66 ; anc. tr. CEE, art. 85, 86, 90 ; ex-article 81 TCE). V. CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹⁴² Cité dans J. PAILLUSSEAU. « Qu'est-ce que l'entreprise ? ». In : *L'Entreprise : nouveaux apports*, Paris : Economica, 1987.

¹⁴³ C'est celui qui est le plus souvent repris par les pouvoirs publics. V. n° 22, *infra*. Ces critères se retrouvent dans toutes les branches du droit. Ils participent également à des conséquences négatives comme les effets de seuils. À ce propos, le législateur a récemment pris conscience du problème et proposé d'aménager la condition d'effectif des différents régimes fiscaux ou sociaux applicables aux TPE et PME. Il est également prévu de permettre, dans certains cas, le maintien temporaire du dispositif en cause malgré le franchissement de la limite. V. art. 4, Projet de loi de finances pour 2016 n° 3096, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 30 septembre 2015.

retrouve à la fois dans la vie de tous les jours, mais également comme fondement de l'analyse socio-économique ou encore comme motif à la règle de droit¹⁴⁴.

22. Progressivement, l'analyse économique a été reprise par les pouvoirs publics puis mêlée aux nomenclatures juridiques et statistiques¹⁴⁵. L'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) recense ainsi neuf groupes « juridiques » dans lesquelles se retrouvent toutes les entreprises privées¹⁴⁶. Cette nomenclature utilisée dans SIRENE®, répertoire officiel d'immatriculation des entreprises et des établissements, a une vocation inter administrative et est utilisée dans la gestion du registre du commerce et des sociétés (RCS). Elle sert également de référence aux centres de formalités des entreprises (CFE) pour recueillir les déclarations des entreprises. Elle est donc essentielle en pratique.

¹⁴⁴ Il existe plusieurs paramètres permettant de mesurer la dimension d'une entreprise, en particulier le montant du chiffre d'affaires atteint au cours d'un exercice et le nombre de salariés travaillant dans l'entreprise. Dans une moindre mesure, des études classent les entreprises en s'appuyant sur la valeur ajoutée, à savoir la richesse créée par l'entreprise au cours d'une période donnée, ou encore sur le montant des capitaux propres. Plus qu'économique, ce dernier paramètre est financier. Il prend en compte le capital social de l'entreprise ainsi que ses réserves et permet d'évaluer tant la santé que l'indépendance de l'entreprise. L'approche macro-économique permet quant à elle de distinguer les entreprises en fonction d'un secteur d'activité auquel elles appartiendraient. V. C. CLARK. *The conditions of economic progress*. Londres : Macmillan Co., 1940. Basée sur une approche statistique de l'activité économique des entreprises, la nomenclature des secteurs d'activités de Clark a été popularisée en France par un juriste, Jean Fourastié (1907-1990). Il est d'usage de retenir trois grands secteurs : primaire pour l'agriculture, secondaire pour l'industrie et tertiaire pour les services. Depuis la moitié du XX^{ème}, cette nomenclature sert de fondement à l'analyse sectorielle de l'économie. Elle n'a que légèrement évolué même si l'on précise désormais volontiers que le secteur primaire correspond aux entreprises dont l'activité principale est en lien avec la nature, à savoir l'agriculture, la pêche et les différentes industries minières. Le secteur secondaire est désormais conçu comme celui de la transformation des matières premières en biens productifs. Le secteur tertiaire est toujours envisagé comme celui des services : L. BATAILLE. *L'essentiel sur l'entreprise : droit, économie, gestion*. Paris : Ellipses, 2009, 190 p. p. 128 s. Par ailleurs, un secteur quaternaire, dont les contours varient grandement selon les auteurs, est parfois cité : Z. KENESSEY. « The Primary, Secondary, Tertiary and Quaternary Sectors of the Economy ». *The Review of Income and Wealth*, décembre 1987, p. 359 à 386. Il est généralement celui des sciences et technologies de l'information et de la communication (STIC).

¹⁴⁵ Il convient ici de distinguer les classifications juridiques des entreprises et les structures juridiques. Les classifications juridiques ont vocation à procurer des photographies de la réalité des organisations à un instant donné, afin d'en favoriser l'analyse. Les structures juridiques en revanche, correspondent à des paradigmes normatifs dans lesquelles les organisations s'inscrivent. Ainsi, une entreprise n'existe en principe en droit que via la structure qu'elle emprunte. Il s'agira principalement, soit d'une entreprise individuelle, soit d'une entreprise sociétaire. Ce choix n'est pas irrévocable : il peut être modifié en fonction des évolutions de la firme et de l'environnement économique.

¹⁴⁶ À savoir : Entrepreneur individuel, Groupement de droit privé non doté de la personnalité morale, Personne morale de droit étranger, Personne morale de droit public soumise au droit commercial, Société commerciale, Autre personne morale immatriculée au RCS, Personne morale et organisme soumis au droit administratif, Organisme privé spécialisé et Groupement de droit privé : V° Catégories juridiques : *Institut national de la statistique et des études économiques*. In : *Site officiel de l'INSEE*.

Pourtant, dans le domaine de l'analyse statistique et économique, la France ne reconnaît qu'une seule nomenclature officielle des entreprises. Elle est issue de la loi n° 2008-776 de Modernisation de l'Économie¹⁴⁷. Son article 51 en distingue quatre catégories : les micro entreprises (MIC), les petites et moyennes entreprises (PME), les entreprises de taille intermédiaire (ETI) et les grandes entreprises (GE). La même année, un décret¹⁴⁸ est venu préciser les critères permettant de mettre en œuvre cette classification mais également ce qu'il fallait entendre par « entreprise ». Aussi, dans le cadre statistique, l'entreprise est « la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes¹⁴⁹ ». Lorsque les approches juridique et économique se mêlent, pour refléter le réel, la structure juridique s'efface au profit de l'ensemble organisationnel. C'est en particulier le cas pour les groupes composés de filiales séparées mais unies par une logique d'ensemble. Quant aux critères d'appartenance à chacune de ces catégories, le décret¹⁵⁰ reprend les critères classiques de l'analyse économique, à savoir le nombre de salariés et le chiffre d'affaires annuel ou le total au bilan. Ainsi, les classifications statistiques et « juridiques » relatives aux entreprises, ou à tout le moins relatives aux structures juridiques, présentent une dominante économique¹⁵¹.

¹⁴⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (LME) de modernisation de l'économie (JO 5 août 2008, p. 12471).

¹⁴⁸ Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique (JO 20 décembre 2008, p. 19544), pris en application du Règlement (CEE) n° 696/93 du Conseil du 15 mars 1993 relatif aux unités statistiques d'observation et d'analyse du système productif dans la Communauté (JO L 76, 30 mars 1993, p. 1).

¹⁴⁹ Art. 1, Décr. n° 2008-1354, *op. cit.*

¹⁵⁰ *Loc. cit.*, art. 2 et 3. Ainsi, les micro entreprises (MIC) sont constituées des entreprises occupant moins de dix personnes et ayant un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas deux millions d'euros. Ensuite, la catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de deux cent cinquante personnes et qui ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas cinquante millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas quarante-trois millions d'euros. Puis, la catégorie des entreprises de taille intermédiaire (ETI) est constituée des entreprises qui n'appartiennent pas à la catégorie des petites et moyennes entreprises, mais qui occupent moins de cinq mille personnes et n'ont pas un chiffre d'affaires annuel excédant les mille cinq cents millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas les deux mille millions d'euros. Enfin, la catégorie des grandes entreprises (GE) est constituée des entreprises qui ne sont pas classées dans les catégories précédentes.

¹⁵¹ Même en droit social, la notion d'unité économique et sociale a pu servir de base jurisprudentielle pour la représentation du personnel lorsque la même personne dirigeait une communauté de travail qui travaillait autour de la même activité. Sur ce sujet, v. not. M. CLOÏTRE. « L'unité économique et sociale ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 2013, 335 p.

23. La prééminence des caractères économiques ou relatifs à l'économie dans l'étude des entreprises n'exclut pas pour autant l'existence de critères d'une toute autre nature. Alors que les critères à dominante économique tendent à mettre en valeur les performances des activités « marchandes » des entreprises, c'est-à-dire relative à la fonction de production et de création de valeur afin d'en dégager *in fine* un profit, des critères non-marchands peuvent également être pris en compte. C'est l'objet de l'étude de la nature de la propriété des entreprises, qui distingue selon que l'entreprise est dite publique ou privée¹⁵². Sont généralement qualifiées de publiques, les sociétés dont l'État contrôle majoritairement, directement ou indirectement, le capital¹⁵³. Mais le caractère public peut aussi être envisagé au-delà de la seule propriété de l'entreprise. Ainsi, à l'occasion d'une directive¹⁵⁴, le droit européen¹⁵⁵ considère comme publique, « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent¹⁵⁶ ». Le texte envisage même une présomption d'influence dominante dans certains cas¹⁵⁷. *A contrario*, toutes les entreprises dont le capital n'est pas soumis à une

¹⁵² V. O. PASTRÉ. *Économie d'entreprise*. Paris : Economica, 2012, 243 p.

¹⁵³ Fin 2014, l'État français contrôlait ainsi mille six cent trente-deux sociétés dans lesquelles travaillaient près de huit cent mille salariés. Il détenait directement la majorité du capital de quatre-vingt-neuf entreprises, dites de premier rang : N. SCHOEN. « Répertoire des entreprises contrôlées majoritairement par l'État au 31 décembre 2014 ». *Insee Résultats*, février 2016, n° 83, Économie.

¹⁵⁴ Art. 2, Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195 du 29.7.1980, p. 35 à 37).

¹⁵⁵ Par convenance, le droit européen désigne dans ces lignes le droit communautaire au sens strict, désormais droit de l'Union Européenne.

¹⁵⁶ D'aucuns pourraient malicieusement remarquer que tout État ou organisme de coopération internationale comme l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), exerce (au moins indirectement) une influence déterminante, sinon dominante, sur les entreprises qui en font partie, du seul fait de l'élaboration des règles qui régissent celles-ci.

¹⁵⁷ « (...) lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise : a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ». V. Dir. 80/723/CEE, *op. cit.* De nombreux facteurs peuvent pousser un État ou une collectivité territoriale à influencer sur une entreprise. L'interventionnisme est par exemple une des caractéristiques principales des politiques publiques françaises, quels que soient les gouvernements. Le plus souvent, il s'agit d'intervenir dans des secteurs considérés stratégiques. L'objectif est alors d'extraire une activité du seul marché et de la recherche du profit. Les motivations peuvent être multiples : les investissements nécessaires à la réalisation de l'activité ne sont pas supportables pour un opérateur privé isolé (pour les télécoms par ex.), l'activité en question est sensible (comme c'est le cas pour le nucléaire) ou encore indispensable à la société (comme c'est le cas pour tout ce qui se rapporte aux énergies en général).

influence publique dominante seront désignées comme des entreprises privées¹⁵⁸. Il s'agit donc de la très grande majorité des entreprises. Certaines d'entre elles peuvent quand même présenter un lien de parenté avec les entreprises publiques comme c'est le cas des entreprises dites sociales¹⁵⁹.

Face aux limites des classifications précédentes et du fait de l'évolution de la société, de nouveaux critères d'étude des entreprises sont donc progressivement apparus : objectif principal de l'organisation, citoyenneté de l'entreprise, mode de gestion des ressources humaines¹⁶⁰, des ressources naturelles¹⁶¹, etc. En définissant une catégorie d'entreprise par le biais de critères relatifs aux objectifs poursuivis, l'étude des organisations a ouvert la voie à l'étude spécifique de la gouvernance des entreprises.

24. La gouvernance est la somme des moyens mis en œuvre par une organisation afin d'atteindre des objectifs déterminés. Or pendant longtemps, le monde de l'entreprise était conçu comme figé. La concurrence y était pure et

¹⁵⁸ L'expression est toujours d'actualité. V. une association qui regroupe plus de cent des plus grands groupes privés exerçant leur activité en France : l'AFEP ou *Association française des entreprises privées*. In : *Site officiel de l'AFEP* (<http://www.afep.com>).

¹⁵⁹ *A priori* tautologique, puisqu'une entreprise est avant tout un ensemble social, l'expression existe pourtant depuis le XIX^{ème} siècle et vise les entreprises qui ambitionnent de pallier les insuffisances du secteur privé et de réduire certaines inégalités. Leur spécificité est d'instaurer un principe d'égalité entre les membres. Leur mode de gouvernance se distingue donc généralement par une certaine indépendance dans le processus de décision. Vis-à-vis de la détention de la propriété, la notion d'entreprise sociale désigne plutôt les ensembles prenant la forme d'une association, d'une société coopérative ou mutualiste. V. PASTRÉ. *Économie d'entreprise*, *op. cit.* p. 8 s. Ce type d'organisation économique s'est particulièrement développé depuis les années mille neuf cent soixante-dix, au point de constituer un pan entier de l'économie contemporaine. Depuis 2010, l'économie sociale au sens le plus large représenterait plus de deux millions d'emplois et 10 % du produit intérieur brut français : *Site de l'INSEE*, *op. cit.* Désormais, il est même d'usage de parler d'Économie Sociale et Solidaire (ESS) : Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JO n° 0065, 18 mars 2014, p. 5400). L'expression désigne l'ensemble des organisations « définies d'abord par leur statut (but non lucratif et gestion démocratique) et/ou par ce qu'elles font (objet social revendiquant une utilité sociale spécifique dans le domaine économique, social ou environnemental) » : P. FRÉMEAUX. *L'évaluation de l'apport de l'économie sociale et solidaire*. Paris : Rapport de mission à Monsieur Benoît Hamon, Ministre délégué en charge de l'Économie sociale et solidaire et de la Consommation, septembre 2013, 43 p., spéc. p. 19. Les entreprises sociales et solidaires viseraient donc une utilité sociale supérieure aux autres, selon un « idéal-type » qu'il convient d'organiser : A. LIPIETZ. *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale*. Paris : Rapport relatif à la lettre de mission du 17 septembre 1998 adressée par Madame Aubry, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, septembre 2000, 159 p. Pour ce faire, elles tendent à adopter des modes de gestion participatifs se voulant plus démocratiques. Le caractère « marchand » et la recherche du profit ne sont pas écartés mais encadrés, les bénéfiques étant réinvestis dans l'entreprise par exemple. Il convient cependant de relativiser l'affichage relatif à une telle notion.

¹⁶⁰ En analysant la place qu'occupent les salariés dans la prise de décision au sein de l'entreprise par exemple.

¹⁶¹ V. BATAILLE. *L'essentiel sur l'entreprise*, *op. cit.*, p. 128 s.

parfaite. L'entrepreneur était un être rationnel et la recherche de la maximisation du profit son objectif principal. C'est le modèle néoclassique ou Walrasien¹⁶². Le grand avantage de cette approche est de pouvoir faire l'objet de modèles mathématiques, supposés rationnels. L'entreprise se résume alors à une « unité dont l'activité consiste à transformer, à partir d'une fonction de production, *inputs* (facteurs utilisés pour la production) en *outputs* (quantité produite)¹⁶³ ». C'est seulement dans le courant des années trente que le postulat de la perfection des marchés est remis en cause avec la fameuse théorie des « coûts de transaction¹⁶⁴ ». Concomitamment, l'identité entre entreprise et entrepreneur propriétaire s'estompe, notamment du fait de l'apparition des sociétés à responsabilité limitée¹⁶⁵. La théorie de l'agence¹⁶⁶ tente alors d'expliquer ce phénomène¹⁶⁷ en limitant la question de la gouvernance d'entreprise à l'information, la surveillance et la prise de décision alignant les intérêts des actionnaires et dirigeants.

25. Alors que la théorie des « coûts de transaction » explique l'existence des entreprises dès lors que les coûts d'organisation interne¹⁶⁸ sont plus faibles que le recours au marché¹⁶⁹, la théorie de l'agence s'intéresse elle à la relation principal-agent dans les « entreprises managériales¹⁷⁰ ». Avec le développement des sociétés de capitaux, le pouvoir décisionnel est transféré de plus en plus aisément des propriétaires de l'entreprise, les actionnaires, vers des dirigeants chargés de sa gestion. Les auteurs envisagent cette dichotomie comme une relation d'agence liant un « principal », qui délègue son pouvoir décisionnel, à un « agent », qui exerce le pouvoir décisionnel au nom du principal. Mais, ils suggèrent également que

¹⁶² D'après Léon Walras (1834-1910), économiste français.

¹⁶³ S. LANDRIEUX-KARTOCHIAN. *Théorie des organisations*. Paris : Gualino-Lextenso, 2010, 159 p. (Fac universités. Série Mémentos), spéc. p. 119.

¹⁶⁴ R. H. COASE. « The nature of the firm ». *Economica*, novembre 1937, vol. 4, n° 16, p. 386 à 405.

¹⁶⁵ Loi du 7 mars 1925 - Institution des sociétés à responsabilité limitée (JO 8 mars 1925, p. 2382).

¹⁶⁶ Que certains auteurs lient directement avec l'opération fiduciaire : v. n. 10, *supra*.

¹⁶⁷ LANDRIEUX-KARTOCHIAN. *Théorie des organisations, op. cit.*, p. 121.

¹⁶⁸ Ressources humaines, supervision, etc.

¹⁶⁹ Collection d'information, négociations contractuelles, etc.

¹⁷⁰ Berle et Means sont les premiers à avoir étudié les conséquences de la séparation entre propriété et exercice du contrôle dans le droit des sociétés américain : A. A. BERLE, G. C. MEANS. *The modern corporation and private property*. New York : Macmillan Co., 1932, XVI-396 p. Pour autant, Adam Smith avait déjà fait des remarques en ce sens dès le XVIII^{ème} siècle : A. SMITH. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Londres : George Routledge, 1776, XVI-780 p.

l'entreprise est constituée de groupes aux intérêts distincts : actionnaires, dirigeants (« *managers* »), salariés, créanciers. La question fondamentale devient alors de déterminer qui contrôle véritablement l'entreprise et quels sont les objectifs qui sont poursuivis. Cette approche novatrice¹⁷¹ va irriguer tous les travaux postérieurs sur la gouvernance des entreprises, notamment de Galbraith¹⁷² mais surtout de Jensen. Ce dernier développe la théorie de l'agence en y associant la question du droit de propriété, et en utilisant les outils de l'analyse financière¹⁷³. Ainsi, un problème d'agence apparaît lorsque les intérêts du principal divergent de ceux de son agent. Dans le cadre des sociétés de capitaux, cette divergence s'illustre par une asymétrie d'information entre l'agent, informé du fait de la mission de direction qui lui a été confiée, et le principal, moins bien informé, voire uniquement informé par le biais de son agent. Le principal peut alors difficilement savoir si les difficultés relèvent du comportement de son agent et de facteurs externes. La seule possibilité qui lui est offerte est d'inciter son agent à réaliser les objectifs qu'il lui fixe. Cela prend la forme de mécanismes incitatifs quant à la rémunération mais également des outils de surveillance de celui-ci. Ces éléments représentent des coûts d'agence¹⁷⁴.

26. La thématique des coûts d'agence, et de leurs limitations, va accaparer une grande partie de l'étude de la gouvernance des entreprises et avoir une forte incidence sur le droit des sociétés, y compris en France. La première question, relative à la surveillance des mandataires sociaux et la détermination de l'étendue de prérogatives respectives des organes de direction, d'administration et de contrôle, fonde une large part des dispositions impératives relatives à l'organisation des sociétés commerciales¹⁷⁵. Elle préoccupe également les tribunaux qui se

¹⁷¹ Elle se révèle novatrice au regard de l'approche économique de l'entreprise, qui peut faire fi des considérations relatives à chaque système juridique. Sur un plan strictement juridique en revanche, il convient de rappeler que cette approche n'est pas nouvelle. Depuis la codification, la théorie du mandat explore ce type de rapport au gré de la professionnalisation constante du mandataire.

¹⁷² J. K. GALBRAITH. *The New Industrial State*. 1^{re} éd. Boston : Houghton Mifflin, 1976, XIV-427 p. L'auteur évoque la « technostructure » qui regroupe les directeurs, présidents, experts, participant à la prise de décision alors même qu'ils n'ont pas nécessairement les mêmes buts que les propriétaires.

¹⁷³ Not. M. C. JENSEN, W. H. MECKLING. « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure ». *JFE*, 1976, vol. 3, n° 4, p. 305 à 360 ; E. F. FAMA, M. C. JENSEN. « Separation of Ownership and Control ». *J.L. & Econ.*, juin 1983, vol. 26, n° 2, p. 301 à 325.

¹⁷⁴ JENSEN et MECKLING. « Theory of the Firm », *op. cit.*, 1.4.

¹⁷⁵ V. not. J.-P. VALUET. « Le bureau de l'assemblée générale des actionnaires ». *Rev. sociétés*, 2012,

prononcent de plus en plus audacieusement sur les devoirs respectifs de chacun, notamment des dirigeants¹⁷⁶. La deuxième question, celle du système de rémunération des dirigeants de sociétés, reste aujourd'hui imprégnée de l'idée selon laquelle un comportement opportuniste est toujours à craindre de ces derniers et qu'il convient donc de rapprocher l'intérêt des dirigeants de l'intérêt des actionnaires¹⁷⁷. C'est pour cette raison que des mécanismes de participation aux bénéfices, de retraites-chapeaux ou encore des systèmes de stock-options ont été mis en place¹⁷⁸. Pour autant, des nombreux abus ont été relevés et l'attention se porte désormais plus sur la limitation des rémunérations jugées excessives¹⁷⁹.

543 ; A. COURET, B. DONDERO. « Le cumul d'un mandat social d'administrateur et d'un contrat de travail dans la SA : apport de la loi Warsmann II ». *Gaz. Pal.*, mai 2012, p. 5 ; P. LE CANNU. « Les brumes de l'article L. 225-35 – Attributions générales du conseil d'administration de la société anonyme ». *Rev. sociétés*, 2010, 17 ; P. SIMLER. « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions ». In : *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt : liber amicorum*, Paris : Joly, 2005, p. 449 ; F. BASDEVANT. « Le règlement intérieur du conseil d'administration ». *RTDF*, 2008, n° 1, p. 56 ; D. SCHMIDT. « Le rapport sur les conditions de fonctionnement du conseil ». In : *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris : Dalloz, 2006, p. 502 ; L. GODON. « Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes ». In : *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 433 ; B. SAINTOURENS. « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques ». *Rev. sociétés*, 2001, 515.

¹⁷⁶ Par ex. en matière de devoir de loyauté. V. Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-24.305, Bull. 2012, IV, n° 233 ; D. 2013, p. 288, n. Favario T. « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant ».

¹⁷⁷ Un rapport parlementaire rappelle que la rémunération des dirigeants relève de la compétence exclusive du conseil d'administration même si un certain contrôle des actionnaires est désormais possible. V. J.-M. CLÉMENT, P. HOUILLOU. *Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises*. Paris : Assemblée Nationale, 20 février 2013, 161 p. N° 737.

¹⁷⁸ V. not. *ibid.* ; C. CATHIARD, B. SAINTOURENS, A. LEMERCIER. « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions ». *Act. prat. et ingén. soc.*, avril 2009, n° 104, p. 3 ; B. DONDERO. « Les golden hellos : le salut impossible ? ». *Bull. Joly Sociétés*, 2008, 514 ; P. HOUILLOU. *Rapport d'information sur les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux et des opérateurs de marchés*. Paris : Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, 109 p. N° 1798 ; F. M. LAPRADE. « La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers ». *Bull. Joly Sociétés*, 2008, 542 ; S. SYLVESTRE. « La rémunération d'activité des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme ». *Bull. Joly Sociétés*, 2008, 532 ; P. MANIÈRE. « Comment bien payer les dirigeants d'entreprise ? ». *Amicus Curiae*, juillet 2007 ; F. BASDEVANT. « La transparence des rémunérations des mandataires sociaux de sociétés cotées ». *RTDF*, 2006, 75 ; F. GARRON. « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales ». *Rev. sociétés*, 2004, p. 795 à 823.

¹⁷⁹ Le 24 mai 2013, le ministre de l'Économie et des Finances a annoncé que la loi spécifique à la gouvernance des entreprises était abandonnée. Toutefois, des travaux portent toujours sur le pouvoir des assemblées générales en matière de contrôle des rémunérations ou sur la réduction du nombre de mandats des administrateurs. Pour autant, ce contrôle ne va pas jusqu'à introduire le dispositif d'inspiration américaine du *Say on Pay*. Il ne fait pour le moment l'objet d'aucune loi mais relève d'initiatives de *soft law*. V. M. VIÉNOT (dir.). *Le conseil d'administration des sociétés cotées*. Paris : Association Française des Entreprises Privées ; Conseil National du Patronat Français, juillet 1995, 24 p.

27. Cette première approche de la gouvernance des entreprises en France envisage l'entreprise comme un nœud de contrats¹⁸⁰. Cela induit l'existence d'intérêts divergents entre les parties prenantes et permet d'envisager les mécanismes visant à empêcher (sinon amoindrir) les problèmes d'agence qui en découlent. Mais cette vision s'avère également assez réductrice sur plusieurs points. Tout d'abord, les rapports sociaux en général, et les spécificités propres à chaque individu en particulier, ne sont pas pris en compte. Les caractéristiques propres aux agents composant l'entreprise influent pourtant bien sur celle-ci, notamment quant aux objectifs poursuivis. D'ailleurs, les attentes des parties prenantes et les conflits quant aux objectifs à atteindre peuvent se manifester tant au sein qu'en dehors des structures classiques de gouvernance de l'entreprise¹⁸¹. En ce sens, la perspective initiée par la théorie de l'agence privilégie nécessairement les intérêts du principal sur ceux de l'agent, mais ne garantit pas forcément la solution la plus légitime. Sur le plan juridique, l'émergence du *corporate governance*¹⁸² a laissé une marque profonde sur l'environnement normatif des entreprises. Selon les dires d'un auteur, ses thèses auraient même « dominé la conception du droit français des entreprises au tournant du XXI^{ème} siècle¹⁸³ ». C'est à partir des années quatre-vingt-dix que son influence à commencer à se faire sentir en France¹⁸⁴. Elle s'exerce alors de deux manières. Premièrement, « conformément à l'esprit de la théorie, qui se veut le résultat d'une pratique autorégulatrice plus que d'une impulsion législative », des guides de bonnes pratiques sont adoptés afin d'assurer le bon fonctionnement et la transparence du monde des affaires. Deuxièmement, plusieurs textes législatifs

¹⁸⁰ C'est la théorie contractualiste de la firme : « *It is important to recognize that most organizations are simply legal fictions which serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals* » (« Il est important de reconnaître que la plupart des organisations sont simplement des fictions juridiques qui servent de lien pour un ensemble de relations contractuelles entre individus »), v. JENSEN et MECKLING. « Theory of the Firm », *op. cit.*, spéc. p. 8.

¹⁸¹ Assemblée générale, conseil d'administration et direction générale.

¹⁸² Litt. « Gouvernement d'entreprise ».

¹⁸³ D. DANET. « Misère de la corporate governance ». *RID éco.*, 2008, t. XXII, 4, p. 407 à 433 (spéc. p. 412).

¹⁸⁴ Avec le rapport VIÉNOT 1 : VIÉNOT (dir.). *Rapport Viénot 1, op. cit.* Il sera rapidement suivi d'un rapport VIÉNOT 2 : M. VIÉNOT (dir.). *Rapport du Comité sur le gouvernement d'entreprise*. Paris : Association Française des Entreprises Privées ; Mouvement des Entreprises de France, juillet 1999, 24 p. Puis d'un rapport BOUTON : D. BOUTON (dir.). *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*. Paris : MEDEF ; AFEP-AGREF, 23 septembre 2002, 24 p.

sont finalement adoptés. Il s'agit en particulier de la loi NRE¹⁸⁵ ainsi que la loi « Mer¹⁸⁶ ». Malheureusement, entre autres travers¹⁸⁷, le *corporate governance* a souvent conduit à réduire l'acceptation de la gouvernance des entreprises au seul droit des sociétés, voire aux seules sociétés cotées¹⁸⁸. En réalité, les thématiques relatives à la gouvernance d'une entreprise s'avèrent plus vastes. Elles concernent tout à la fois le fonctionnement de la « dirigeance¹⁸⁹ », la détermination et l'articulation de la volonté actionnariale¹⁹⁰ mais aussi la prise en considération de l'entreprise en tant qu'entité intégrée dans environnement socio-économique¹⁹¹, interpénétré avec ses parties prenantes¹⁹². Enfin, tous ces éléments convergent vers la limite principale de cette première approche de la gouvernance des entreprises : un tropisme quasi-inébranlable au profit de la relation d'agence entre dirigeants et actionnaires. Celle-ci est typique des grandes structures managériales, mais moins signifiantes dans les autres schémas organisationnels.

Cette « cannibalisation » d'un seul versant de la gouvernance, centrée sur l'intérêt du seul actionnariat, ne s'infléchit que dans des approches centrées sur certains types d'entreprises.

¹⁸⁵ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO n° 113, 16 mai 2001, p. 7776), *NOR ECOX0000021L*.

¹⁸⁶ Du nom du Ministre des Finances alors en fonction, Francis Mer : Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière (JO n° 177, 2 août 2003, p. 13220, texte n° 3), *NOR ECOX0200186L*.

¹⁸⁷ V. DANET. « Misère de la corporate governance », *op. cit.*

¹⁸⁸ V. notamment le rapport BOUTON (*op. cit.*) ou encore le Code du gouvernement des entreprises cotées issu de la collaboration entre l'AFEP et le MEDEF (Mouvement des entreprises de France) : *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*. Paris : AFEP-MEDEF, novembre 2015, 41 p.

¹⁸⁹ Conseil d'administration, Code de gouvernance, rémunération des organes de direction, conventions réglementées, prévention des conflits d'intérêts, etc. À noter que la notion de « dirigeance » est un néologisme datant de la fin des années mille neuf cent quatre-vingt-dix. Elle vise à matérialiser la distinction au sein de la gouvernance telle qu'elle est habituellement envisagée, entre la représentation la fonction de direction non-exécutive ou de contrôle (actionnaires via le Conseil d'administration ou le Conseil de surveillance) et exécutive ou managériale (organes de direction ou dirigeance). V. S. CALLENS ; D. UZUNIDIS (dir.). *Gouvernance : exercices de pouvoir*. Paris : L'Harmattan, 2009, 248 p. (Marché et organisations, 9) ; F. BOURNOIS et al. *Comités exécutifs : voyage au cœur de la dirigeance*. Paris : Eyrolles-Éditions d'organisation, 2007, XIV-862 p. ; R. SAINSAULIEU. « Dirigeance d'entreprise ». *Revue Sociologies Pratiques*, 1998.

¹⁹⁰ Présence des agences de vote, implication des actionnaires, identification des actionnaires, etc.

¹⁹¹ V. M. GERMAIN, V. MAGNIER, M.-A. NOURY. « La gouvernance des sociétés cotées ». *JCP E*, 21 novembre 2013, n° 47, 1638.

¹⁹² Le terme de « partie prenante » est généralement éclipsé par son équivalent en langue anglaise (*stakeholder*) en référence au travail de théorisation de Freeman : R. E. FREEMAN. *Strategic management : a stakeholder approach*. Boston : Pitman, 1984, 276 p. (Pitman series in business and public policy).

28. Au cours des années mille neuf cent cinquante, des études constataient ainsi que certaines entreprises n'étaient pas dirigées de la même manière que les autres. La doctrine s'est alors progressivement penchée sur la gouvernance de certaines catégories d'entreprises. Il est apparu que les moyens et les objectifs poursuivis par une entreprise pouvaient varier selon la taille de l'organisation, mais également selon la structure de la propriété et l'articulation avec son contrôle¹⁹³. Aux États-Unis, les interactions entre entreprise et famille deviennent alors un champ d'étude à part entière. Alors que le critère de la taille permet de se reposer sur des nomenclatures déjà existantes¹⁹⁴, la notion d'entreprise familiale est plus problématique¹⁹⁵. La détermination des critères à prendre en compte devient alors plus aléatoire¹⁹⁶. Pour synthétiser, la doctrine s'accorde aujourd'hui généralement sur quatre types de critères qui ont été repris dans un rapport d'experts de la Commission Européenne¹⁹⁷ et de l'IFERA¹⁹⁸. Une entreprise, quelle que soit sa taille, est alors une entreprise familiale si : 1°) La majorité des droits de vote est détenue par la ou les personnes physiques qui ont créé l'entreprise, ou par la ou les personnes physiques qui ont acquis le capital de l'entreprise, ou bien par leurs

¹⁹³ À cela s'ajoute également des spécificités géographiques, culturelles et juridiques qui impactent les modes de gestion et la diffusion des valeurs dans les organisations. V. par ex. les données statistiques basées sur l'exemple allemand du *Mittelstand* (constitué de grosses PME exportatrices) : P. C. FISS, E. J. ZAJAC. « The Diffusion of Ideas over Contested Terrain : The (Non)adoption of a Shareholder Value Orientation among German Firms ». *Administrative Science Quarterly*, 2004, n° 49, p. 501–534.

¹⁹⁴ Celle de l'analyse juridique et statistique : Décr. n° 2008-1354, *op. cit.* V. n° 21, *supra*.

¹⁹⁵ L'entreprise familiale n'est pas une notion juridique à proprement parler. C'est plutôt un fait économique, social et sociétal. D'ailleurs, la famille non plus n'est pas définie par la loi. Elle n'est qu'un mélange de rapports personnels et patrimoniaux. Par ailleurs, les mœurs évoluant, la notion de famille elle-même est sujette à de fortes évolutions, dans l'espace et dans le temps. Sur ce point, il faut noter la reconnaissance de la diversité des situations familiales à l'occasion du Décret n° 2016-257 du 3 mars 2016 relatif aux attributions du Ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes (JORF n° 0054, 4 mars 2016, texte n° 51). Déjà, en l'an deux mille, le Code de la famille et de l'aide sociale était renommé Code de l'action sociale et des familles : Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'action sociale et des familles (JORF n° 0297, 23 décembre 2000, p. 20471). V. not. D. KENYON-ROUVINEZ, J. L. WARD. *Les entreprises familiales*. Paris : Cairn, 2010, (Que sais-je ?) ; C. CHAMPAUD. « Concept et statut des entreprises familiales, Le fait et le droit ». In : *Entreprises patrimoniales et familiales*, Rennes : RJO, 2009, p. 5 ; J. ALLOUCHE, B. AMANN. « L'entreprise familiale : un état de l'art ». *Finance, Contrôle, Stratégie*, mars 2000, vol. 3, n° 1, p. 33 à 79 ; B. CATRY, A. BUFF. *Le gouvernement de l'entreprise familiale*. Paris : Publi-union, 1996, 250 p.

¹⁹⁶ Pour plus d'exemple, v. B. ODY. « Le concept d'entreprise patrimoniale ». In : *Dynamiques sociales et entreprises patrimoniales et familiales : regards croisés Europe / Maghreb*, Rennes : RJO, 2012, p. 13 à 31.

¹⁹⁷ *Rapport final du groupe d'experts - Vue d'ensemble des questions pertinentes pour les entreprises familiales : recherche, réseaux, mesures stratégiques et études existantes*. Bruxelles : Commission Européenne, novembre 2009, Direction générale entreprises et industrie, 5 p.

¹⁹⁸ *International Family Enterprise Research Academy*, Madrid (Espagne).

conjoints, parents ou enfants ou par les héritiers directs de leurs enfants ; 2°) La majorité des droits de vote est indirecte ou directe ; 3°) Au moins un représentant de la famille ou de la parentèle participe formellement à la gouvernance de l'entreprise ; 4°) Les sociétés cotées en bourse entrent dans la définition de l'entreprise familiale si les personnes qui ont créé ou acquis l'entreprise (capital) ou bien leur famille ou leurs descendants détiennent 25% des droits de vote issus de leur capital. Cette définition inclut « les entreprises familiales qui n'ont pas encore effectué de transmission à la seconde génération¹⁹⁹ ».

29. La notion d'entreprise familiale présente le grand mérite de lier la structure capitalistique d'une entreprise, sa propriété, avec des spécificités dans son mode de gouvernance. Elle n'est pas sans limites²⁰⁰, ni critiques²⁰¹, mais permet de mettre en avant l'importance de l'implication patrimoniale du ou des dirigeant dans la question de la gouvernance entrepreneuriale c'est-à-dire des conséquences bénéfiques sur la performance économique, financière, managériale, ainsi qu'en terme d'emplois²⁰².

¹⁹⁹ B. GAINNIER. *L'entreprise familiale, un modèle durable - Étude Family Business Survey - France*. Paris : PricewaterhouseCoopers, mars 2011, 36 p.

²⁰⁰ En ce sens, v. un rapport récent de la Commission Européenne : « Considérant qu'il y a plus de cinq ans que le groupe d'experts de la Commission sur les entreprises familiales a achevé ses travaux et qu'aucun projet n'a été lancé depuis au niveau de l'Union ; qu'il existe encore trop peu de recherches et de données au niveau national et européen pour comprendre les structures et les besoins particuliers des entreprises familiales ». V. A. NIEBLER. *Rapport sur les entreprises familiales en Europe*. Bruxelles : Commission Européenne, 1 juillet 2015, Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, 29 p. N° 2014/2210 (INI), spéc. J.

²⁰¹ V. spéc. les travaux de Yvon Gattaz, alors Président de l'ASMEP-ETI (Association des moyennes entreprises patrimoniales / Syndicat des entreprises de taille intermédiaire et des entreprises patrimoniales ; devenu en 2015 le METI, Mouvement des entreprises de taille intermédiaire), qui lui préfère la notion d'entreprise patrimoniale afin de transcender le cercle familial et les évolutions temporelles : Y. GATTAZ. *Évolution du droit de propriété et entreprise patrimoniale : actes du Colloque jeudi 5 Juin 2003 à la Fondation Singer-Polignac*. Paris : Fondation Singer-Polignac, 2003, 97 p. ; Y. GATTAZ. *La Réhabilitation mondiale des entreprises patrimoniales*. Paris : Palais de l'Institut, 1999, 16 p. (ISSN 0768-2050, 11) ; Y. GATTAZ. *Atouts et handicaps des Entreprises Patrimoniales*. Paris : [s.n.], 21 octobre 2001, Leçon inaugurale du DESS Droit du Patrimoine Professionnel, 18 p.

²⁰² Un auteur synthétisait : « Au sein de la catégorie des entreprises de taille intermédiaire, les entreprises patrimoniales seraient à l'origine de 55 % des créations d'emplois, réalisées par les ETI alors qu'elles ne représentent au niveau européen que 38 % des entreprises de cette catégorie. En moyenne, les entreprises de taille intermédiaire patrimoniales seraient plus rentables que les ETI non patrimoniales en termes de croissance des indicateurs financiers (croissance de la valeur ajoutée, du chiffre d'affaires, des flux de trésorerie et de la création d'emplois) ». V. C. BARREAU. « Pérennisation des entreprises personnelles et séparation patrimoniale ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 25, spéc. p. 26.

À défaut de reconnaissance *per se*, l'entreprise familiale et patrimoniale se devine dans des dispositifs juridiques et fiscaux sur-mesure²⁰³. Cette prise en compte de l'environnement de l'entrepreneur, notamment sur le plan familial, remet sur le devant de la scène les mouvements éclipsés par le *corporate governance*. C'est en particulier le cas de la doctrine de l'entreprise²⁰⁴ ou du *Stakeholderism*²⁰⁵, voire plus récemment de la RSE²⁰⁶.

En définitive, c'est tout ce long processus que le concept d'entrepreneuriat doit désormais porter en lui. L'entrepreneur contemporain s'est émancipé de l'entrepreneur-proprétaire tel qu'il était envisagé au XIX^{ème} siècle. Il n'est aujourd'hui plus question d'une identité parfaite entre ce qui relève de la sphère personnelle de l'entrepreneur et ce qui relève de l'entreprise, c'est-à-dire sa sphère professionnelle²⁰⁷. L'unité économique, et l'entrepreneur qui la dirige, ont des intérêts complémentaires mais bien distincts. Il y a une interdépendance et non une identité entre les deux. En revanche, la notion de risque personnel demeure essentielle. L'entrepreneuriat est avant tout une problématique, un point de vue, à la croisée des sciences de gestion et des sciences juridiques : celui de l'entrepreneur, mêlant sa vie privé et sa vie professionnelle.

²⁰³ L'assouplissement dans l'application des règles civiles et la contractualisation grandissante participent de cette prise en compte. Des dispositifs sociétaires souples comme la SAS ou les sociétés civiles, mais encore les actions de préférence, permettent d'améliorer les transmissions d'entreprises. De même, les pactes Dutreil de conservation de titres facilitent depuis 2003 la conservation du patrimoine professionnel grâce à un allègement de la fiscalité exigible.

²⁰⁴ Encore appelée « École de Rennes », la doctrine de l'entreprise s'est forgée autour du droit des sociétés à partir des années mille neuf cent soixante. Elle visait à rapprocher la notion juridique de société de la réalité économique et sociale qu'elle recouvre : C. CHAMPAUD. « Le pouvoir de concentration de la société par actions ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes, 1961, 349 p. ; J. PAILLUSSEAU. « La Société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes, 1965, VIII-295 p. Pour une approche globale, v. CHAMPAUD. *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, op. cit.*

²⁰⁵ V. not. FREEMAN. *Strategic management, op. cit.*

²⁰⁶ Soit « Responsabilité sociale des entreprises ». V. not. CHAMPAUD. *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle, op. cit.* ; B. SEGRESTIN, A. HATCHUEL. *Refonder l'entreprise*. Paris : Seuil, 2012, 119 p. (La République des idées).

²⁰⁷ Dans le modèle Walrasien.

La fiducie et l'entrepreneur en France

30. Selon un fameux trait d'esprit, « L'avocat propose, le législateur et le juge disposent, le professeur expose et l'étudiant compose²⁰⁸ ». Adaptée au monde des affaires, cette judicieuse formule de François Terré pourrait être amendée et énoncer que le législateur impose, l'avocat propose, le juge dispose, le professeur expose, et l'entrepreneur ose, puis parfois compose. Au sens contemporain, l'entrepreneur se comprend désormais comme toute personne physique qui ose²⁰⁹, c'est-à-dire qui tente de créer et de développer des projets de nature économique²¹⁰. La prise de risque étant consubstantielle à l'entrepreneuriat²¹¹, l'entrepreneur s'expose à des déconvenues personnelles, en particulier sur le plan patrimonial. Son destin personnel est ainsi inextricablement lié au devenir de son activité professionnelle. Pour mener à bien son entreprise, l'entrepreneur devra composer avec un environnement normatif²¹² sur lequel il a très peu (voire pas du tout) d'emprise. Ce milieu, en devenant de plus en plus complexe, est parfois lui-même générateur de risque. Au péril inhérent à l'activité entrepreneuriale s'ajoute alors l'aléa juridique²¹³.

²⁰⁸ F. TERRÉ. « Les principes généraux du droit ». In : *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris : Economica, 2004, p. 171 à 180, spéc. p. 180, *in fine*.

²⁰⁹ Depuis le début du XX^{ème} siècle et les travaux de Schumpeter en économie, la notion d'entrepreneur est plus particulièrement associée à la notion d'innovation : J. A. SCHUMPETER. *The nature and essence of economic theory*. Réédition. New Brunswick : Transaction Publishers, 2010, XXVI-464 p. Adde C. DEBLOCK et al. « Innovation et développement chez Schumpeter ». *Revue Interventions économiques*, 2012, n° 46.

²¹⁰ Y compris lorsqu'il s'agit d'« entrepreneuriat social » : D. CHAUFFAUT ; C. LENSING-HEBBEN ; A. NOYA (dir.). *L'entrepreneuriat social en France : réflexions et bonnes pratiques*. Paris : La Documentation Française, 2013, 160 p. (Centre d'analyse stratégique, 56).

²¹¹ Dans le cadre de cette étude, la notion d'« entrepreneuriat » doit simplement être comprise comme la situation dans laquelle un entrepreneur se trouve.

²¹² L'expression « environnement normatif » sera ici comprise dans un sens juridique large, c'est-à-dire comprenant l'ensemble des règles de droit présentant un caractère général et impersonnel. En ce sens, elle inclut l'action des pouvoirs publics dans leur ensemble. Aussi, elle ne doit pas être confondue avec la notion juridique de normalisation visé par le Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation (JO n° 0138, 17 juin 2009, p. 9860). Elle ne vise également pas l'approche traditionnelle des sciences de gestion pour lesquelles la norme désigne tout comportement social (implicite ou explicite) accepté dans une organisation. Pour une illustration de cette dernière approche, v. par ex. D. V. HOOREBEKE. « Proposition de mesure de la performance des normes de comportement organisationnelles à l'atteinte d'un service à la clientèle authentique ». *La RSG*, 2008, vol. 1, n° 229, p. 21 à 27.

²¹³ L'environnement normatif constitue donc l'une des préoccupations majeures des entrepreneurs. À ce titre, le droit français s'avère particulièrement anxiogène. Dès 1991, le Conseil d'État a avancé la notion de « logorrhée législative » pour dénoncer l'inflation législative en France : *De la sécurité juridique*. Paris : Conseil d'État, 1991, EDCE, La Documentation française, n° 43. De nouveau en 2006, le Conseil

Pour tenter d'en donner une définition synthétique satisfaisante, l'entrepreneur sera compris, dans le cadre de cette étude, comme la personne physique qui cumule les qualités de dirigeant opérationnel d'une unité économique, mais également de propriétaire dans cette même unité. Ce faisant, il s'agit d'éviter un écueil qui fait envisager le monde de l'entreprise au travers la seule situation particulière des *managers*, c'est-à-dire des mandataires sociaux. Le fond de la réflexion vise au contraire à replacer la thématique du risque personnel et patrimonial au centre des débats. À ce titre, la démarche se veut pluridisciplinaire ou, à tout le moins, intégrant des aspects propres aux sciences de gestion²¹⁴. La forme juridique de l'unité économique ne sera donc pas un élément central de la réflexion.

Ainsi envisagé, l'entrepreneur se trouve aisément caractérisé par une dialectique permanente entre des considérations relevant à la fois de sa vie personnelle et de sa vie professionnelle. Ces problématiques sont à la fois distinctes et entremêlées. Pour simplifier, l'entrepreneur doit gérer en parallèle des intérêts différents : celui de l'unité économique qu'il dirige²¹⁵ et dont il est propriétaire²¹⁶ d'un côté, et le sort de sa famille et de ses proches de l'autre²¹⁷. Constamment tiraillé entre les deux sphères, l'entrepreneur voit ses problématiques éclatées dans des domaines juridiques multiples : droit patrimonial de la famille ou encore droit des successions pour sa vie privée ; droit des sociétés, droit bancaire et financier,

dénonce clairement une tendance à la surproduction normative, c'est-à-dire l'augmentation du nombre et de la longueur des lois et règlements : *Sécurité juridique et complexité du droit*. Paris : Conseil d'État, 2006, EDCE, La Documentation française, 400 p. Pourtant, en vertu de l'art. 34 de la Constitution, la clarté et la prévisibilité de la loi sont des objectifs à valeur constitutionnelle : v. not. Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, JO 14 juin 1998, p. 9033, Recueil, p. 258. À défaut de savoir rédiger comme Solon, le législateur est parfaitement conscient du problème et tente périodiquement d'y remédier. V. réc. : Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens (JORF n° 0263, 13 novembre 2013, p. 18407, texte n° 1), *NOR RDX1309049L* ; Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives (JORF n° 0295, 21 décembre 2014, p. 21647, texte n° 1), *NOR EINX1412185L*.

²¹⁴ Les sciences de gestion regroupent plusieurs disciplines. Il s'agit principalement de la comptabilité, de l'entrepreneuriat, de la finance, de la stratégie et de la théorie des organisations. Dans le cadre de cette thèse, seules certaines seront évoquées et/ou utilisées.

²¹⁵ Cet intérêt n'a pas d'existence juridique unique. Il peut notamment se retrouver dans la notion d'intérêt social lorsque l'unité économique est organisée sous forme de société. Cette notion n'est pas définie dans des textes mais évoquée à l'art. L233-3 du C. com. : « (...) l'intérêt de la société ».

²¹⁶ *Id.* Mais il peut par ex. se retrouver dans l'intérêt des associés visé à l'art. 1833 du C. civ. : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

²¹⁷ *Id.* Il existe pourtant des notions satellites comme « l'intérêt de la famille » visé à l'art. 1397 C. civ. en matière de changement de régime matrimonial des époux.

droit social mais aussi droit des procédures collectives pour ce qui relève plus de sa vie professionnelle. Plus schématiquement, la transversalité de sa situation relève, comme la fiducie, à la fois du droit des personnes et du droit des biens²¹⁸.

En adoptant cette approche globale, il est possible de regrouper les interrogations de l'entrepreneur autour de trois grandes thématiques : la gouvernance de l'unité économique ; la prise en compte de la situation personnelle du dirigeant-proprétaire et de ses proches ; la pérennisation patrimoniale personnelle et professionnelle²¹⁹.

31. Cette approche veut consacrer une vision dynamique et entrepreneuriale du droit. Cela présente le grand avantage de refléter la réalité de la majorité des acteurs économiques de la société française. Par conséquent, cette vision offrira une clé de compréhension supplémentaire quant à l'appréhension de la fiducie en France.

Selon cette démarche, étudier la fiducie à la lumière de l'entrepreneur, c'est bien évidemment s'interroger sur la pratique concrète de la fiducie. Il s'agira donc d'en adopter une approche fonctionnelle. Aussi, il ne sera pas ici question d'élaborer une hypothétique théorie générale de la fiducie, ni encore moins de l'entrepreneuriat. Ces sujets étant terriblement complexes, chacun mériterait d'occuper plusieurs travaux de thèse. Pour autant, les aspects théoriques ne seront pas non plus ignorés, notamment dans la mesure où ils impactent plus ou moins directement la pratique fiduciaire²²⁰. En définitive, confronter l'intérêt de la fiducie

²¹⁸ L'étude de l'environnement normatif de l'entrepreneur est un très vaste sujet. Cela touche tous les domaines du droit, allant du droit privé au droit public, en passant par le droit pénal des affaires. Toutefois, il s'agit essentiellement du droit de la famille, du droit des sociétés, du droit des successions, du droit des procédures collectives, du droit bancaire et financier, ainsi que de la fiscalité qui y est afférente. Sur cette approche transdisciplinaire, v. par ex. : J.-J. ANSAULT et al. *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*. Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015 ; J. DUVAL-HAMEL ; A. GAUDEMET (dir.). *Paroles de praticiens. Entrepreneuriat, management et droit : en hommage au Professeur Michel Germain*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2015, 199 p.

²¹⁹ En pratique, ces thématiques s'illustrent dans des domaines très divers. Cela va du choix de la structure d'exercice, à la sécurisation de la cellule familiale de l'entrepreneur, en passant par sa protection sociale et celle des proches, les relations avec les salariés et les parties prenantes, le financement de l'entreprise ou encore le transfert des richesses produites par l'entreprise vers son patrimoine personnel. V. not. X. BOUTIRON et al. *L'entrepreneur et ses patrimoines*. Paris : Lextenso, 2012, 401 p. (Les Intégrales, 6).

²²⁰ Spécialiste de la psychologie des organisations, Kurt Lewin (1890-1947) résumait l'inextricabilité des liens entre théorie et pratique au travers du fameux aphorisme : « Il n'y a rien de plus pratique qu'une bonne théorie » (« *There is nothing so practical as good theory* »).

au regard de l'entrepreneur, c'est se questionner sur la nature profonde de l'opération fiduciaire, sur sa vocation. Mais c'est également s'interroger sur le travail du législateur. D'un point de vue de la légistique bien-sûr, mais aussi (surtout), d'un point de vue général. Comment les pouvoirs publics abordent-ils le monde économique dans lequel ils s'empressent d'intervenir ?

Aussi, à peine éveillée, la fiducie semble avoir été abandonnée à l'imagination des praticiens. Si certains s'en réjouissent, le droit étant peut-être la plus puissante des écoles de l'imagination²²¹, la question se pose de savoir si la « belle fiduciaire » peut venir au secours de cette « bête curieuse » qu'est l'entrepreneur, en lui offrant des solutions nouvelles aux problématiques qui le caractérisent.

32. Les premiers développements s'attacheront à l'introduction de la fiducie nommée en droit français. Ils révéleront les nombreux espoirs qui ont été soulevés, tant du côté de la doctrine que des professionnels. Ces espérances étaient d'autant plus fortes que la polymorphie de l'opération fiduciaire est susceptible de laisser à chacun la possibilité d'y voir des utilités différentes. La fiducie semble ainsi constituer une opération attrayante pour tous les acteurs économiques.

Malheureusement, il apparaîtra qu'au-delà de l'introduction du principe fiduciaire en droit français, le législateur n'a consacré qu'un régime très imparfait. Alors même que la fiducie est par nature un instrument patrimonial, il est regrettable de constater que la loi n° 2007-211 et les textes subséquents négligent la personne de l'entrepreneur. C'est tout le paradoxe initial de la fiducie (Partie I).

33. Les seconds développements viseront quant à eux à évaluer l'apport véritable de la fiducie pour l'entrepreneur. Pour cela, il conviendra de mettre en perspective l'outil fiduciaire avec les substituts ou concurrents offerts par le droit français.

L'étude des nombreuses alternatives d'affectation et de rétention démontrera, malgré les limites de ces dernières, que la fiducie nommée ne peut être

²²¹ « Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité » : J. GIRAUDOUX, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*. Acte 2, scène V, éd. - Théâtre complet, Gallimard 1982, p. 552.

pour le moment qu'un mécanisme supplétif ou « d'élite²²² ». Certes, il offre des perspectives intéressantes dans des opérations complexes d'ingénierie juridique et financière, mais à droit constant, il n'offre guère plus. En matière prospective en revanche, la fiducie pourrait devenir un peu plus que cet outil marginal. Même si elle demeure le parent pauvre du *trust*, plusieurs facteurs militent en faveur d'une rénovation de la fiducie nommée. À défaut de se transformer en outil central de gouvernance entrepreneuriale, elle pourrait avoir des utilités spécifiques en terme d'ingénierie patrimoniale (Partie II).

²²² C'est-à-dire n'intéressant que certains cas, acteurs et opérations. En ce sens, v. Y.-M. RAVET, M. ANDRÉANI. « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse ? ». *Dr. et patr.*, septembre 2013, n° 228, p. 38.

PARTIE I. LE PARADOXE INITIAL DE LA FIDUCIE POUR
L'ENTREPRENEUR

34. La conception et la caractérisation de la fiducie nommée en droit français sont très riches d'enseignements, tant sur le droit français lui-même que sur la légistique « à la française ». Par rapport à tout ce que la fiducie nommée aurait pu être, ce qu'elle aurait pu recouvrir, le droit positif révèle une perception spécifique de la situation et impose des choix pris en conséquence. Le législateur a dû trancher, en consacrant certains aspects et en écartant d'autres possibilités. Ce faisant, il expose sa démarche et son raisonnement à la critique.

Il apparaît que la fiducie, telle qu'elle ressort des travaux menant à la loi n° 2007-211, n'a pas été conçue comme un outil entrepreneurial comme cela l'avait été lors de travaux précédents²²³. En effet, les entrepreneurs, toujours entendus comme des personnes physiques cumulant la qualité de dirigeant et de propriétaire d'une activité économique dite « entreprise », sont confrontés tout à la fois à des problématiques d'ordre professionnel et d'ordre patrimonial²²⁴. Malgré une nature foncièrement attrayante pour tous les acteurs économiques (Titre I), la fiducie nommée n'a pas été dotée d'un régime juridique adapté à l'ensemble des spécificités entrepreneuriales (Titre II).

²²³ V. n° 11, *supra*.

²²⁴ Au sens personnel.

Titre I. Une nature attrayante pour les acteurs
économiques

35. Tout en établissant clairement la légalité du principe même de l'opération fiduciaire, la loi du 19 février 2007 demeure parfois relativement floue quant aux contours de la fiducie en droit français. Dès lors, il convient de s'interroger précisément sur l'originalité du mécanisme nouveau et la nature innovante de l'opération consacrée (Chapitre 1). La nature singulière (voire « nébuleuse²²⁵ ») de l'opération de fiducie présente ainsi l'attrait de la nouveauté et de l'innovation à la croisée du droit des personnes et du droit des biens. Les possibilités théoriques sont donc très nombreuses. Cette singularité présente en outre l'avantage de se matérialiser au travers d'un véhicule contractuel. Le contrat de fiducie ne devrait donc qu'enthousiasmer les entrepreneurs toujours adeptes de liberté et de souplesse (Chapitre 2).

²²⁵ P. PUIG. « La fiducie et les contrats nommés ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 68.

Chapitre 1. Une opération innovante

36. À la lecture de l'article 2011 du Code civil, il apparaît que la fiducie nommée est simplement définie comme une « opération » juridique. Cette formulation apparaît paradoxale.

Dans un premier temps, elle s'avère nébuleuse en ce que la notion d'« opération » ne correspond à aucune catégorie juridique habituelle²²⁶. Certes, le législateur a fréquemment recours à ce terme mais rarement lorsqu'il s'agit d'exposer le principe même d'un mécanisme. Par exemple, la loi définit sobrement la vente²²⁷ ou encore le mandat²²⁸, au travers de catégories juridiques connues comme la convention ou l'acte. Plus récemment, le législateur a clairement déterminé qu'un fonds de dotation est une personne morale²²⁹. Le choix de ce terme est donc loin d'être anodin²³⁰. Aussi, dans un second temps, le recours à cette expression se révèle-t-il limpide et plein d'enseignements. Il traduit nombre de non-dits et de contradictions quant à l'instauration de la fiducie nommée en droit français. De fait, un certain malaise persiste quant à la place à accorder à la fiducie nommée dans l'ordonnement juridique français. S'agit-il d'un acte, d'un contrat voire d'une véritable institution ?

²²⁶ Ce point avait d'ailleurs été soulevé au Sénat : BADINTER et al., Travaux parlementaires, Séance du 17 octobre 2006 (compte rendu intégral des débats) (JO Sénat - 2006. – n° 82 S., C.R.), spéc. p. 6694 s.

²²⁷ « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer » (C. civ., art. 1582, issu de la Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804).

²²⁸ « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom » (C. civ., art. 1984, issu de la Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804).

²²⁹ « Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général » : art. 140, I, L. n° 2008-776, *op. cit.*

²³⁰ V. les obs. du Sénateur de Richemont. « La rédaction proposée par votre commission tendrait à qualifier la fiducie 'd'opération' juridique et non pas seulement de contrat » : H. DE RICHEMONT. *Rapport sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie*. Paris : Sénat, Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, 11 octobre 2006, 253 p. N° 11, spéc. p. 44.

Acte nommé à l'instar de la fiducie Québécoise²³¹, la fiducie pourrait être qualifiée de « contrat-opération-institution²³² ». En plus de questionner sur la place à accorder à la fiducie nommée dans l'ordonnement juridique interne, cette appellation traduit l'originalité profonde du principe même de la fiducie nommée en droit français, celui d'un transfert *sui generis* (Section 1). C'est justement ce caractère singulier qui constitue l'attrait principal de la fiducie dans la mesure où il remet en cause un certain statu quo juridique (Section 2).

Section 1. La consécration d'un transfert *sui generis*

37. Par définition, le qualificatif de *sui generis* exprime une singularité qui ne permet pas d'être classé parmi des semblables. En droit français, l'opération fiduciaire revêt pourtant déjà des visages plus ou moins familiers. Il peut s'agir de mécanismes fiduciaires dont les entrepreneurs se sont saisis du fait de l'absence de toute fiducie nommée avant 2007, ou, après 2007, en raison des faiblesses de celle-ci²³³. Il peut également être question de mécanismes étrangers qui attirent depuis longtemps la convoitise entrepreneuriale, et plus largement celle des milieux d'affaires.

L'opération fiduciaire, lorsqu'elle est incarnée par la fiducie nommée, se distingue des autres mécanismes juridiques français par la survenance d'un transfert fiduciaire. L'affirmation d'un transfert singulier en droit français se caractérise par le double attrait fonctionnel qu'il emporte (§1), ainsi que par l'universalité de son assiette (§2).

²³¹ CCQ, art. 1260 : « 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 et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer ». Définition insérée dans le Chapitre deuxième (De la fiducie) du Titre Sixième (De certains patrimoines d'affectation).

²³² B. JADAUD. « Le régime juridique de la fiducie ». *LPA*, 10 juin 2009, n° 115, p. 4, spéc. n° 56. Quant au caractère institutionnel de la fiducie, comparer notamment avec les mêmes discussions quant à la société : I. CORBISIER. *La société : contrat ou institution ? Droits étasunien, français, belge, néerlandais, allemand et luxembourgeois*. Bruxelles : Larcier, 2011, 733 p. (Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg).

²³³ V. n° 136 s., *infra*.

§1. Le double attrait fonctionnel du transfert fiduciaire

38. Le texte initial qui proposait d'instituer la fiducie nommée en droit français, comportait un article 2062 en vertu duquel le fiduciaire deviendrait « titulaire ou propriétaire fiduciaire des droits transférés²³⁴ ». Prévus depuis l'origine pour être insérés dans le Livre III consacré aux différentes manières d'acquérir la propriété, la disposition semble donc désigner un transfert de propriété²³⁵. Si ladite proposition n'a pas été reprise à l'identique dans le texte final, l'article 2011 précise quand même qu'il s'agit d'un transfert²³⁶. Or, un contrat ne peut habituellement être qualifié de translatif que dès lors qu'il procède au « déplacement d'un droit d'un patrimoine à un autre²³⁷ ». Si propriété et patrimoine sont inextricablement liés, l'existence même d'un transfert de propriété n'est pas anodine. En pratique, les entrepreneurs sont souvent réticents à utiliser des mécanismes visant à les dépouiller, eux-mêmes ou leur unité économique. Des verrous, psychologiques notamment, expliquent ces réticences, tant dans une optique purement entrepreneuriale que de seule gestion patrimoniale personnelle.

Toutefois, la fiducie nommée se distingue des autres contrats translatifs de propriété dans la mesure où elle porte sur une sorte de propriété retenue et emporte la création d'un patrimoine affecté. Le double attrait fonctionnel de la fiducie nommée est donc l'affectation et la rétention de propriété. Dans une optique entrepreneuriale, cela intéresse tout à la fois le gage des créanciers et les pouvoirs revenant au propriétaire. Pour s'en convaincre, il convient d'analyser en détail les caractéristiques du patrimoine créé (A) ainsi que de la propriété transférée (B).

²³⁴ C. civ., art. 2062, *in fine*, MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*

²³⁵ Il convient toutefois de remarquer qu'en dépit de son intitulé, le Livre III ne contient pas que des dispositions relatives au droit de propriété. S'y retrouvent également, les textes relatifs à la responsabilité du fait des produits défectueux (Titre IV bis). À noter par ailleurs que le Titre XIV ancien, relatif au cautionnement, a été abrogé par l'art. 56, I de l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (JO n° 71, 24 mars 2006, p. 4475), *NOR JUSX0600032R*. Les articles 2011 à 2043, qui constituaient ce Titre XIV, sont repris aux articles 2288 à 2320 (nouv.).

²³⁶ « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens (...) », art. 2011, *ab init.*

²³⁷ V° Translatif : S. GUINCHARD, T. DEBARD. *Lexique des termes juridiques*. Paris : Dalloz, 2011, 918 p.

A. Le patrimoine fiduciaire : un patrimoine affecté

39. Si le terme de « patrimoine fiduciaire » apparaît de manière éparsée dans les textes officiels²³⁸, il ne fait l'objet d'aucune définition de la part du législateur. Cette absence ne saurait être problématique en tant que telle puisque c'était déjà le cas pour la notion de « patrimoine » seule²³⁹. Pour autant, compte tenu de la nature *sui generis* du transfert fiduciaire, elle est préjudiciable et il eût été intéressant que le législateur soit plus prolixe en la matière. Aussi, pour aller plus en avant, il est nécessaire d'étudier individuellement les caractères du patrimoine fiduciaire (2) au regard de ceux du patrimoine d'affectation (1).

1. Les caractères du patrimoine d'affectation

40. Au sens du droit privé contemporain, la notion d'affectation renvoie d'abord à celle de patrimoine²⁴⁰. La doctrine contemporaine s'accorde pour considérer que le patrimoine se déduit juridiquement des articles 2284 et 2285 du Code civil²⁴¹. Il s'entend comme l'ensemble des biens et des obligations d'une personne. Cet ensemble est envisagé comme une universalité de droit, c'est-à-dire un tout non figé dont les éléments d'actif sont indissociables des éléments de passif. Il constitue le gage des créanciers de son titulaire²⁴². Cela implique que les éléments, contenus

²³⁸ Notamment dans l'article 2012 C. civ., à la suite de l'ordonnance de 2009.

²³⁹ Cette dernière apparaît d'ailleurs clairement dans de nombreux textes, y compris dans le Code civil de 1804. Il convient également de noter que la notion de patrimoine fluctue dans le temps. Elle n'est ainsi pas la même sous l'empire du droit romain, du droit coutumier ou encore du Code napoléon. Sur la diversité des patrimoines en droit contemporain, v. not. A.-L. THOMAT-RAYNAUD. « Patrimoine ou patrimoines ? ». In : *Les patrimoines affectés : actes du colloque du 27 avril 2012*, Toulouse : PUSS, 2013, p. 13 à 33 ; P. SIMLER. « Patrimoines et patrimoine : polysémie du concept ». *RDI*, 2009, p. 441 ; J.-M. BRUGUIÈRE et al. « Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ? (Dossier) ». *Dr. et patr.*, 2005, n° 133, p. 63.

²⁴⁰ Mais cela n'est pas exclusif puisque l'affectation peut être définie indépendamment de la notion de patrimoine, dans un sens plus général relatif aux biens, comme la « détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé » : V° Affectation, 1, a : CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²⁴¹ C. civ., art. 2284 (2092 anc.) : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » ; art. 2285 (2093 anc.) : « 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 ». Tous deux sont issus des articles 2 et 3 de l'Ord. n° 2006-346, *op. cit.*

²⁴² Il convient de remarquer que le terme de « gage » est maladroit car il peut prêter à confusion avec le « gage » prévu à l'article 2333 du Code civil : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier

de l'universalité, puissent faire l'objet d'une évaluation pécuniaire. Par ailleurs, il convient de dissocier le patrimoine entre son contenu et son contenant. Ainsi, le contenu correspond aux éléments tombant dans l'universalité juridique. Il peut s'agir de biens ou de droits. Le contenant correspond quant à lui à l'universalité sur le plan du droit. C'est le périmètre juridique, indépendamment du contenu et de la valeur pécuniaire des éléments qui le composent. À ce titre, le contenant se distingue des autres universalités en ce qu'il en existe forcément un, mais un seul, pour toute personne²⁴³. C'est l'essence de la théorie de l'unité du patrimoine.

41. La notion de patrimoine d'affectation, qui renvoie à la théorie du même nom, implique quant à elle la réunion de plusieurs caractéristiques²⁴⁴.

Dans un premier temps, le patrimoine d'affectation ne se différencie pas du patrimoine « ordinaire » en ce qu'il suppose également une universalité de droit. À l'instar d'un patrimoine ordinaire, le patrimoine d'affectation est un contenant juridique composé d'éléments d'actifs et de passif. L'élément fondamental de l'universalité ainsi décrite réside dans le rapport entre les différents éléments qui la composent. Ainsi, l'actif attaché au patrimoine doit nécessairement répondre du passif qui y est également attaché. Il n'y a là pas de particularité notable du fait de l'affectation.

ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Dans ce cas, il s'agit d'un « droit réel de garantie portant sur un meuble déterminé. Il signifie simplement que les créanciers chirographaires ont des pouvoirs sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur, sans aucune préférence entre eux et qu'en cas d'inexécution de l'obligation, ils pourront saisir les biens, les faire vendre et se payer sur le prix de vente, sans ordre de priorité avec une répartition entre eux à proportion égale, compte tenu du montant de leur créance » : Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE. *Droit civil : les obligations*. 13^e éd. Paris : Sirey, 2012, X-1028 p., spéc. n° 304.

²⁴³ Comme certaines masses de biens qui s'entendent comme des ensembles de biens d'une catégorie particulière soumise à un régime spécial. Par ex. la masse des biens communs sous le régime légal ou encore la masse de calcul et la masse d'exercice de l'usufruit du conjoint survivant : V° Masse, 2 : CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²⁴⁴ Il n'existe pas de vision unitaire de la doctrine sur la question de l'affectation de patrimoine. V. néanmoins sur la notion d'affectation : S. GUINCHARD. *L'affectation des biens en droit privé français*. Paris : LGDJ, 1976, XXII-429 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 145). Quant au patrimoine d'affectation, le Doyen Percerou le définissait comme « un ensemble de biens et droits évaluables en argent servant à la réalisation d'un objet donné » : PERCEROU. « Personne morale, patrimoine d'affectation », *op. cit.*, p. 21. V. plus réc. KUHN. « Le patrimoine fiduciaire », *op. cit.*, spéc. p. 386 à 435 ; M.-C. AUBRY. « Le patrimoine d'affectation ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris-Nord, 2010, 540 p., spéc. n° 314 s. ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD. « Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine ». *Rev. Lamy dr. civ.*, juin 2010, n° 3864, p. 65 ; P. CROCQ. « Transparence et patrimoines d'affectation ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 26 à 29.

42. Dans un second temps en revanche, le patrimoine d'affectation présente deux caractéristiques propres qui l'éloignent du patrimoine ordinaire.

D'abord, s'il demeure également attaché à la personnalité juridique d'une personne physique ou morale²⁴⁵, le patrimoine d'affectation ne s'entend plus comme contenant unique de ladite personne²⁴⁶. En effet, le patrimoine d'affectation est autonome de la personne qui en est titulaire. Il existe en sus du patrimoine ordinaire de celle-ci et brise ainsi le principe de l'unicité du patrimoine. À la différence du patrimoine ordinaire, l'universalité portée par le patrimoine d'affectation n'est pas double. Elle ne s'entend pas au niveau de la personne en englobant tous ses droits et biens, mais uniquement dans le rapport de dépendance entre actif et passif dans le patrimoine concerné : le premier venant répondre du second.

Ensuite, le patrimoine d'affectation est caractérisé par une charge qui est inféodée à un but ou à une mission. C'est cet élément central qui fédère tout le patrimoine d'affectation. Cette charge est exercée par une personne qui doit s'assurer de la réalisation d'une activité ou de la sauvegarde d'un intérêt. Les modalités de cette charge doivent être déterminées au moment de la création du patrimoine. De fait, il n'est pas possible que ledit patrimoine existe, même temporairement, sans affectation, c'est-à-dire sans but ou activité définis²⁴⁷. En conséquence, l'affectation encadre le champ d'action du fiduciaire et ses actions

²⁴⁵ L'existence d'une personne titulaire du patrimoine n'est pas une condition *sine qua non* de l'existence d'un patrimoine d'affectation sur un plan théorique puisque des droits étrangers (allemand ou québécois not.) reconnaissent des patrimoines uniquement caractérisés par un but. V. par ex. la définition du patrimoine fiduciaire selon l'article 1261 CCQ : « le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue 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 ». *Adde* CASSAGNABÈRE. « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois », *op. cit.* En revanche, le droit français reste encore imperméable au patrimoine sans sujet sauf lorsque celui-ci est fédéré autour d'un intérêt collectif comme pour les notions récentes de patrimoine environnemental, de patrimoine commun de l'humanité ou encore de patrimoine culturel (v. not. F. G. TREBULLE. « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel ». In : *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris : Litec, 2007, p. 659 ; P. YOLKA. « Personnalité publique et patrimoine ». In : *La personnalité publique : actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : LexisNexis Litec, 2007, p. 35 ; BRUGUIÈRE et al. « Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ? (Dossier) », *op. cit.*).

²⁴⁶ Pour autant, l'existence de droits subjectifs et de leur rattachement à un sujet de droit n'est pas remise en cause.

²⁴⁷ AUBRY. « Le patrimoine d'affectation », *op. cit.*

devront être conformes au but ou à l'intérêt poursuivi²⁴⁸. Corrélativement, le patrimoine d'affectation n'a pas vocation à accompagner son titulaire tout au long de son existence. Il est donc à la fois limité dans son universalité et sa durée, toutes deux dépendantes de la mission qui lui est affectée.

La notion de patrimoine d'affectation, à la différence de celle de patrimoine fiduciaire, n'apparaît pas dans le Code civil. Toutefois, l'article 12 de la loi du 19 février 2007 la reprend²⁴⁹. De même, les dispositions comptables la mentionnent à plusieurs reprises²⁵⁰. Aussi, la valeur à donner à cette qualification est sujette à interrogation : le patrimoine fiduciaire constitue-t-il un véritable patrimoine d'affectation (2) ?

2. Les caractères du patrimoine fiduciaire

43. Le patrimoine fiduciaire, s'il ressemble très fortement à un patrimoine d'affectation, ne peut cependant pas y être totalement assimilé. Il n'en présente pas tous les caractères.

De fait, la notion de patrimoine d'affectation reflète les traits essentiels du patrimoine fiduciaire²⁵¹. Il s'agit d'une universalité de droit, rattachée à une personne²⁵² dans le cadre d'une mission qui lui est confiée²⁵³, et qui demeure isolée du gage général des créanciers de son titulaire²⁵⁴. En effet, dans la plus pure tradition civiliste, le patrimoine fiduciaire demeure une universalité de droit rattachée à une personnalité juridique, en l'espèce celle du fiduciaire. De plus, le patrimoine fiduciaire créé, qui caractérise l'opération de fiducie nommée, se

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ « 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 » : art. 12, I, L. n° 2007-211, *op. cit.*

²⁵⁰ V. CRC n° 2008-01 du 3 avril 2008 relatif au traitement comptable des opérations de fiducie modifiant le règlement n° 99-03 du Comité de la réglementation comptable relatif au plan comptable général (Abrogé). Elle est reprise dans le Règlement ANC n° 2014-03 relatif au plan comptable général (Règl. homologué par arrêté du 8 septembre 2014 publié au JO 15 octobre 2014), aux art. 623-3, 623-5, 623-7 et 623-8 (nouv.).

²⁵¹ Égal. en ce sens : C. WITZ. « Fasc. 20 : Fiducie : Effets et extinction ». *J.-Cl. not. rép.*, octobre 2012, V° Fiducie, n° 40.

²⁵² Le fiduciaire.

²⁵³ C. civ., art. 2018, 6°.

²⁵⁴ C. civ., art. 2011.

distingue également de la notion de patrimoine ordinaire en ce qu'il est doublement limité. Premièrement, le patrimoine ne peut dépasser la durée limitée du transfert, soit quatre-vingt-dix-neuf ans²⁵⁵. Deuxièmement, le droit du fiduciaire ne lui permet de gérer le patrimoine que dans l'optique de réaliser l'objet du contrat de fiducie. Le patrimoine a une fonction donnée, et un but déterminé²⁵⁶.

44. Pour autant, le patrimoine fiduciaire tel qu'il résulte du régime de la fiducie nommée ne recouvre pas toutes les caractéristiques attendues d'un patrimoine d'affectation. En principe, la combinaison des trois caractéristiques du patrimoine d'affectation²⁵⁷ implique une étanchéité complète dudit patrimoine, que ce soit à l'égard du constituant ou du titulaire. Par conséquent, le patrimoine d'affectation doit constituer le gage des seuls créanciers du patrimoine d'affectation. Dans le cas de la fiducie nommée, seuls les créanciers dont le droit est né du fonctionnement de la fiducie devraient disposer d'un droit sur les éléments constitutif du patrimoine fiduciaire. Les créanciers personnels du constituant et du fiduciaire demeureraient exclus et l'affectation serait alors pleinement effective.

Le régime prévu par la loi du 19 février 2007 ne remplit pas entièrement ce cahier des charges car il prévoit plusieurs limites à l'étanchéité du patrimoine fiduciaire. Celui-ci n'est ni opposable aux créanciers antérieurs du constituant²⁵⁸, ni aux créanciers fiduciaires dans le cas d'une insuffisance d'actif²⁵⁹. Il s'agit là d'un tempérament très important à l'étanchéité du patrimoine fiduciaire, qui n'apparaît dans l'esprit du législateur que comme une possibilité contractuelle dont l'opposabilité n'est peut être imposée qu'aux créanciers l'ayant spécifiquement

²⁵⁵ C. civ., art. 2018, 2° : L. n° 2008-776, *op. cit.*, art. 18 (V). À l'origine, la loi n° 2007-211 prévoyait au même article une durée maximale de trente-trois ans. L'allongement opéré aligne la durée de la fiducie nommée sur celle prévue à l'art. 1838 pour les sociétés.

²⁵⁶ V. not. M. BOUTEILLE. « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété ». *Rev. Lamy dr. civ.*, septembre 2010, n° 3950.

²⁵⁷ V. n° 41 et 42, *supra*.

²⁵⁸ C. civ., art. 2025, al. 1 : « 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 ».

²⁵⁹ C. civ., art. 2025, al. 2 : « 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 ».

acceptée²⁶⁰. De plus, les dispositions de la loi impliquent qu'un déroulement normal de l'opération fiduciaire se dénoue par le retour des éléments constituant le patrimoine fiduciaire dans le patrimoine du constituant.

Aussi, il apparaît plus prudent de qualifier le patrimoine fiduciaire de patrimoine affecté plutôt que de patrimoine d'affectation. Cette distinction terminologique vise à souligner le fait que la fiducie n'emporte pas réellement affectation pleine et entière du patrimoine. Le patrimoine fiduciaire souffre en effet d'une relative absence d'autonomie vis-à-vis du patrimoine personnel du fiduciaire et de celui du constituant²⁶¹. Cette insuffisance est d'autant plus patente que l'affectation éventuelle du patrimoine dépend de conditions variables, celles contractuellement prévues dans la mission du fiduciaire.

Le transfert fiduciaire, en plus d'interroger sur l'étendue du gage des créanciers, pose donc la question des droits attachés aux éléments transférés, c'est-à-dire la détermination de ce qu'est la « propriété fiduciaire », ou plutôt la propriété du fiduciaire²⁶² (B).

B. La propriété fiduciaire : une propriété retenue

45. Depuis l'adoption de la fiducie nommée en droit français, la nature juridique du « transfert fiduciaire » demeure incertaine²⁶³. Il convient en effet de

²⁶⁰ C. civ., art. 2025, al. 3 : « 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 ».

²⁶¹ V. not. B. MALLET-BRICOUT. « Le fiduciaire propriétaire ? ». *JCP N*, 2010, 1073, spéc. n° 3 ; Y. EMERICH. « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens ». *RID comp.*, 2009, vol. 1, p. 49 à 71, spéc. p. 61.

²⁶² Tandis que l'expression « patrimoine fiduciaire » apparaît à de nombreuses reprises dans la loi, celle de « propriété fiduciaire » n'a jamais été consacrée par le législateur. La seule tentative en ce sens voulait adjoindre un second alinéa à l'article 2011 spécifiant que « 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 » : art. 16, Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers (JORF n° 0243, 20 octobre 2009, p. 17410, texte n° 1). Mais elle a été censurée par les juges : Cons. const., 14 octobre 2009, n° 2009-589, JO 20 octobre 2009, p. 17412, texte n° 2 ; Rec. Cons. Const., p. 173. S'il n'est pas contestable que le fiduciaire devienne propriétaire dans le cadre de la fiducie, l'existence même d'une « propriété fiduciaire » peut faire débat. L'expression la plus précise pour nommer cette situation serait quoiqu'il en soit celle de la « propriété du fiduciaire ». Toutefois, pour une seule question de convenance stylistique, l'expression « propriété fiduciaire » est souvent préférée, y compris dans ces lignes.

²⁶³ D'ailleurs, avant même la fiducie nommée contemporaine, à l'occasion des travaux portant sur une

s'interroger sur l'existence d'un nouveau type de propriété distinct de celle prévue à l'article 544 du Code civil. Cela constituerait alors une nouvelle forme de propriété : une propriété dite fiduciaire. La question de l'existence réelle d'une telle propriété fiduciaire ne peut se mesurer qu'en analysant et comparant les attributs du propriétaire ordinaire (1) avec ceux du propriétaire fiduciaire (2)

1. Les attributs du propriétaire ordinaire

46. La propriété dite ordinaire est celle que définit classiquement l'article 544 du Code civil comme « 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 règlements²⁶⁴ ». Son importance est cardinale dans l'ordonnement juridique français et à ce titre, elle constitue l'un des droits les mieux protégés. Elle est ainsi l'un des rares droits dits inaliénables et sacrés²⁶⁵ auxquels les hautes juridictions reconnaissent expressément une valeur constitutionnelle²⁶⁶. Elle est également consacrée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁶⁷ et est, de surcroît, protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de

fiducie dans les années mille neuf cent quatre-vingt-dix, la doctrine soulevait déjà cette question. Ainsi, la simple formule « selon laquelle la fiducie serait un contrat translatif de propriété est à manier avec prudence puisqu'elle n'opère aucun transfert de richesse. (...) En termes économiques, on dirait que la fiducie relève des conventions de services, et non d'échanges » : GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, spéc. n° 13.

²⁶⁴ C. civ., art. 544 : Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804.

²⁶⁵ « 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 » : art. 2, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

²⁶⁶ V. not. Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Rec. Cons. const., p. 18 ; D. 1983, p. 169, n. Hamon « 13. Considérant que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : 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 ; que l'article 17 de la même Déclaration proclame également : 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 » ; Cass. civ. 1ère, 4 janvier 1995, n° 93-18.769, Bull. civ. I n° 4 : D. 1995, somm. p. 328, obs. M. Grimaldi ; JCP G 1996, I, 3921, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 1996, p. 932, obs. F. Zénati.

²⁶⁷ « Droit de propriété : Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général » : article 17, al. 1, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO C 326 du 26.10.2012, p. 391-407).

l'homme et des libertés fondamentales²⁶⁸. Au regard de toutes ces précautions, la propriété ordinaire apparaît donc comme un droit quasi-absolu²⁶⁹. D'ailleurs, elle consiste justement à pouvoir jouir et disposer d'un bien sans aucune restriction. Cet absolutisme s'articule sans surprise autour des trois démembrements classiques : l'*usus*, soit la faculté d'utiliser et de jouir sans transformer ; le *fructus*, soit la faculté de disposer des fruits ; et l'*abusus*, soit la faculté de transformer, d'aliéner ou de détruire.

47. En conséquence, le caractère absolu de la propriété ordinaire s'exprime dans le temps, l'espace et en rapport aux autres sujets de droit. Ainsi, le droit de propriété n'a-t-il pas vocation à avoir de fin. Il a, au contraire, vocation à se prolonger dans le temps sans limite quelle qu'elle soit, si ce n'est la disparition ou la destruction de l'élément sur lequel il porte. De même, le droit de propriété a-t-il vocation à être reconnu sans restriction géographique. Le droit de propriété est reconnu universellement et opposable sur le territoire national, mais également au-delà²⁷⁰. Enfin, la propriété est en principe exclusive, en ce sens que le titulaire évince toute autre personne du bien qui en fait l'objet. À ce titre, la propriété est une sorte de monopole individuel²⁷¹.

²⁶⁸ « Protection de la propriété : 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 » : art. 1, Protocole n°1, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Paris, 20.III.1952).

²⁶⁹ La propriété ordinaire n'est limitée que par les lois et règlements, ainsi que par l'abus de droit : Cass. req. 3 août 1915, n° 00-02378, Clément-Bayard.

²⁷⁰ À ce titre, le droit international ne limite pas l'existence de droits subjectifs, tel le droit de propriété, à la planète terre. Contrairement à ce qui est parfois écrit, ce n'est pas ce que prévoit le principe de non-appropriation dans l'espace extra-atmosphérique de l'article 2 du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes (Ann. de la résolution 2222-XXI de l'Assemblée générale des Nations Unies) – adopté le 19 décembre 1966, ouvert à la signature le 27 janvier 1967, entré en vigueur le 10 octobre 1967). Ce principe prévoit uniquement d'interdire l'extension de la souveraineté étatique à l'espace. En conséquence, aucun droit subjectif ne pourra être fondé sur la souveraineté nationale dans l'espace. V. *Traité et principes des Nations Unies relatifs à l'espace extra-atmosphérique : texte des traités et des principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies*. Vienne : Nations Unies, 2002, Bureau des affaires spatiales, 64 p.

²⁷¹ M. GRIMALDI. « La propriété fiduciaire ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 5. Toutefois, la doctrine tend également à relativiser l'importance du caractère absolu de la propriété tant le droit positif comprend de nombreuses limites. V. not. C. LARROUMET. *Les biens droits réels principaux*. 5^e éd. Paris : Economica, 2006, 635 p. (Droit civil), Vol. 2, spéc. n° 211 ; F. TERRÉ, P. SIMLER. *Droit civil : les biens*. 7^e éd. Paris : Dalloz, 2006, VIII-852 p., spéc. n° 140.

L'existence même d'un type de propriété dérogeant à cet absolutisme de la propriété ordinaire n'a rien d'évident. Toutefois, nul ne peut nier que la propriété fiduciaire ne peut être totalement assimilée à la propriété ordinaire (2).

2. Les attributs du propriétaire fiduciaire

48. La propriété fiduciaire se distingue de la propriété telle qu'envisagée traditionnellement au titre de l'article 544 du Code civil en ce qu'elle n'en a « ni le contenu, ni tous les caractères²⁷² ». Alors que la propriété ordinaire procure à la fois richesse et pouvoir à son titulaire, la propriété fiduciaire ne vise aucunement à procurer richesse ou crédit au fiduciaire²⁷³. Au contraire, le fiduciaire ne peut jamais administrer ou disposer à son profit des éléments présents dans le patrimoine fiduciaire. Le seul bénéfice qu'il peut en retirer est son éventuelle²⁷⁴ rémunération. Si les éléments du patrimoine fiduciaire lui sont bien transférés juridiquement, la propriété ne profite qu'au bénéficiaire, qui peut être uniquement le constituant.

Pareillement, la propriété fiduciaire ne confère pas toutes les prérogatives normalement attachées à la propriété ordinaire. Même s'il implique une forme d'exclusivité de gestion, le droit de propriété exercé par le fiduciaire ne se conçoit que dans le cadre prévu par le contrat de fiducie. Le fiduciaire exerce une mission qu'il a acceptée, qui est conférée par un ou plusieurs constituants, et qui doit bénéficier à une ou plusieurs personnes désignées dans ce contrat. Pour cela, il rend compte de ses actes²⁷⁵. Ainsi, l'acte constitutif de la fiducie doit-il mentionner, à peine de nullité, « la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs

²⁷² GRIMALDI. « La propriété fiduciaire », *op. cit.*

²⁷³ Au contraire de la *plena in re potestas* (Lat. sign. « Plein pouvoir sur la chose ») prévue par le Code civil. V. P. DUPICHOT. « Opération fiducie sur le sol français ». *JCP E*, 2007, act. 121 ; GRIMALDI. « La propriété fiduciaire », *op. cit.*

²⁷⁴ Dans le régime actuel de la fiducie nommée, le fiduciaire est obligatoirement un professionnel. Une rémunération est donc attendue pour remplir cette fonction. Elle n'est cependant pas explicitement prévue par les textes, c'est-à-dire qu'elle n'est nullement obligatoire. V. égal. n° 153 s. *infra*.

²⁷⁵ C. civ., art. 2022, al. 1 : « Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant ».

d'administration et de disposition²⁷⁶ ». Il en résulte que la propriété fiduciaire est une vraie « propriété à prérogatives variables²⁷⁷ » et de source contractuelle.

49. Une des implications les plus importantes de cette souplesse contractuelle résulte du caractère temporaire du droit de propriété attribué au fiduciaire²⁷⁸. Si ce dernier est investi de la faculté d'agir comme un propriétaire ordinaire, c'est-à-dire d'exclure tout autre personne²⁷⁹ de sa gestion, il n'a pas vocation à perdurer dans cette position. Ainsi, la loi a-t-elle posé une durée maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans pour l'opération fiduciaire²⁸⁰. À noter que dans le cas d'une fiducie ayant une finalité de sûreté, la défaillance du constituant débiteur entraîne le terme de la fiducie. Selon que le fiduciaire cumule ou non la fonction de bénéficiaire en sa qualité de créancier, la solution diffère. Dans le premier cas, la loi prévoit sobrement qu'à défaut de stipulation contraire dans le contrat de fiducie, il acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie²⁸¹. La propriété fiduciaire se transforme alors instantanément en propriété ordinaire. Dans le second cas, le bénéficiaire devient propriétaire ordinaire au moment de la remise du patrimoine fiduciaire ou du prix de la vente si une cession était prévue²⁸².

50. Aussi, la nature de la propriété fiduciaire demeure incertaine. Faut-il y voir une nouvelle forme de propriété ? S'agit-il déjà de la propriété du fiduciaire exercée selon des modalités agréées par le constituant ou est-ce seulement la propriété du constituant qui est exercée au travers du fiduciaire ? Il existe des arguments allant dans le sens de chacune de ces hypothèses.

²⁷⁶ C. civ., art. 2018, 6°. V. égal. n° 98 s., *infra*.

²⁷⁷ GRIMALDI. « La propriété fiduciaire », *op. cit.*

²⁷⁸ Même si ce point est contesté par un auteur qui argumente que la propriété fiduciaire ne disparaît pas à la fin de la fiducie « mais se transmet au fiduciaire ». V. P. CROCQ. « Propriété fiduciaire, propriété unitaire ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 9

²⁷⁹ Y compris le constituant.

²⁸⁰ C. civ., art. 2018. Si l'existence d'une durée maximale est une condition *sine qua non* imposée par le régime juridique de la fiducie nommée en droit français, cela n'est nullement le cas pour l'opération fiduciaire en tant que telle. Cela est douteux pour les fiducies civilistes, mais parfaitement envisageable au travers du *trust*. V. les cas dans lesquels un *trust* peut ne pas avoir de durée limitée, n. 790, *infra*.

²⁸¹ C. civ., art. 2378-3, al. 1 en matière mobilière et art. 2488-3, al. 1 en matière immobilière.

²⁸² *Loc. cit.*, al. 2 en matière mobilière et *loc. cit.*, al. 2 en matière immobilière.

Pour la première, celle d'une propriété nouvelle conférée au fiduciaire, il convient de rappeler que la fiducie est bien une opération translatrice de propriété. Il n'existe pas en droit français une propriété juridique et une propriété économique²⁸³. Et la fiducie n'entraîne pas la constitution d'un simple mandat²⁸⁴. Juridiquement, c'est bien le fiduciaire qui est le propriétaire des éléments placés dans le patrimoine fiduciaire. À partir de ce moment-là, le constituant ne peut plus se prévaloir de ses pouvoirs sur les biens, y compris ceux qu'il n'aurait pas conférés au fiduciaire. Ceux-ci sont comme perdus²⁸⁵.

Pour la seconde hypothèse, celle de la propriété du constituant s'exerçant au travers du fiduciaire, il peut être avancé que c'est le constituant qui est juridiquement à l'origine de l'opération. C'est lui qui a la main puisqu'il détermine l'assiette de la propriété fiduciaire ainsi que les droits et pouvoirs qui y seront rattachés. C'est le constituant qui détermine l'étendue de cette propriété à prérogatives variables. De plus, c'est à son profit que l'opération de fiducie est montée et il en sera, au moins partiellement, un bénéficiaire. Enfin, sur le plan fiscal, il demeure traité comme le seul propriétaire dans de nombreux cas où il sera seul redevable de l'impôt²⁸⁶. Aussi, pourquoi ne pas considérer que malgré le transfert, le constituant demeurerait le propriétaire des éléments formant le patrimoine fiduciaire ? La contrepartie du transfert serait seulement l'existence d'un droit réel temporaire au profit du fiduciaire, tant que durerait la fiducie. Le ou les bénéficiaires de la fiducie disposeraient quant à eux d'un droit *in fine* sur la valeur du patrimoine fiduciaire.

²⁸³ Même si certains auteurs estiment que c'est l'esprit de l'opération fiduciaire et qu'un législateur plus ambitieux aurait consacré cette solution avec la fiducie nommée. V. par ex. GRIMALDI. « La propriété fiduciaire », *op. cit.*, spéc. p. 8. C'était en tout cas l'analyse du promoteur de la loi selon qui « le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens » : P. MARINI. *Proposition de loi visant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises*. Paris : Sénat, 27 mai 2009, n° 442, p. 83.

²⁸⁴ V. not. n° 289 s., *infra*.

²⁸⁵ Ce serait la « déperdition du reliquat » : GRIMALDI. « La propriété fiduciaire », *op. cit.* L'auteur rappelle le risque d'entrave à la bonne exploitation et à la libre circulation des biens. Ainsi, une interdiction d'aliéner faite au fiduciaire créerait une mainmorte. Il faut toutefois relativiser ce risque. La mainmorte, qui correspond à une incapacité de transmettre par succession ou à un ensemble de biens inaliénables, vise une situation qui perdure dans le temps. Au contraire, le régime de la fiducie nommée limite dans le temps les effets du transfert fiduciaire. De surcroît, les éléments composant le patrimoine fiduciaire ont vocation à retourner vers le patrimoine du constituant et celui-ci fait bien l'objet d'une titularité de la part d'une personne.

²⁸⁶ V. n° 207 s., *infra*.

51. Compte tenu de sa visée économique, de sa souplesse et de la multiplicité des situations qu'elle peut rencontrer, il apparaît illusoire ou artificiel de rechercher une qualification uniforme respectant les canons du droit civil français. Il appartient au législateur, ou à défaut au juge, de lever les interrogations résiduelles²⁸⁷. En tout état de cause, de par sa nature même, la fiducie nommée demeure attrayante pour l'entrepreneur. Elle implique l'établissement d'un aléa²⁸⁸ et emporte la création d'un patrimoine affecté et d'une propriété à géométrie variable. Celle-ci organise une sorte de rétention de propriété, c'est-à-dire un moyen nouveau de garder le contrôle malgré un dessaisissement. Plutôt qu'une toute nouvelle forme de propriété, la propriété fiduciaire est donc avant tout la propriété ordinaire organisée pour être dans la main d'une autre personne²⁸⁹. C'est cette particularité qui constitue tout le sel de l'opération de fiducie.

La propriété fiduciaire, qui semble destinée à demeurer une particularité du droit français de la propriété, se caractérise également par l'universalité de son assiette (§2).

§2. L'universalité de l'assiette du transfert fiduciaire

52. L'assiette d'un mécanisme juridique se comprend comme l'étendue des éléments sur lesquelles celui-ci est susceptible de s'appliquer. C'est un point pratique crucial qui permet de juger de l'intérêt d'un dispositif. En ce qui concerne le transfert fiduciaire, il s'agit de l'ensemble des éléments pouvant faire l'objet d'une fiducie nommée. Alors que le droit français se caractérise par une propension à

²⁸⁷ C'est par exemple le cas de l'opposabilité des actes effectués par le fiduciaire en vertu de sa qualité de fiduciaire. Afin d'assurer l'information des tiers, le fiduciaire a l'obligation de mentionner expressément qu'il agit pour le compte d'une fiducie (C. civ., art. 2021, al. 1 : « Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention ». Par ailleurs, le nom du fiduciaire ès-qualités doit également apparaître en cas de mutation soumise à publicité : art. 2021, al. 2). Mais qu'en est-il lorsque le constituant n'a pas conféré l'ensemble des pouvoirs d'administration et de disposition au fiduciaire ? Le législateur, qui s'est également emparé de la question, a heureusement prévu un article 2023 en vertu duquel « le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire ». Les tiers sont donc protégés, à moins que la preuve soit rapportée qu'ils avaient connaissance de la limitation des pouvoirs du fiduciaire.

²⁸⁸ Il peut s'agir de la réalisation ou non de la mission confiée au fiduciaire ou encore du remboursement de la créance garantie.

²⁸⁹ Même dans le cas prévu par l'article 2018-1 en vertu duquel « 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 ».

développer une multitude de mécanismes spécifiques à un objet ou un type d'objet²⁹⁰, la fiducie nommée prend quant à elle un contrepied total en proposant une universalité quasi-absolue de l'assiette.

Pour l'essentiel, le législateur envisage les éléments pouvant faire l'objet d'une opération fiduciaire au travers du transfert initial, c'est-à-dire de la part du constituant. Le patrimoine fiduciaire, et l'opération de fiducie toute entière, peuvent cependant tout à fait porter sur des éléments qui n'auront pas été transmis à l'origine par le constituant, mais qui auront été acquis par le fiduciaire dans le cadre de sa mission. À ce titre, il n'existe aucune raison de discriminer l'assiette de la fiducie selon que les éléments font l'objet du transfert initial ou d'un transfert subséquent. Cette similitude de traitement se déduit de la formulation extensive du législateur (A), qui n'a pour autant pas levé quelques incertitudes résiduelles (B).

A. La formulation extensive du législateur

53. Les éléments²⁹¹ susceptibles de faire l'objet d'une opération de fiducie sont envisagés de la manière la plus extensive possible. La loi dispose en effet que la fiducie nommée peut porter tout à la fois sur « des biens, des droits ou des sûretés ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés²⁹² ». Cette formulation appelle deux observations. La première porte sur le caractère singulier de la lettre de la loi (1), tandis que la seconde vise son caractère universaliste (2).

1. Une formulation inhabituelle

54. La première observation relève l'étrangeté de la formule reprise dans la loi. Si la distinction entre « biens » et « droits » est classique, son fondement n'est pas sans susciter des interprétations diverses²⁹³. Cela s'explique en partie par l'absence

²⁹⁰ Cela est particulièrement patent en droit des sûretés : c'est le principe de spécialité.

²⁹¹ Afin de désigner l'assiette de la fiducie lors des développements ci-dessous, le terme « élément » sera parfois privilégié à la lettre de la loi, à savoir « des biens, des droits ou des sûretés ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés ».

²⁹² C. civ., art. 2011.

²⁹³ Sur la difficulté de parvenir à une définition satisfaisante de la notion de « bien », v. S. SCHILLER. *Droit des biens*. 6^e éd. Paris : Dalloz, 2013, VI-353 p., spéc. n° 12 à 16.

de définition officielle pour chacune de deux notions. À ce titre, l'apport de la doctrine est donc fondamental.

Traditionnellement, cette dernière s'accorde pour distinguer la notion de « bien » selon qu'elle est au singulier ou au pluriel. Ainsi, peut être qualifié de bien, « toute chose matérielle susceptible d'appropriation²⁹⁴ ». En ce sens, le bien s'oppose au « droit » subjectif qui est une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée (...) qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui²⁹⁵ ».

Les « biens », en revanche, sont généralement compris comme les éléments, mobiliers ou immobiliers, constitutifs du patrimoine d'une personne physique ou morale. Il s'agit tant des biens corporels (les choses) compris dans ledit patrimoine, que des biens incorporels, c'est-à-dire tous les droits dont est titulaire une personne²⁹⁶. D'ailleurs, à l'exception du droit de propriété, il est habituellement reconnu en droit français que les droits incorporels²⁹⁷ constituent des biens²⁹⁸. Aussi sur ce point, la formulation du législateur peut se justifier. Elle permet de faire apparaître clairement que tous les biens (qu'on les associe ou non au droit de propriété dont il font l'objet) ainsi que tous les droit patrimoniaux (y compris le droit de propriété, donc) peuvent faire l'objet d'une opération de fiducie. Elle a donc le mérite de l'exhaustivité.

²⁹⁴ V° Bien, 1 : CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.* L'accord n'est pourtant pas unanime. Un auteur retient par exemple qu'un bien est une « chose appropriée et saisissable » : P. BERLIOZ. *La notion de bien*. Paris : LGDJ, 2007, X-596 p. (Bibliothèque de droit privé, 489).

²⁹⁵ V° Droit, 4 : CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

²⁹⁶ V° Bien, 2 : *ibid.* Adde C. CARON, H. LÉCUYER. *Le droit des biens*. Paris : Dalloz, 2002, 138 p., spéc. p. 10. Les auteurs contemporains conjuguent généralement le critère de l'utilité du bien avec celui de son appropriation, c'est-à-dire qu'un bien est une chose « dont l'utilité justifie l'appropriation » : F. ZENATI, T. REVET. *Les biens*. 3^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2008, 759 p. (Droit fondamental. Classiques), spéc. n° 2, p. 19. En conséquence, tant les choses que les droits qui portent sur ces choses peuvent être qualifiés de « biens ». Les notions de « biens » et de « droits » sont ici regroupées et la catégorie des biens est constituée à la fois de choses et des droits qui leurs correspondent. C'est d'ailleurs ce que l'article 520 de l'avant-projet de réforme du droit des biens proposait de clarifier : « Sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels (...) », v. H. PÉRINET-MARQUET (dir.). *Avant-projet de réforme du droit des biens*. Paris : Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 15 mai 2009, 30 p.

²⁹⁷ Par ex. le droit d'auteur. V. CPI, art. L111-3, al. 1 : « La propriété incorporelle définie par l'article L111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

²⁹⁸ V. C. civ. art. 526 et 529 : WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 20.

55. Toutefois, la formulation de l'article 2011 peut sembler à tout le moins maladroite, sinon injustifiée, lorsqu'est précisé que la catégorie des « sûretés » s'ajoute à celle des « droits » et « biens ». Assurément, les sûretés ont toujours été analysées comme des droits²⁹⁹. Elles appartiennent donc incontestablement au moins à la catégorie des « droits » pouvant faire l'objet d'une fiducie nommée. Comment alors expliquer cette redondance ? Certains déploreront une nouvelle fois un déclin de la qualité rédactionnelle de la loi. Elle s'explique surtout par des préoccupations d'ordre politique. Au prix d'une maladresse certaine, la Commission des lois du Sénat a ainsi souhaité « rassurer les milieux économiques (...) qui ont fortement insisté pour une telle utilisation de la fiducie³⁰⁰ ». Ces intentions sont bien évidemment louables. Mais cet ajout s'avère regrettable pour deux raisons. La première est qu'il est difficile de voir en quoi il serait de nature à tranquilliser les milieux économiques. Ceux-ci préféreront sans aucun doute une disposition simple plutôt qu'une qui est mal écrite et potentiellement porteuse d'insécurité. En ce sens, le classicisme demeure la meilleure assurance juridique. La seconde raison réside dans le fait qu'une partie de ces fameux milieux d'affaires n'avaient pas plaidé pour un ajout formel de la possibilité de transférer des sûretés dans un patrimoine fiduciaire³⁰¹. L'objet de leur insistance était seulement la consécration de la fiducie-sûreté.

Cette manière de rédiger la loi, aussi regrettable soit-elle, est forte d'enseignement à propos de la légistique « à la française ». Elle traduit également une vision universaliste du législateur (2).

2. Une formulation visant l'universalité

56. La seconde observation vise à la notion d'« ensemble » visée par l'article 2011. Après avoir précisé que la fiducie concerne des « biens, des droits ou des sûretés », la loi indique que cela peut également concerner « un ensemble de biens, de droits ou de sûretés ». Là encore, la précision apparaît superflue, mais elle ne fait que trahir l'universalisme de l'assiette de la fiducie nommée.

²⁹⁹ Des droits réels accessoires.

³⁰⁰ DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.* p. 45.

³⁰¹ V. WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.* n° 20.

En creux, il apparaît que l'intention du législateur était bien d'ouvrir l'opération de fiducie à tous les éléments possibles et imaginables ; la seule véritable condition requise semble être que ceux-ci aient une valeur appréciable en argent. Ainsi, ces biens peuvent être tout à la fois être des meubles ou des immeubles. Les droits peuvent être personnels ou réels, corporels ou incorporels. Le rapporteur de la proposition de loi au Sénat a ainsi estimé que des droits spécifiques tels que les droits à polluer issus du protocole de Kyoto³⁰² avaient vocation à entrer dans l'assiette de la fiducie nommée.

Plus prosaïquement, cette formulation permet surtout d'inclure très clairement des éléments familiers pour l'entrepreneur : parts sociales, actions, marques, brevets ou encore créances. Le fonds de commerce³⁰³, défini comme un ensemble d'éléments corporels et incorporels constituant ensemble une universalité juridique³⁰⁴, n'échappe pas non plus à l'assiette de la fiducie nommée. Hors le cas spécifique du fonds de commerce, le terme d'« ensemble » devait également permettre de faciliter la détermination de l'assiette de la fiducie. Dans l'esprit du législateur, il s'agissait aussi de ne pas contraindre les cocontractants à caractériser

³⁰² Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), *Kyoto, 11 décembre 1997 (entrée en vigueur le 16 février 2005)*. L'objectif de ce texte était de parvenir à la réduction des émissions de certains gaz à effet de serre durant une période d'engagement allant de 2008 à 2012. En décembre 2012, une seconde période a été négociée lors du sommet de Doha. Celle-ci s'étend du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2020. En réalité, les fameux « droits à polluer » ne sont pas directement issus dudit protocole. Le système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE) n'est que l'une des modalités techniques retenues par les pays membres de l'Union Européenne dans le but de respecter les engagements de réduction des gaz à effet de serre qu'ils ont pris au titre du protocole.

³⁰³ Cette inclusion est d'ailleurs confirmée indirectement par l'article 2018-1 qui a été inséré postérieurement au Code par la L. n° 2008-776, *op. cit.* Cet article prévoit explicitement l'éventualité d'un « fonds de commerce (...) transféré dans le patrimoine fiduciaire » : *ibid.* art. 18 (V).

³⁰⁴ Issue de la pratique notariale et plus particulièrement de la parution d'un formulaire notarial en 1807, la notion de fonds de commerce n'a cessé de se préciser depuis le calcul séparé de la valeur de la clientèle dans le Paris des années 1770. Reprise par un petit nombre d'auteurs au XIX^{ème} siècle tel Désiré Dalloz, puis par la jurisprudence (à partir de 1820 essentiellement), la notion de fonds de commerce ne sera véritablement précisée que par la Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. Celle-ci reconnaît un droit de propriété au commerçant sur les éléments de son fonds, tandis que le droit au bail ne sera protégé que par la loi du 30 juin 1926, dite loi sur la « propriété commerciale » : v. C. JALLAMION. « L'apport des notaires dans l'émergence et la formulation des contrats innomés ». *Rép. Defrénois*, 30 octobre 2013, n° 20, p. 1032 ; J.-L. HALPÉRIN. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris : PUF, 2001, 384 p., spéc. n° 183, p. 265 ; J. HILAIRE. *Le droit, les affaires et l'histoire*. Paris : Economica, 1995, X-369 p., spéc. p. 133 s. Désormais, le fonds de commerce est usuellement défini comme un « ensemble des éléments corporels (matériel, outillage, marchandises) et incorporels (droit au bail, nom enseigne, brevet et marques, clientèle et achalandage) qui, appartenant à un commerçant ou un industriel et réuni pour lui permettre de d'exercer son activité, constitue une universalité juridique et un meuble incorporel soumis à des règles particulières » : CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.* V° Fonds de commerce.

nommément et individuellement tous les éléments transférés. La désignation de l'« ensemble » auquel ces éléments appartiendraient devant alors suffire³⁰⁵, sans qu'une valorisation de chaque élément soit requise.

Cette dernière possibilité s'avère particulièrement intéressante. Elle fait écho à la philosophie libérale de la fiducie³⁰⁶. Néanmoins, sa réalisation factuelle n'est nullement assurée. Au regard du nombre des dispositions applicables à l'opération fiduciaire qui apparaissent ultérieurement dans le Code civil³⁰⁷, voire dans des textes complémentaires³⁰⁸, il semble périlleux de ne pas distinguer précisément les éléments faisant l'objet du transfert fiduciaire³⁰⁹.

Cela est d'autant plus patent que des incertitudes demeurent quant à l'assiette de l'opération de fiducie (B).

B. Des incertitudes résiduelles

57. La loi dispose que tous les biens ou droits « présents³¹⁰ » peuvent faire l'objet d'une fiducie nommée. Cela aurait pu aller sans dire. Néanmoins, des incertitudes demeurent quant aux éléments présentant des caractéristiques particulières. Il s'agit des éléments futurs (1) et des éléments conditionnels (2).

³⁰⁵ V. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.* p. 45.

³⁰⁶ V. n° 85 s., *infra*.

³⁰⁷ En particulier l'article 2018. V. égal. n° 136 s., *infra*.

³⁰⁸ Pour l'essentiel, ce sont des dispositions fiscales et comptables.

³⁰⁹ L'étendue de la nullité encourue en cas d'incertitude sur les éléments transférés n'est pas précisée par les textes. La solution la plus probable est que les seuls éléments douteux soient exclus du transfert fiduciaire, sans incidence sur la validité de l'opération toute entière. Cette solution est d'ailleurs défendue par d'autres auteurs. V. not. WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.* n° 66 : « Tout doute sur la composition du patrimoine fiduciaire devrait conduire à l'exclusion de l'élément incertain du transfert, et non à la nullité du contrat ».

³¹⁰ La notion de « bien présent » est classique. En l'occurrence, il s'agit des biens dont le constituant est propriétaire au jour de la conclusion de la fiducie nommée. Elle s'oppose traditionnellement à celle de « biens à venir » qui correspond aux biens qu'une personne est susceptible d'acquérir postérieurement ou de laisser à son décès. Cette dernière s'utilise généralement pour illustrer le cadre temporel continu dont bénéficie le droit de gage général reconnu à tout créancier par l'article 2284 du Code civil : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

1. Les éléments futurs

58. Le législateur a spécifiquement prévu que les biens ou droits « futurs » sont susceptibles d'être transférés dans un patrimoine fiduciaire³¹¹. Depuis son origine, le Code civil admet parfaitement la possibilité de faire porter des conventions sur des choses futures³¹². Cela est d'ailleurs extrêmement fréquent, notamment en matière de ventes commerciales³¹³. Cette caractéristique de la fiducie nommée pourrait donc paraître classique et toute disposition spéciale serait alors, sinon inutile, à tout le moins redondante avec le droit commun.

59. Dans certains domaines pourtant, ce principe peut être renversé. C'est ainsi le cas en matière de successions et de libéralités. Les donations de biens à venir³¹⁴ et les pactes sur succession future³¹⁵ (qui ne sont rien d'autre que des conventions par lesquelles un futur de cujus ou un héritier présomptif crée ou renonce à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte) font l'objet d'une prohibition d'ordre public. Cette interdiction résulte de dispositions du Code civil telles que l'article 722³¹⁶ ou l'article 1130³¹⁷. Il est donc a priori interdit d'organiser par contrat la transmission à venir des biens et des dettes qui ne composeront la

³¹¹ Il ne semble pas pertinent d'y voir un choix impératif malgré la lettre de la loi voulant que la fiducie nommée soit constituée d'éléments « présents ou futurs ». Une rédaction univoque aurait précisée « présents et/ou futurs ». Mais cette formulation a sans doute été écartée pour une question de simplicité et de style.

³¹² C. civ., art. 1130 issu de la Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ». V. G. J. MARTIN, J.-B. RACINE. « Fasc. 10 : Contrats et obligations. – Objet du contrat ». *J.-Cl. civil*, 10 juin 2013, n° 12-14. La doctrine s'accorde d'ailleurs pour estimer que cela concerne tant les biens matériels, que les droits à venir (qu'ils soient conditionnels ou éventuels). V. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE. *Droit civil : les obligations*. Paris : Dalloz, 2009, 1542 p., spéc. n° 272 ; J.-J. TAISNE. « La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle ». Thèse de doctorat. Lille : Université Lille 2 - Droit et Santé, 1977, 613-XXVII p.

³¹³ Au moment où le contrat est conclu, un fabricant ne disposent pas forcément du bien qui fait l'objet de l'accord.

³¹⁴ C. civ., art. 943 : « La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard ».

³¹⁵ V. not. G. RAOUL-CORMEIL, P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX. « Fasc. 20 : Successions – Pacte sur succession future ». *J.-Cl. civil*, 9 mai 2011.

³¹⁶ C. civ., art. 722 : « Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi ».

³¹⁷ C. civ., art. 1130, al. 2 : « On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi ».

succession qu'au jour du décès. Mais les exceptions au principe sont également nombreuses³¹⁸. Le Code civil reconnaît ainsi la donation-partage³¹⁹ ou encore la possibilité d'établir des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage³²⁰. D'ailleurs, le champ des exceptions s'est agrandi depuis que le droit des successions a été réformé en 2006, avec l'instauration de la donation-partage transgénérationnelle³²¹ ou encore la renonciation anticipée à l'action en réduction³²².

Aussi, il est assez douteux que le droit commun ait été suffisant pour admettre (sans risque de controverse) qu'une fiducie nommée puisse porter sur des biens futurs. D'autant plus, que le droit de la fiducie est par nature un droit spécial, quand bien même les dispositions encadrant la fiducie nommée excluent explicitement les libéralités ainsi que les successions³²³. Il est donc salutaire, au moins du point de vue de la sécurité juridique, que le législateur ait directement envisagé cette possibilité. L'article 2018 du Code civil prévoit ainsi qu'à peine de nullité, les biens ou droits futurs concernés doivent être « déterminables ».

Cet ajout était l'occasion parfaite pour le législateur de préciser ce qui doit permettre de rendre un élément « déterminable ». Malheureusement, la loi est restée muette sur ce point. Par conséquent, la question qui se pose est celle de savoir quel niveau de précision est nécessaire pour répondre à cet impératif. À cette occasion, à défaut de tout autre indice de la part du législateur, un décret relatif au gage³²⁴ a été identifié comme pouvant permettre d'établir des critères précis³²⁵. Une

³¹⁸ À tel point qu'un auteur qualifie la prohibition des pactes sur succession future de « garde-fous plutôt que (de) principe directeur de l'ordre public successoral » : P. CATALA. « Prospective et perspectives en droit successoral ». *JCP N*, 29 juin 2007, n° 26, 1206, spéc. n° 13.

³¹⁹ C. civ., art. 1076 s.

³²⁰ C. civ., art. 1082 s. V. égal. GUINCHARD et DEBARD. *Lexique des termes juridiques, op. cit.* V° Institution contractuelle.

³²¹ Limitée dans un premier temps aux héritiers présomptifs, la donation-partage a ainsi été étendue à des descendants de degrés différents par les articles 1078-4 s. du Code civil : art. 23, Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO n° 145, 24 juin 2006, p. 9513), *NOR JUSX0500024L*.

³²² Le principe de prohibition des pactes sur succession future demeure (art. 1130, al. 2) mais la loi autorise désormais la conclusion de tels pactes sous certaines conditions. En vertu des art. 929 s., l'héritier réservataire présomptif peut ainsi renoncer, du vivant du disposant, à exercer l'action en réduction contre les libéralités excessives qui viendraient porter atteinte à sa réserve héréditaire.

³²³ C. civ., art. 2013. Sauf la possibilité de donner, avec charge pour le gratifié de constituer une fiducie. V. n° 203, *infra*.

³²⁴ Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et

bonne pratique rédactionnelle, éclairée par l'article 2 du décret n° 2006-1804, commanderait alors de préciser tous les éléments permettant d'identifier l'élément futur, soit *a minima* sa nature, son lieu de situation, sa qualité, et sa quantité.

Au contraire de la question relative aux éléments futurs, celle de savoir si les biens conditionnels peuvent faire l'objet d'une opération de fiducie est totalement éludée par la loi (2).

2. Les éléments conditionnels

60. Aucun article du Code civil relatif à la fiducie nommée ne vise les éléments conditionnels. Néanmoins, dans la mesure où l'assiette potentielle de la fiducie nommée est circonscrite aux éléments qui, quoique futurs, n'en sont pas moins déterminables, il convient d'en déduire que les éléments incertains et éventuels en sont exclus³²⁶. Aussi, un élément grevé d'une ou plusieurs conditions non réalisées au jour de la conclusion de l'acte ne pourra être qualifié d'élément futur et ne pourra donc faire l'objet d'un transfert fiduciaire. Dans le cas d'une créance, le fait générateur de celle-ci³²⁷ devra exister au moment du transfert³²⁸.

À cette occasion, il convient de rappeler que la possibilité de transférer des créances en fiducie a pu faire l'objet çà et là de quelques incertitudes. En introduisant un article 2018-2, la LME³²⁹ a explicitement prévu qu'une créance puisse être cédée dans le cadre d'une fiducie et en a prévu les règles d'opposabilité. Il est ainsi surprenant de constater que l'opposabilité de cette cession aux tiers,

relatif à la publicité du gage sans dépossession (JO n° 303 31 décembre 2006, p. 20368), *NOR JUSC0620985D*.

³²⁵ P. BOUTEILLER. « Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie ». *JCP E*, 2007, 1404, n° 13.

³²⁶ En ce sens, le rapport sénatorial de M. De Richemont sur la proposition de loi instituant la fiducie envisage explicitement la prise en compte des droits futurs, dans la seule mesure où ceux ne sont pas seulement éventuels. V. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.* p. 45.

³²⁷ En cas de litige par exemple, il conviendrait d'attendre au moins une décision (de première instance ou d'arbitrage) favorable.

³²⁸ À ce titre, la fiducie nommée se distingue de la cession Dailly. V. sur ce point : V. LASBORDES-DE VIRVILLE. « La cession de créance à titre de garantie ». *RD bancaire et financier*, janvier 2009, n° 1, dossier 3 ; B. GOUTHIERE, C. LOPATER, A.-L. BLANDIN. *La fiducie : mode d'emploi (régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux)*. Levallois-Perret : F. Lefebvre, 2009, 405 p. (Dossiers pratiques Francis Lefebvre, ISSN 1159-8700), spéc. n° 170.

³²⁹ Art. 18, L. n° 2008-776, *op. cit.*

résulte de la signature du contrat de fiducie, et non de son enregistrement³³⁰. En effet, le Code civil édicte expressément que la date d'opposabilité aux tiers de la cession de créances, réalisée dans le cadre de la fiducie, est la date du contrat ou de l'avenant qui la constate. Traditionnellement pourtant, l'opposabilité au débiteur de la créance cédée résulte de la notification qui lui en est faite par le cédant³³¹.

61. Enfin, une dernière incertitude plane sur la possibilité de transférer en fiducie des éléments d'actif et de passif. Plus exactement, c'est la possibilité pour un constituant de transférer des dettes dans un patrimoine fiduciaire qui pose question. Il n'est en effet pas contestable qu'une fois constitué, le patrimoine fiduciaire puisse générer des dettes pendant tout le déroulement de la fiducie. La loi prévoit ainsi que viendront répondre de ces dettes, les actifs affectés au patrimoine concerné³³². Pour ce qui concerne le transfert de passif en revanche, plusieurs opinions s'opposent et différents cas peuvent être distingués.

Certains auteurs considèrent que le transfert de dettes, quelles qu'en soient les conditions, n'est pas autorisé par la loi n° 2007-211³³³. Cette position s'explique par une lecture littérale de la loi civile s'appuyant sur le fait qu'aucun des articles 2011 à 2030 du Code civil n'envisagent ce type de transfert. Au contraire, une lecture téléologique de la loi civile rejette cette interdiction absolue. D'ailleurs, les dispositions comptables adoptés par le législateur prévoient parfaitement la

³³⁰ Lequel est, faut-il le rappeler, obligatoire à peine de nullité : C. civ., art. 2019.

³³¹ Pour contrer l'effet relatif des contrats, l'article 1690 précise que le cessionnaire d'une créance « n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur » ou « par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». La jurisprudence confirme régulièrement cette position et précise bien qu'à défaut de respect de ces formalités, « la simple connaissance de la cession de créance par le débiteur cédé ne suffit pas à la lui rendre opposable » : Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012, n° 11-15.151, 365, SARL Carrosserie Labat c/ Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles Centre Atlantique, JurisData n° 2012-005074.

³³² V. art. 2025, al. 1 : « (...) le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ».

³³³ « (...) seuls des droits (éléments d'actifs) peuvent être mis en fiducie, du moins dans la conception française actuelle. Le transfert de dettes n'y est pas autorisé » : F. BARRIÈRE. « Fiducie ». *Rép. civ. Dalloz*, janvier 2013, spéc. n° 33. *Adde* M. BOUTEILLE. « La fiducie, un potentiel inexploité ? ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 189 *in fine* ; G. BLANLUET, J.-P. LE GALL. « La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 ». *RDF*, 2007, étude 676, n° 4 ; R. LIBCHABER. « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (2e partie) ». *Rép. Defrénois*, 2007, 38639, n° 34 ; R. LIBCHABER. « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie) ». *Rép. Defrénois*, 2007, 38631, n° 8 ; H. DE VAUPLANE. « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier ». *JCP E*, 2007, 2051, n° 15.

possibilité de transférer des passifs³³⁴. Pour ces aspects pratiques, cette approche a été reprise par le CNC³³⁵. Aussi, certains auteurs considèrent que c'est le transfert de passif seul qui demeure impossible³³⁶. Ainsi, le transfert concomitant d'une dette accolée à un actif ne ferait pas l'objet de controverse. Tant que la dette en question est accessoire à l'actif, un tel transfert serait envisageable alors même que cette possibilité n'est pas explicitement prévue par le législateur. Elle se déduirait simplement de la possibilité de transférer des ensembles. Par ailleurs, cela laisserait entendre qu'un actif d'une valeur négligeable, un euro par exemple, serait suffisant pour rendre l'ensemble du transfert valide. Mais d'autres auteurs vont plus loin en estimant qu'un transfert concomitant d'un actif et d'un passif n'est possible que dans la seule mesure où la valeur de l'actif demeure supérieure à la valeur du passif. Cette dernière solution ne semble toutefois pas pouvoir être retenue au regard de l'intention du législateur³³⁷.

62. Qu'en est-il vraiment ? L'incertitude risque de demeurer tant que la loi civile n'envisagera explicitement que le seul transfert d'actif. À ce titre, les travaux préparatoires traduisent une ambiguïté certaine. L'absence de mention du transfert de dette est-elle une « erreur, un vœu pieux ou l'aveu d'un lapsus³³⁸ » de la part du législateur ? En réalité, la véritable question est celle de savoir si les dispositions actuelles de la fiducie nommée sont suffisantes pour permettre la réalisation d'une

³³⁴ « 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 » : L. n° 2007-211, *op. cit.*, art. 12 (I). Quoiqu'il en soit, les partisans de l'orthodoxie juridique considèrent que la loi civile ne peut se soumettre à la loi comptable. Ce à quoi il peut être répondu que la prise en compte des dispositions comptables ne soumet pas la loi civile à la loi comptable mais éclaire simplement la première quant à son application pratique.

³³⁵ Avis n° 2008-03 du 7 février 2008 relatif au traitement comptable des opérations de fiducie, *Conseil National de la Comptabilité*, spéc. 1.1, b), p. 2 : « (...) le patrimoine d'affectation pourra comprendre des éléments d'actifs et de passifs se traduisant par le transfert d'un actif net positif ou d'un passif net. Le transfert de passifs isolés est exclu ».

³³⁶ Ce qui est d'ailleurs l'avis du CNC : « Le transfert de passifs isolés est exclu », *ibid.*

³³⁷ V. l'analyse faite lors des travaux préparatoires : « En l'état de sa rédaction, le présent article 2011 du Code civil permet d'autoriser un transfert de dettes. Rien n'interdit en effet que le patrimoine fiduciaire soit composé d'un passif supérieur à son actif ; pour autant, le transfert de dettes ne pourra prendre uniquement la forme d'un transfert d'éléments du passif » : X. DE ROUX. *Rapport sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie*. Paris : Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 1 février 2007, n° 3655, spéc. p. 33. V. égal. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, p. 21 et 45.

³³⁸ LIBCHABER. « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie) », *op. cit.*, n° 8.

opération de défaisance³³⁹. C'est cette finalité envisageable de la fiducie nommée qui cristallise les opinions sur ce point. Car il s'agit bien d'opinions qui s'opposent en la matière entre promoteurs et détracteurs de la fiducie au service des milieux d'affaires. En l'absence de précédent notoire, force est de constater que la réalisation d'une défaisance au moyen de la fiducie nommée demeure plus qu'incertaine. Elle sera tout au mieux suspendue à des décisions jurisprudentielles. Pourtant, au regard de la philosophie de l'opération de fiducie, rien ne devrait s'opposer à une telle utilisation.

Ainsi posé, le transfert fiduciaire expose-t-il toute sa singularité vis à vis du droit français. Dans une perspective entrepreneuriale, la fiducie nommée ne présente véritablement d'intérêt que dans la mesure où cette singularité se traduira de manière fonctionnelle, c'est-à-dire en remettant en cause certaines difficultés, constitutives d'un certain statu quo juridique (Section 2).

Section 2. La remise en cause d'un statu quo

63. Projet mûri depuis des décennies mais adopté à la faveur d'une opportunité circonstancielle, cheval de bataille de la compétition juridique internationale entre États mais mécanisme à portée purement nationale, opération emprunte de liberté mais redoutée par les pouvoirs publics, la fiducie nommée cumule les paradoxes. La faute, sans doute, à une visée initiale très ambitieuse (§1). Toutefois, malgré ses insuffisances, le travail du législateur présente le mérite d'ouvrir des perspectives entrepreneuriales nouvelles (§2).

§1. Ambition initiale du législateur

64. Parfois accusé d'être hors-sol et de ne pas élaborer la norme de manière suffisamment pragmatique, le législateur a pu sembler tordre le cou à cette critique en adoptant la fiducie. Ainsi, la visée économique qui transparait clairement dans les motifs de la loi, ne pouvait qu'enthousiasmer les milieux économiques et entrepreneuriaux. En réalité, la fiducie nommée est avant tout une création

³³⁹ V. n. 370, *infra*.

d'opportunité³⁴⁰. Elle n'a été adoptée qu'à la faveur d'un hasard du calendrier parlementaire et à « l'initiative et (...) l'ardeur³⁴¹ » de Monsieur le Sénateur Philippe Marini. Cette naissance douloureuse, dont la gestation remonte à la fin des années quatre-vingt³⁴², a fait germer dans l'esprit de certains, l'idée d'une effraction de la fiducie plutôt que d'une introduction. C'est ce caractère laborieux qui expliquerait l'obsession constante du législateur d'en maîtriser les excès supposés.

À ce titre, l'étude des dispositions relatives à la fiducie nommée révèle que les motivations principalement économiques du législateur (A) s'accommodent mal des certains choix de ce dernier (B).

A. Une visée économique

65. La vision économique du législateur, qui préside à l'introduction de la fiducie nommée, s'inscrit dans un mouvement profond tendant à privilégier, en matière juridique mais pas seulement, les aspects économiques sur toute autre considération (1). Cette analyse économique du droit, si elle présente certains avantages notamment pour les acteurs économiques, n'est pas sans connaître certaines limites (2).

1. La prééminence de l'analyse économique du droit

66. La France, comme toutes sociétés occidentales contemporaines, est une société ouverte et, de fait, mondialisée³⁴³. Les différents acteurs nationaux et internationaux, se retrouvent en compétition constante les uns avec les autres, et sont toujours susceptibles d'affronter de nouveaux concurrents. Aussi, la question de performance est-elle devenue centrale. Les personnes privées d'une manière

³⁴⁰ Pour une présentation détaillée du contexte de l'adoption de la loi, v. not. WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 9.

³⁴¹ R. BADINTER, Compte-rendu des débats au Sénat du 17 oct. 2006, *op. cit.*, p. 6702.

³⁴² V. n° 11, *supra*.

³⁴³ Il convient ici de comprendre le phénomène décrit sous le terme de « mondialisation » comme similaire à celui dépeint par le terme « globalisation ». Sur la distinction de ces deux expressions, v. not. J. MORAND-DEVILLER ; J.-C. BONICHOT (dir.). *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*. Paris : IRJS Éditions, 2010, 417 p. (Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 22) ; G.-F. DUMONT. « Globalisation, internationalisation, mondialisation : des concepts à clarifier ». *Géostratégiques*, février 2001, n° 2, p. 5 à 22

générale, les entrepreneurs et les entreprises en particulier, sont de plus en plus sensibles à l'optimisation de leur performance, notamment dans des domaines qui ne constituent pas leur cœur de métier.

Cette compétition acharnée ne concerne pas les seuls acteurs privés. Avec la multiplication des échanges, les États eux-mêmes se trouvent en position de concurrence. Chacun souhaite attirer dans sa sphère d'influence, les opérateurs et les opérations, susceptibles d'être les plus bénéfiques, notamment sur le plan fiscal. Il s'agit tout simplement de concurrence normative³⁴⁴. Les différents regroupements internationaux, qu'il s'agisse d'un ACR³⁴⁵ ou d'une association politique et économique (telle l'Union européenne³⁴⁶), conjugués à la financiarisation croissante de l'économie³⁴⁷, accélèrent ce mouvement. Ils participent à l'avènement d'acteurs susceptibles de quitter un territoire du jour au lendemain, que ce soit définitivement ou bien seulement pour effectuer une opération précise³⁴⁸.

67. Cette intensification de la compétition n'épargne évidemment pas le droit. Pour les entreprises, l'émergence de directions juridiques³⁴⁹ s'est accompagnée de l'élaboration de véritables stratégies juridiques, toujours plus élaborées, parfois

³⁴⁴ Sur ce point, v. not. L. USUNIER. « Concurrence normative en Europe et stratégies juridiques en droit international privé ». In : *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles : Larcier, 2009, p. 433.

³⁴⁵ « Accord commercial régional ». En 2015, il existait près de 450 ACR. Pour un panorama détaillé des accords commerciaux régionaux, se rapporter aux travaux de l'organisation mondiale du commerce : https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm.

³⁴⁶ Dont le marché intérieur assure la liberté de circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services : art. 26, 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 326, 26 octobre 2012, p. 0047 - 0390), (anc. art. 14 TCE).

³⁴⁷ Sur ce point, v. la notion de « financiarisme », en part. : CHAMPAUD. *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, op. cit.*

³⁴⁸ Mais cela n'est pas limité aux multinationales. Cela concerne également les personnes, entrepreneurs et créateurs d'entreprise. Sur ce point, un rapport estimait que le seul fait de mener une politique de visa généreuse envers les innovateurs personnes physiques était susceptible de générer sur 10 ans entre 500 000 et 1 600 000 emplois nouveaux aux États-Unis : D. STANGLER, J. KONCZAL. *Give Me Your Entrepreneurs, Your innovators : Estimating the Employment Impact of a Startup Visa*. Kansas City : Ewing Marion Kauffman Foundation, février 2013, 12 p.

³⁴⁹ Principalement dans les plus grandes entreprises (mais pas seulement). Pour une analyse des pratiques existantes, v. les rapports proposés par le Cabinet Lexqi Conseil en partenariat avec le Cercle Montesquieu, l'Association Française des Juristes d'Entreprise et avec le parrainage de Latham & Watkins et de LexisNexis. Dernière édition en date : *Cartographie des directions juridiques 2014*. Paris : Cabinet Lexqi Conseil, juin 2014, 4ème éd., 36 p.

jusqu'à la frontière de la fraude, comme dans le cas du *forum shopping*³⁵⁰ ou de l'inversion fiscale³⁵¹. Les États, quant à eux, se doivent d'être particulièrement vigilants quant à l'attractivité de l'ensemble normatif qu'ils constituent ou auquel ils appartiennent³⁵². D'autant que dans ce monde qui rétrécit à mesure que les échanges s'accélèrent, les comparaisons internationales se multiplient³⁵³, avec très souvent les pays de culture anglo-saxonne comme centre de gravité³⁵⁴.

Cette pression exercée par l'analyse économique du droit n'épargne aucune sphère de la société, pas même les bancs du Sénat. La meilleure illustration en est

³⁵⁰ « Stratagème pour échapper à l'application d'une loi et consistant, pour les plaideurs, à porter leur litige devant une juridiction étrangère, qui ne sera pas obligée d'appliquer cette loi » : GUINCHARD et DEBARD. *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 414.

³⁵¹ L'inversion est une pratique qui consiste à déplacer le siège social d'une société lors d'une fusion-acquisition. Elle n'est pas condamnable en soit. Cependant, depuis le début des années 2010, nombre de ces opérations ont été menées avec un objectif stratégique principal (voire unique) de minoration de l'impôt. Ainsi, de grands groupes ont organisé leur rachat par des concurrents de moindre taille mais qui présentaient l'avantage d'être domiciliés fiscalement dans des pays plus accueillants. C'est le cas en particulier de l'Irlande qui applique une imposition (*Corporation tax*) de 12,5 % ou 25 % et du Luxembourg dont l'impôt sur les sociétés est de 21 %. Mais ce phénomène touche surtout les pays dont l'imposition sur les sociétés est élevée, comme les États-Unis (*Corporate tax* située entre 15 et 35 %). Ainsi, de nombreuses multinationales américaines ont été délocalisées pour des destinations plus ou moins exotiques : McDermott International au Panama en 1982, Transocean aux Îles Caïman en 1999, Liberty Global au Royaume-Uni en 2013, Burger King au Canada en 2014, Medtronic en Irlande en 2015 ou encore Mylan aux Pays-Bas en 2015. De même, la fusion entre Pfizer et Allergan, la troisième plus grosse fusion-acquisition de l'histoire (160 milliards de dollars env.) vise à déplacer le siège social du nouveau groupe des États-Unis vers l'Irlande.

³⁵² Ainsi, lors du colloque « Paris Place de Droit » du 16 novembre 2005, Thierry Breton, alors Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, indiquait toute « l'importance qu'il accord(ait) à ce que le système juridique soit considéré comme un outil à part entière de la compétitivité économique » : BARRIÈRE. « Fiducie », *op. cit.*, n° 6.

³⁵³ Souvent sous leurs appellations en langue anglaise : *benchmarking* ou *ranking*. V. le classement du Centre de compétitivité mondiale (WCC) sur la compétitivité économique de soixante-et-un pays : *IMD world competitiveness yearbook*. Lausanne : IMD Business School, 2015, n° 2002253215 (DLC). V. égal. la série de rapports annuels « Doing Business » de la Banque mondiale qui essaye de mesurer quantitativement les réglementations nationales afin de déterminer si elles sont favorables ou défavorables à l'exercice d'une activité commerciale. Ces études proposent une analyse sur onze domaines de la vie d'une entreprise : création, octroi de permis de construire, raccordement à l'électricité, transfert de propriété, obtention de prêts, protection des investisseurs minoritaires, paiement des impôts, commerce transfrontalier, exécution des contrats, règlement de l'insolvabilité et régulation du marché du travail. Le dernier rapport en date n'est disponible en intégralité qu'en langue anglaise uniquement : *Doing Business 2015 - au-delà de l'efficience*. Washington : Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, 2014, 12ème éd., 318 p. À noter que la vie des affaires n'a pas l'apanage des classements internationaux. Tous les domaines d'activité sont concernés, y compris la recherche et l'enseignement supérieur. V. la multiplication des classements comparatifs comme le fameux classement académique des universités mondiales présenté annuellement par l'Université Jiao Tong dit « Classement de Shanghai ».

³⁵⁴ V. encore récemment avec les réflexions sur le statut d'avocat en entreprise bénéficiant du *legal privilege* ou sur la grande profession du droit : J.-M. DARROIS (dir.). *Rapport sur les professions du droit*. Paris : Mission confiée par le Président de la République, mars 2009, 169 p. Mais encore l'introduction de la *class action* (soit action de groupe) par la loi Hamon : L. n° 2014-344, *op. cit.*

l'intervention de Robert Badinter qui déclarait sous l'approbation des sénateurs de tous les partis :

« Négliger l'attractivité de (...) la place juridique de Paris est une erreur, même si cette tendance est (...) enracinée dans nos traditions. Il faut avoir le courage de le dire : la mondialisation existe, à nous de la maîtriser, d'en tirer les profits et faisons en sorte, ce qui est essentiel, que les avantages qui en sont tirés soient répartis conformément à la justice sociale. La répartition constitue, selon nous, la clef de voûte³⁵⁵ ».

L'importance donnée à l'économie et au rang de la place financière de Paris dans l'élaboration de la loi explique parfaitement comment la question de l'attractivité juridique se pose en France au travers de celle de l'attractivité économique, voire seulement financière. Mais cette vision du droit, sans compter qu'elle tend à marginaliser une vision entrepreneuriale de l'économie³⁵⁶, n'est pas sans connaître certaines limites (2).

2. Les limites de l'analyse économique du législateur

68. Les juristes français tendent parfois à considérer que l'état naturel des choses est que l'économie serve le droit. S'ils acceptent depuis longtemps que la loi vise des objectifs économiques, l'utilisation de plus en plus fréquente d'outils économiques dans la mise en œuvre usuelle du droit n'est pas sans les inquiéter³⁵⁷. Un auteur résumait cette préoccupation en se demandant si l'économie était dorénavant « serviteur ou maître du droit³⁵⁸ ». Aussi, l'analyse économique du droit est-elle très souvent malmenée par une partie de la doctrine française³⁵⁹. C'est en particulier le cas de la pratique du *benchmarking*³⁶⁰. Or, ces critiques ne sont pas infondées.

³⁵⁵ Compte-rendu des débats au Sénat du 17 oct. 2006, *op. cit.*, p. 6703.

³⁵⁶ V. n° 19 s., *infra*.

³⁵⁷ Comme en droit de la concurrence. V. par ex. : N. PETIT. *Droit européen de la concurrence*. Paris : Montchrestien, 2013, 684 p., spéc. n° 272-273.

³⁵⁸ L. VOGEL. « L'économie, serviteur ou maître du droit ? ». In : *Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq*, Paris : Litec, 2004, p. 605 à 614.

³⁵⁹ V. not. G. RIPERT et al. « L'analyse économique du droit ». *HCLR*, 30 décembre 2010, n° 1.

³⁶⁰ V. les réponses très virulentes des membres de Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française aux premiers rapports *Doing Business* : ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (collectif). *Rapports « Doing business » de la Banque Mondiale - Les*

En effet, l'analyse économique s'attachant à mesurer l'attractivité juridique, tend parfois à réduire le champ d'application du droit au seul prisme international. Il est alors question de *forum shopping* et d'attrait des investisseurs internationaux pour la norme interne. Mais cette préoccupation, aussi justifiée soit-elle, ne doit pas cacher le fait que l'attractivité juridique et économique est également (sinon premièrement) une question interne. Il s'agit avant tout de mettre en place un système motivant les agents économiques présents sur place à créer puis se répartir de la richesse. En effet, tous les acteurs économiques ne disposent pas de la possibilité d'expatrier leurs activités. Cela peut être une question de capacité (financière notamment) mais également un choix. C'est ainsi le cas de l'écrasante majorité des entrepreneurs français. De plus, le droit étant désormais sur le chemin d'une mondialisation croissante, sa pratique connaît de moins en moins de frontières géographiques. Dans ce cas, l'alignement des droits souvent prôné de manière sous-jacente par l'analyse économique du droit peut s'avérer inutile sinon contreproductive. Dans un monde où la règle de droit peut être utilisée quasiment partout, la véritable attractivité ne se cacherait-elle pas plutôt dans la spécificité de la norme ainsi que sa stabilité ?

Aussi éminente et active soit-elle, la doctrine nationale qui s'oppose à une certaine mercantilisation de l'objet du droit n'a pas convaincu le législateur dans le cadre du processus d'élaboration de la fiducie nommée. Celle-ci demeure emprunte de considérations économiques et teintée d'une velléité de protectionnisme juridique, qui se marient difficilement les unes avec les autres (B).

B. Une méthode ambivalente

69. Avant la loi de 2007, le droit français connaissait déjà des mécanismes fiduciaires³⁶¹. De même, sans avoir été réceptionnés, la fiducie et le *trust* étaient déjà connus, que ce soit dans le cadre du droit international privé et du droit

droits de tradition civiliste en question. Paris : Société de Législation Comparée, 2006, 2 vol. V. égal. des analyses plus indulgentes : not. C. BOISMAIN. « Réponses aux critiques de Doing business : le juge français face au juge américain ». *Gaz. Pal.*, 23 juillet 2013, p. 17 ; L. USUNIER. « Le rapport Doing Business 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats ». *RDC*, 1 avril 2012, n° 2, p. 575.

³⁶¹ Pour une étude plus détaillée, v. n° 239 s., *infra*.

fiscal³⁶². Néanmoins, l'intérêt toujours croissant dont le *trust* faisait l'objet dans le monde mais également en France³⁶³, a poussé le législateur à vouloir instaurer une institution équivalente en droit interne. L'idée était évidemment de pouvoir concurrencer les mécanismes étrangers³⁶⁴ et assurer la compétitivité du droit national au travers d'une vision autonomiste. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a ainsi voulu instaurer un *trust* « à la française » (1) sans toutefois véritablement essayer d'harmoniser le droit français avec son environnement concurrentiel (2).

1. La concurrence du *trust*

70. Dès 2005, la fiducie est envisagée comme une réponse française au *trust*, voire comme son concurrent³⁶⁵. L'exposé des motifs de la proposition de loi commence par l'indication selon laquelle « le Code civil ne prévoit ni ne régit d'institution équivalente au *trust* des pays de droit anglo-américain³⁶⁶ ». De la même manière, le rapport de la Commission des Lois constate « la nécessité d'instituer en droit français un mécanisme fiduciaire permettant de faire concurrence au *trust* anglo-saxon (...), cet instrument pourrait en particulier être utilisé par les entreprises afin de leur permettre d'assurer des opérations de financement complexes que le droit actuel n'autorise pas et éviterait qu'elles ne recourent pour ce faire à des droits étrangers³⁶⁷ ».

71. Cet intérêt pour des mécanismes étrangers découle de l'analyse voulant que le droit français ait perdu de son attractivité. Suite à « l'ouverture des frontières (qui) a donné lieu à certaines délocalisations d'opérations économiques³⁶⁸ », la question de l'attractivité du droit interne intéresse particulièrement les pouvoirs publics. Déjà en 2001, le Conseil d'État y consacrait tout un rapport³⁶⁹. Le fait que

³⁶² V. n° 347 s., *infra*.

³⁶³ Y compris pour des opérations ne comportant *a priori* pas d'élément d'extranéité.

³⁶⁴ Sur ce point, v. not. J.-M. TIRARD (dir.), *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*. Genève : Academy & Finance, 2008, 473 p.

³⁶⁵ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.* V. égal. BARRIÈRE. « Fiducie », *op. cit.*, n° 6.

³⁶⁶ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit., ab init.*

³⁶⁷ DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, spéc. p. 7.

³⁶⁸ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*

³⁶⁹ *L'influence internationale du droit français*. Paris : La Documentation Française, 2001, Les études du

des grandes entreprises françaises aient eu recours à des mécanismes étrangers, transférant ainsi des fonds et/ou des activités hors de France, a visiblement marqué profondément l'ensemble de la classe politique nationale. Trois exemples reviennent à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires à la fiducie nommée. Le premier est celui de la société Peugeot qui a mené une opération de défaisance³⁷⁰ grâce à un *trust* de droit américain à la fin des années mille neuf cent quatre-vingt³⁷¹. Le deuxième est celui de la société Alstom qui s'est restructurée au moyen d'un *trust* au début des années deux mille. Le troisième exemple est la mise en place du jeu de tirage Euro Millions par plusieurs entreprises européennes de jeux³⁷² via un *trust* de droit anglais³⁷³. Ces trois exemples sont nommément cités par le rapport de Richemont³⁷⁴.

Il est donc indiscutable que la fiducie nommée est née « dans l'ombre du *trust* anglo-saxon³⁷⁵ ». Pourtant, les travaux préparatoires de la loi avançaient également des motifs visant une plus grande harmonisation du droit français avec

Conseil d'État, 159 p.

³⁷⁰ « La *defeasance* (soit défaisance) est un élargissement du concept de titrisation : l'emprunteur cède simultanément de la dette et un portefeuille d'actifs à une société *ad hoc* indépendante de l'emprunteur (...). Sur le plan comptable, l'opération se traduit par une sortie du bilan des titres et des dettes à une valeur inférieure à leur valeur comptable. La différence entre ces deux valeurs apparaît au compte de résultat. L'entreprise supporte donc en une seule fois le coût de l'opération. Cette technique permet de faire table rase du passé : rendre actuel le coût de la dette, faire apparaître dans le bilan un endettement global correspondant au niveau d'endettement réel de l'entreprise » : P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR. *Finance d'entreprise*. 10^e éd. Paris : Dalloz, 2011, XV-1191 p., p. 524.

³⁷¹ Qualifiée de « chirurgie esthétique des bilans », la défaisance de bilans (*in-substance defeasance*) a été utilisée pour la première fois en 1982 aux États-Unis par Xerox et Exxon. En 1987, Peugeot Société Anonyme a utilisé un *trust* irrévocable afin de sortir de son bilan un emprunt évalué à environ un milliard de francs. V. not. G. HIRIGOYEN. « Ingénierie financière et finance d'entreprise ». *REDEE*, 1992, vol. 1, n^o 1, p. 51, spéc. p. 57-58 ; V. MARKLEW. *Cash, crisis, and corporate governance : the role of national financial systems in industrial restructuring*. Ann Arbor : University of Michigan Press, 1995, 260 p., p. 133. V. note 473, *infra*.

³⁷² Dont (*Shocking !*) La Française Des Jeux.

³⁷³ « Les gagnants d'un territoire d'exploitation du jeu pouvant être partiellement payés avec des fonds provenant d'autres territoires d'exploitation du jeu, il a été convenu entre les opérateurs du jeu mentionnés au sous-article 2.2 que les fonds nécessaires à ces paiements transfrontaliers seront, en attente de paiement aux gagnants que le tirage au sort désignera, déposés par les opérateurs du jeu dans des comptes de fiducie ouverts au Royaume-Uni, en l'attente du transfert des fonds nécessaires vers le ou les opérateurs du jeu ayant des gagnants à payer sur leurs territoires d'exploitation du jeu. Chaque opérateur du jeu devra maintenir en permanence dans son compte de fiducie une somme nécessaire à la garantie de ses engagements relatifs à deux tirages » : art. 8.2.2, Règlement jeu de La Française des jeux dénommé Euro Millions (JO 27 janvier 2004, n^o 22, p. 1909, texte n^o 39), *NOR ECOZ0499003X* (modifié depuis).

³⁷⁴ Les rapprochements des entreprises Tetra/Laval et Schneider/Legrand en 2001 auraient également pu être mentionnés tant ils avaient été commentés par le personnel politique d'alors.

³⁷⁵ B. ODY. « De l'acceptation du *trust* dans l'instauration de la fiducie en France ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 171 à 186, spéc. p. 176.

les systèmes qui l'entourent. Ces éléments n'ont cependant pas véritablement trouvé d'écho dans la discussion (2).

2. Le refus de l'harmonisation

72. Parmi les observations faites lors des travaux préparatoires à la loi, ressort celle de l'émergence d'une « harmonisation des droits européens dans divers domaines, dont celui du *trust*³⁷⁶ ». Il est intéressant de constater que malgré plusieurs observations faisant état d'un début d'uniformisation du mécanisme au niveau européen, le législateur français n'a pas envisagé un seul instant recevoir le *trust* ou un mécanisme européen équivalent en droit français.

Certes, cette réception ne se serait pas passée sans mal et n'aurait pas éludé certaines difficultés qui handicapent aujourd'hui la fiducie nommée. Néanmoins, il est regrettable que cette possibilité n'ait même pas été débattue. Le législateur a privilégié uniquement et systématiquement la solution « nationale ». Ce refus peut être mis en parallèle avec le choix de ne pas ratifier la Convention de La Haye³⁷⁷ alors même que la France l'a signée dès le 26 novembre 1991. Cette ligne de conduite, constante en dépit des fluctuations politiques, s'explique en partie par la croyance lancinante en l'existence d'une sorte d'« impérialisme (...) américano anglais³⁷⁸ ». Par essence, celui-ci est une menace, tout à la fois pour la souveraineté nationale et pour le rayonnement français dans le monde. Cela signifie implicitement qu'il doit donc être combattu. Il semble que les grands cabinets d'affaires anglo-saxons en soient une sorte de catalyseur, à la fois cause et conséquence de la puissance d'une culture juridique étrangère³⁷⁹.

73. À ce titre, il convient de constater l'attitude quelque peu schizophrénique du législateur. Il a tout à la fois « résisté » et « cédé » à « l'envahisseur anglo-saxon ».

³⁷⁶ Le sénateur évoque en outre la publication d'un contrat-type de *trust* par la Commission européenne : MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, I.

³⁷⁷ Conv. La Haye 1er Juillet 1985, *op. cit.*

³⁷⁸ CHAMPAUD. *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, op. cit.*, p. 142 à 144.

³⁷⁹ Selon des études annuelles relatives aux chiffres d'affaires des cent plus importants cabinets juridiques dans le monde, plus de 95 % sont originaires de l'anglosphère. V. la dernière étude en date : *The 2015 Global 100 : Most Revenue*. In : *The American Lawyer*. Mai 2014.

Il a résisté en ce que le *trust*, dans sa coquille originelle³⁸⁰, n'est toujours pas reconnu ni intégré à la législation nationale³⁸¹. En revanche, il a cédé en ce que ce dernier a servi de modèle pour instaurer la fiducie, qui n'avait vocation qu'à être un « *trust* à la française ». En ce sens, la loi de 2007 sur la fiducie constitue bien une tentative d'alignement de l'ordre juridique français sur ce qui existe dans les pays de l'anglosphère, au premier rang desquels les États-Unis³⁸².

Le processus d'intégration de la fiducie nommée en droit français cumule ainsi les paradoxes. La faute, sans doute, à la visée initiale du législateur qui était très ambitieuse et certainement en décalage avec les moyens qui ont été mis en œuvre. Toutefois, malgré ses insuffisances, le travail du législateur a le mérite d'ouvrir des perspectives nouvelles. L'intégration de la fiducie nommée en droit français constitue en effet une remise en cause d'un certain statu quo juridique. Les incidences pour l'entrepreneuriat ne sont, par conséquent, pas négligeables (§2).

§2. Incidences de la fiducie nommée

74. Dans une optique entrepreneuriale, l'opération fiduciaire peut apparaître attrayante dans la mesure où elle serait susceptible de résoudre des difficultés pratiques. Or, il s'avère que l'entrepreneur se trouve confronté à de nombreuses contraintes juridiques. Ces dernières seront d'autant plus difficiles à contourner qu'elles seront parfois confortées par de brillantes théories doctrinales, au point que certains auteurs considèrent ces théories comme des fondements indépassables

³⁸⁰ Il est intéressant de noter qu'en vertu d'un arrêté datant de 1991, le terme « fiducie » devrait normalement remplacer le terme « *trust* » dans toute une série de textes et documents, notamment les textes officiels de la République Française et les ouvrages d'enseignement, de formation ou de recherche. V. A. 30 sept. 1991, *op. cit.*

³⁸¹ V. cependant les réserves, n° 347 s, *infra*. D'ailleurs, faut-il s'en réjouir ? Pourquoi ne pas réceptionner le mécanisme étranger qui justifie la création d'un outil en droit interne ? Un instrument juridique est-il meilleur par nature s'il s'inspire de dispositions plus anciennes ? De surcroît, il existe nécessairement, et depuis longtemps, une définition fiscale du *trust* puisqu'il est impossible de rendre le droit français hermétique aux droits étrangers. V. 1 du I du nouvel article 792-0 bis, CGI : « Pour l'application du présent Code, on entend par *trust* l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ». Sur ce point, *adde.* A. DELFOSSE. « Loi de finances rectificative pour 2011. - Présentation schématique et non exhaustive de certaines dispositions ». *JCP N*, 2011, 1233, spéc. n° 144.

³⁸² V. ODY. « De l'acception du *trust* dans l'instauration de la fiducie en France », *op. cit.*

du droit civil français. C'est particulièrement le cas en matière de responsabilité patrimoniale (A) et de pérennisation patrimoniale de l'entrepreneur (B).

A. Quant à la responsabilité patrimoniale de l'entrepreneur

75. En droit positif, le débiteur ne garantit pas physiquement ses créanciers. C'est donc patrimoniallement que l'entrepreneur défaillant engage sa responsabilité³⁸³. Le Code civil, en charpentant le principe du droit de gage général des créanciers, a mené la doctrine à la théorisation d'une idée : celle de l'unité du patrimoine (1). En conséquence, une incompatibilité de principe entre le droit français et la fiducie s'est progressivement imposée dans les esprits. Pourtant, avant même que la loi n° 2007-211 ne contredise cette incompatibilité, l'unité du patrimoine était déjà contestable (2).

1. Une contrainte théorisée : l'unité du patrimoine

76. Alors que la notion de patrimoine est fondamentale sur un plan juridique, le droit positif n'en traite que de manière indirecte. Aussi, la doctrine a-t-elle été fondamentale dans sa compréhension, en particulier au travers des travaux de Zachariæ³⁸⁴, puis d'Aubry et Rau³⁸⁵. Déduite des articles 2284 et 2285 du Code civil, la notion de patrimoine se comprend comme « l'ensemble des biens d'une

³⁸³ L'exécution des créances sur les biens n'a pas toujours été la norme. Le droit Romain organisait une exécution sur la personne au travers de la procédure dite *manus injectio* (Lat. « mainmise). Un créancier pouvait ainsi contraindre physiquement son débiteur. À défaut de paiement, la contrainte pouvait entraîner jusqu'à l'esclavage ou la mort. Encadré par des règles très précises, ce mode d'exécution deviendra la « contrainte par corps » qui fut définitivement supprimée en matière civile et commerciale par la Loi du 22 juillet 1867 relative à la contrainte par corps (XI, Bull. MDVIII, n° 15, 306). V. J.-B. DUVERGIER. *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État*. Paris : Charles Noblet, 1867, 555 p., Vol. 67, spéc. p. 165 s. En 1958, elle disparaît également en matière criminelle quant aux dommages-intérêts accordés à la partie civile : art. 9, Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le Code de procédure pénale (JORF n° 0300, 24 décembre 1958, p. 11711). Aujourd'hui, la contrainte par corps est nommée « contrainte judiciaire » : art. 198, Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JORF n° 59, 10 mars 2004, p. 4567), NOR JUSX0300028L. Elle ne s'applique plus qu'aux condamnations à une peine d'amende, aux frais de justice et aux paiements au profit du Trésor Public : C. pr. pén., art. 749 à 762.

³⁸⁴ Karl Salomo Zachariä (1769-1843) est un juriste allemand principalement connu pour ses travaux sur le droit français : K. S. ZACHARIÄ. *Handbuch des französischen Civilrechts*. Fribourg : E. Mohr, 1895.

³⁸⁵ Charles Aubry (1803-1883) et Frédéric-Charles Rau (1803-1877) : C. AUBRY, C. F. RAU, K. S. ZACHARIÄ. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*. 4^e éd. Paris : Marchal & Billard, 1878 1869, (8 volumes).

personne, envisagé comme formant une universalité de droit³⁸⁶ ». Ces dispositions constituent le « principal ancrage textuel du patrimoine dans le Code civil³⁸⁷ ». Pourtant, elles n'évoquent pas directement le patrimoine.

En réalité, ces dispositions définissent avant tout le droit de gage général des créanciers³⁸⁸. Ce principe permet à tout créancier chirographaire d'obtenir le paiement de sa créance sur l'ensemble des biens de son débiteur³⁸⁹. Cet ensemble, le patrimoine, constitue le droit de gage général des créanciers. Il n'y a donc pas de discrimination de principe selon la nature des biens concernés. Tous les biens, mobiliers comme immobiliers, présents et à venir sont concernés³⁹⁰. Ainsi, l'entrepreneur qui ne possède plus rien au moment où la créance naît, pourra quand même voir son créancier exercer ses droits sur tout bien acquis entre temps. *A contrario*, le créancier chirographaire n'aura aucun droit sur les biens dont son débiteur s'est séparé. Il faut ainsi bien distinguer les droits réels³⁹¹ du droit de gage général des créanciers. Ce dernier instaure une forme d'égalité de traitement entre créanciers, « sauf cause légitime de préférence³⁹² ».

77. Le droit de gage général des créanciers, qui a des implications d'ordre pratique évidentes, a également eu des incidences théoriques. En effet, il lie les dettes d'une personne avec l'ensemble de ses biens et de ses droits évaluables pécuniairement. Cet état de fait a servi de base à la théorie de l'unité du patrimoine qui se caractérise par la corrélation entre patrimoine et personnalité juridique. Selon Aubry et Rau, c'est justement l'existence d'une personnalité qui implique la formation d'une universalité cohérente, par opposition à une masse hétérogène. Le

³⁸⁶ *Ibid.* V. égal. n° 40 s., *supra*.

³⁸⁷ V. not. C. WITZ. « Fasc. unique : Droit de gage général ». *J.-Cl. civil*, 8 octobre 2009, n° 1. D'ailleurs, la localisation de ces dispositions témoigne de l'importance du droit de gage général des créanciers. En effet, ce sont les articles 2284 et 2285 qui ouvrent le Livre IV sur les Sûretés.

³⁸⁸ « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers » : C ; civ., art. 2285, *ab init*.

³⁸⁹ Par opp. au créancier privilégié qui bénéficie d'une sûreté ou d'une garantie réelle consentie par le débiteur. À noter que la loi peut égal. accorder un privilège à certains créanciers : c'est par ex. le cas du Trésor Public en cas de procédure collective (CGI, ann. II, art. 396 bis).

³⁹⁰ C. civ., art. 2284.

³⁹¹ Qui confèrent un droit de préférence ainsi qu'un droit de suite permettant de saisir le bien grevé. Peu importe les mains dans lesquelles il se trouve alors.

³⁹² C. civ., art. 2285, *in fine*.

patrimoine est donc à la fois un contenant et un contenu³⁹³. En sa qualité de contenu, il se compose d'un ensemble de biens dont la variété vient perturber les grandes dichotomies du droit des biens. En sa qualité de contenant, le patrimoine est une universalité de droit qui émane de la personnalité. C'est le trait d'union entre la personne et ses biens présents ou à venir³⁹⁴. Compte tenu de ce rapprochement, le patrimoine est également l'objet d'une unicité et d'une indivisibilité. Ainsi, une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, lequel ne peut être fractionné³⁹⁵.

Quoiqu'il puisse en paraître au vu de la succession des réformes se heurtant *a priori* au principe d'unité du patrimoine, la consécration de la fiducie nommée, même si elle participe à l'émergence certaine des idées portées par la théorie du patrimoine d'affectation, n'en est pas la consécration. La fiducie nommée demeure une simple exception au principe de l'unité du patrimoine. C'est d'ailleurs ce qui constitue son attrait d'un point de vue entrepreneurial (2).

2. Une visée pratique : le caractère dérogatoire de la fiducie

78. Bien qu'elle n'ait pas plus de force obligatoire qu'un avis de doctrine, l'unité du patrimoine s'est imposée aux cours des ans comme un dogme incontournable du droit français³⁹⁶. C'est d'ailleurs une des raisons principales qui étaient avancées

³⁹³ M. MEKKI. « Le patrimoine aujourd'hui ». *JCP N*, 2011, 1327.

³⁹⁴ V. G. WICKER. *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*. Paris : LGDJ, 1997, XIV-441 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 253), n° 187 ; MEKKI. « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n° 3.

³⁹⁵ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, D. TOMASIN. *L'unité du patrimoine : essai critique*. Paris : Defrénois, 2007, VII-541 p. (Doctorat et notariat), spéc. n° 133.

³⁹⁶ Cette orthodoxie a d'ailleurs été fortement critiquée par une partie de la doctrine, en particulier sous la plume de Claude Champaud dont le propos est devenu encore plus féroce au fil des ans. V. en part. C. CHAMPAUD, D. DANET. « Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de substitution fidéicommissaire ». *RTD com.*, 2007, p. 728. Malgré la dureté de certains propos, il convient d'abonder en ce sens. Jamais Aubry et Rau n'ont écrit que l'unité du patrimoine ne souffrait aucune exception. Ils ont simplement proposé une explication théorique de l'état du droit français à un moment donné, c'est-à-dire à la fin du XIX^{ème} siècle. Cette proposition s'avérait d'ailleurs très satisfaisante. Sur l'ampleur prise par leur création doctrinale, v. not. R. FAMILY. « L'acte de fiducie (Étude de droit interne et de droit international privé) ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2000, 569 p., spéc. n° 61 s. ; KUHN. « Le patrimoine fiduciaire », *op. cit.*, spéc. n° 223 s. ; THOMAT-RAYNAUD et TOMASIN. *L'unité du patrimoine*, *op. cit.*, spéc. n° 314 s. ; AUBRY. « Le patrimoine d'affectation », *op. cit.*, spéc. n° 49 s. ; C. BERGER-TARARE. *Le fiduciaire défaillant : regards croisés en droit des biens et droit des obligations*. Issy-les-Moulineaux Cedex : LGDJ, 2015, 543 p. (Bibliothèque de droit privé, 563), spéc. n° 102 s.

pour ne pas instaurer une fiducie en droit français. Pourtant, de nombreux facteurs remettent en cause la primauté de l'unité du patrimoine³⁹⁷, ou à tout le moins l'orthodoxie qui l'a érigée en pilier du droit civil français contemporain³⁹⁸.

Pour commencer, le droit comparé témoigne de caractère non-universel de l'unité du patrimoine. C'est bien évidemment le cas du *Zweckvermögen*³⁹⁹ et de ses dérivées en droit allemand. Il est possible qu'une masse autonome⁴⁰⁰ de biens soit affectée à la réalisation d'une finalité d'ordre économique⁴⁰¹. D'un point de vue historique ensuite, l'unité du patrimoine n'existait pas. Parmi de nombreux exemples existants, il peut être mentionné le droit des successions sous l'Ancien droit, selon lequel les acquis et les propres compris dans un même patrimoine formaient des universalités juridiques distinctes. Parfois, ce sont certaines dispositions du droit positif qui relativisent quelque peu l'unité du patrimoine. C'est notamment le cas de l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net⁴⁰² qui constitue, avec la fiducie, les deux seules « authentiques exceptions⁴⁰³ » à l'unicité du patrimoine. D'un point de vue fonctionnel enfin, l'unité du patrimoine est souvent perçue comme un obstacle à l'entrepreneuriat en empêchant les entrepreneurs de limiter le risque des affaires. De fait, ils peuvent mettre en péril leurs biens et ceux de leurs conjoints communs en biens. Par ailleurs, si elle fait

³⁹⁷ V. not. A. SÉRIAUX, *La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, RTD civ. 1994. 801 ; F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, 2^e éd., 1919, LGDJ, p. 142 s., n^o 67.

³⁹⁸ Les auteurs eux-mêmes envisageaient tout à fait que cela n'était qu'un principe et qu'il souffrait d'exceptions : C. AUBRY, C. F. RAU, K. S. ZACHARIÄ. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ. Tome sixième*. 4^e éd. Paris : Marchal & Billard, 1873, 745 p., spéc. le § 574 intitulé « De l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine - Des universalités juridiques qui s'en distinguent ».

³⁹⁹ Expression all. qui se traduit le plus souvent en langue anglaise en « *special-purpose fund* », et est usuellement interprétée en langue française par l'expression « patrimoine d'affectation », voire « patrimoine-but » ou « fonds à but déterminé ». V. AUBRY. « Le patrimoine d'affectation », *op. cit.* ; K. KROLOP, M. BITTLINGER. « La société unipersonnelle et l'idée d'un patrimoine d'affectation en Allemagne ». In : *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Toulouse : PUSS, 2009, p. 267 ; R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN. *Itinera Fiducia*. Berlin : Duncker & Humblot, 1998, 544 p. (Comparative studies in Continental and Anglo-American legal history, Bd. 19).

⁴⁰⁰ Le patrimoine d'affectation « n'appartient à personne, il appartient à sa destination, à son objet, à son but » : H. GAZIN. « Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique ». Thèse de doctorat. Dijon : Université de Bourgogne, 1910, 509 p., spéc. p. 428. Adde THOMAT-RAYNAUD. « Patrimoine ou patrimoines ? », *op. cit.*, spéc. n. 64.

⁴⁰¹ V. égal. n^o 40 s., *supra*.

⁴⁰² C. civ., art. 787 s. issus de l'art. 1, L. n^o 2006-728, *op. cit.* Précédemment nommé « bénéficiaire d'inventaire » : art. 793 (anc.).

⁴⁰³ WITZ. « Fasc. unique : Droit de gage général », *op. cit.*, n^o 60 à 74. L'auteur y présente une vision assez rigoureuse des restrictions à l'unité du patrimoine.

peser sur les entrepreneurs des risques allant au-delà de leurs vies professionnelles, l'unité du patrimoine ne profite pas nécessairement à leurs créanciers professionnels non-privilegiés.

79. Il est indéniable que la fiducie fragilise, par nature, cette construction doctrinale qu'est le principe de l'unité du patrimoine. En dépit de tous ces éléments, la conception classique et subjective du patrimoine demeure le principe en droit français. D'une part, parce que la fiducie nommée ne peut être totalement assimilée à un patrimoine d'affectation du fait de l'étanchéité imparfaite du patrimoine fiduciaire⁴⁰⁴. D'autre part, parce que l'existence d'une exception ne renverse pas automatiquement le principe. Un « principe est l'expression d'une hiérarchie de valeur⁴⁰⁵ ». La valeur de l'unité du patrimoine est celle d'un modèle, qui porte en lui des vertus pédagogiques, qui permettent de mieux comprendre « la singularité des exceptions⁴⁰⁶ » comme la fiducie nommée⁴⁰⁷. D'ailleurs, le droit français connaissait déjà d'autres véhicules permettant d'affecter plus ou moins efficacement la propriété⁴⁰⁸. À ce titre, la fiducie nommée a d'autant plus d'intérêt qu'elle constitue une exception singulière à l'unité du patrimoine. Les entrepreneurs peuvent alors y voir un moyen de s'extraire des inconvénients de principe.

Loin de concerner la seule responsabilité patrimoniale de l'entrepreneur, l'introduction de la fiducie nommée change également la donne juridique en matière de pérennisation patrimoniale (B).

⁴⁰⁴ V. n° 39 s., *supra*. La fiducie nommée permet de contourner le gage commun des créanciers mais aucunement de le supprimer. En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des créanciers : art. 2025, al. 2. Toutefois, l'al. 3 prévoit que « 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 ». De plus, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement au profit du constituant, la conclusion préalable d'un contrat de mise à disposition des éléments du patrimoine fiduciaire au profit de ce dernier empêche la réalisation de la sûreté au profit du fiduciaire ou d'un tiers : C. com., art. L622-23-1.

⁴⁰⁵ MEKKI. « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n° 28. *Contra* P. MORVAN. *Le principe de droit privé*. Paris : LGDJ Diffuseur Panthéon-Assas, 1999, 788 p. (Droit privé), n° 439.

⁴⁰⁶ MEKKI. « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*

⁴⁰⁷ D'ailleurs, la seule existence d'autres limites ou exceptions (à l'unité du patrimoine) n'a jamais suffi à lui retirer ce caractère de modèle.

⁴⁰⁸ V. n° 241 s., *infra*.

B. Quant à la pérennisation du patrimoine de l'entrepreneur

80. La pérennisation du patrimoine de l'entrepreneur est une question sensible en droit français. Longtemps, compte tenu de ses raisons historiques, la prohibition des substitutions fidéicommissaires (1) faisait figure de limite indépassable. Désormais, un relatif assouplissement de l'ordre public successoral peut être constaté. La fiducie s'inscrit totalement dans ce mouvement qui profite en particulier aux entrepreneurs (2).

1. Une contrainte théorisée : la prohibition des substitutions

81. Le droit romain connaissait des mécanismes juridiques qu'il convient de nommer « substitutions⁴⁰⁹ ». Il s'agissait de libéralités, entre vifs ou à cause de mort, dont le gratifié pouvait être substitué par un autre selon des modalités variées. Deux sortes de substitutions cohabitaient : les substitutions vulgaires⁴¹⁰ et les substitutions fidéicommissaires⁴¹¹.

Dans les premières, le disposant désignait subsidiairement un second gratifié pour recueillir le don ou le legs dans l'éventualité où le premier appelé ne pourrait pas être gratifié. Dans les secondes en revanche, le disposant chargeait un

⁴⁰⁹ Lat. *substitutio*, sign. « remplacement ». Le terme français de « substitution » ne date cependant que du Code Napoléon.

⁴¹⁰ V° Substitution (4, vulgaire), CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Le terme « vulgaire » (Lat. *vulgus*, sign. « commun des hommes ») fait seulement référence au caractère ordinaire du recours à ce mécanisme.

⁴¹¹ V° Substitution (4, fidéicommissaire), *ibid.* Le terme « fidéicommissaire » (Lat. *fideicommissum*, sign. « confié à la bonne foi d'une personne ») fait référence, comme la fiducie, à la confiance placée dans la personne gratifiée (Lat. *fides*, sign. « confiance »). En effet, à l'origine, le fidéicommissaire n'était qu'une simple prière par laquelle le disposant demandait au premier gratifié de donner ou d'accomplir quelque chose au profit d'une troisième personne. Parfois utilisé de manière à contourner des interdictions, le fidéicommissaire ne permettait pas de forcer le premier gratifié à honorer sa promesse. Ce n'était qu'un simple devoir de conscience. V. n° 13 s., *supra*. Sous le règne de l'empereur Auguste (63 av. JC-14 ap. JC), le fidéicommissaire devient une charge pour le premier gratifié. Il peut alors être contraint à l'exécution. Tandis que le mécanisme ne faisait initialement passer les biens que brièvement entre les mains du premier gratifié, la possession intérimaire s'est progressivement prolongée jusqu'au décès de ce dernier. Le mécanisme s'est ensuite décliné sur plusieurs générations : chaque nouveau gratifié se trouvant alors qualifié de « fiduciaire » au profit d'une troisième personne. V. MALAURIE. *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, n° 778, spéc. p. 376. En ce sens, le fidéicommissaire a suivi une trajectoire similaire à l'*use* puis au *trust*. V. n° 5 s., *supra*.

premier gratifié⁴¹² de conserver les biens donnés ou légués en vue de les transmettre à une troisième personne désignée par le disposant. Alors que la substitution vulgaire a plutôt fait l'objet d'un consensus quant à sa validité⁴¹³, la substitution fidéicommissaire a eu une existence beaucoup plus mouvementée. Elle a ainsi subi les foudres révolutionnaires. Ceux-ci reprochaient au mécanisme de soumettre l'avenir à la seule volonté du disposant. En effet, au cours du Bas Moyen-Âge, plusieurs coutumes locales avaient redécouvert les substitutions⁴¹⁴. Elles servaient depuis lors à consolider les fortunes aristocratiques en permettant à un héritier mâle, en général l'aîné, de tenir en sa main tout le patrimoine foncier de la famille⁴¹⁵. En rendant les fortunes inaliénables, les substitutions étaient devenues un moyen de les pérenniser perpétuellement. D'ailleurs, la continuité des substitutions fidéicommissaires posait des problèmes dans le temps que les tribunaux avaient alors toutes les peines du monde à résoudre⁴¹⁶. Si bien qu'avant même la Révolution, le pouvoir royal avait décidé de prohiber les substitutions perpétuelles⁴¹⁷. Toutefois, indirectement, la substitution demeurait le symbole de l'immutabilité sociale d'une société dominée par une élite héréditaire. Aussi, les révolutionnaires s'étaient-ils empressés d'interdire toutes les substitutions, perpétuelles ou non⁴¹⁸. Il s'agissait pour eux de briser la suprématie économique de la noblesse.

⁴¹² Le « grevé ».

⁴¹³ Elle a ainsi été reconnue et entérinée sans mal dans le Code civil. « La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'héritité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution et sera valable » : C. civ., art. 898 (anc.) issu de la Loi 1803-05-03 promulguée le 13 mai 1803. La terminologie de l'article a été actualisée par l'art. 10, Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO 13 mai 2009, p. 7920).

⁴¹⁴ V. PETITJEAN. *Essai sur l'histoire des substitutions*, op. cit.

⁴¹⁵ V. J.-P. LÉVY, A. CASTALDO. *Histoire du droit civil*. 2^e éd. Paris : Dalloz, 2010, XIII-1619 p. (Précis Droit privé), spéc. n° 928 s.

⁴¹⁶ V. BASDEVANT-GAUDEMET et GAUDEMET. *Introduction historique au droit*, op. cit., spéc. n° 377 s.

⁴¹⁷ Ordonnance de Louis XV, sur les substitutions, donnée au camp de la Commanderie du Vieux-Jonc, au mois d'août 1747 : « 30. L'article 59 de l'ordonnance d'Orléans sera exécuté, et en conséquence toutes les substitutions faites, soit par contrat de mariage ou autre acte entre vifs, soit par disposition à cause de mort, en quelques termes qu'elles soient conçues, ne pourront s'étendre au-delà de deux degrés de substitués entre le donataire, l'héritier institué ou légataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens donateur ou du testateur. N'entendons déroger par la présente disposition à l'article 57 de l'ordonnance de Moulins, par rapport aux substitutions qui [seraient] antérieures à ladite ordonnance ». V. H.-F. AGUESSEAU, J.-M. PARDESSUS. *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*. Paris : Fantin et compagnie, 1819, 618 p., Vol. XII, p. 476 à 506.

⁴¹⁸ « 1. Toutes substitutions sont interdites et prohibées à l'avenir. 2. Les substitutions faites avant la

82. Le Code civil a maintenu le principe prohibant les substitutions⁴¹⁹. Néanmoins, quelques exceptions ont été autorisées dès l'origine⁴²⁰. De même, l'Empereur a introduit une institution nouvelle, le majorat⁴²¹. Destinés à consolider la noblesse d'Empire, les majorats étaient des ensembles de biens fonciers ou de rentes immobilisées, inaliénables et produisant un revenu fixe. Ils étaient attribués en fonction du rang de noblesse du titulaire et servaient à assurer la pérennité de la descendance masculine et légitime du titulaire. Il s'agissait donc une exception flagrante au principe de prohibition des substitutions. D'ailleurs, le principe même de prohibition visé à l'article 896 fut suspendu entre 1826⁴²² et 1849⁴²³, jusqu'à ce que l'établissement de la II^{ème} République⁴²⁴ mette un véritable terme au principe des substitutions à visée aristocratique. Les majorats, qui bénéficiaient d'un régime juridique à part, ne purent plus être créés à compter de 1835⁴²⁵. Certains majorats

publication du présent décret, par quelques actes que ce soit, qui ne seront pas ouvertes à l'époque de ladite publication, sont et demeurent abolies et sans effet. 3. Les substitutions ouvertes lors la publication du présent décret, n'auront effet qu'en faveur de ceux seulement qui auront alors recueilli les biens substitués, ou le droit de les réclamer » : Décret des 14-15 novembre 1792 qui abolit les substitutions (L. 12, 111 ; B. 25, 115). V. J.-B. DUVERGIER. *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État*. 2^o éd. Paris : A. Guyot et Scribe, 1834, 372 p. (de 1788 à 1830 inclusivement), Vol. 5, spéc. p. 44 et 45.

⁴¹⁹ « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire » : art. 896 (anc.) issu de la L. 1803-05-03, *op. cit.*

⁴²⁰ Aux art. 1048, 1049 et 1050 anciens. Ils concernaient les substitutions imposées par un testateur à ses enfants ou ses frères et sœurs, dans la mesure où la charge de restitution s'avère au profit « de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe ».

⁴²¹ V. Décret du 1er mars 1808 concernant les titres (IV, Bull. CLXXXVI, n^o 3206) ; Décret du 1er mars 1808 concernant les majorats (IV, Bull. CLXXXVI, n^o 3207) ; Ordonnance du Roi du 18-29 août 1815 sur les majorats (VII, Bull. XVIII, n^o 87) ; Ordonnance du Roi du 25 août-18 septembre 1817 sur la formation des majorats à instituer par les pairs (VII, Bull. CLXXI, n^o 2686) ; Ordonnance du Roi du 10 février-13 août 1824 qui porte qu'à l'avenir les titres accordés par sa majesté seront personnels, et ne deviendront héréditaires qu'après l'institution d'un majorat, fixe le revenu des majorats de vicomte et de marquis hors de la pairie, etc. (VII, Bull. DCLXXXVIII, n^o 17, 462).

⁴²² Loi du 17 mai 1826 sur les substitutions (VIII, Bull. XC n^o 3028), qui les étend au deuxième degré, les autorise au profit d'étrangers et permet d'y désigner un seul des enfants du grevé. V. J.-B. DUVERGIER. *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État*. 2^o éd. Paris : A. Guyot et Scribe, 1834, Vol. 33, p. 134 s. V. Égal. Ordonnance du Roi du 6-17 avril 1830 qui détermine la forme dans laquelle seront exécutées les ordonnances relatives aux transmissions de pairies hors de la ligne directe (VIII, Bull. CCCXLVIII, n^o 13, 884).

⁴²³ Loi du 7-11 mai 1849 sur les majorats et les substitutions (X, Bull. CLX, n^o 1299). Son article 8 dispose que « La loi du 17 mai 1826, sur les substitutions, est abrogée ». Toutefois, les substitutions déjà établies conservent leurs effets au profit des appelés ou conçus lors de la promulgation de la nouvelle loi.

⁴²⁴ Du 24 février 1848 au 2 décembre 1852 (Établissement du Second Empire).

⁴²⁵ « Toute institution de majorat est interdite à l'avenir » : art. 1, Loi du 12-13 mai 1835 sur les majorats (IX, Bull. CXXXVIII, n^o 308).

subsistant toutefois, ils ne disparurent tous qu'au début du XX^{ème} siècle quand l'État les racheta⁴²⁶.

Aussi, le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires ne peut se comprendre que dans un contexte de charges nobiliaires. Un parallèle avec la question de l'entrepreneuriat contemporain ne serait donc pas sérieux. Si les substitutions et les majorats de l'ancien droit correspondaient à « une société immobile dans laquelle le passé réagit sur le présent⁴²⁷ », il n'en est évidemment pas de même concernant la fiducie contemporaine. Cette dernière semble au contraire ouvrir la voie à des évolutions fonctionnelles en matière de transmission et de pérennisation d'entreprise.

Cela est d'autant plus vrai que l'introduction de la fiducie s'inscrit dans un mouvement d'assouplissement de l'ordre public successoral (2).

2. Une visée pratique : l'assouplissement de l'ordre public successoral

83. La nature humaine tend inéluctablement vers la substitution successorale. L'entrepreneur n'échappe évidemment pas à cette tendance. Bien au contraire, la question de la succession est une interrogation fondamentale de l'entrepreneuriat. En la matière, le droit français apparaît beaucoup moins permissif que de nombreux droits étrangers. Le droit positif est en effet caractérisé par un ordre public successoral composé de grandes prohibitions que sont « la prohibition des pactes sur succession future, l'interdiction des dispositions discriminatoires et la défense d'exhérer complètement les héritiers à réserve⁴²⁸ ». Jusqu'en 2006, la prohibition des substitutions fidéicommissaires s'y ajoutait.

Aussi l'entrepreneur se trouve-t-il tiraillé entre deux grandes aspirations, celle de vouloir gratifier ses proches, et celle de vouloir pérenniser son entreprise. Or, les deux questions ne s'accordent souvent pas idéalement. La fiducie, à l'image

⁴²⁶ Les trente-huit derniers majorats disparaîtront à l'occasion d'une convention du 14 octobre 1904 qui prend effet en 1905. V. SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. *Annuaire de législation française*. Paris : LGDJ, 1906, 425 p. (ISSN 1245-5369), Vol. A25 / 53, 184 France.

⁴²⁷ V. J.-M. AUGUSTIN. « Construire le mythe du temps : les substitutions fidéicommissaires et les majorats ». In : *Le temps et le droit*, Nice : Éd. Serre, 2002, p. 63 à 72, spéc. p. 70.

⁴²⁸ M. GRIMALDI. « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire ». *HCLR*, 31 décembre 2014, n° 7, spéc. n° 4 (égal. dispo. in : Rép. Defrénois 2012, p. 755).

du *trust*, véhicule depuis longtemps les espoirs d'entrepreneurs souhaitant se départir du corset successoral français. L'espoir est fondé sur la nature foncièrement libertaire de l'opération fiduciaire qui permet d'organiser une succession selon le bon vouloir du futur *de cujus*.

La réforme de 2006⁴²⁹ s'inscrit dans cette logique libérale. En faisant disparaître le mot de « substitution » du Code civil, la loi précise désormais que « *La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi*⁴³⁰ ». La fin de la prohibition des substitutions a ouvert la voie à l'adoption de la fiducie. Toutefois, la fiducie-libéralité demeure une perspective lointaine. La faute en revient à l'opposition constante de la Chancellerie qui veille jalousement sur l'ordre public successoral subsistant⁴³¹. La faute échoit également (surtout) aux services de Bercy qui lui associent inéluctablement le risque de fraude à la loi et aux comptes publics⁴³². Pour autant, l'introduction de la fiducie nommée en droit français porte en elle les germes d'un assouplissement de cet ordre public successoral français. À tout le moins, la perspective de voir l'opération fiduciaire permettre de le contourner demeure l'un des attraits en suspens de la fiducie.

⁴²⁹ L. n° 2006-728, *op. cit.*

⁴³⁰ V. art. 896 (nouv.) issu des art. 9 et 10, *ibid.*

⁴³¹ La doctrine rappelle égal. les risques inhérents à l'existence même de l'opération fiduciaire. Ce serait le cas d'un époux qui mettrait ses biens en *trust* discrétionnaire ou en fiducie, afin d'amputer son patrimoine au moment de liquider la communauté, comme en cas de divorce par ex. : H. LETELLIER. « Un nouveau régime matrimonial à la disposition de tous les couples : le régime commun franco-allemand ». *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2010, n° 212, p. 24, spéc. p. 26.

⁴³² V. n° 94 s. et 203 s., *infra*.

84. L'introduction du terme de « fiducie » dans le Code civil n'est pas anodine. Elle consacre l'apparition d'une véritable nouveauté en droit français. Ainsi, la fiducie nommée est une opération innovante tant il est difficile de la rattacher aux classifications par ailleurs existantes. Son caractère *sui generis* s'explique par l'ambivalence de la visée économique du législateur, conjuguée à la singularité juridique du transfert de propriété opéré. Au cœur de la fiducie nommée, la propriété fiduciaire et le patrimoine fiduciaire permettent de caractériser le lien fort qui unit le droit des obligations et le droit des biens⁴³³.

Novatrice sur le plan de la philosophie juridique, la fiducie nommée dispose également d'un potentiel pratique particulièrement attrayant dans une optique entrepreneuriale. Celle-ci, même si elle n'a semble-t-il pas pris beaucoup de place dans la réflexion du législateur, réside principalement dans le fait de pouvoir contourner des règles par ailleurs contraignantes. Cela est d'autant plus vrai que l'opération fiduciaire doit se matérialiser par une convention. Car si le législateur daigne préciser que la fiducie peut être établie « par la loi ou par contrat⁴³⁴ », en pratique, son champ de déploiement par l'entrepreneur sera uniquement contractuel (Chapitre 2).

⁴³³ V. B. MALLET-BRICOUT. « Fiducie et propriété ». In : *Christian Larroumet : liber amicorum*, Paris : Economica, 2009, p. 297 à 327, spéc. n° 2.

⁴³⁴ C. civ., art. 2012, al. 1. Cette possibilité n'a, pour l'heure, pas encore été mise en œuvre.

Chapitre 2. Un véhicule contractuel

85. En droit français, la fiducie divise depuis plusieurs décennies⁴³⁵. Tandis que les pouvoirs publics et l'administration se sont montrés, au mieux ignorants, au pire méfiants, une partie de la doctrine était circonspecte quant à la possibilité de la faire cohabiter avec certaines règles fondamentales du droit privé. Du côté des professionnels en revanche, les mécanismes fiduciaires bénéficient depuis longtemps d'une réputation flatteuse. La fiducie en particulier, est présentée comme souple, efficace, peu chère et polyvalente. À ce titre, elle dispose d'un soutien de longue date des établissements bancaires et financiers, ainsi que de celui de nombreux praticiens du droit et de la finance⁴³⁶. Or, cet intérêt, antérieur à la proposition de loi⁴³⁷ qui mènera au régime de la fiducie nommée en droit français⁴³⁸, perdure depuis 2007. Cette constance de l'intérêt des professionnels pour la fiducie se comprend dans la mesure où la fiducie nommée bénéficie d'une véritable souplesse⁴³⁹. Cette souplesse est propre à l'opération fiduciaire et ne découle pas d'une hypothétique nature contractuelle. En revanche, dans le cadre entrepreneurial, elle ne s'exerce bien qu'au travers du seul contrat⁴⁴⁰.

⁴³⁵ V. n° 11 s., *supra*.

⁴³⁶ Selon son président, l'AFF a pour objectif d'« installer la Fiducie au firmament, et faire rayonner la compétitivité de Paris en tant que place financière d'excellence » : *Association Française des Fiduciaires*. In : *Site officiel de l'AFF*. Adde A. PANDO. « Une association pour promouvoir la fiducie en France ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 18 et 19 ; A. PANDO. « L'association des fiduciaires veut promouvoir la fiducie en France ». *LPA*, 7 mars 2012, n° 48, p. 3.

⁴³⁷ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*

⁴³⁸ Principalement : L. n° 2007-211, *op. cit.* ; L. n° 2008-776, *op. cit.* ; Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté (JO 19 décembre 2008, p. 19462) ; Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie (JO 31 janvier 2009, p. 1854) ; Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies » (JO 4 mars 2010, p. 4442).

⁴³⁹ Notamment en comparaison avec les autres mécanismes consacrés en droit français.

⁴⁴⁰ « La rédaction proposée par votre commission tendrait à qualifier la fiducie 'd'opération' juridique et non pas seulement de contrat. En effet, il convient de ne pas exclure le fait que la loi pourrait, le cas échéant, créer des fiducies répondant à la définition donnée dans le présent article, sans pour autant imposer la rédaction d'un contrat dans les conditions prévues par cette nouvelle division du Code civil. Votre commission vous proposera d'ailleurs de préciser, à l'article 2012 du Code civil, que la fiducie peut trouver sa source soit dans le contrat, soit directement dans la loi » : DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.* p. 44.

Au même rang que tous les autres acteurs économiques, l'entrepreneur sera ainsi particulièrement sensible à cette liberté contractuelle (Section 1). Cette acceptation de l'opération fiduciaire, empreinte de liberté, s'inscrit dans le cadre d'un droit des contrats récemment réformé⁴⁴¹ (Section 2).

Section 1. La liberté contractuelle sous la fiducie

86. Parfois malmenée par le législateur et en jurisprudence, la liberté de contracter revêt aujourd'hui un lustre rénové⁴⁴². Tandis que la liberté d'entreprendre a été consacrée par le Conseil constitutionnel dès 1982⁴⁴³ au travers du principe de la liberté individuelle tel que prescrit par la Déclaration de 1789⁴⁴⁴, les Sages ont considéré dans un premier temps qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantissait le principe de la liberté contractuelle⁴⁴⁵. Pourtant, celle-ci dispose de plusieurs facettes sur laquelle s'appuyer. Il y a la liberté de contracter à proprement parler, mais aussi la liberté de choisir son contractant ainsi que la liberté de déterminer le contenu exact du contrat⁴⁴⁶. Certains auteurs ont vu dans ce refus la matérialisation d'une « crise du contrat ». Cette thématique, particulièrement vivace dans les années mille neuf cent soixante⁴⁴⁷, suggère que la multiplication des exceptions au principe de la liberté contractuelle engendre un renversement dudit principe. Certains envisageaient même la disparition du

⁴⁴¹ Ord. n° 2016-131, *op. cit.* Elle entre en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2016. Aussi, le droit antérieur s'applique-t-il à tous les contrats (y compris les fiducies) conclus antérieurement : art. 9, *ibid.*

⁴⁴² Le premier motif de la réforme du droit des contrats est ainsi d'« affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle » : Rapp. Ord. n° 2016-131, *op. cit.*, 1^o.

⁴⁴³ Cons. const., 16 janv. 1982, *op. cit.*

⁴⁴⁴ « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi », art. 4, Déclaration de 1789, *op. cit.*

⁴⁴⁵ Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC, JO 6 août 1994, p. 11482 ; Rec. Cons. const., p. 117.

⁴⁴⁶ V. réc. Cons. const., 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC.

⁴⁴⁷ Quant elle ne les a pas favorisées, la doctrine dominante s'accommode volontiers des interventions du législateur dans la mesure où celles-ci visent un but d'intérêt général permettant de « rééquilibrer » un rapport contractuel déséquilibré par les liens économiques préexistants ou supposés des parties. En réalité, le Doyen Batiffol rappelle que l'existence même du principe et de l'exception rend cette interrogation ordinaire : H. BATIFFOL. « La crise du contrat et sa portée ». *APD*, 1968, t. XIII, p. 13 à 30. *Adde* G. Lewkowicz, M. Xifaras. *Repenser le contrat*. Paris : Dalloz, 2009, 305 p., spéc. p. 2 à 6. Sans surprise, la thématique de la « crise du contrat » a été de nouveau évoquée au début du XIX^{ème} siècle : C. JAMIN ; D. MAZEAUD (dir.). *La nouvelle crise du contrat*. Paris : Dalloz, 2003, 260 p. (Thèmes & commentaires).

contrat. Il n'en est pourtant rien. La pratique contractuelle ne cesse de se développer et la liberté contractuelle demeure un principe solide. Dans un deuxième temps, le Conseil constitutionnel a ainsi progressivement assoupli sa position. Il a admis l'applicabilité de la protection de l'article 4 de la Déclaration de 1789 aux contrats légalement formés⁴⁴⁸, puis à la liberté de choisir le cocontractant⁴⁴⁹. De plus, à quelques occasions, les Sages ont reconnu l'existence de la liberté contractuelle en ce qu'elle permet de choisir librement à la fois le cocontractant et le contenu du contrat⁴⁵⁰. La doctrine voit généralement dans ces différentes prises de position, une reconnaissance jurisprudentielle de la valeur constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle⁴⁵¹.

La fiducie, opération juridique prenant en droit français la forme d'un contrat nommé, illustre pleinement ce retour en force de la liberté contractuelle. À la différence des mécanismes quasi-fiduciaires à qui la loi autorise généralement une seule et même finalité spécialement prévue et encadrée⁴⁵², la fiducie nommée permet d'envisager une pluralité de finalités (§1). Cette souplesse contractuelle, qui permet à l'entrepreneur de mener à bien une opération sur mesure, s'exerce également dans la détermination du rôle du fiduciaire (§2).

⁴⁴⁸ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, JO 14 juin 1998, p. 9033 *cit.*

⁴⁴⁹ La liberté contractuelle « (...) découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » : Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC, JO 24 décembre 2000, p. 20576. V. égal. Cons. const., 17 janvier 2013, n° 2012-660 DC, JO 19 janvier 2013, p. 1327, texte n° 2.

⁴⁵⁰ Not. Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC. Dans cet arrêt, les Sages mettent sur un même plan la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle : « 6. (...) Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». La formulation reprise par les Sages à propos de la liberté d'entreprendre (v. Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-317 QPC, JO 29 mai 2013, p. 8854 ; Cons. const., 17 janv. 2013, *op. cit.*) est donc purement et simplement étendue à la liberté contractuelle (v. Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC, JO 15 mai 2012, p. 9096).

⁴⁵¹ V. not. J. GHESTIN. « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle ». *JCP G*, 9 septembre 2013, p. 929.

⁴⁵² V. n° 240 s., *infra*.

§1. La libre détermination des finalités

87. La finalité peut être définie succinctement comme « ce à quoi est ordonné une action⁴⁵³ ». Elle constitue un critère d'importance lorsqu'il s'agit de porter un jugement, tant sur la nature que sur l'attrait d'une opération juridique. La finalité revêt donc une importance capitale dans une approche fonctionnelle du droit. Pour le législateur, la finalité de la fiducie nommée est politique et économique. Il s'agit de pallier un déficit de compétitivité des règles juridiques internes au regard des règles en vigueur dans des états concurrents⁴⁵⁴. Pour un entrepreneur en revanche, la finalité d'une opération juridique peut être très variée : économique, fiscale, familiale, personnelle ou autre. En l'occurrence, il s'agit tout simplement de répondre à la question suivante : pourquoi un entrepreneur constituerait-il une fiducie nommée ?

Dans « le prolongement de la *fiducia cum amico* et (de) la *fiducia cum creditor*⁴⁵⁵ », il est d'usage de prêter en France deux grandes finalités à une fiducie : la gestion et la sûreté. La doctrine française reste très attachée à cette distinction binaire entre ce qu'il est convenu d'appeler⁴⁵⁶ la « fiducie-gestion » et la « fiducie-sûreté ». Cette nomenclature se retrouve également dans la majorité des études portant sur les droits romano-germaniques. Elle apparaît cependant insuffisante. En se détachant de cette nomenclature traditionnelle issue du droit romain, ce sont en réalité trois grandes finalités qui apparaissent : la gestion, la sûreté et la transmission⁴⁵⁷. Pour autant, dans la mesure où le régime juridique de la fiducie

⁴⁵³ V° Finalité, CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁴⁵⁴ V. n° 64, *infra*.

⁴⁵⁵ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 25.

⁴⁵⁶ Il convient de noter que ces appellations ne sont qu'indicatives et ne sont pas reconnues par la loi *stricto sensu*. D'ailleurs, des variations terminologiques existent çà et là. Certains auteurs se réfèrent égal. aux formulations datant des discussions et des avant-projets telles « fiducie à fins de gestion » ou « fiducie à fins de garantie ». Par ex. CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* V° Fiducie ; GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*

⁴⁵⁷ La notion de transmission doit ici être comprise dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme l'opération visant à transférer, à titre onéreux ou à titre gratuit, des droits ou des biens à une autre personne. À la différence de la fiducie-gestion ou de la fiducie-sûreté qui opèrent un transfert de propriété avec comme finalité décharger le constituant de l'administration de biens ou de droits (gestion), ou pour lui permettre de garantir des engagements (sûreté), la transmission n'est alors plus seulement un moyen (de gestion ou de sûreté), mais une finalité. La fiducie apparaît alors comme le simple véhicule de la transmission et l'objectif de l'opération se confond avec la finalité du contrat. En France, la transmission est une finalité traditionnellement plutôt associée au *trust*. Par ex., v. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini*, *op. cit.*, spéc. p. 15.

nommée est unitaire, c'est-à-dire qu'il ne distingue *a priori* pas les finalités, apparaît une finalité de principe, la gestion (A), et deux finalités complémentaires, que sont la sûreté et la transmission (B).

A. Une finalité de principe

88. Lors de la consécration de la fiducie nommée, le législateur n'a pas souhaité préciser formellement les finalités qu'il entendait autoriser. Cette absence peut être analysée comme la volonté, inhabituelle en droit français, de laisser libre cours à « l'imagination des praticiens⁴⁵⁸ ». Elle peut également être comprise comme la preuve d'une incertitude, voire d'une incompréhension, quant au réel apport de la fiducie au droit français.

Par nature, une fiducie est avant tout un instrument de gestion. La finalité de l'opération fiduciaire est l'administration, au sens large, des éléments transférés dans le patrimoine fiduciaire et faisant l'objet d'une mission précise⁴⁵⁹. Dans l'optique entrepreneuriale, cette finalité peut s'exercer tant en matière civile (1) que dans le domaine des affaires (2).

1. La finalité de gestion en matière civile

89. D'une manière générale, l'opération fiduciaire est un moyen efficace de gestion de patrimoine⁴⁶⁰. Cela intéresse en premier lieu la sphère personnelle de l'entrepreneur. Le droit français n'étant pas dépourvu de dispositifs juridiques en ce sens, qu'il s'agisse de véhicules de gestion de fonds ou de valeurs mobilières, la fiducie s'avère plus particulièrement attrayante dans le cas où une personne cherche, à un moment précis, à se décharger totalement de la gestion de tout ou

⁴⁵⁸ Cette expression a fait florès : not. F. BARRIÈRE. « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence ». *JCP E*, 2007, 2053, n° 37 ; C. WITZ. « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust ». *D.*, 2007, I. 1369, note 16 ; T. BRUN, B. TESTON. « Un exemple de fiducie : comment rompre un lien capitalistique de façon non définitive ? ». *Actualité de la fiducie*, décembre 2010, n° 7.

⁴⁵⁹ À savoir « organiser une gestion de bien pour le compte d'un bénéficiaire » : KUHN. « Le patrimoine fiduciaire », *op. cit.*, n° 1.

⁴⁶⁰ Quelques rares opinions divergent sur ce point. V. not. P.-F. CUIF. « Le contrat de gestion ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Sorbonne, 2001, 731 p., n° 192 s. L'auteur conteste l'intérêt du transfert de propriété à fin de gestion ainsi que la souplesse inhérente à la fiducie dans la détermination des modalités d'application.

partie de ses biens. La force de la fiducie est de reposer sur la propriété conférée au fiduciaire. Les raisons de ce transfert peuvent être multiples, mais cela semble spécialement indiqué en cas de vulnérabilité future de l'entrepreneur ou de ses proches. Le constituant prévoit alors de se débarrasser de la charge quotidienne de gestion de ses biens en cas de survenance d'un incident qu'il aurait lui-même déterminé. Cette charge est confiée au fiduciaire désigné qui agit dans l'intérêt du constituant. S'il met en place ce schéma à temps, le constituant peut ainsi espérer éluder le régime de protection des majeurs⁴⁶¹. Cette hypothèse a d'ailleurs fait l'objet d'une étude avant même l'instauration de la fiducie en France⁴⁶². Il s'agit en effet d'un champ d'application particulièrement fertile même si, conscient des lacunes du droit français en la matière, le législateur a tenté d'innover en ce sens⁴⁶³. En ce sens, le droit Québécois s'avère particulièrement riche en enseignements et espoirs pour l'entrepreneur⁴⁶⁴. C'est notamment le fait des fiducies dites « personnelles⁴⁶⁵ » et « à des fins d'utilité privée⁴⁶⁶ ».

Mais l'opération fiduciaire peut également s'avérer utile comme cadre afin d'assurer la bonne exécution d'une opération contractuelle entre différentes parties.

⁴⁶¹ Qui peut s'avérer particulièrement contraignant en France, avec la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice, qui découlent toutes les trois de la Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs (JO 4 janvier 1968, p. 114). V. C. civ., art. 415 s.

⁴⁶² METTETAL-FRESNEL. « La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté », *op. cit.*

⁴⁶³ Notamment au travers de la L. n° 2006-728, *op. cit.* V. n° 288 s., *infra*. Par ailleurs, certains outils classiques du droit civil permettent également de remplir certaines missions. C'est par exemple le cas de la société civile. V. not. G. BAFFOY. « La société civile : un trust à la française ». *Rev. fisc. not.*, 2007, étude 15 ; H. LENOUEVEL. « La société civile, technique de gestion du patrimoine de la personne vulnérable ». *Dr. et patr.*, avril 2006, p. 36.

⁴⁶⁴ Dès 1888, le Code civil du Bas-Canada se voit gratifié d'un Chapitre intitulé « De la fiducie » comprenant des articles 981 a à 981 n (anc.) : Acte concernant la fiducie, S.Q. 1879, c. 29. Abrogé le 31 décembre 1993, le C. civ. B.-C. laisse place au Code civil du Québec : L.Q. 1991, c. 64. Le premier alinéa de l'art. 1266 précise désormais que « Les fiducies sont constituées à des fins personnelles, ou à des fins d'utilité privée ou sociale ». Sur l'histoire des dispositions relatives à la fiducie au Québec, v. not. J. BEAULNE. *Droit des fiducies*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998, XI-345 p., spéc. n° 2 et 11, ainsi que n. 11 (doctrine) ; M. GUY. « Le Code civil du Québec : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir ». *R.D.U.S.*, 1993, vol. 23, p. 453 à 492.

⁴⁶⁵ CCQ, art. 1267 : « La fiducie personnelle est constituée à titre gratuit, dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être ».

⁴⁶⁶ CCQ, art. 1268 « La fiducie d'utilité privée est celle qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but de nature privée » et art. 1269 : « Est aussi d'utilité privée la fiducie constituée à titre onéreux dans le but, notamment, de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titre ».

La finalité de l'opération sera alors de contraindre les cocontractants à se placer sous la surveillance d'un tiers de confiance qui sera chargé de veiller à la réalisation des obligations respectives des parties. L'opération de fiducie viserait ici à prévenir tout contentieux judiciaire, mais également de se passer des différents modes de résolution amiable des conflits⁴⁶⁷.

Outre le domaine civil, la finalité de gestion est tout aussi envisageable dans le monde des affaires alors même que ce n'était pas son domaine naturel (2).

2. La finalité de gestion dans le domaine des affaires

90. Au tournant des années mille neuf cent quatre-vingt-dix, ce sont les milieux d'affaires qui ont réclamé avec le plus de force l'instauration d'une fiducie en droit français. Les motivations étaient multiples : il pouvait s'agir d'offrir une alternative au développement du *trust* dans ses applications commerciales et financières⁴⁶⁸ et ainsi renforcer l'attractivité globale du droit français⁴⁶⁹ ; ou encore de permettre la réalisation ponctuelle d'une opération d'envergure. Néanmoins, le centre de gravité de ces réclamations demeurait le caractère particulièrement souple attribué à la fiducie. Aucune finalité particulière n'était véritablement mise en avant. C'est surtout la liberté supposée d'une fiducie qui provoquait l'attrait des professionnels.

Aussi, la doctrine s'est rapidement mobilisée pour imaginer l'apport de la fiducie au monde des affaires. Aux inspirations du passé, se sont ajoutées les solutions des expériences étrangères. À ce titre, la fiducie semble pouvoir offrir des options intéressantes en matière de portage⁴⁷⁰. D'ailleurs, d'une manière générale,

⁴⁶⁷ La conciliation, la médiation, la transaction, l'arbitrage ou encore le droit collaboratif sont au cœur des réflexions sur le devenir de la Justice. À ce titre, suite à un rapport de sa commission formation, le Conseil national des barreaux avait proposé et adopté lors de son assemblée générale du 14 décembre 2013, la création d'une nouvelle mention de spécialisation en « Droit des modes amiables de résolution des différends ». Il s'agissait pour la profession de favoriser le développement de ces activités et d'augmenter leur lisibilité auprès du public. V. *Rapport sur l'instauration d'une mention de spécialisation intitulée Droit des modes amiables de résolution des différends*. Paris : CNB, 2013, Assemblée Générale des 13 et 14 décembre 2013, 3 p.

⁴⁶⁸ V. n° 340 s., *infra*.

⁴⁶⁹ Ces considérations seront d'ailleurs grandement reprises par le législateur dans l'élaboration de la loi n° 2007-211. V. n° 64 s., *infra*.

⁴⁷⁰ « Convention en vertu de laquelle une personne nommée 'donneur d'ordre' transmet la propriété de titres à une autre nommée 'porteur' qui l'accepte mais s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixés à l'avance à une personne désignée qui peut être le donneur d'ordre lui-même ou un tiers bénéficiaire » : V° Portage (Convention de), CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

la fiducie paraît être un véhicule particulièrement attrayant pour l'entrepreneur souhaitant se défaire temporairement de certains éléments de son patrimoine. Il peut s'agir de contourner des dispositions législatives ou réglementaires gênantes⁴⁷¹ ou alors simplement apporter un peu de souplesse pour des opérations spécifiques⁴⁷². Ainsi, une fiducie nommée pourrait permettre à une entreprise de gérer ses passifs, à la manière de l'opération de défaisance⁴⁷³.

Enfin, la fiducie pourrait être envisagée à titre de gestion de garanties. Il peut s'agir tout à la fois d'organiser la gestion des créances d'une pluralité de créanciers, notamment au moment de leur réalisation⁴⁷⁴. L'attrait pour la fiducie nommée pour les créanciers est grand, mais pas uniquement afin de mutualiser les garanties.

Par définition donc, la finalité d'une fiducie emporte toujours la gestion de biens et/ou de droits. La fiducie demeurera quoiqu'il arrive un véhicule de gestion⁴⁷⁵. Toutefois, la richesse du mécanisme est de pouvoir y adjoindre des finalités complémentaires. En l'absence d'une mission de gestion élaborée, ces finalités accessoires constituent même parfois le cœur de l'opération fiduciaire (B).

⁴⁷¹ Par ex., des taux ou des seuils coercitifs en droit de la concurrence.

⁴⁷² Notamment en droit des sociétés et en droit boursier.

⁴⁷³ Depuis la première opération de défaisance menée en France en 1987, le législateur ne s'est pas véritablement emparé de la question. Cette absence n'apparaît toutefois pas réellement problématique compte tenu de la rareté de ces opérations. À défaut de pouvoir compter sur le législateur pour obtenir une définition légale ou encore un régime spécifique, il convient de se reporter vers un avis du CNC : Avis relatif à la comptabilisation de l'opération d'in-substance de défaisance du 15 décembre 1988, *Conseil National de la Comptabilité, document n° 76*. Celui-ci précise que « l'opération d'in-substance de défaisance est une technique d'ingénierie financière qui permet à une entreprise donnée d'atteindre un résultat équivalent à l'extinction d'une dette figurant au passif de son bilan par le transfert des titres à une entité juridique distincte qui sera chargée du service de la dette, cette opération n'ayant pas pour effet de libérer juridiquement l'entreprise de son obligation initiale ». Il s'agit donc d'une opération purement comptable visant à améliorer les ratios financiers d'une société ou d'un groupe.

⁴⁷⁴ À l'instar du *security trustee* ou agent des sûretés, qui est le chef de file dans une opération de syndication bancaire.

⁴⁷⁵ Aussi l'expression de « fiducie-gestion » apparaît quelque peu tautologique. Elle n'est cependant pas sans intérêt dans la mesure où elle décrit sans ambiguïté une fiducie qui serait constituée sans autre finalité que celle de gérer les éléments compris dans le patrimoine fiduciaire. C'est dans ce sens qu'elle sera ici comprise et utilisée.

B. Des finalités complémentaires

91. Deux autres grandes finalités peuvent être envisagées. Elles renforcent l'attrait pratique de l'opération pour les entrepreneurs en leur permettant de répondre à certaines thématiques propres. Il s'agit de la finalité de sûreté (1) et celle de transmission (2).

1. La finalité de sûreté

92. La fiducie, constituée à titre de sûreté, bénéficie depuis de nombreuses années⁴⁷⁶ d'une réputation flatteuse. Fréquemment qualifiée de « reine des sûretés⁴⁷⁷ », la « fiducie-sûreté » présente des qualités particulièrement intéressantes dans le cadre des affaires⁴⁷⁸. Les deux atouts principaux de la fiducie sont l'efficacité et la souplesse, qui sont les plus à même de rassurer les créanciers. Une fiducie-sûreté présente ainsi le grand avantage de pouvoir assurer une forme d'équilibre entre la protection des créanciers et l'accès au crédit des débiteurs.

Sur le premier point, une fiducie-sûreté s'avère particulièrement efficace en ce qu'elle permet de sortir la garantie du créancier du patrimoine du constituant. À ce titre, le créancier n'est plus chirographaire et s'extrait du risque de voir apparaître un créancier de rang préférable. Mais la fiducie apparaît comme une sûreté encore plus efficace lorsque les créanciers revêtent simultanément les fonctions de bénéficiaire et de fiduciaire. Ainsi, les éléments garantissant leurs créances sont déjà placés entre leurs mains. Certes, ils n'en sont pas encore propriétaires. Mais lorsque la sûreté sera amenée à être réalisée en vertu des stipulations contractuelles, les modalités de réalisation seront simplifiées. Il n'y

⁴⁷⁶ Et bien avant son instauration en droit français par la loi du 19 février 2007.

⁴⁷⁷ V. not. C. J. FERRY. « Fiducie et procédures collectives ». *RD bancaire et bourse*, 1992, p. 182, I ; A. CERLES. « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? ». In : *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Paris : Banque éditeur, 2000, p. 39 ; A. CERLES. « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? ». *RD bancaire et financier*, 2007, sept. - oct., p. 29. Il convient toutefois de noter que c'est l'hypothèque qui était précédemment « couronnée » de cette manière par une partie de la doctrine.

⁴⁷⁸ V. not. B. MALLET-BRICOUT. « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? ». *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 79 ; P. DUPICHOT. « La fiducie-sûreté en pleine lumière. - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 ». *JCP N*, 2009, 1138 ; S. PIEDELIÈVRE. « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 75 ; A. GOURIO. « La fiducie-sûreté : utilité et avenir ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 71 ; J.-M. DELPERIER. « La fiducie-sûreté ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 129.

aura aucun risque pour le créanciers de ne pas s'approprier les éléments constituant sa garantie. La conservation fiduciaire se transforme alors en une conservation résultant de la propriété ordinaire. Elle est donc définitive.

Sur le second point, la souplesse de la fiducie s'analyse en particulier au regard de la rigidité des autres garanties. La fiducie peut ainsi porter sur tous types de biens ou une universalité de biens⁴⁷⁹. Elle peut également faire l'objet d'adaptations de nature à rassurer l'entrepreneur-débiteur. Ce sera en particulier les cas des stipulations prévoyant la mise à disposition de débiteur, des moyens de production mis en garantie. Mais la fiducie peut également faire l'objet de stipulations précises quant aux modes de réalisation. Ainsi, le cadre contractuel permet tout à fait de prévoir, au lieu de la conservation des éléments compris dans le patrimoine fiduciaire, la réalisation d'une vente de gré à gré ou aux enchères⁴⁸⁰. Sur ce point, les intérêts du constituant sont alors préservés lorsque le produit de la réalisation est supérieur à la dette impayée et que le reliquat lui est attribuée⁴⁸¹.

93. La fiducie-sûreté n'est cependant pas la sûreté ultime. D'un point de vue pratique déjà, les droits des créanciers antérieurs à la constitution de la fiducie ou titulaires d'un droit de suite antérieurement publié sont sauvegardés. Ensuite, la fraude à leurs droits demeure également une limite à la protection des créanciers bénéficiaires de la fiducie. De même, les titulaires de créances nées de la conservation ou la gestion du patrimoine fiduciaire ne peuvent pas être écartés au profit des bénéficiaires de la fiducie⁴⁸². D'un point de vue plus théorique ensuite, certains auteurs reprochent à la fiducie de constituer une sorte de « gaspillage du crédit⁴⁸³ ». Si ce risque peut être élué par une faculté de recharge⁴⁸⁴, la fiducie peut également souffrir d'une certaine lourdeur directement liée à sa souplesse contractuelle. Celle-ci, pour assurer une certaine sécurité juridique, doit en effet s'accompagner de stipulations unanimement reconnues comme telles ou alors suffisamment détaillées pour ne pas entraîner d'incertitude d'interprétation.

⁴⁷⁹ V. n° 52 s., *supra*.

⁴⁸⁰ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 40 et 41.

⁴⁸¹ *ibid.*

⁴⁸² C. civ., art. 2015. V. égal. n° 44, *supra*.

⁴⁸³ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*

⁴⁸⁴ C. civ., art. 2372-5 et 2488-5.

Tandis que la gestion et la sûreté sont explicitement acceptées comme des finalités de la fiducie, la transmission n'est pas évoquée par le législateur. C'est pourtant la finalité fondamentale dans l'optique entrepreneuriale (2).

2. La finalité de transmission

94. La transmission est un terme générique qui désigne une opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre⁴⁸⁵. Il peut s'entendre dans le même sens que le terme de « transfert ». Il pourrait alors être argué que la transmission est l'essence même de l'opération fiduciaire. Toutefois, la transmission n'est pas nécessairement la finalité de l'opération⁴⁸⁶. En effet, l'essence de la fiducie est d'organiser un transfert temporaire. Or, la notion de transmission implique généralement que le transfert, à titre onéreux ou à titre gratuit, est définitif. La transmission n'implique alors pas la possibilité d'un retour des éléments concernés vers le patrimoine du constituant. Elle s'entend plutôt comme le fait de transférer, par voie conventionnelle ou testamentaire, le patrimoine d'une personne. La situation classique est celle de la transmission d'une entreprise, unité économique dont il faut s'assurer la continuité après que le retrait ou la disparition du dirigeant-propriétaire. Par conséquent, la question de la transmission s'articule essentiellement avec le droit des personnes et des successions. Cette fiducie-transmission est d'ailleurs parfois considérée comme une « variété de la fiducie-gestion⁴⁸⁷ ». Il est vrai qu'elle organise le transfert de la gestion d'un patrimoine vers un tiers, qui aura également pour mission de transmettre à terme⁴⁸⁸ et à titre gratuit, tous les éléments dudit patrimoine, vers un bénéficiaire déterminé ou déterminable.

95. En ce sens, la fiducie est un instrument intéressant d'anticipation et d'organisation de la succession des personnes physiques. C'est particulièrement le

⁴⁸⁵ En ce sens, v. n. 457, *supra*. *Adde* V° Transmission : CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁴⁸⁶ V. n. 457, *supra*. *Adde* : sur la finalité de gestion, n° 87 s., *supra* ; sur la finalité de sûreté, n° 92 s., *supra*.

⁴⁸⁷ C. KUHN. « La mission du fiduciaire ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 52 ; WITZ. *La Fiducie en droit privé français*, *op. cit.* n° 55 s.

⁴⁸⁸ Cela peut être une date déterminée ou lorsque des conditions spécifiées sont remplies : décès du constituant, majorité du bénéficiaire, date anniversaire, etc.

cas pour l'entrepreneur qui possède un patrimoine complexe et pour qui les règles normales de dévolution successorale⁴⁸⁹ sont souvent source, soit de conflits au sein de la famille, soit d'instabilité dans la gestion de l'entreprise. Par ailleurs, la fiducie à fin de transmission permet également d'optimiser la transmission sur un plan fiscal, voire d'éviter complètement l'impôt. Aussi, cette finalité de transmission a régulièrement été mise en avant pour expliquer l'intérêt d'instaurer la fiducie en droit français, notamment en matière de transmission d'entreprise⁴⁹⁰. Cet attrait a été nourri par la pratique du *trust* dans les pays de l'anglosphère.

Toutefois, il convient de noter que les modalités de transmission ne se limitent pas, par nature, au seul transfert à titre gratuit. Même si c'est le cas généralement visé lorsqu'il s'agit de transmission, elles peuvent également prévoir une contrepartie au transfert, qui est alors onéreux. La fiducie sert alors seulement d'interface de transfert définitif des éléments entrant dans le patrimoine fiduciaire.

L'intérêt fonctionnel pour l'opération fiduciaire dépend de la finalité qui lui est attribuée, mais également de la mission qui est confiée au fiduciaire dans le contrat (B).

§2. La libre détermination de la mission du fiduciaire

96. La personne qui exerce la fonction de fiduciaire s'engage personnellement dans le contrat de fiducie. À ce titre, elle est tenue d'exécuter la mission qui lui a été confiée par les parties et qu'elle a librement acceptée. Pour ce faire, des pouvoirs lui ont été attribués au travers du véhicule contractuel (A). Elle les exercera en engageant sa responsabilité personnelle (B).

A. Les pouvoirs du fiduciaire

97. Au cours d'une fiducie nommée, le fiduciaire se retrouve dans la situation originale du propriétaire obligé. Il doit en effet assumer la gestion ou la

⁴⁸⁹ Ce qui est l'acceptation patrimoniale traditionnelle du *trust*. V. n° 334 s., *infra*.

⁴⁹⁰ Notamment dans les projets des années mille neuf cent quatre-vingt-dix : P. DECHEIX. « La fiducie, mode de transmission de l'entreprise ? ». *LPA*, mai 1990, n° 56, p. 18 ; P. BERGER. « Fiducie et transmission des entreprises ». *Banque et droit*, février 1991, n° 15, p. 3 ; A. GOBIN. « De l'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine professionnel ». *LPA*, 24 avril 1991, n° 49, p. 32 ; A. GOBIN. « Cas d'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine privé ». *LPA*, 1991, n° 107, p. 12.

conservation pour le compte d'autrui de biens dont il est le titulaire⁴⁹¹. Bien que propriétaire, le fiduciaire voit ses pouvoirs avant tout déterminés par le contrat et non par la loi (1). De même, la possibilité d'une contrepartie à son engagement et ses pouvoirs, c'est-à-dire une rémunération, est librement déterminée dans le contrat (2).

1. Étendue des pouvoirs

98. La mission du fiduciaire commence par l'obligation de ne pas confondre les éléments constituant le patrimoine fiduciaire avec son patrimoine personnel⁴⁹². Pour cela, il est invité en pratique à ouvrir un compte bancaire consacré aux opérations liées à la réalisation de sa mission. Une fois ces diligences respectées, la liberté contractuelle peut donner sa pleine mesure. La loi prévoit ainsi, sous peine de nullité, que le contrat précise l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition du ou des fiduciaires⁴⁹³.

À la différence du mandat général qui n'est valable que pour les actes d'administration⁴⁹⁴, une fiducie nommée peut être contractualisée en termes généraux. Le pouvoir « général » du fiduciaire ne trouve alors sa limite que dans la finalité du contrat. Par conséquent, les pouvoirs du fiduciaire peuvent comprendre tout le spectre des pouvoirs issus du droit de propriété. Cela va de la conservation à l'aliénation en passant par le simple usage. Tout est envisageable. Ainsi, au-delà des éventuelles finalités complémentaires de sûreté et de transmission, la fiducie emporte toujours la finalité principale de gestion. Cette gestion peut s'entendre de multiples façons. Elle peut être synonyme d'une administration associée à des objectifs précis visant à l'exploitation et la valorisation des éléments composant le patrimoine d'affectation. Le fiduciaire intervient ici car il dispose d'une

⁴⁹¹ KUHN. « La mission du fiduciaire », *op. cit.*

⁴⁹² *Ibid.* Cette obligation est complétée par des dispositions de natures comptable : art 12, L. n° 2007-211, *op. cit.* Le fiduciaire doit ainsi établir une comptabilité autonome relatant les opérations affectant le patrimoine fiduciaire. Il doit tenir des comptes annuels comportant un bilan, un compte de résultat et une annexe dans les conditions prescrites aux articles L123-12 à L123-15 du Code de commerce. Ces diligences sont contrôlées par un ou plusieurs commissaires aux comptes nommé(s) par le fiduciaire lorsque le ou les constituants sont eux-mêmes tenus d'en désigner un. V. CRC n° 2008-01, *op. cit.* ; GOUTHIERE, LOPATER, et BLANDIN. *La fiducie : mode d'emploi, op. cit.*, n° 2700 s.

⁴⁹³ C. civ., art. 2018, 6°. V. égal. n° 218 s., *infra.*

⁴⁹⁴ C. civ., art. 1988, al. 1 : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ».

compétence, d'un savoir-faire, que le constituant n'a pas. Ce sera particulièrement le cas lorsque le fiduciaire désigné est une société de gestion. Mais la finalité de gestion peut également s'accompagner de simples pouvoirs de conservation du patrimoine fiduciaire. Cela peut être le cas lorsque l'attrait pour la fiducie nommée résulte dans la constitution d'un patrimoine affecté.

Aussi, les parties les plus diligentes préciseront minutieusement les modalités de la mission du fiduciaire, c'est-à-dire au-delà des prescriptions impératives de l'article 2018. La fiducie étant un contrat conclu *intuitu personæ*⁴⁹⁵, les pouvoirs attribués doivent en principe être exercés personnellement par le fiduciaire. Toutefois, rien n'empêche que le fiduciaire fasse appel à un tiers dont la compétence serait supérieure à la sienne⁴⁹⁶. D'ailleurs, le droit français n'empêche pas par principe une personne de confier à un tiers l'exécution de ses propres obligations.

Toutefois, en pratique, le fiduciaire peut s'attendre à ce que la jurisprudence soit exigeante à son égard dans la mesure où il exerce ses pouvoirs en contrepartie d'une rémunération (2).

2. Contrepartie financière des pouvoirs

99. L'opération fiduciaire n'est pas une opération par nature pécuniaire⁴⁹⁷. Aussi, le législateur n'a-t-il pas prévu qu'une éventuelle rémunération du fiduciaire soit obligatoirement inscrite dans le véhicule contractuel⁴⁹⁸. La possibilité de ne pas rémunérer le fiduciaire est d'ailleurs intéressante dans l'optique entrepreneuriale.

⁴⁹⁵ V. égal. n. 628, *infra*.

⁴⁹⁶ Le sénateur Marini avait prévu de préciser que le fiduciaire devait exercer personnellement sa mission sous réserve de la possibilité de l'accomplissement « de certaines tâches matérielles ou de certains actes juridiques à une ou plusieurs personnes restant sous son contrôle et sa responsabilité » : art. 2070, MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.* Le texte final n'a pas repris cette formulation. Sur ce point, la doctrine s'interroge encore sur l'équilibre à trouver si jamais les parties n'ont pas prévu de stipulations contractuelles. Une partie de la doctrine considère que le caractère *intuitu personae* de la fiducie devrait interdire au fiduciaire de se décharger de sa mission sur autrui sous peine d'engager sa responsabilité. Ainsi, un fiduciaire s'en remettant largement à un tiers pour gérer le patrimoine fiduciaire, jetterait le soupçon de fraude sur l'opération toute entière. En revanche, la conclusion de mandats spéciaux ne serait pas entachée d'une telle irrégularité. V. WITZ. « Fasc. 20 : Fiducie : Effets et extinction », *op. cit.* n° 18 ; P. CROCQ. « Le cœur du dispositif fiduciaire ». *Rev. Lamy dr. civ.*, août 2007, n° 40, p. 61. *Contra* sur un plus grande latitude du fiduciaire : KUHN. « La mission du fiduciaire », *op. cit.*

⁴⁹⁷ Ce n'était pas le cas en droit romain. V. n° 11, *supra*. Ce n'est pas non plus le cas du *trust*. V. n° 334 s., *infra*.

⁴⁹⁸ C. ci., art. 2018, *a contrario*.

En particulier, dans une optique de démocratisation de la fiducie nommée et son appropriation par les entrepreneurs dans le cadre de leur sphère privée. Cela rapprocherait de fait la fiducie du régime du mandat⁴⁹⁹.

En réalité pourtant, la fiducie nommée ne s'envisage pas sérieusement sans contrepartie financière. Le législateur a, en effet, dressé de trop nombreuses barrières en ce sens dans le régime fiduciaire. Il s'agit principalement des modalités d'accès restrictives aux fonctions de la fiducie. En particulier la limitation de la qualité de fiduciaire aux seuls professionnels⁵⁰⁰. Il s'agit également de l'encadrement des finalités de la fiducie⁵⁰¹. En fait, ce sont les mêmes barrières que celles qui entravent une appropriation entrepreneuriale de la fiducie⁵⁰².

100. Concernant les modalités de mise en œuvre de la cette contrepartie financière, de nombreuses possibilités existent.

Le fiduciaire peut ainsi être rémunéré par forfait, par prime d'objectifs ou encore proportionnellement à la valeur du patrimoine fiduciaire, voire proportionnellement aux plus-values réalisées au cours de fiducie. La liberté contractuelle s'exerce une nouvelle fois pleinement. Les parties fixent librement la rémunération prévue dans le contrat. Toutefois, le juge pourra être amené à intervenir lorsqu'il convient de rééquilibrer les prestations initialement prévues. Rien ne s'oppose en effet à ce que la jurisprudence, qui l'admet pour certains contrats comme le mandat lorsque le montant prévu par celui-ci apparaît « hors de proportion avec le service rendu⁵⁰³ », s'applique en matière fiduciaire. De la même manière, la fiducie nommée fait preuve d'une véritable souplesse quant à la temporalité de la rémunération et de son versement. Par ailleurs, l'opération dispose d'un véritable atout pour le fiduciaire puisque sa rémunération est garantie par un droit de rétention sur le patrimoine fiduciaire⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ C. civ., art. 1986 : « Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire ».

⁵⁰⁰ V. n° 153 s., *infra*.

⁵⁰¹ V. n° 195 s., *infra*.

⁵⁰² V. n° 136 s., *infra*.

⁵⁰³ Selon une jurisprudence constante : Cass. req., 12 décembre 1911, DP 1913, I, p. 129. *Adde* KUHN. « La mission du fiduciaire », *op. cit.*

⁵⁰⁴ C. civ., art. 2286, 2° : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose (...) celui dont la créance impayée résulte d'un contrat qui l'oblige à la livrer ». À l'instar du mandat : KUHN. « La mission du fiduciaire », *op. cit.*

La liberté qu'offre le véhicule contractuel dans la détermination du rôle du fiduciaire ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucun cadre. Au contraire, le fiduciaire est susceptible d'engager sa responsabilité dans l'exercice de ses fonctions (B).

B. La responsabilité du fiduciaire

101. Le fiduciaire est tenu de la bonne exécution de sa mission, quel que soit le détail de précision des stipulations contractuelles. En vertu du droit commun⁵⁰⁵, le fiduciaire doit exercer sa mission avec diligence et loyauté. À défaut, sa responsabilité sera engagée. À cette occasion, les dispositions de la loi évoquent de manière éparse l'étendue des obligations du fiduciaire (1). Elles ne s'avèrent guère plus précises quant à la mise en œuvre de cette responsabilité (2).

1. Étendue des obligations du fiduciaire

102. Contrairement à ce qu'une partie de la doctrine aurait souhaité, le législateur s'est abstenu de renvoyer au régime du mandat pour encadrer davantage les relations entre constituant et fiduciaire⁵⁰⁶. Seules quelques obligations essentielles semblent se dégager directement ou indirectement.

Indirectement d'abord, la loi consacre au travers du sixièmement de l'article 2018, l'obligation pour le fiduciaire d'exercer la mission qui lui a été confiée dans le respect de la mission et des pouvoirs attribués. Toutefois, la loi ne précise pas plus les obligations de loyauté et le degré de diligence avec lesquels le fiduciaire doit

⁵⁰⁵ C. civ., art. 1134 issu de la L. 1804-02-07, *op. cit.* À compter du 1^{er} octobre 2016, le contenu de l'article 1134 éparpille la force obligatoire contractuelle entre plusieurs articles nouveaux. C'est l'article 1103 (nouv.) qui disposera que « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». L'article 1104 suivant disposera quant à lui que « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », avec la précision selon laquelle cette disposition « est d'ordre public ». Par ailleurs, l'interdiction de modification ou révocation unilatérale du contrat sera désormais prévue à l'article 1193 (nouv.). V. Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵⁰⁶ Cette solution serait inspirée de l'expérience luxembourgeoise. « Les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation, sont applicables aux relations entre le fiduciaire et le fiduciant dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties » : art. 7, 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 immobiliers (Mém. n° 124 du 03 septembre 2003, p. 2620). V. WITZ. « Fasc. 20 : Fiducie : Effets et extinction », *op. cit.*, n° 14.

exercer sa mission. Pourtant, la proposition Marini contenait un article selon lequel le fiduciaire devait exercer « ses prérogatives avec diligence et loyauté⁵⁰⁷ ». Aussi, il semble falloir en déduire que ces exigences irradiant les dispositions directes de la loi.

En effet, la loi prévoit directement de nombreuses obligations pesant sur le fiduciaire. Déjà, la définition de la fiducie contient l'obligation pour le fiduciaire de ne pas confondre les éléments constituant le patrimoine fiduciaire avec son patrimoine personnel⁵⁰⁸. C'est le fondement même de la fiducie. Ensuite, l'article 2022 du Code civil, instaure une obligation pour le fiduciaire de rendre compte de sa mission. Cette obligation est due à la fois aux constituants⁵⁰⁹, aux bénéficiaires et aux éventuels tiers désignés⁵¹⁰. Il est en effet primordial que ces personnes soient tenues informées de la manière dont le fiduciaire s'acquitte de sa mission. Toutefois, l'obligation qui pèse sur le fiduciaire est beaucoup plus forte à l'égard du constituant puisqu'elle existe en dépit de diligences de la part de ce dernier. L'obligation d'information à l'égard des bénéficiaires et des tiers ne s'apprécie en revanche qu'à la lumière des diligences de ceux-ci. De plus, le Code civil prévoit également que le fiduciaire ne puisse pas se rendre adjudicataire « des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire⁵¹¹ ». Toutes ces obligations sont des obligations de résultat. Mais la loi fait également peser sur le fiduciaire des obligations de moyens : il s'agira principalement de l'évaluation de la qualité de la gestion du fiduciaire, au regard de la diligence qui est en mesure d'être attendue d'un fiduciaire professionnel⁵¹². Dans le cas où il manquerait « à ses devoirs ou [mettrait] en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore [ferait] l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire », il peut être dessaisi par un juge, même en l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement.

⁵⁰⁷ C. civ., art. 2070, al. 1 : MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*

⁵⁰⁸ C. civ., art. 2011.

⁵⁰⁹ C. civ., art. 2022, al. 1.

⁵¹⁰ C. civ., art. 2022, al. 3.

⁵¹¹ C. civ., art. 1596, *in fine*, mod. par l'art. 17, L. n° 2007-211, *op. cit.* Cette interdiction, qui aligne la fonction de fiduciaire sur celle des tuteurs, des mandataires, ou encore des officiers publics, s'étend aux éventuelles personnes interposées et sera sanctionnée par une nullité.

⁵¹² À l'instar de ce qui existe déjà pour les mandataires professionnels.

103. Dans une optique entrepreneuriale, le véritable avantage d'avoir restreint la fonction de fiduciaire à des professionnels⁵¹³, est d'envisager une appréciation stricte de ces obligations par la jurisprudence. Cela sera d'autant plus vrai que la fiducie, comme son nom l'indique, repose sur la confiance attribuée par le constituant au fiduciaire. À l'instar du mandataire, le fiduciaire devra faire preuve de loyauté à l'égard du constituant. *A contrario*, cette professionnalisation présente un risque accru de conflit d'intérêt en cas de multiplication de patrimoines fiduciaires concomitants. La proposition de loi avait d'ailleurs envisagé un alinéa énonçant que le conflit d'intérêts entre bénéficiaires d'une fiducie ou entre plusieurs fiducies n'empêche pas le fiduciaire d'exercer ses prérogatives, à condition qu'il agisse en bon père de famille⁵¹⁴ ».

À défaut, d'un tel comportement, la responsabilité du fiduciaire devra être mise en œuvre (2).

2. Mise en œuvre de la responsabilité du fiduciaire

104. *A priori*, seuls les éléments transférés dans le patrimoine fiduciaire devraient être concernés par l'opération fiduciaire. C'est le principe même de la fiducie nommée et tout l'intérêt d'un patrimoine affecté tel que le patrimoine fiduciaire. Celui-ci permet en effet de couper les liens patrimoniaux entre les personnes et de ne s'attacher qu'à une mission fiduciaire négociée entre les parties. Toutefois, l'article 2026 du Code civil, qui prévoit que le fiduciaire est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission, précise que cette responsabilité s'exerce sur le patrimoine propre du fiduciaire⁵¹⁵. Le comportement fautif de ce dernier l'engage donc patrimoniallement envers le constituant, le bénéficiaire ou les tiers auxquels il aurait causé un dommage.

L'appréciation de la faute du fiduciaire n'est pas explicitée par le législateur. Le contrat devant stipuler, sous peine de nullité, la mission du fiduciaire ainsi que l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition⁵¹⁶, il semble que la

⁵¹³ V. n° 153 s., *infra*.

⁵¹⁴ C. civ., art. 2070, al. 2 : MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*

⁵¹⁵ « Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission » : C. civ., art. 2026 issu de l'art. 1 L. n° 2007-211, *op. cit.*

⁵¹⁶ C. civ., art. 2018, 6°.

faute doit être appréciée au regard de l'opération fiduciaire dans son ensemble. Indirectement, la loi encadre l'étendue de la responsabilité du fiduciaire.

105. Toutefois, l'article 2025 du Code prévoit, dans son deuxième alinéa, qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, « le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers ». Cette disposition est de nature à renforcer les droits des créanciers fiduciaires. Elle élargit l'assiette de la garantie dont ils sont titulaires, au patrimoine personnel du constituant. Mais elle relativise également la portée de l'opération fiduciaire au travers de la fiducie nommée⁵¹⁷. Aussi, ce lien avec la personne du constituant ne s'exerce qu'à défaut d'une stipulation contraire du contrat de fiducie qui mettrait tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

La responsabilité que le fiduciaire encourt vis-à-vis du constituant ou du tiers bénéficiaire est de nature contractuelle. Aussi, elle peut faire l'objet d'aménagements mais seulement dans la limite du droit commun. Ainsi, des fautes lourdes ou intentionnelles ne sauraient être exonérées par des stipulations contractuelles. Par ailleurs, le fiduciaire qui détournerait à son profit des biens du patrimoine fiduciaire commettrait un abus de confiance⁵¹⁸.

Dans le cadre d'une convention de fiducie nommée, la liberté contractuelle a comme corolaire la mise en œuvre du droit des contrats et de ses dispositions impératives (Section 2)

Section 2. La mise en œuvre du droit des contrats

106. Au sein des différents accords de volontés produisant des effets de droit, le contrat constitue un acte précisément défini. Il vise à « créer une obligation ou (...) transférer la propriété⁵¹⁹ ». Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un contrat dit spécial

⁵¹⁷ V. égal. n° 39 s., *supra*.

⁵¹⁸ C. pén., art. 314-1. V. not. R. OLLARD. « La fiducie : aspects de droit pénal ». *RSC*, 2011, p. 545. À noter qu'un projet antérieur à la fiducie nommée comprenait des dispositions intégrant le contrat de fiducie à la liste des contrats au titre desquels un détournement ou une dissipation pouvait être constitutif d'un abus de confiance : Proj. L. n° 2583 de 1992, *op. cit.* L'article 314-1 a été modifié entretemps et désormais tous les contrats sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'abus de confiance : Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens (JORF n° 169, 23 juillet 1992, p. 9887), *NOR JUSX8900011L*.

⁵¹⁹ V° Contrat, 1 : CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Le texte réformant le droit des contrats introduit un article 1101 (nouv.) qui précise que le contrat est « un accord de volontés entre deux ou

puisqu'il fait l'objet de dispositions particulières⁵²⁰. Le choix de la forme contractuelle par le législateur⁵²¹ n'est évidemment pas sans conséquence. Bien qu'il ne faille pas confondre l'opération de fiducie avec son véhicule juridique⁵²², le régime contractuel de la fiducie nommée induit qu'elle ne peut pas être créée par un acte unilatéral. Elle ne peut ainsi pas être constituée directement par voie testamentaire. C'est l'une des limites fondamentales du régime de la fiducie telle que conçu par la loi du 19 février 2007, en particulier dans une optique entrepreneuriale.

De même, tout contrat spécial qu'elle constitue, la fiducie nommée n'échappe pas aux dispositions fondamentales du droit commun des contrats. Les conditions nécessaires à la conclusion de tout contrat doivent évidemment s'appliquer. Or, compte tenu de la nature *sui generis* de l'opération fiduciaire, cela n'est pas sans poser certaines interrogations. Traditionnellement, quatre conditions essentielles⁵²³ s'articulent autour de deux axes : le premier est relatif aux parties au contrat alors que le second vise le fond de l'accord. Ainsi, un contrat de fiducie n'est-il valide que s'il respecte certaines conditions relatives aux parties elles-mêmes⁵²⁴ (§1), mais également au contenu de l'accord (§2).

plusieurs parties destiné à créer, modifier, transmettre ou étendre des obligations » : art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.* Cette dernière formulation s'applique particulièrement à la fiducie nommée.

⁵²⁰ V. C. civ., art. 1107, al. 2 : « Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux » (art. 1105 nouveau, art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*).

⁵²¹ V. n. 440, *supra*.

⁵²² Sur ce point, v. not. T. REVET et al. « Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire (Dossier) ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 45 à 91.

⁵²³ C. civ., art. 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation » issu de L. 1804-02-07, *op. cit.* À compter du 1^{er} octobre 2016, la validité du contrat est traitée dans les articles 1128 s. (nouv.) qui constituent la Section 2 « La validité du contrat » du Chapitre 2 « La formation du contrat » du Titre III « Des sources des obligations » du Livre III « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » du Code civil : art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵²⁴ C'est-à-dire y compris à l'entrepreneur, quelle que soit la fonction qu'il occupe dans le schéma fiduciaire.

§1. Les dispositions relatives aux parties au contrat de fiducie

107. L'opération fiduciaire est composée de trois fonctions. Elle regroupe au minimum, un constituant, un fiduciaire et un bénéficiaire. Dans l'absolu, un entrepreneur est susceptible de revêtir chacune de ses fonctions même si la loi française impose des conditions relativement strictes pour l'accès à ces différentes fonctions⁵²⁵. Pour autant, avant même que ces conditions soient remplies, encore faut-il que les personnes souhaitant y accéder, aient la capacité de contracter et le fasse, en accord avec les dispositions impératives du droit commun. Or, si le contrat de fiducie présente l'originalité de concerner au moins ces trois fonctions, il peut être valablement conclu par le seul constituant et le seul fiduciaire. L'accord du bénéficiaire peut intervenir plus tard.

Aussi, la question de la détermination des parties au contrat de fiducie n'est pas si évidente. C'est pour cela que les dispositions impératives étudiées, qui s'attachent à s'assurer de la bonne capacité⁵²⁶ (A) ainsi que du consentement⁵²⁷ éclairé (B) des parties, s'entendent au moment où le consentement de la partie est exprimé formellement⁵²⁸.

A. La capacité des parties au contrat de fiducie

108. La capacité, qui s'entend comme « l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à les exercer⁵²⁹ », comprend tout à la fois une capacité de jouissance, et une capacité d'exercice⁵³⁰. À ce titre, elle concerne l'ensemble des parties prenantes

⁵²⁵ Tant sur le fond que sur la forme. V. n° 137 s., *infra*.

⁵²⁶ C. civ., art. 1108, 2°. À compter du 1^{er} octobre 2016, cette disposition est reprise dans l'art. 1128, 2° : art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵²⁷ C. civ., art. 1108, 1°, puis art. 1128, 1° : art. 2, *ibid.*

⁵²⁸ La fiducie nommée n'étant pas un contrat consensuel mais uniquement formel, les dispositions impératives étudiées ci-dessous s'apprécient, pour chaque partie, au moment de la signature du contrat.

⁵²⁹ R. CABRILLAC. *Droit des obligations*. 11^e éd. Paris : Dalloz, 2014, VII-419 p., spéc. n° 72, p. 66.

⁵³⁰ Cette distinction n'apparaît cependant pas dans les textes. L'avant-projet Catala envisageait de remédier à cette absence en la consacrant expressément dans le Code civil en introduisant des articles 1116 à 1120-2. Cette proposition n'a pour le moment toujours pas été suivie d'effet. V. P. CATALA. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*. Paris : Documentation française, 2006, 207 p. (Rapport).

à l'opération de fiducie. Il s'agit concomitamment du constituant, du fiduciaire mais également du bénéficiaire⁵³¹. Cependant, la question de la capacité ne tourne dorénavant plus autour des fonctions constitutives de la fiducie nommée. Depuis que la fonction de constituant a été ouverte aux personnes tant physiques que morales⁵³², le point de gravité de la capacité des parties au contrat de fiducie se place au niveau de la nature de la personne concernée : personne morale (1) ou personne physique (2).

1. Les personnes morales

109. Même si les personnes morales sont, par définition, des personnes, la loi est longtemps restée silencieuse à ce sujet. Aucune disposition particulière n'existait quant à leur capacité et seules des œuvres doctrinales non contraignantes, comme l'avant-projet de loi Catala⁵³³, s'y attachaient. Il s'agissait pourtant simplement de matérialiser une distinction en introduisant des dispositions particulières à la capacité des personnes morales⁵³⁴. Aussi, le droit commun avait-il vocation à s'appliquer. La réforme du droit des contrats a été l'occasion de remédier à cette absence au travers d'un nouvel article 1145 du Code civil⁵³⁵. La mention de la capacité des personnes morales dans le Code civil demeure cependant essentiellement symbolique. Comme tous les sujets de droit, les personnes morales disposaient déjà du droit de contracter⁵³⁶.

⁵³¹ Alors que le ou les bénéficiaires ne sont pas nécessairement signataires du contrat de fiducie dès l'origine.

⁵³² V. en détail, n° 142 s., *infra*.

⁵³³ CATALA. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*

⁵³⁴ L'avant-projet Catala propose ainsi un article 1116-3 du Code civil qui précise que « Les personnes morales sont dotées d'une capacité de jouissance spéciale. Celle-ci recouvre les actes utiles à la réalisation de leur objet, tel qu'il est défini par les statuts, dans le respect des règles applicables à la personne morale considérée, ainsi que les actes qui sont les accessoires des précédents ». Il propose également un article 1118-4 en vertu duquel la loi rappelle que les « personnes morales contractent par l'intermédiaire de leurs représentants ».

⁵³⁵ « La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles » : al. 2, art. 1145 (nouv.) issu de l'art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵³⁶ Avant le 1^{er} octobre 2016, l'art. 1123 du Code civil avait vocation à s'appliquer aux personnes physiques et par extension aux personnes morales : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Après cette date, la réforme du droit des contrats entre en vigueur et le Code civil distingue personnes physiques et personnes morales. Le premier alinéa de l'art. 1145 (nouv.) s'adresse aux seules premières tandis que le second alinéa concerne seulement les secondes.

A priori, toutes les personnes morales peuvent donc être constituant à une opération de fiducie. La seule réserve demeure le respect de leur objet social et de leurs règles internes de fonctionnement. L'entrepreneur peut ainsi constituer une fiducie au travers de la personne morale qui accueille son entreprise. En revanche, pour la fonction de fiduciaire qui ne concerne que les personnes morales⁵³⁷, de nombreuses autres conditions doivent être remplies⁵³⁸. Le véritable enjeu relatif à la capacité des personnes morales de conclure un contrat de fiducie présente donc deux aspects.

110. Le premier aspect est celui de l'existence même de la personne morale. Il faut, en effet, s'assurer de la réalité de l'existence de la personnalité morale du constituant ainsi que de celle du fiduciaire dès la conclusion du contrat de fiducie. Pour ce faire, le Code civil⁵³⁹ exige que la société soit immatriculée au registre du commerce et des sociétés. À défaut de personnalité morale, l'accès aux fonctions de la fiducie reste exclu. Ce sera clairement le cas pour les sociétés en participation⁵⁴⁰ ou créées de fait⁵⁴¹.

Quid de l'existence du bénéficiaire ? Dans la mesure où le bénéficiaire n'est pas forcément signataire du contrat lors de la conclusion de la fiducie nommée, il semble que son existence ne soit pas requise. La capacité et l'existence du bénéficiaire de la fiducie ne sont alors, ni l'une ni l'autre, nécessaire au moment de la formation du contrat. D'ailleurs, le bénéficiaire peut être remplacé à n'importe quel moment au cours de la fiducie⁵⁴². Néanmoins, la loi laisse ouverte la possibilité pour le bénéficiaire de devenir partie au contrat dès la conclusion initiale⁵⁴³. En

⁵³⁷ À l'exception du cas de l'avocat-fiduciaire, v. n° 165 s., *infra*.

⁵³⁸ V. n° 153 s., *infra*.

⁵³⁹ C. civ., art. 1842 : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au Chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

⁵⁴⁰ C. civ., art. 1871, al. 1.

⁵⁴¹ C ; civ., art. 1873 qui renvoie aux art. 1871 s.

⁵⁴² Dans la mesure où ce changement s'effectue dans le cadre du formalisme impératif de l'alinéa 3 de l'article 2018 qui veut que l'acte prévoit *a minima* les règles permettant la désignation du ou des bénéficiaires.

⁵⁴³ Selon les textes, le bénéficiaire n'est en principe pas une partie au contrat. En pratique pourtant, il peut l'être et le sera le plus souvent des cas. Cette possibilité est un élément de pratique contractuelle particulièrement intéressant dans la mesure où, à l'image de ce qui existe en matière d'assurance vie, le bénéficiaire « grave alors dans le marbre » l'opération de fiducie qui aurait autrement pu être modifiée.

acceptant ce droit, le bénéficiaire le rend irrévocable. Dans ce seul cas, l'existence et la capacité du bénéficiaire sont impératives pour que l'opération soit valide.

111. Le second aspect est celui de l'étendue du pouvoir des agents ou mandataires sociaux de la personne morale. Il s'agit de savoir si la personne physique qui agit, est habilitée à le faire et dispose bien des pouvoirs nécessaires. Dans la mesure où l'opération de fiducie est une opération translatrice de propriété⁵⁴⁴, la personne en question devra disposer des pouvoirs d'administration mais également de disposition. Au-delà, cette question est plutôt classique. Elle ne soulève pas d'autre questionnement particulier propre à la fiducie nommée, si ce n'est la question du principe de spécialité des personnes morales, qui peut poser plus de difficulté lorsque la fiducie nommée sert plusieurs finalités⁵⁴⁵. Il convient alors de préciser que l'examen de la capacité portera sur chacune des finalités visées, et ce, pour chacune des fiducies conclues. Ainsi, chaque finalité de la fiducie devra entrer dans le cadre de l'objet social de la personne morale concernée.

Ces interrogations relatives à la nature des parties ne se posent évidemment pas en les mêmes termes pour les personnes physiques (2).

2. Les personnes physiques

112. En ce qui concerne les personnes physiques, comme les entrepreneurs, la question de la capacité se présente différemment. L'article 1124⁵⁴⁶ précise clairement que « Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés (et) les majeurs protégés au sens de l'article 488⁵⁴⁷ du

⁵⁴⁴ Sur la discussion, v. n° 38 s., *supra*.

⁵⁴⁵ V. n° 87 s., *supra*.

⁵⁴⁶ À compter du 1^{er} octobre 2016, c'est l'art. 1146 (nouv.) : art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵⁴⁷ Le législateur se réfère ici aux dispositions de l'article 488 en vigueur avant le 1^{er} janvier 2009. Le texte précisait alors que les majeurs peuvent être protégés par la loi pour un acte particulier ou d'une manière continue dans deux situations : 1°) si une altération de leurs facultés personnelles les met dans l'impossibilité de pourvoir seuls à leurs intérêts ; 2°) si la prodigalité, l'intempérance ou l'oisiveté les exposent à tomber dans le besoin ou compromettent l'exécution de leurs obligations familiales. L'esprit de la loi est aujourd'hui identique, même si ces dispositions ont été légèrement modifiées à l'occasion de l'article 7 de la Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (JO n° 56, 7 mars 2007, p. 4325). Elles se situent désormais aux articles 414 s. du Code civil. En particulier, l'article 425 en vertu duquel « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de

présent Code ». À compter du 1^{er} octobre 2016, cette disposition demeure mais est reprise dans l'article 1146 (nouv.). Les dispositions relatives à la fiducie nommée diffèrent sensiblement selon qu'il s'agit du constituant (a) ou du fiduciaire (b).

a. *Le constituant personne physique*

113. Avec la levée de l'interdiction faite aux personnes physiques d'être constituant à l'opération de fiducie⁵⁴⁸, la LME⁵⁴⁹ a introduit de nouvelles dispositions encadrant le sort des incapables. Ces mesures spécifiques concernent les majeurs protégés par des mesures judiciaires et tous les mineurs. Elles intéressent donc tout particulièrement les entrepreneurs. Elles concernent la curatelle et la tutelle mais pas la sauvegarde de justice⁵⁵⁰.

114. En premier lieu, l'article 468 du Code civil a été modifié afin de limiter la possibilité pour une personne faisant l'objet d'une curatelle de constituer une seule fiducie. Qu'elle soit simple, renforcée ou aménagée, la curatelle vise à protéger le majeur qui, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans certains actes de la vie civile. L'assentiment du curateur est alors forcément requis. L'alinéa 2 dudit article précise donc logiquement que « La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur conclure un contrat de fiducie ni faire emploi de ses capitaux ».

115. En deuxième lieu, la LME a totalement interdit la constitution d'une fiducie par un majeur protégé par une tutelle. À la différence du curateur, le tuteur ne

protection juridique prévue au présent chapitre ». Quoiqu'il en soit, il est regrettable que le législateur n'ait pas pris la peine de mettre à jour ce renvoi en 2007. Ce n'est qu'à compter du 1^{er} octobre 2016, avec la réforme du droit des contrats, que cela a été fait : art. 1146, 2^o (nouv.) issu de l'art. 2, Ord. n^o 2016-131, *op. cit.*

⁵⁴⁸ V. n^o 142 s., *infra*.

⁵⁴⁹ Loi de modernisation de l'économie : L. n^o 2008-776, *op. cit.*

⁵⁵⁰ En vertu de l'article 435 du Code Civil, la personne protégée par une sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits, y compris celui de conclure seule, à moins qu'un mandataire ait été nommé par un juge au moyen de l'art. 437, al. 2 *in fine*. À noter que dans le cadre de la réforme du droit de la famille, à compter du 1^{er} janvier 2016, une habilitation familiale est été instaurée en marge de la tutelle et de la curatelle des majeurs. Il s'agit de permettre aux proches d'une personne hors d'état de manifester sa volonté de la représenter pour une durée déterminée. L'habilitation peut porter sur des décisions patrimoniales ou concerner la personne représentée : art. 494-1 à 494-12 issus de l'art. 10, Ordonnance n^o 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille (JO n^o 0240, 6 octobre 2015, p. 19304, texte n^o 10), *NOR JUSC1518093R*.

pourra pas donner son assentiment dans la mesure où l'article 509, 5° du Code civil dispose spécifiquement que « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation (...) transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ». La tutelle protégeant les personnes ayant besoin d'être représentées de manière continue dans les actes de la vie civile, il semble hautement improbable que le juge autorise sa mise en place sans prévoir d'inclure dans les attributions du tuteur les actes de disposition. Par ricochet, la fiducie exclut donc entièrement les biens d'une personne en tutelle.

116. En troisième lieu, la LME⁵⁵¹ a créé un article 408-1 au Code civil, pour empêcher que les biens ou droits d'un mineur puissent être transférés dans un patrimoine fiduciaire. La formulation du Code est limpide : « Les biens ou droits d'un mineur ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire ». À l'instar de ce qui a été prévu pour les majeurs protégés, la loi s'attache aux seuls biens et droits compris dans le patrimoine de la personne protégée, et non à la personne titulaire de ces biens et droits. Aussi, lorsqu'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel permet à une autre personne d'accomplir des actes portant directement sur les biens ou droits de la personne protégée, en lieu et place de celle-ci, les dispositions protectrices de la loi ont vocation à s'appliquer.

Ainsi, il fait peu de doute qu'un mineur seul ne peut pas transférer ses biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire⁵⁵². De même, un tuteur ne peut pas constituer une fiducie avec les biens relevant du patrimoine du mineur dont il a la charge, quand bien même cela serait dans l'intérêt de ce dernier. Cette restriction, au diapason des autres dispositions, trahit parfaitement les imperfections récurrentes du régime de la fiducie nommée. Comment expliquer autrement que la loi empêcherait un tuteur de constituer une fiducie sur les valeurs mobilières d'un

⁵⁵¹ Art. 18, V, L. n° 2008-776, *op. cit.*

⁵⁵² Néanmoins, l'insertion de l'article 408-1 dans une section relative à la tutelle peut poser question (Livre I^{er} : Des personnes ; Titre X^{ème} : De la minorité et de l'émancipation ; Chapitre I^{er} : De la minorité ; Section 2 : De la tutelle ; Sous-Section 2 : De l'organisation et du fonctionnement de la tutelle ; Paragraphe 3 : Du tuteur). S'agissait-il pour le législateur de circonscrire la disposition visée à la seule tutelle ? Les représentants légaux d'un mineur pourraient alors constituer une fiducie en lieu et place de ce dernier. De même, un mineur émancipé pourrait-il être seul constituant à une fiducie ? En réalité, la formulation simple et claire du législateur semble plutôt attester l'hypothèse d'une maladresse dans la localisation de la disposition. Il eût sans doute été plus cohérent d'insérer cette disposition au sein des dispositions générales relative à la minorité au début du Titre X (De la minorité et de l'émancipation) du Livre I^{er} (Des personnes) du Code civil (en créant un nouvel article 388-4 par ex.).

mineur alors qu'elle l'autoriserait, après accord du conseil de famille ou du juge, à conclure un contrat pour la gestion des valeurs mobilières et instruments financiers de celui-ci ⁵⁵³ ? C'est sans doute pour corriger cette petite incohérence que le Gouvernement a profité de ses travaux visant à simplifier le droit de la famille pour créer un article 387-2 disposant clairement qu'un administrateur légal ne peut pas, même avec une autorisation, « transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur ⁵⁵⁴ ». Désormais, toutes ces interrogations semblent définitivement tranchées⁵⁵⁵. Manifestement, aux yeux des pouvoirs publics, la fiducie nommée est un acte définitivement trop grave (ou dangereux ?) pour qu'un mineur en soit le constituant. Il est pourtant très dommage de se priver de la fiducie pour la gestion du patrimoine d'un mineur, notamment lorsque la gestion d'une entreprise est en jeu.

117. À l'inverse, la loi relative à la fiducie permettait dès l'origine de déterminer clairement ce qu'il advient lorsque le constituant fait l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle pendant l'exécution du contrat. Le législateur prévoit cette éventualité sans envisager la remise en cause du contrat à l'article 2022 du Code civil. Il précise que le fiduciaire rendra alors 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 ». De même, lorsque le constituant fait l'objet d'une mesure de curatelle en cours de fiducie, « le fiduciaire rend compte de sa mission, dans les mêmes conditions, au constituant et à son curateur ». Une lecture *a contrario* de l'article 2022 valide la continuation de contrat de fiducie. Néanmoins, le droit commun prévoit que, dans les cinq ans de la date du jugement d'ouverture de la mesure de protection :
« Les obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture (...) peuvent être réduites sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles,

⁵⁵³ C. civ., art. 500, al. 3.

⁵⁵⁴ C. civ., art. 387-2, 4° issu de l'Ord. n° 2015-1288, *op. cit.*, art. 3. La disposition en question est applicable dès son entrée en vigueur aux administrations légales en cours.

⁵⁵⁵ La notion d'administration légale comprenant *a priori* toutes les situations d'administration des biens d'un mineur, que ce soit par le ou les parents, soit par une personne nommée. V° Administration - légale : CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés⁵⁵⁶ ».

Aussi, le contrat de fiducie pourrait quand même être remis en cause sur la base de l'incapacité du constituant. Pour ce faire, il faudra alors que ce dernier fasse l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle moins de deux ans avant la publicité de la mesure et que le cocontractant⁵⁵⁷ ait eu vent de l'altération des facultés mentales lors de la conclusion. Autant dire que la preuve sera difficile à rapporter et que l'annulation sera compliquée à obtenir.

Cette question s'avère moins complexe en ce qui concerne un fiduciaire personne physique (b).

b. Le fiduciaire personne physique

118. Si l'article 2022 du Code implique qu'un jugement de tutelle ou de curatelle ne met pas fin à un contrat de fiducie en cours, il convient de préciser que le législateur y a vu un cas d'incompatibilité de fonctions. L'article 445 du Code civil a en effet été doté d'un troisième alinéa par la loi LME⁵⁵⁸. Celui-ci précise que « Le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer une charge curatéliaire ou tutélaire à l'égard du constituant ». L'objectif poursuivi par le législateur est d'empêcher la survenance de conflits d'intérêts entre la fonction de fiduciaire et la fonction de curateur ou de tuteur. Aussi, l'incapacité du constituant engendre l'incapacité du fiduciaire à exercer la charge de tuteur ou de curateur pour celui-ci.

119. Par ailleurs, il convient de noter que la question de la capacité de l'avocat fiduciaire est également traitée par le Code civil. En effet, en tant que personne physique, l'avocat est en principe capable. Mais à la différence des autres personnes autorisées par la loi à agir en tant que fiduciaire⁵⁵⁹, la capacité d'exercice de la fonction de fiduciaire par l'avocat est entièrement dépendante de cette qualité professionnelle. De ce fait, le contrat de fiducie prend fin de droit lorsque le

⁵⁵⁶ L. n° 2007-308, *op. cit.*, art. 7.

⁵⁵⁷ C'est-à-dire le fiduciaire ou éventuellement le bénéficiaire.

⁵⁵⁸ L. n° 2008-776, *op. cit.*

⁵⁵⁹ V. n° 153 s., *supra*.

fiduciaire fait l'objet d'une mesure d'interdiction temporaire, de radiation ou encore d'omission du tableau de l'Ordre⁵⁶⁰.

Aussi, autant la question de la capacité des parties au contrat de fiducie est sujette à de nombreuses dispositions, autant la question de leur consentement demeure relativement discrète (B).

B. Le consentement des parties au contrat de fiducie

120. La notion de consentement est la traduction juridique de la volonté qu'une personne exprime de s'engager personnellement et/ou d'engager ses biens. La question du consentement des parties au contrat de fiducie ne faisant pas l'objet de dispositions particulières de la loi, il convient de s'en remettre, une nouvelle fois, au droit commun (1). Ce recours n'élide cependant pas les spécificités de la fiducie nommée sur ce point (2).

1. Les dispositions relevant du droit commun

121. L'article 1109 du Code civil rappelle qu'il n'y « pas de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur, été extorqué par violence ou surpris par dol ». Le contrat de fiducie, à l'instar de tous les autres types contractuels, est donc susceptible d'être remis en cause par les vices du consentement⁵⁶¹. Pourtant, compte tenu de l'ordre public de direction qui caractérise le formalisme propre à la fiducie nommée, la bonne information éclairant le consentement respectif des parties semble assurée⁵⁶². Par ailleurs, la philosophie de la fiducie⁵⁶³ se tournant résolument vers le monde des affaires, l'éventualité qu'une partie soit mal informée

⁵⁶⁰ C. civ., art. 2029, al. 2. À noter que l'omission se distingue des deux autres situations en ce qu'il s'agit d'un acte volontaire. Chaque avocat peut demander, à tout moment, son retrait du tableau de l'Ordre auquel il appartient. Les raisons sont diverses et variées, allant de la convenance personnelle, à l'exercice d'une activité incompatible avec la profession d'avocat, en passant par les motifs médicaux.

⁵⁶¹ À compter du 1^{er} octobre 2016, les vices du consentement sont énoncés à l'art. 1130 (nouv.) : « L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

⁵⁶² Notamment celle découlant des mentions impératives à la validité de l'*instrumentum* et précisées à l'art. 2018. V. n° 214 s, *infra*.

⁵⁶³ Et la pratique qui en découle.

semble peu probable, grâce notamment au rôle prépondérant des conseils. Pour autant, une sanction est prévue avec la nullité de l'acte pour défaut de consentement. Néanmoins, cette nullité ne sera que relative puisque seule la partie dont le consentement aura été vicié pourra la demander en justice⁵⁶⁴.

122. Lorsqu'une opération de fiducie se déroule comme prévu, le bénéficiaire est une partie au contrat de fiducie. Il acquiert ce statut en acceptant le bénéfice de la fiducie, soit dès la signature du contrat, soit *in fine*. Pour autant, son acceptation et sa participation ne sont pas des préalables à l'existence et la validité de l'opération et du contrat. Le bénéficiaire désigné dans le contrat de fiducie ne dispose que d'une possibilité d'accepter le bénéfice de la fiducie. D'ailleurs, la loi a explicitement prévu les cas où la fiducie prendrait fin en l'absence de bénéficiaire acceptant⁵⁶⁵.

En pratique pourtant, en particulier lorsque le bénéficiaire est également l'instigateur principal de l'opération, le bénéficiaire acceptera le plus souvent au moment même de la signature du contrat instaurant la fiducie. Une des questions que cet enchevêtrement de fonctions pose, est alors de savoir si le consentement du constituant qui dispose également de la fonction de bénéficiaire⁵⁶⁶, doit s'exprimer en rapport à la personne juridique ou bien à la fonction. En d'autres termes, une même personne, physique ou morale, peut-elle exprimer son consentement au titre d'une fonction⁵⁶⁷ et pas d'une autre⁵⁶⁸ ? Le constituant par ailleurs bénéficiaire acceptant doit-il exprimer deux fois un consentement, indépendant et propre à chaque fonction ? Doit-il signer et parapher deux fois l'*instrumentum* ?

Ces différentes interrogations mettent en exergue les spécificités de la fiducie nommée (2).

⁵⁶⁴ V. Cass. civ. 1^{ère}, 1 mars 1988, n° 86-17.492, Bull. 1988, I, n° 56, p. 37 Il s'agit d'une décision de principe à propos de l'erreur sur le consentement.

⁵⁶⁵ Le premier cas est prévu par l'alinéa 2 de l'article 2029 du Code civil : « Lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, (le contrat de fiducie) prend (...) fin de plein droit, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit ». Le second cas est réglé par le premier alinéa de l'article 2030 : « 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 ».

⁵⁶⁶ À titre principal ou subsidiaire.

⁵⁶⁷ De constituant par exemple.

⁵⁶⁸ Comme celle de bénéficiaire par exemple.

2. Les spécificités de la fiducie nommée

123. S'il est difficilement concevable d'accepter d'une part⁵⁶⁹ ce qui serait refusé d'autre part⁵⁷⁰, force est de constater que l'opération fiduciaire est construite sur la distinction entre des fonctions primaires et des fonctions secondaires⁵⁷¹. Sur le fond, le législateur se rapporte peu aux notions juridiques classiques de personne ou de partie. Cette originalité participe de la nature profonde de la fiducie, qui devrait permettre aux parties prenantes de bénéficier de la plus grande liberté. D'ailleurs, le fait que le législateur ait spécifiquement imposé le choix de la révocabilité du bénéfice de la fiducie, mais aussi de la possibilité pour le bénéficiaire de ne pas l'accepter⁵⁷², joue en faveur de cette dissociation. Cette solution paraît également valable pour le bénéficiaire qui serait également fiduciaire.

124. Il convient également de rappeler que le consentement juridique ne se confond pas avec acceptation sur le plan économique. Alors que sur le plan du droit, la charge d'une fiducie ne peut pas être imposée à un constituant ou à un fiduciaire, dans la vie des affaires en revanche, ce sont la négociation contractuelle et le rapport de force qui priment. Ceux-ci peuvent parfaitement contraindre un débiteur récalcitrant à consentir à une garantie, telle que la fiducie.

Aux dispositions relatives à la détermination, la capacité et le consentement des parties, la loi ajoute des conditions relatives au contenu du contrat dont l'ordonnance du 10 février 2016 modifie la teneur (§2).

⁵⁶⁹ En tant que constituant.

⁵⁷⁰ En tant que bénéficiaire.

⁵⁷¹ Les quatre fonctions de constituant, de fiduciaire, de bénéficiaire et de tiers protecteur. V. n° 137 s., *infra*.

⁵⁷² Seule l'acceptation par le bénéficiaire rend le droit de celui-ci irrévocable. Au contraire, dans le projet de 1992, le droit du bénéficiaire était irrévocable dès la signature de la fiducie. V. Proj. L. n° 2583 de 1992, *op. cit.*

§2. Les dispositions relatives au contenu du contrat de fiducie

125. Sous la plume des rédacteurs du Code civil, en vertu de l'article 1108, pour que le contrat de fiducie soit parfait, encore faut-il qu'il ait un objet certain et une cause licite. À compter du 1^{er} octobre 2016, la loi ne fait plus référence à ces deux conditions. L'article 1128 (nouv.) parle simplement d'un « contenu licite et certain ». Sous couvert de simplification⁵⁷³, le législateur ne change pas la substantielle moelle du droit positif en matière d'objet (A) et de cause (B).

A. L'objet certain du contrat de fiducie

126. L'objet constitue, avec la cause, l'un des supports de l'engagement des parties au contrat. Il s'avère donc essentiel. Il ne faut pas confondre l'objet du contrat de fiducie avec l'objet de l'opération de fiducie⁵⁷⁴. Dans le cadre des dispositions impératives à la validité des contrats, il est seulement question de la première. Celle-ci présente deux aspects (1) et demeure sujette à l'application des dispositions de droit commun (2).

1. Les deux facettes de l'objet

127. L'objet du contrat de fiducie présente deux facettes qui sont à prendre en considération avec autant d'égard pour chacune.

La première facette est visée à l'article 1108 du Code civil. Il s'agit de l'objet du contrat à proprement parler. Celui-ci doit être certain et « former la matière de l'engagement⁵⁷⁵ ». C'est l'objet au sens technique⁵⁷⁶. Pour le contrat de vente, il

⁵⁷³ Officiellement, la réforme vise notamment à « Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat » : Rapp. Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵⁷⁴ Plus souvent désignée comme finalité de l'opération. V. n° 87 s., *supra*.

⁵⁷⁵ L'art. 1128, 3° (nouv.) fait quant à lui seulement référence à un « contenu licite et certain ». En revanche, l'art. 1162 (nouv.) précise que « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties » tandis que l'art. 1163 (nouv.) ajoute que « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable » : art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵⁷⁶ V° Objet -du contrat, b : CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

s'agit d'un transfert de propriété d'une chose matérielle ou immatérielle en échange du versement d'un prix. Pour le contrat de fiducie, l'objet est plus complexe à définir. Il s'agit du transfert temporaire de biens ou de droits, voire d'un ensemble de biens ou de droits, par un constituant vers un fiduciaire, à charge pour ce dernier d'administrer les biens dans le cadre d'une mission définie dans le contrat⁵⁷⁷. La complexité de l'objet implique que le contrat reprenne précisément toutes ces composantes⁵⁷⁸ c'est-à-dire l'obligation pour le constituant de transférer la ou les choses, ainsi que l'obligation pour le fiduciaire de mener à bien la mission confiée dans le cadre du contrat.

La seconde facette de l'objet du contrat de fiducie découle de la lecture des articles 1126 à 1130 du Code civil⁵⁷⁹. En vertu du premier de ces articles, « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire⁵⁸⁰ ». Il s'agit là de l'objet du contrat au sens matériel⁵⁸¹. L'objet s'entend alors comme la ou les choses constituant la matière de l'engagement. En l'espèce, il s'agirait des éléments constitutifs du patrimoine fiduciaire : l'universalité de biens et/ou de droits transférés.

En sus aux nombreuses dispositions spéciales prévues pour la loi afin de déterminer l'assiette de la fiducie⁵⁸², les dispositions du droit commun des contrats relatives à l'objet matériel s'appliquent (2).

2. L'application des exigences de droit commun

128. Le droit commun vise classiquement l'existence, la détermination, la possibilité ainsi que la licéité de l'objet.

⁵⁷⁷ La proposition de loi envisageait l'objet du contrat de fiducie comme « un transfert de droits (...) accompagné d'une charge de gestion » : MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.* II, D. Dans le texte ensuite adopté, la fiducie constitue bien un transfert temporaire de propriété par un constituant vers un fiduciaire, à charge pour ce dernier d'assurer la gestion du patrimoine fiduciaire dans le cadre de la mission prévue par le contrat.

⁵⁷⁸ Sur le formalisme du contrat de fiducie, v. art. 2018. Égal. n° 214 s., *infra*.

⁵⁷⁹ À partir du 1^{er} octobre 2016, l'essentiel de ces dispositions se retrouve aux articles 1162 à 1171 (nouv.) : art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵⁸⁰ C. civ. art. 1126 : « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire » issu de la L. 1804-02-07, *op. cit.*

⁵⁸¹ V° Objet -du contrat, a : CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

⁵⁸² V. n° 52 s., *supra* sur l'importance de l'assiette de la fiducie dans le dispositif.

Pour que la convention soit valable quant à son objet, il est bien évidemment nécessaire que celui-ci existe. Cette existence s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. Cette nécessité est confortée par le formalisme spécial prévu par le législateur⁵⁸³. Mais classiquement, les éléments transférés ne doivent par ailleurs pas avoir été détruits, les créances doivent être certaines et les sûretés régulièrement inscrites et publiées, faute de quoi le contrat sera nul pour défaut d'objet. En revanche, cette obligation ne s'étend pas au delà de la conclusion de la fiducie.

La convention de fiducie doit également comprendre un objet déterminé. En l'occurrence, il s'agit de déterminer clairement quels sont les pouvoirs de conservation, d'administration, voire de disposition, dont dispose le fiduciaire en vertu de la fiducie⁵⁸⁴.

L'objet de la convention doit encore être possible. Il s'agit essentiellement de s'assurer que les éléments transférés n'appartiennent pas en réalité à une autre personne que le ou les constituants ; ou encore soient grevés d'une cause légale d'indisponibilité. La bonne ou mauvaise des parties foi n'aura ici aucune incidence. Une nouvelle fois, la validité contractuelle reposera sur le formalisme imposé par la loi, et auquel les parties ont tout intérêt à s'atteler méticuleusement. Du point de vue du fiduciaire, la possibilité de l'objet du contrat de fiducie ne se pose plus en terme d'éléments transférés, puisque c'est lui qui a la charge d'en assurer la gestion. Elle se pose en terme de possibilité technique d'accomplir une prestation. Ainsi, dans le cas où le contrat ne lui conférerait pas les pouvoirs nécessaires à la conduite de la mission prévue, alors l'objet serait impossible.

Enfin, le contrat de fiducie doit avoir un objet licite, c'est-à-dire qu'il ne doit pas porter sur des choses hors commerce⁵⁸⁵, ni contraires à l'ordre public⁵⁸⁶. Dans ce domaine, le contrat de fiducie ne présente aucune singularité. Il convient cependant de bien noter que seuls les droits patrimoniaux peuvent faire l'objet d'un

⁵⁸³ C. civ., art. 2018, 1° : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité (...) les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ». V. n° 214 s., *infra*.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, 6°.

⁵⁸⁵ C. civ., art. 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

⁵⁸⁶ C. civ., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

transfert en fiducie. La distinction peut être d'importance, comme dans le cas du droit d'auteur⁵⁸⁷. Ce droit dispose en effet de deux facettes, l'une ayant des attributs patrimoniaux⁵⁸⁸ et l'autre n'ayant que des attributs extrapatrimoniaux⁵⁸⁹. Ce droit moral, même s'il est transmissible aux héritiers⁵⁹⁰, n'est donc pas valorisable en argent. Il reste alors exclu de l'assiette de la fiducie nommée, à l'instar des tous les autres droits fondamentaux.

Tandis que la question de l'objet est consubstantielle aux dispositions spéciales de la loi du 19 février 2007, celle relative à la cause de fiducie demeure plus difficile à appréhender. Cela est encore plus vrai après l'ordonnance réformant les contrats (B).

B. La cause licite du contrat de fiducie

129. De même que pour l'objet, la cause du contrat de fiducie peut *a priori* se confondre avec la cause de l'opération fiduciaire. En réalité, la cause du contrat et de l'opération sont deux choses bien distinctes⁵⁹¹. La cause dont il est ici question était traditionnellement l'une des conditions essentielles de validité du contrat⁵⁹² (1). Au sortir de l'ordonnance de 10 février 2016⁵⁹³, elle n'est toutefois plus mentionnée dans le Code civil. Pour autant, l'objectif de licéité qu'elle assurait n'est pas complètement oublié (2).

⁵⁸⁷ C. propr. intell., art. L111-1 s.

⁵⁸⁸ Qui confèrent au titulaire un monopole d'exploitation économique sur l'œuvre : art. L111-1, al. 1 : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

⁵⁸⁹ *Loc. cit.*, al. 2 : « Ce droit (d'auteur) comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent Code ». C'est le droit moral qui doit notamment permettre d'assurer le respect de l'intégrité de l'œuvre.

⁵⁹⁰ C. propr. intell., art. L121-1 : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires ».

⁵⁹¹ Plus souvent désignée comme finalité de l'opération. L'objet et la cause de l'opération de fiducie se confondant alors.

⁵⁹² C. civ., art. 1108 (av. le 1^{er} octobre 2006).

⁵⁹³ Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

1. Une condition traditionnelle

130. Le contrat de fiducie, à l'unisson des autres contrats conclus sous l'empire du Code Napoléon, doit justifier d'une cause⁵⁹⁴. Celle-ci doit alors à la fois exister⁵⁹⁵ et être licite.

L'existence de la cause procède normalement d'un contrôle objectif. C'est la cause abstraite ou objective de l'obligation qui demeure toujours la même selon le type de contrat dont il est question. Dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation de chacune des parties se trouve dans l'objet de l'obligation de l'autre. Classiquement, la cause de l'obligation du vendeur se trouve dans le paiement du prix, tandis que la cause de l'obligation de l'acheteur se situe dans la délivrance de la chose. Dans un contrat unilatéral, l'existence de la cause est plus difficile à constater dans la mesure où une partie s'engage sans contrepartie⁵⁹⁶. Aussi, la jurisprudence considère-t-elle habituellement que la cause abstraite réside dans l'intention libérale. L'article 1132 pose une présomption d'existence de la cause⁵⁹⁷. Il revient donc à celui qui la conteste d'établir que son engagement en est dépourvu.

La licéité de la cause obéit quant à elle à un contrôle subjectif. Pour que la cause du contrat soit licite, elle ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il convient donc de rechercher les motivations personnelles de chacun des cocontractants. Contrairement à la cause de l'obligation, la cause du contrat varie selon la personne dont il est question. Le défaut de cause entraîne la nullité du contrat. La charge de la preuve pèse sur celui qui prétend que la cause est illicite.

131. La conception contemporaine de la cause promeut une cause dualiste, alliant conception objective classique⁵⁹⁸ et conception subjective moderne⁵⁹⁹. La

⁵⁹⁴ C. civ., art. 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » issu de la L. 1804-02-07, *op. cit.* Abrogé par l'art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵⁹⁵ Ce qui paraît évident, sinon que cela implique qu'on puisse, le cas échéant, en rapporter la preuve.

⁵⁹⁶ Comme c'est le cas pour une donation.

⁵⁹⁷ « La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée » issu de la L. 1804-02-07, *op. cit.* Abrogé par l'art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁵⁹⁸ Défendue par Domat, puis Pothier, et qui vise à protéger le consentement des parties.

⁵⁹⁹ Défendue par Capitant.

fiducie nommée ne pouvant être un acte à titre gratuit⁶⁰⁰, il s'agit dans un premier temps de s'assurer que la cause de l'obligation des parties réside dans la contrepartie attendue de l'autre contractant. Le constituant se dépouille de certains biens ou droits car il charge le fiduciaire d'une mission particulière. Le juge pourra ainsi analyser l'intérêt économique du contrat pour les parties⁶⁰¹. En ce sens, la cause se confond avec la finalité de l'opération de fiducie inscrite dans le contrat⁶⁰².

Longtemps discutée et malgré un intérêt doctrinal toujours vivace⁶⁰³, la cause a vocation à disparaître du Code civil (2).

2. Une condition réformée

132. Initiée lors du bicentenaire du Code civil, la réforme du droit des contrats entérine une réflexion menée depuis des années sur la grande tradition juridique française de la cause. Cette remise en cause de la cause s'explique premièrement par la volonté du législateur de simplifier le droit et de consacrer une vision plus économique dans le Code civil. Cet argument, qui ne peut que réjouir les entrepreneurs, s'accompagne de la volonté de prendre en compte, en droit interne, les droits étrangers ainsi que leurs différentes pratiques. Or, la cause demeure une exception au regard des droits et des systèmes juridiques étrangers. Par ailleurs, force est de constater que même parmi la doctrine favorable à son maintien, des auteurs s'accordent à reconnaître qu'il s'agit d'un concept très complexe affectant la lisibilité du droit français. C'est pourquoi, dès 2006, la Chambre de Commerce et

⁶⁰⁰ Sous peine de nullité d'ordre public prévue à l'article 2013. V. n° 203 s., *infra*.

⁶⁰¹ Cette acception se plaçant dans la droite ligne de la visée économique de l'opération de fiducie. V. n° 64 s., *supra*.

⁶⁰² V. n° 87 s., *supra*.

⁶⁰³ « Avec un brin d'insolence et de désinvolture, il n'est pas interdit de se demander si la matière ne souffre pas d'un trop faible 'rendement doctrinal'. Car enfin, les meilleurs s'y sont essayés pour un résultat malgré tout assez décevant. Si tel est le cas, ce n'est pas que les meilleurs soient moins bons qu'on le pensait, c'est plutôt qu'ils ont travaillé à l'aide d'un outil d'une qualité assez moyenne » : X. LAGARDE. « Sur l'utilité de la théorie de la cause ». *D.*, 2007, p. 740, n° 1. V. not. J. GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris : LGDJ, 2006, X-944 p. ; J. ROCHFELD. *Cause et type de contrat*. Paris : LGDJ, 1999, IX-632 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 311). Sur les évolutions doctrinales récentes, v. égal. D. MAZEAUD. « La cause, une notion dans le vent... ». *D.*, 2013, p. 686.

d'Industrie Paris Île-de-France s'était prononcée en faveur d'une simplification en la matière⁶⁰⁴.

133. Ainsi, à compter du 1^{er} octobre 2016, la cause disparaît formellement du Code civil suite au projet Catala qui a finalement été repris dans une loi relative à la modernisation et à la simplification du droit⁶⁰⁵. Cette loi a habilité le Gouvernement à réformer le droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve, par voie d'ordonnance. Entre un droit « conceptuel (...) abstrait, mais plus facilement utilisable par la jurisprudence pour s'adapter aux innovations⁶⁰⁶ », et « un droit plus descriptif, plus lisible pour les citoyens, mais moins souple pour le juge⁶⁰⁷ », le législateur a tranché pour ce dernier en annonçant la suppression de la notion de cause dans le Code civil⁶⁰⁸.

Toutefois, la formulation de l'article 1128 nouveau, qui n'évoque plus un objet certain et une cause licite mais plus largement un « contenu licite et certain du contrat », semble revenir à la seule suppression du vocable. En effet, la licéité de l'engagement demeure impérative pour toutes les fiducies conclues après l'entrée en vigueur de l'ordonnance. D'ailleurs, la force obligatoire du contrat apparaît contrebalancée par un certain nombre de dispositions nouvellement consacrées par la loi. C'est en particulier le cas de la théorie de l'imprévision, permettant au juge non seulement de mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, mais

⁶⁰⁴ Sur ce point, v. part. : D. KLING (dir.). *Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires – Réactions de la CCIP à l'avant-projet Catala*. Paris : Synthèse du rapport de Monsieur Didier Kling au nom de la Commission du Droit de l'Entreprise, 19 octobre 2006, 61 p.

⁶⁰⁵ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JO n° 40, 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1), NOR JUSX1326670L.

⁶⁰⁶ T. MOHAMED SOIHILI. *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*,. Paris : Sénat, 15 janvier 2014, 198 p. N° 288, spéc. p. 21 et 22.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ Et ainsi asseoir le triomphe tardif de la théorie anticausaliste éminemment soutenue dans une grande adversité par Planiol : M. PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des facultés de droit*. 6^{ème} éd. Paris : LGDJ, 1901 1900 En particulier les Tomes 6 et 7, puis 10 et 11. Cette œuvre sera reprise par Ripert : M. PLANIOL, G. RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. Paris : LGDJ, 1934.

également de réviser le contrat⁶⁰⁹. Aussi, en réalité, il semble que le législateur ne s'est pas totalement dépouillé de ce qui faisait l'intérêt pratique de la cause.

⁶⁰⁹ C. civ., art. 1195 (nouv.) : art. 2, Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

134. Lors des travaux préparatoires visant l'intégration de la fiducie nommée à l'ordre juridique national, le législateur s'est inspiré tant du droit antérieur que de droits étrangers. Les références à la *fiducia* et à l'existence de différentes fiducies civilistes étrangères y sont certaines. De cette vision civiliste, découle l'idée selon laquelle l'opération fiduciaire ne peut se matérialiser en droit français qu'au travers du contrat⁶¹⁰. Dès l'origine, le législateur avait prévu que la fiducie nommée s'articule autour d'un contrat spécial⁶¹¹. Certes, la fiducie est une opération dont l'attrait va au-delà du seul véhicule contractuel qu'il empreinte. Mais dans une optique entrepreneuriale, la fiducie nommée ne peut se réaliser que contractuellement. Selon un auteur, la fiducie nommée serait même la nouvelle étoile scintillante de notre « voie lactée contractuelle⁶¹² » puisque son régime est organisé autour d'un contrat spécial. Le véhicule contractuel, même s'il n'était pas par nature le seul susceptible de recueillir l'opération fiduciaire, semble le plus à même d'offrir la liberté rédactionnelle si nécessaire aux spécificités de chaque situation entrepreneuriale. La fiducie nommée apparaît d'autant plus attrayante qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un droit des contrats réformé. En effet, l'ordonnance 2016⁶¹³ a pour objectif, selon le Garde de Sceaux, de « rénover sans bouleverser pour que le droit soit plus adapté aux besoins pratiques des particuliers et des entreprises⁶¹⁴ ».

135. Malgré les différents obstacles qui semblaient s'opposer à l'instauration de la fiducie en droit français avant 2007, son principe est désormais bien établi. Aujourd'hui, il est même difficilement envisageable que la fiducie disparaisse du paysage juridique national. Son régime, quant à lui, n'est pas gravé dans le marbre. Au contraire, il est d'autant plus susceptible d'évoluer que la fiducie nommée demeure un mécanisme récent, sans enracinement historique qui serait susceptible de le

⁶¹⁰ Sauf la possibilité d'instaurer une fiducie nommée par la loi : art. 2012, al. 1 du Code civil. Mais ce cas de figure demeure pour le moment anecdotique et encore plus dans le cadre entrepreneurial.

⁶¹¹ Dès l'origine, la proposition de loi du sénateur Marini exposait très clairement cette volonté dans les dispositions générales qui précisaient que « La fiducie créera donc un nouveau type de contrat spécial. (...) La fiducie crée une forme de propriété modelée. Elle n'est donc pas la création d'un nouveau droit réel », v. MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.* (II. Dispositions générales).

⁶¹² PUIG. « La fiducie et les contrats nommés », *op. cit.*

⁶¹³ Ord. n° 2016-131, *op. cit.*

⁶¹⁴ Compte rendu du Conseil des ministres du 10 février 2016 (Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve d'obligations).

figer dans le temps. D'ailleurs, rapidement après la loi n° 2007-211, le régime de la fiducie nommée a fait l'objet de modifications substantielles⁶¹⁵. L'objet principal de ces premières évolutions était de revenir sur certaines limitations qui entamaient clairement l'attrait du mécanisme. Elles n'ont malheureusement pas permis d'améliorer l'adéquation du régime de la fiducie nommée aux spécificités entrepreneuriales (Titre II).

⁶¹⁵ Soit dix-huit mois plus tard avec la L. n° 2008-776, *op. cit.*

Titre II. Un régime inadapté aux spécificités
entrepreneuriales

136. L'entrepreneuriat, défini comme la condition du dirigeant-propriétaire⁶¹⁶, implique l'appartenance de ladite personne physique à deux paradigmes séparés sur le plan juridique. Le premier est celui de l'entreprise, conçue comme une unité économique. L'entrepreneur y est un dirigeant dont la dénomination et les attributs varient selon la forme d'exercice de l'activité. Cette sphère professionnelle est habituellement traitée par ce qu'il convient d'appeler, au sens large, le droit de l'entreprise. Ce sont les règles qui régissent la création, la gestion, le contrôle, le développement ou encore les difficultés de l'entreprise. Au contraire, le second paradigme est celui de la situation personnelle de l'entrepreneur. Il est constitué de tous les paramètres propres à celle-ci. Il s'agit principalement de la famille, de la capacité des personnes, de leur patrimoine et de leurs successions. C'est la sphère la plus personnelle du dirigeant-propriétaire.

Le dialectique entrepreneuriale est ainsi constituée de deux paradigmes autour desquelles l'entrepreneur se fait fort de trouver un équilibre. L'implication patrimoniale du dirigeant irrigue ainsi la gouvernance de l'entreprise tandis que le sort personnel de l'entrepreneur dépend de la santé de l'entreprise. C'est cette implication patrimoniale qui constitue le cœur de la spécificité entrepreneuriale. C'est elle qui explique que l'entrepreneur ne dirige pas son entreprise de la même manière qu'un dirigeant-non propriétaire. Il ne s'intéresse ainsi pas aux mêmes thématiques. En effet, la situation entrepreneuriale n'est pas seulement constitutive de deux thématiques, celle de la sphère privée⁶¹⁷ et celle de la vie professionnelle⁶¹⁸. Non, l'entrepreneuriat connaît une troisième grande thématique qui se situe au carrefour des deux premières. Il s'agit de la pérennisation patrimoniale. Elle vise principalement la transmission de l'entreprise, ce qui touche à la fois le patrimoine privé et le patrimoine professionnel⁶¹⁹ de l'entrepreneur. Il y est question de la gouvernance et de la survie de l'unité économique après le départ de l'entrepreneur, mais également du sort des héritiers. De fait, de par sa double casquette de

⁶¹⁶ V. n° 30, *supra*.

⁶¹⁷ C'est-à-dire la prise en compte de la situation personnelle de l'entrepreneur et la poursuite de ses intérêts propres, ainsi que ceux de sa famille et/ou de ses proches.

⁶¹⁸ C'est-à-dire la gouvernance de l'unité économique, indépendamment des spécificités de celle-ci.

⁶¹⁹ Sur l'existence et la reconnaissance du patrimoine professionnel en droit français, v. not. F. COLASSON. « Le patrimoine professionnel ». Thèse de doctorat. Limoges : Université de Limoges, 2004, 418 p. V. en particulier l'articulation entre la réalité économique (p. 17 s.) et le pragmatisme de l'administration fiscale (p. 100 s.).

dirigeant et de propriétaire, émergent des questions liant l'entreprise et la famille du dirigeant⁶²⁰, ou mêlant des considérations pécuniaires et d'autres non-évaluables en argent.

Compte-tenu de la variété des situations entrepreneuriales, ces interrogations peuvent prendre des formes assez différentes. Toutefois, le dénominateur commun est toujours celui de la personne du dirigeant-propriétaire. Or, le régime de la fiducie, tel qu'issu de la loi n° 2007-211 et des textes subséquents⁶²¹, apparaît peu adapté à ces spécificités entrepreneuriales. Il tend en effet à évacuer les thématiques relatives à la personne de l'entrepreneur ainsi qu'à l'articulation entre patrimoine personnel et patrimoine professionnel. Ce penchant de la fiducie nommée pour des considérations bancaires et financière apparaît clairement au travers des modalités d'accès restrictives de la fiducie nommée (Chapitre 1), de même que par ses modalités d'encadrement (Chapitre 2).

⁶²⁰ La pérennisation d'une situation entrepreneuriale menant le plus souvent vers une « entreprise familiale ». Toutefois, la famille n'est pas le seul prisme d'appréciation de la transmission puisqu'elle peut s'organiser autour de collaborateurs, de proches, etc. V. n° 28 s., *infra*.

⁶²¹ Principalement, L. n° 2008-776, *op. cit.* ; Ord. n° 2008-1345, *op. cit.* ; Ord. n° 2009-112, *op. cit.* ; L. n° 2009-526, *op. cit.*

Chapitre 1. Des modalités d'accès trop restrictives pour l'entrepreneur

137. La fiducie est une opération de transfert de propriété⁶²² d'une personne vers une autre, laquelle agira au profit d'une troisième. Ladite opération, puisqu'elle recouvre la forme contractuelle⁶²³, devrait alors réunir au moins trois parties ou personnes cocontractantes. En réalité, au lieu de parties à proprement parler⁶²⁴, la loi française reconnaît plutôt des « fonctions », c'est-à-dire des rôles exercés par une personne au sein d'une opération. En l'occurrence, les personnes agissant dans le cadre de l'opération fiduciaire peuvent cumuler plusieurs fonctions sans pour autant être parties au contrat. D'ailleurs, pour que le transfert fiduciaire ait lieu, nul besoin que le bénéficiaire soit une partie au contrat⁶²⁵. La fiducie se rapproche sur ce point d'une stipulation pour autrui⁶²⁶.

Mais cette approche illustre surtout le caractère novateur de la fiducie nommée, qui est avant tout une opération juridique, et qui ne se confond pas totalement avec le véhicule contractuel qu'elle emprunte. De plus, ces fonctions sont accessibles à des personnes revêtant certaines qualités précisément encadrées⁶²⁷. Cet encadrement législatif est fondamental car il détermine quelles

⁶²² Sur la nature du transfert fiduciaire, v. n° 38 s., *supra*.

⁶²³ V. n° 85 s., *supra*.

⁶²⁴ Le terme de « partie » s'entend ici comme synonyme de « partie contractante », c'est-à-dire correspondant à toute personne liée par un accord auquel elles ont souscrit.

⁶²⁵ « Le bénéficiaire n'est pas partie au contrat ; il se trouve dans une situation semblable au tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui » : DE ROUX. *Rapp. prop. L. n° 3385, op. cit.*, p. 9.

⁶²⁶ C. civ., art. 1121 : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». V. not. C. LARROUMET. « Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé ». Thèse de doctorat. Bordeaux : Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1968, 586 p. ; J. FRANÇOIS. « Les opérations juridiques triangulaires attributives : stipulation pour autrui et délégation de créance ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 1994 ; C. LARROUMET, D. MONDOLONI. « Stipulation pour autrui ». *Rép. civ. Dalloz*, mars 2010.

⁶²⁷ Quelles que soient ces spécificités, les fonctions prévues par la loi restent toujours réservées à des entités disposant de la capacité juridique. Il s'agit principalement des personnes, physiques ou morales, quelle que soit la forme juridique de ces dernières (société, association, etc.). Par conséquent, cela exclut les masses, les indivisions ou encore certains groupements comme les sociétés en participation et les sociétés créées de fait.

personnes peuvent utiliser la fiducie. Or, limiter les utilisateurs, c'est indirectement limiter les utilisations. C'est donc en partie sur l'acceptation des fonctions de la fiducie nommée que repose l'étendue, et ainsi le succès ou non, du dispositif en droit français. Ainsi, les modalités d'accès aux fonctions constitutives de la fiducie nommée font comprendre que le législateur ne destinait *a priori* pas la fiducie aux thématiques de l'entrepreneur. Cette inadaptation du régime de la fiducie nommée aux spécificités entrepreneuriales transparait dans les quatre fonctions, qui sont ventilées entre celles que la loi pose comme nécessaires à la mise en place de l'opération fiduciaire, et celles qui ne le sont pas. Les premières fonctions peuvent être qualifiées de primaires car elles sont dévolues aux personnes impérativement parties au contrat dès son origine (Section 1). Les secondes seront alors qualifiées de secondaires (Section 2).

Section 1. Au niveau des fonctions primaires

138. La fiducie nommée est un acte conclu *intuitu personæ*⁶²⁸ qui lie avant tout, un ou des constituants avec un ou des fiduciaires. Pour être valide, toutes les personnes occupant ces deux types de fonctions doivent être parties au contrat dès sa conclusion. La primauté des fonctions de constituant et de fiduciaire a pour corollaire leur surveillance étroite de la part du législateur. Ainsi, l'article 13 de la loi 2007-211 précise que le constituant et le fiduciaire doivent tous deux être résidents d'un État de la Communauté européenne. À défaut, il faut que leur État ou territoire de résidence ait conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions et contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale. Le texte ne précise pas expressément s'il retient la notion de résidence au sens civil ou au sens fiscal.

⁶²⁸ Le caractère *intuitu personae*, assez rare dans les contrats translatifs de propriété, est particulièrement fort dans le contrat de fiducie. En écho à ses racines latines, la fiducie repose sur la confiance accordée entre les parties. Le caractère *intuitu personae* est alors double. Il est subjectif en ce qu'il s'attache à des personnes précisément identifiées (voire identifiables pour le ou les bénéficiaires). Il est objectif en ce qu'il porte que sur certaines qualités, en particulier en ce qui concerne le fiduciaire. Sur ce point, v. not. G. KOSTIC. « L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé ». Thèse de doctorat. Paris : Université Paris V Descartes, 1997, 476 p.

Au sens civil, la résidence, qui se distingue du domicile⁶²⁹, est le lieu où une personne physique demeure effectivement de manière stable et auquel la loi attache des effets de droit⁶³⁰. Sur le plan fiscal, la distinction est plus subtile. La notion de résident fait référence à l'état de contribuable dans les conventions fiscales internationales. Il s'agit de déterminer dans quel État ou territoire l'impôt sera dû. Or, ces conventions n'édicte des règles permettant de déterminer où l'impôt est dû que dans le cas où les règles internes à chaque État sont en concurrence. Celles-ci ont donc vocation à s'appliquer préalablement en fonction du type d'impôt dont il est question. En France, c'est par exemple le cas de l'article 4-B du CGI qui définit le domicile fiscal des personnes physiques redevables de l'impôt sur le revenu (IR). Les notions de résidence et de domicile sont alors inextricablement liées. En revanche, pour les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés (IS), il convient plutôt de parler du lieu de situation du principal établissement, du lieu où est assurée la direction effective de la société, du lieu de son siège social ou encore du lieu d'exercice de ses activités ou de situation de ses biens⁶³¹. Il n'est nullement question de résidence. Il convient d'en déduire que cette notion ne se regarde qu'à la seule lumière des conventions fiscales internationales⁶³².

139. Une nouvelle fois, le spectre de la fraude fiscale s'imisce dans l'acception de l'opération de fiducie par le législateur français. Une telle condition devait-elle s'imposer à un contrat nommé du Code civil ? Peut-être pas. D'autant que la grande majorité des États et territoires dans le monde a conclu une telle convention avec la France⁶³³. De plus, les gouvernements successifs ayant fait de la lutte contre l'évasion fiscale internationale un axe majeur de la politique conventionnelle française, les conventions fiscales sur l'imposition relative au revenu ou à la fortune

⁶²⁹ C. civ., art. 102, al. 1 : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». Il ne se confond pas avec la résidence avec lequel il coïncide pourtant souvent : V° Domicile, CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

⁶³⁰ V° Résidence, *ibid.*

⁶³¹ CGI, art. 218 A.

⁶³² V. également en ce sens GOUTHIERE, LOPATER, et BLANDIN. *La fiducie : mode d'emploi, op. cit.*, spéc. n° 635.

⁶³³ Au 12 septembre 2012, 122 États ou territoires étaient officiellement liés à la France par une convention fiscale. V. ANNEXE - INT - Liste des conventions fiscales conclues par la France BOFiP-Impôts, *BOI-ANX-000306-20130923*.

reprennent le modèle de l'OCDE⁶³⁴. Celui-ci prévoit une clause d'échange de renseignements⁶³⁵ et une clause d'assistance au recouvrement⁶³⁶. Enfin, depuis la publication de la loi instituant la fiducie en 2007, les dispositifs de lutte contre la fraude ou l'évasion fiscale ont été améliorés. Ainsi, la France a conclu des accords d'échange de renseignements avec des États sinon placés sur une liste noire, au moins considérés comme suspects⁶³⁷.

Soumises à des dispositions fiscales communes, les fonctions de constituant (§1) et de fiduciaire (§2) font également l'objet de mesures qui leurs sont propres.

§1. La fonction de constituant

140. La fonction de constituant, qui initie⁶³⁸ l'opération de fiducie, fait l'objet de certaines restrictions. Celles-ci s'avèrent diverses et s'intéressent autant à la nature même des personnes (A) qu'à leurs spécificités (B).

A. La nature des constituants

141. À l'origine, la loi n° 2007-211 voyait son spectre limité à quelques applications bancaires et financières, en n'ouvrant la fonction de constituant qu'à certaines personnes morales (1). L'entrepreneur était donc par définition exclu de l'exercice de la fiducie nommée. Sous la pression d'une partie de la doctrine et surtout de nombreux praticiens, le législateur finit par en libérer entièrement l'accès dès 2008 (2).

⁶³⁴ OCDE (collectif). *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*. Paris : OCDE, 2012, Volumes I et II (maj le 22 juillet 2010).

⁶³⁵ Art. 26, *ibid.*

⁶³⁶ *ibid.*, art. 27.

⁶³⁷ Liste des accords relatifs à l'échange de renseignements en matière fiscale signés par la France en vigueur au 1er juin 2012 BOFiP-Impôts, *BOI-ANX-000307-20120912*.

⁶³⁸ Il convient de noter que si le constituant initie toujours l'opération de fiducie, il n'en est pas nécessairement l'instigateur. En cas de constitution d'une sûreté par exemple, c'est le bénéficiaire (fiduciaire ou non) qui est le plus souvent à l'origine de la fiducie.

1. La limitation initiale à certaines personnes morales

142. La loi du 19 février 2007 avait instauré un article 2014 en vertu duquel seules les personnes morales soumises à l'IS pouvaient revêtir la fonction de constituant⁶³⁹. Ce point est fondamental quant à la question de l'adéquation de la fiducie nommée au à la situation entrepreneuriale. Comment imaginer un seul instant que les entrepreneurs aient véritablement été considérés comme les destinataires de la fiducie nommée quand le texte d'origine exclut clairement et simplement les personnes physiques ? Cela est d'autant plus évident que l'exclusion est affirmée clairement dans l'un des tous premiers articles insérés dans le Code civil. Cette rédaction de l'article 2014 démontre déjà les insuffisances originelles du projet de loi instaurant la fiducie nommée en droit français, en particulier à destination de l'entrepreneur⁶⁴⁰. De plus, l'interdiction prévue ne se limitait pas aux seules personnes physiques. L'article 206 du CGI, qui précise le champ d'application de l'IS, limitait indirectement l'initiation de l'opération de fiducie à certaines catégories de personnes morales. Il s'agissait à la fois des personnes imposées de droit à l'IS⁶⁴¹ et des personnes ayant opté en faveur d'une imposition à l'IS⁶⁴².

De surcroît, la formulation reprise par le législateur repoussait également d'autres entités. C'était le cas des organismes qui disposent de la personnalité juridique mais qui sont exonérées d'impôts commerciaux⁶⁴³. C'est le cas des associations visées par la loi de 1901⁶⁴⁴, des congrégations religieuses, des associations régies par la loi locale maintenue en vigueur dans les départements de

⁶³⁹ C. civ., art. 2014 (L. n° 2007-211 du 19 févr. 2007, art. 1er) : « 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 ».

⁶⁴⁰ Cette exclusion fut donc rapidement condamnée. V. not. B. HOHL. « Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie ». *JCP E*, 2007, 2052.

⁶⁴¹ CGI, art. 206, 1 : cela concerne notamment les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés civiles exerçant une activité commerciale, les sociétés coopératives et des établissements publics.

⁶⁴² CGI, art. 206, 3 : cela peut concerner les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles, les sociétés en commandite simple, les exploitations agricoles ou encore les sociétés civiles professionnelles. Sur ce point, v. C. ALBIGES. « La constitution de la fiducie ». *Dr. et patr.*, 2008, vol. 1, n° 171, p. 46, spéc. p. 48.

⁶⁴³ Dont l'IS.

⁶⁴⁴ Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (JO 2 juillet 1901, p. 4025).

la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, des fondations reconnues d'utilité publique ou encore des fondations d'entreprise⁶⁴⁵. Enfin, en sus de ces organismes sans but lucratif, certaines entités qui ne disposent pas de la personnalité juridique étaient également exclues de fait, comme les sociétés en participation.

143. Cette restriction *ratione personae* s'avérait particulièrement sévère. En effet, l'article 2014 précisait ensuite que « 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 ». Un tel rajout visait explicitement à verrouiller l'accès à la fiducie en empêchant tout contournement de la loi grâce à un premier constituant remplissant les conditions édictées.

Cette exclusion des personnes physiques et de quelques autres organismes n'apparaissait pourtant pas dans la proposition initiale. Entre le texte adopté par le Sénat puis transmis à l'Assemblée nationale⁶⁴⁶ et la « petite loi⁶⁴⁷ », le Gouvernement a explicitement tenu à limiter le dispositif au moyen de trois arguments. Tout d'abord, il était question de protéger les personnes physiques d'une utilisation de la fiducie à titre de sûreté qui éluderait les règles protectrices du droit des sûretés, c'est-à-dire qu'il aurait fallu les protéger d'eux-mêmes. Ensuite, il s'agissait d'éviter que les personnes physiques puissent se soustraire ou être soustraites aux règles successorales ou de protection des personnes vulnérables⁶⁴⁸. Enfin, lors des débats au Sénat, le Garde des Sceaux a invoqué un impératif fiscal » puisque selon lui, « la fiducie ne saurait constituer un outil d'optimisation fiscale pour les personnes physiques⁶⁴⁹ ».

En plus d'exclure arbitrairement les situations propres à l'entrepreneur, aucun de ces arguments ne convainc réellement. Il est en effet malaisé de voir en quoi le contrat de fiducie générerait plus de risque pour les personnes physiques

⁶⁴⁵V. Instruction du 18 décembre 2006 (BOI 4 H-5-06), *NOR BUD F 06 10049 J*. Dans ces cas, seul l'exercice d'une activité lucrative aurait alors pu remettre en cause cette mise à l'écart.

⁶⁴⁶ Proposition de loi adoptée par le Sénat et transmis à l'Assemblée nationale le 18 octobre 2006 (n° 3385), *Première lecture*.

⁶⁴⁷ Proposition de loi adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 7 février 2007 (Texte n° 677), *Première lecture*.

⁶⁴⁸ DE ROUX. *Rapp. prop. L. n° 3385, op. cit.*, p. 38.

⁶⁴⁹ Compte-rendu des débats au Sénat du 17 oct. 2006, *op. cit.*, p. 6711.

qu'une autre sûreté emportant réserve de propriété ou serait par nature susceptible de plus inciter les personnes à contourner les règles d'ordre public. Quant à la question de la fiscalité, il aurait sûrement été plus simple d'interdire les actes à titre non-onéreux par le biais de la fiducie ou encore d'instaurer une véritable transparence fiscale en sus de la neutralité fiscale⁶⁵⁰. Bien loin d'être anodine, cette rédaction restrictive de l'article 2014 altérerait profondément l'intérêt même de la loi. Ainsi, le député de Roux soutiendra dans son rapport sur le texte adopté qu'avec ce nouvel article 2014⁶⁵¹ :

« La fiducie à la française se singularisera significativement par rapport aux mécanismes juridiques équivalents à l'étranger. Plus par résignation que par véritable adhésion aux arguments avancés par le Gouvernement, le Parlement est amené à se ranger à la restriction du dispositif aux seules personnes morales. Il y a fort à parier, néanmoins, que l'avenir démontre la nécessité d'un élargissement⁶⁵² ».

Ce pari s'est avéré gagnant dès l'année suivante avec l'ouverture de la fiducie nommée aux personnes physiques (2).

2. La libéralisation attendue

144. La doctrine et la pratique n'ayant de cesse de dénoncer le manque d'intérêt d'une fiducie plombée par cet article 2014 (sinon pour quelques opérations financières importantes comme la syndication bancaire ou la titrisation) le Gouvernement a finalement changé son fusil d'épaule. Monsieur Hervé Novelli, secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme et des services, visant peut-être les entrepreneurs, a alors défendu l'abrogation de l'article 2014 du Code civil via l'article 18 de la loi du 4 août

⁶⁵⁰ Le transfert en fiducie est neutre en ce qu'il ne doit pas y avoir d'imposition du seul fait de la survenance du transfert. En revanche, le transfert n'est pas transparent. Quand bien même l'opération de fiducie opérerait bien un transfert de la propriété sur le plan civil, ce n'est pas le cas d'un point de vue fiscal, notamment en ce qui concerne la détermination de l'assiette et de la personne du débiteur de l'impôt. La constituant demeure en effet concerné par l'imposition des éléments placés dans le patrimoine fiduciaire. V. not. B. FRANÇOIS. « Fiducie ». *Rép. sociétés Dalloz*, juin 2013 n° 222 s. V. égal. n° 207 s., *infra*.

⁶⁵¹ L'article 2013-1 a été renuméroté article 2014 entre son passage au Sénat et le vote définitif à l'Assemblée nationale.

⁶⁵² DE ROUX. *Rapp. prop. L. n° 3385, op. cit.*, p. 38.

2008⁶⁵³. Il n'existe désormais plus de distinction entre personnes morales et personnes physiques. Les deux peuvent en principe constituer une fiducie. Cela constitue une première ouverture pour l'entrepreneur qui peut désormais envisager de constituer une fiducie nommée.

145. Lors des débats à l'Assemblée nationale, le Gouvernement a étrangement motivé son revirement en présentant la mesure comme l'une des « réponses » du Gouvernement à la question du patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel⁶⁵⁴. Au prix d'une discontinuité disgracieuse dans la numérotation des articles du Code civil⁶⁵⁵, ce changement s'avère salutaire tant pour la visibilité que le développement de la fiducie. Il permet notamment de réparer l'incohérence de l'intervention du Gouvernement puisque le projet initial avait pour objet l'introduction d'un texte général de « droit commun ». Celui-ci avait donc toute sa place dans un Code civil, s'adressant en premier lieu aux personnes physiques, tandis qu'une fiducie réservée à des constituants-personnes morales soumises à l'IS avait, sans doute, plus sa place dans un Code spécial comme le Code monétaire et financier⁶⁵⁶. Désormais, cette incohérence est réparée. Il n'existe plus de limite entravant l'accès à la fonction de constituant se basant sur la nature des personnes.

Pour autant, la levée de l'interdiction faite aux personnes physiques d'être constituant à l'opération de fiducie n'est pas le signe d'une révolution libérale de la part du législateur. Elle a été accompagnée de plusieurs dispositions restrictives qui s'attachent en particulier aux spécificités que peuvent avoir des aspirants constituants (B).

⁶⁵³ L. n° 2008-776, *op. cit.*

⁶⁵⁴ V. L. BÉTEILLE, É. LAMURE, P. MARINI. *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie*. Paris : Sénat, Commission spéciale, 24 juin 2008, 710 p. N° 413, spéc. p. 111.

⁶⁵⁵ Les dispositions relatives à la fiducie commencent désormais par les articles 2011, 2012, 2013 et 2015.

⁶⁵⁶ Sur ce point, v. par ex. B. DELECOURT. « Les contrats civils appliqués aux actions ». Thèse de doctorat. Lille : Université Lille 2 - Droit et Santé, 2010, 596 p., spéc. n° 949.

B. Les spécificités propres aux constituants

146. L'objectif des différentes dispositions s'attachant aux spécificités des constituants varie selon l'appréciation portée sur l'instauration de la fiducie en France. Elles peuvent apparaître tantôt comme des mesures nécessaires à la protection des personnes susceptibles d'être mal informées, tantôt comme de nouvelles contraintes visant à restreindre les situations dans lesquelles l'opération de fiducie peut être utilisée. Dans les deux cas, le moyen utilisé est l'encadrement de la constitution du patrimoine fiduciaire. Cette constitution est considérée, à juste titre, comme une « opération juridique grave⁶⁵⁷ » et, d'une manière moins consensuelle, comme potentiellement porteuse d'abus. C'est le cas en présence d'époux mariés sous un régime de communauté (1) et d'une entreprise en difficulté (2).

1. L'existence d'un régime de communauté

147. Les personnes souhaitant opérer un transfert fiduciaire peuvent vouloir y inclure des biens ou des droits appartenant à plusieurs autres personnes. Lorsqu'il y a des droits concurrents en jeu, les éléments peuvent dépendre au même moment, en tout ou en partie, de plusieurs patrimoines distincts. Ils peuvent également faire l'objet d'une gestion concurrente comme dans le cadre du régime de communauté par exemple⁶⁵⁸. Ces éléments n'avaient pas véritablement fait débat au sortir de la loi du 19 février 2007, lorsque seules les personnes morales soumises à l'IS pouvaient être constituantes. Au moment de l'ouverture aux personnes physiques en revanche, la LME a prévu une modification du Code civil portant sur les régimes matrimoniaux, et plus particulièrement sur le régime légal de communauté⁶⁵⁹.

148. La question peut sembler anodine dans la mesure où depuis 1998, le régime de communauté de biens réduite aux acquêts n'est plus majoritaire pour les couples

⁶⁵⁷ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.* n° 48. Sur ce caractère grave, v. égal. n° 38, *supra*.

⁶⁵⁸ V. le pouvoir d'administration et de disposition de chacun des époux sur les biens communs prévu à l'article 1421 du Code civil : « Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ».

⁶⁵⁹ Prévu aux articles 1400 à 1491 du Code civil.

formés en France⁶⁶⁰. Ce déclin s'explique par la conjonction de multiples facteurs : recul du nombre de mariages, développement d'autres formes d'unions⁶⁶¹ et recours de plus en plus fréquent aux régimes conventionnels⁶⁶². Néanmoins, près de 250 000 mariages ont encore lieu chaque année en France⁶⁶³, et le régime légal est appliqué dans près de 80% des cas⁶⁶⁴. De plus, l'institution du mariage demeure un des piliers de la société. Il serait donc malvenu que la loi ne règle pas clairement cette question, d'autant que cette même loi prévoit qu'une communauté régit en principe les relations patrimoniales entre époux⁶⁶⁵. C'est sans doute pour ces différentes raisons que le législateur a complété les dispositions antérieures relatives à la gestion des biens de la communauté légale.

149. L'article 18-1, 14° de la LME a ajouté un second alinéa à l'article 1424 du Code civil. Ce dernier précise que les époux « ne peuvent l'un sans l'autre transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire ». Cette insertion amène plusieurs observations. Tout d'abord, il convient de remarquer que la fonction de constituant n'est pas interdite aux époux communs en biens. Le contraire eût d'ailleurs été étonnant. De même, les biens faisant l'objet d'une communauté peuvent parfaitement être transférés dans un patrimoine fiduciaire.

Les nouvelles dispositions confirment en réalité que le transfert en fiducie est un acte grave : une aliénation⁶⁶⁶. Par conséquent, la cogestion est de mise entre les époux. Il s'agit là d'un simple rappel par le législateur du principe de la cogestion pour les actes graves sur les biens tombant en communauté. Depuis 1965, la loi réformant les régimes matrimoniaux⁶⁶⁷, amendée en 1985⁶⁶⁸, dispose qu'un

⁶⁶⁰ N. FRÉMEAUX, M. LETRURCQ. « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France ». *Économie et Statistique*, 2013, n° 462-463, p. 125 à 151.

⁶⁶¹ Le Pacs notamment : Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (JO 16 novembre 1999, p. 16959).

⁶⁶² FRÉMEAUX et LETRURCQ. « Plus ou moins mariés », *op. cit.*

⁶⁶³ *Démographie - Nombre de mariages - France métropolitaine*. In : INSEE, disponible sur <http://www.insee.fr>

⁶⁶⁴ 83 % exactement pour l'année 2010. V. FRÉMEAUX et LETRURCQ. « Plus ou moins mariés », *op. cit.* p. 135.

⁶⁶⁵ C. civ., art. 1400 : « La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent ».

⁶⁶⁶ V. not. n° 106 s., *supra*.

⁶⁶⁷ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux (JO 14 juillet 1965, p.

époux n'a pas la possibilité d'aliéner ou de grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté sans l'accord de l'autre. Cette interdiction vise également les droits sociaux non négociables ainsi que les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, comme les véhicules terrestres à moteur par exemple. Le texte rajoute que les époux ne peuvent l'un sans l'autre percevoir les capitaux provenant de ces opérations.

Bien que le texte d'origine ne vise que certains biens et droits, il fait peu de doute qu'en l'absence de dispositions nouvelles, les époux n'auraient pu constituer seuls une fiducie. Cette interdiction aurait, *a minima*, concerné les biens énumérés au premier alinéa de l'article 1424. Mais il semble bien que ces règles soient d'ordre public tant il apparaît impossible d'éluider la cogestion, quand bien même l'aliénation du bien en question relève habituellement de la gestion concurrente⁶⁶⁹.

L'opération de fiducie étant susceptible de constituer une garantie particulièrement efficace pour les créanciers, elle suscite depuis longtemps l'intérêt de ceux-ci, notamment lorsque leurs débiteurs se trouvent dans une situation mettant en péril leur propre existence. Aussi, la question s'est rapidement posée de savoir si une personne faisant l'objet d'une procédure collective pouvait être constituante à une opération de fiducie (2).

2. L'ouverture d'une procédure collective

150. La loi peut-elle laisser une personne aliéner des biens ou droits lui appartenant alors même que son risque de défaut est particulièrement grand ? Cette question, d'importance, relève d'un arbitrage classique entre la protection des créanciers et l'accessibilité au crédit. Les dispositions complémentaires imposées par la LME n'ont pas levé les interrogations. Ce rôle, partiellement rempli par la loi du 19 février 2007, a ensuite été dévolu à l'ordonnance n° 2008-1345⁶⁷⁰. Cette dernière a eu pour objet d'adapter les règles propres à la fiducie à l'ensemble du

6044). Ces dispositions sont contenues aux articles 1387 à 1581, constitutifs du Titre V du Livre III du Code civil.

⁶⁶⁸ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs (JO 26 décembre 1985, p. 15111).

⁶⁶⁹ En ce sens, v. F. VAUVILLÉ. « Communauté : la conclusion d'un contrat de fiducie est soumise à cogestion ». *RJPF*, novembre 2008, n° 10, p. 20.

⁶⁷⁰ Ord. n° 2008-1345, *op. cit.*

droit des entreprises en difficulté. Il en ressort que le législateur n'a pas prévu d'interdire, par principe, à une personne faisant l'objet d'une procédure collective d'être constituant à l'opération de fiducie. Cette solution est d'ailleurs de bon aloi compte tenu des services que la fiducie peut rendre, notamment en tant que garantie robuste. En revanche, des dispositions spéciales ont été prévues pour encadrer la période suspecte. Il convient alors de distinguer selon les procédures.

151. La procédure de sauvegarde est réservée aux entreprises ou débiteurs personnes physiques qui ne sont pas en état de cessation des paiements mais qui rencontrent des difficultés de nature à les y mener et qu'ils ne peuvent surmonter seuls. L'aide du Tribunal est sollicitée pour permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Dans le cadre du plan de réorganisation de l'entreprise arrêté par le Tribunal, tant qu'il n'est pas impossible de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, la personne en difficulté pourra constituer une fiducie.

En revanche, dès lors que l'état de cessation des paiements est atteint, toute la question va être de savoir si la constitution d'une fiducie peut faire l'objet d'une annulation des actes passés pendant la période suspecte. Cette période, comprise entre la date de cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure, est visée tant par l'article L632-1 du Code de commerce pour la procédure de redressement judiciaire et que par l'article L641-14 sur renvoi pour la liquidation judiciaire. Ce premier article prévoyait dans son I, 9° instauré par la loi du 19 février 2007, que tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire était nul dès lors qu'il intervenait après la date de cessation des paiements. La loi refusait donc clairement qu'un constituant puisse être en état de cessation des paiements, quelles que soient les circonstances.

152. L'ordonnance du 18 décembre 2008 modifie substantiellement l'article L632-1 du Code de commerce en réécrivant son 9° et lui adjoignant un 10°. Le législateur a opéré une distinction entre les créances anciennes et les créances nouvelles. Désormais, lors d'une période suspecte, une fiducie peut être constituée dans la seule mesure où le transfert fiduciaire sert à garantir une dette nouvellement contractée. Ce changement est salutaire en ce qu'il permet à l'administrateur judiciaire, sous le contrôle du juge-commissaire, d'ouvrir la

fonction de constituant aux entreprises en grande difficulté. Par ailleurs, la loi s'assure qu'aucun contournement ne sera possible en interdisant d'affecter de nouveaux biens à des dettes anciennes lors d'un avenant.

Malgré certaines limites qui persistent, l'accès à la fonction de constituant est aujourd'hui plutôt libéralisé et donc ouvert aux entrepreneurs. Il n'en est pas de même concernant la fonction de fiduciaire dont la loi maintient un accès strictement encadré depuis l'origine (§2).

§2. La fonction de fiduciaire

153. Le fiduciaire est la deuxième et dernière partie indispensable à la conclusion d'un contrat de fiducie tel que prévu par les dispositions de la loi du 19 février 2007. Il est chargé par le constituant de recueillir la propriété des biens, droits ou sûretés que le constituant souhaite s'aliéner. Cette aliénation se distingue d'une libéralité en ce que l'intention du constituant ne peut pas être libérale. Il ne peut s'agir de gratifier le fiduciaire. Cela demeure spécialement interdit⁶⁷¹. Il s'agit au contraire d'opérer un transfert de propriété intéressé puisqu'en contrepartie de celui-ci, le fiduciaire est lié par une mission que le constituant lui a confiée. Et c'est sur cette mission que repose toute l'opération de fiducie. Tout comme le trustee pour un trust, le fiduciaire est donc le « pivot de l'institution⁶⁷² ».

À l'instar de ce qui existe pour les constituants, la loi française offre une certaine souplesse en permettant la nomination d'un ou plusieurs fiduciaires pour un seul et même contrat de fiducie⁶⁷³. Mais compte tenu de l'importance du rôle du fiduciaire et de la gravité de l'opération de fiducie, qui repose sur un acte de disposition, le législateur a voulu s'assurer que le fiduciaire soit une personne de

⁶⁷¹ Prohibition instaurée dès l'origine par la loi du 19 février 2007 à l'article 2013 C. civ. : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».

⁶⁷² MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, II, A.

⁶⁷³ C. civ., art. 2011. La possibilité de recourir à plusieurs fiduciaires instaure un peu de souplesse dans un mécanisme que le législateur s'est évertué à encadrer. Elle peut avoir pour intérêt de faire jouer la concurrence entre les fiduciaires potentiels, not. d'un point de vue économique et dans des schémas complexes et/ou mobilisant des fonds importants. En pratique, cette éventualité s'avère néanmoins peu fréquente. Elle est d'ailleurs critiquée dans les droits anglo-américains, notamment en matière successorale : v. W. M. MCGOVERN, S. F. KURTZ. *Principles of wills, trusts, and estates*. St. Paul : Thomson/West, 2005, XI-512 p., spéc. p. 293 s.

confiance, en écho à la racine latine du terme⁶⁷⁴. Cette vertu peut être envisagée de deux manières.

154. La première peut s'entendre, naturellement, comme le sentiment profond que le constituant doit éprouver envers le fiduciaire. Cette confiance « subjective » dépendra de l'appréciation de chaque constituant envers son fiduciaire. À l'image de certains mécanismes fiduciaires⁶⁷⁵, une liberté totale peut alors être laissée au constituant, à charge pour celui-ci de choisir un ou des fiduciaires en qui avoir confiance.

Cette acception du fiduciaire-type est particulièrement adaptée au cadre patrimonial et familial. La prépondérance des liens familiaux et amicaux poussent en effet à la nomination de proches : conjoints, descendants ou amis. Le projet initial de Monsieur Marini, qui envisageait que le fiduciaire puisse être toute personne physique ou morale, pouvait aller en ce sens. Les seules restrictions alors prévues étaient raisonnables dans la mesure où elles se limitaient à l'absence de « certaines condamnations pénales ou disciplinaires⁶⁷⁶ ». Cela visait en réalité à assurer l'honneur, la probité et le respect des bonnes mœurs. Tout au plus, le fiduciaire aurait dû respecter des autorisations spécifiques, inhérentes à certaines activités, comme celle relative aux opérations de crédit.

Mais la confiance peut également s'entendre d'une seconde manière, plus objective ou abstraite. Il s'agit alors, non plus du sentiment ressenti par le seul constituant, mais de la certitude légitimement partagée que le fiduciaire sera digne de confiance pour toutes les personnes concernées. Cette approche correspond mieux à la philosophie des relations d'affaires, où les sentiments et l'affection n'ont pas autant d'importance que dans les relations personnelles⁶⁷⁷. Il revient à la loi de poser des conditions nécessaires à l'obtention de cette confiance *erga omnes*. Elle peut même prescrire des catégories de personnes susceptibles de mériter cette confiance « objective ».

⁶⁷⁴ Adj. et subst. – Lat. jur. *fiduciarius*, de *fiducia*, sign. « confiance ». V° Fiduciaire. CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

⁶⁷⁵ Comme le *trust*, v. par ex. n° 184, *infra*.

⁶⁷⁶ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, II, A.

⁶⁷⁷ Sauf -évidemment- la réserve concernant la réalité familiale et patrimoniale personnelle qui est particulièrement forte pour les entrepreneurs. V. n° 28 et 29, *supra*.

155. Alors que le projet Marini portait une vision extensive et donc plutôt « subjective », la Commission des lois a jugé essentiel de n'ouvrir la fonction de fiduciaire qu'à des personnes dont l'activité est encadrée⁶⁷⁸. Cet encadrement de la fonction de fiduciaire s'explique sans doute, au moins en partie, par des aspects culturels. Assurément, cette vision « objective » de la confiance se marie plus aisément avec les inquiétudes, traditionnelles en France, envers le principe même de la fiducie. Le législateur a même privilégié le recours aux seuls professionnels qui prennent la forme de personnes morales. Les personnes physiques ont ainsi été écartées assez rapidement de la discussion⁶⁷⁹. Sur ce point, le législateur a suivi le modèle luxembourgeois⁶⁸⁰, alors même que le *trust* et les fiducies allemandes ou suisses ignorent ce type de restriction⁶⁸¹. Il interdit ainsi tout montage impliquant l'intervention de l'entrepreneur en tant que fiduciaire. Cela limite de manière non négligeable la démocratisation de la fiducie nommée en France.

156. En prétendant s'assurer du sérieux et de la compétence du fiduciaire, la loi française en limite l'accès de plusieurs manières.

De manière indirecte tout d'abord, puisque les dispositions de l'article 13 de la loi n° 2007-211 s'appliquent pareillement au constituant et au fiduciaire. À ce titre, ce dernier doit remplir les mêmes conditions de résidence, à savoir dans un État de la Communauté européenne ou ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions et qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale. Aussi sous couvert de lutte contre le blanchiment de capitaux, la loi limite

⁶⁷⁸ DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.* p. 51.

⁶⁷⁹ Ce qui ne manquait pas de logique dans la mesure où les personnes physiques ne pouvaient pas non plus avoir la qualité de constituant. V. art. 2014 anc., n° 142 s., *supra*.

⁶⁸⁰ Existence de dispositions spécifiques pour les contrats fiduciaires dans lesquels le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier. V. Loi du 27 juillet 2003 *Trust, contrats fiduciaires, droits réels immobiliers* (Mém. A n° 124 du 03/09/2003). Adde A. PRÜM et al. *Trust et fiducie : la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise (actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003)*. Paris : Montchrestien, 2005, VIII-274 p. (Grands colloques), spéc. p. 68 s.

⁶⁸¹ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, spéc. n° 50. Ces différences soulignent encore la distinction qui existe entre une opération fiduciaire et une fiducie. Cela évoque de surcroît la formidable liberté conceptuelle dont jouit le législateur dans l'élaboration du régime de la fiducie nommée.

opportunément la fonction de fiduciaire à des acteurs nationaux. Si en principe, rien n'empêche des acteurs étrangers d'agir en tant que fiduciaires, en pratique, cela s'avère compliqué. Ces derniers devront en effet se soumettre aux procédures de reconnaissances françaises mais également à celles de leur pays d'origine. De même, ils devront se soumettre aux dispositions françaises encadrant l'activité fiduciaire, en plus de celles de leur pays d'établissement. Ce double assujettissement à des droits différents est un véritable frein à l'accès à l'activité de fiduciaire pour les professionnels étrangers.

Ensuite, la loi française limite l'accès à l'activité de fiduciaire de manière beaucoup plus directe via les dispositions de l'article 2015 du Code civil. Celles-ci précisent que les personnes habilitées à agir en tant que fiduciaire demeurent limitativement désignées. Au sortir de la loi du 19 février 2007, cet article ouvrait la possibilité aux seuls établissements financiers réglementés (A). Néanmoins, en sus de ces établissements, la question s'est posée d'offrir la fonction de fiduciaire à certaines professions réglementées. La LME⁶⁸² a répondu à cette interrogation (B).

A. Les établissements financiers réglementés

157. Dans sa mouture initiale, l'article 2015 du Code civil ne dispose que d'un seul alinéa. Celui-ci opère par renvois au Code monétaire et financier (1), ainsi qu'au Code des assurances (2).

1. Les établissements relevant du Code monétaire et financier

158. Dans ce premier Code, le législateur se réfère aux établissements de crédit mentionnés au I de l'article L511-1⁶⁸³. Il s'agit des établissements qui effectuent à titre habituel des opérations de banque : réception de fonds remboursable du

⁶⁸² Art. 18., L. n° 2008-776, *op. cit.*

⁶⁸³ L'article L511-1 C. mon. fin. a été modifié par l'Ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière (JO 21 février 2014, p. 3022), *NOR EFIT1327482R*. Son article 3 modifie légèrement la définition d'un établissement de crédit. Elle distingue surtout les sociétés de financement autres que les établissements de crédit. Il en résulte que les établissements financiers au sens du quatrième de l'article L511-21 C. mon. fin. sont exclus de l'accès à la qualité de fiduciaire.

public⁶⁸⁴ et octroi de crédit⁶⁸⁵. Ce renvoi s'étend également aux opérations de banque connexes, comme les opérations de change, les opérations sur les métaux précieux, le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde ou encore la vente de valeurs mobilières, ainsi que le conseil et l'assistance en matière de gestion du patrimoine⁶⁸⁶.

La loi ouvre également la fonction de fiduciaire aux institutions et services énumérés à l'article L518-1 du même Code : le Trésor public, la Banque de France, l'Institut d'émission des départements d'Outre-mer (IEDOM), l'Institut d'émission d'Outre-mer (IEOM) et la Caisse des dépôts et consignations, ainsi que La Poste. Pour cette dernière, la fonction de fiduciaire est limitée à ses seules activités relevant du domaine bancaire, financier et des assurances, comme visé à l'article L518-25.

La fonction de fiduciaire est encore ouverte aux entreprises d'investissement mentionnées à l'article L531-4. En vertu de ce dernier, « les entreprises d'investissement sont des personnes morales, autres que les établissements de crédit, qui fournissent des services d'investissement à titre de profession habituelle ». Cette qualification concerne en pratique les activités relatives aux marchés réglementés, comme la réception, la transmission et l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la gestion de portefeuille, la négociation pour compte propre ou encore la prise ferme et le placement.

Mais le législateur a également estimé que les entreprises d'assurances étaient susceptibles d'occuper la fonction de fiduciaire (2).

⁶⁸⁴ Mentionnés à l'article L312-2 C. mon. fin. : à savoir « les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer ». La loi exclut formellement de cette catégorie « Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs » ainsi que les « fonds qu'une entreprise reçoit de ses salariés sous réserve que leur montant n'excède pas 10 % de ses capitaux propres ».

⁶⁸⁵ Mentionnés à l'article L313-1 C. mon. fin. : à savoir tout « acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ». De la même manière, y sont assimilés « le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».

⁶⁸⁶ V. not. GOUTHIERE, LOPATER, et BLANDIN. *La fiducie : mode d'emploi, op. cit.* n° 721.

2. Les établissements visés par le Code des assurances

159. Dans ce second Code, la loi n'ouvre la fonction de fiduciaire qu'à une seule catégorie de personnes : celle des entreprises d'assurance régies par l'article L310-1⁶⁸⁷. Elle recouvre les entreprises qui, sous forme d'assurance directe, 1°) contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, s'engagent à verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, ou font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent à cet effet des engagements déterminés ; 2°) couvrent les risques, y compris les dommages corporels liés aux accidents et à la maladie et ceux liés à une activité d'assistance. De même, les entreprises agréées à la date du 1er janvier 1993, qui font appel à l'épargne en vue de la capitalisation sans souscrire d'engagements déterminés, en font partie.

En revanche, les mutuelles régies par le Code de la mutualité, les institutions régies par le Livre IX du Code de la sécurité sociale et à l'article L727-2 du Code rural et de la pêche maritime, ne sont pas comprises comme des entreprises d'assurances susceptibles d'exercer la fonction de fiduciaire.

160. Le choix de limiter la fonction de fiduciaire à ces différents organismes financiers n'est évidemment pas anodin. Il vise à assurer un contrôle de l'activité des fiduciaires par l'État. Ainsi, toutes ces personnes morales ont en commun d'être assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme⁶⁸⁸. Ces obligations se sont considérablement développées ces dernières années, allant du contrôle ponctuel, comme les déclarations de soupçon⁶⁸⁹, à la supervision continue reposant sur différentes obligations mise à la charge des établissements, comme celui des Communications systématiques d'informations (COSI)⁶⁹⁰. Ce contrôle étatique s'opère soit

⁶⁸⁷ Modifié sans aucune conséquence de fond par l'Ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010 créant un Livre IX du Code rural relatif à la pêche maritime et à l'aquaculture marine (JO 7 mai 2010, p. 8304), *NOR AGRS1007353R*.

⁶⁸⁸ C. mon. fin., art. L561-2. Depuis la loi du 19 février 2007, les mesures anti-blanchiment de capitaux ont été refondues dans le Chapitre premier du Titre VI du Livre V « Les prestataires de services ».

⁶⁸⁹ C. mon. fin., art. L561-15 s. Ils servent de fondement à la conduite d'investigations par TRACFIN et exonèrent le déclarant de sa responsabilité conformément à l'article L561-22.

⁶⁹⁰ C. mon. fin., art. L561-15-1 relatif à certaines opérations définies par des critères objectifs, sans qu'il soit nécessaire de motiver un soupçon.

directement par les services de l'État, soit indirectement par délégation auprès d'autorités administratives indépendantes, telle l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)⁶⁹¹.

Compte tenu de toutes ces précautions prises par le législateur pour s'assurer que le fiduciaire soit un professionnel sérieux et compétent, la question d'y inclure des professionnels du conseil s'est logiquement posée. L'ouverture de la qualité de fiduciaire aux professions réglementées est particulièrement intéressante quant à la démocratisation de la fiducie nommée, en particulier auprès des entrepreneurs. En effet, ces professionnels apparaissent comme des partenaires d'une plus grande proximité que les établissements financiers. Cela s'explique tant par leur qualité de conseiller indépendant⁶⁹², que par leurs modalités d'exercice professionnel, qui sont tributaires des qualités personnelles des individus et impliquent une dimension patrimoniale forte (B).

B. Les professions réglementées

161. Tant par les règles déontologiques qui peuvent leur être imposées, que par leur champ d'expertise, certaines professions réglementées semblent constituer des candidats idéals à la fonction de fiduciaire telle qu'envisagée « objectivement » par le législateur. Malgré un contrôle étatique au moins aussi sévère que pour les établissements financiers réglementés, le législateur a d'abord écarté ces professionnels (1) jusqu'à ce que la loi de 2008 fasse une exception pour les seuls membres de la profession d'avocat (2).

1. Les professions réglementées écartées

162. Dans le cadre d'une fiducie à titre de gestion, les professions réglementées spécialisées dans le conseil en gestion apparaissent particulièrement indiquées. Les

⁶⁹¹ Elle fut créée en remplacement de la Commission bancaire, de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), du Comité des entreprises d'assurance et du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) par l'Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance (JO 22 janvier 2010, p. 1392), *NOR ECEX0929065R*. V. C. mon. fin., art. L612-2, II, 1°.

⁶⁹² Par opposition à un partenaire financier qui défend en premier lieu ses propres intérêts.

conseillers en investissements financiers⁶⁹³, par exemple, remplissent *a priori* toutes les conditions de compétence et de sérieux requises. Ils doivent en effet satisfaire à des conditions d'honorabilité ainsi que de compétence professionnelle dans le cadre de leur activité. Ils exercent sous la surveillance de l'Autorité des marchés financiers et doivent « résider habituellement ou être établis en France⁶⁹⁴ ». De plus, ils fournissent peu ou prou les mêmes types de services que les établissements financiers qui sont déjà autorisés à être fiduciaire⁶⁹⁵. Par ailleurs, les conseils en gestion de patrimoine et les gestionnaires d'actifs indépendants⁶⁹⁶ remplissent des fonctions analogues au fiduciaire de droit français dans certains systèmes juridiques étrangers, comme la Suisse ou le Luxembourg dont le législateur français s'est inspiré sur cette question⁶⁹⁷.

163. D'autres professions réglementées apparaissent également légitimes à l'exercice de la fonction de fiduciaire. En particulier, les professions réglementées juridiques qui constituent par nature un rouage essentiel de la promotion et de la mise en œuvre des mécanismes fiduciaires. Ainsi, les avocats, notaires, auxiliaires et mandataires de justice désignés par les tribunaux semblent tout à fait qualifiés, selon les situations dans lesquelles une fiducie nommée peut être utile, pour exercer les fonctions de fiduciaire, à l'instar des *trustees* qui sont très souvent des hommes de loi⁶⁹⁸. D'ailleurs, avant même la loi n° 2007-211, certains de ces praticiens français pratiquaient déjà les mécanismes fiduciaires étrangers⁶⁹⁹. Ils pouvaient

⁶⁹³ Le statut de conseiller en investissements financiers (CIF) a été instauré en 2003 afin de renforcer la protection des investisseurs et la surveillance de la commercialisation des produits financiers. Il est codifié aux articles L541-1 s. C. mon. fin. par la L. n° 2003-706, *op. cit.*

⁶⁹⁴ C. mon. fin., art. L541-2, al. 2.

⁶⁹⁵ V. n° 158 s., *supra*.

⁶⁹⁶ Les appellations de « conseil en gestion de patrimoine » et de « gestionnaire d'actifs indépendant » ne disposent pas de définition officielle en droit français. Néanmoins, elles recouvrent communément plusieurs activités qui sont soumises soit au statut de conseiller en investissement financier, soit au recensement des intermédiaires en assurance, opérations de banque et services de paiement confié à l'ORIAS (Organisme pour le registre des intermédiaires en assurance, banque et finance). V. Décret n° 2012-101 du 26 janvier 2012 relatif aux intermédiaires en opérations de banque et en services de paiements (JO 28 janvier 2012, p. 1649), *NOR EFIT1111223D*.

⁶⁹⁷ V. n° 155, *supra*.

⁶⁹⁸ Notamment en droit anglais où les *solicitors* sont le bras armé du règlement des successions. V N. L. BROWN, C. A. WESTON. « Fasc. 2 : Grande-Bretagne. - Droit anglais. - Donations. Successions. Trusts. - Droit international privé ». *J.-Cl. not. rép.*, mai 2008, V° Législation comparée, spéc. n° 7.

⁶⁹⁹ Comme c'est le cas en présence d'une succession internationale comprenant un *trust*. Sur les problématiques engendrées en pratiques sur ce point, v. par ex. P. TOUR-SARKISSIAN. *Trusts américains*

alors agir en tant que conseil et/ou rédacteur d'acte, voire assumer des fonctions analogues à celles du fiduciaire.

Depuis 2007, ils peuvent désormais intervenir en accord avec le droit français à la fois en tant que conseil aux parties, que rédacteur du contrat de fiducie, voire en tant que tiers protecteur⁷⁰⁰.

164. Pour autant, la loi du 19 février 2007 n'a laissé à aucune de ces professions réglementées la possibilité d'agir en tant que fiduciaire. Les explications varient selon les cas de figures propres à chaque profession et sont quelque peu paradoxales. Ainsi, pour le notariat, le législateur était parfaitement disposé à ouvrir la fonction de fiduciaire⁷⁰¹. Parmi toutes les professions réglementées, le notariat semblait en effet particulièrement qualifié. En tant qu'officier public et ministériel, le notaire procure toutes les assurances de compétence et de sérieux. Par son domaine d'activité, il s'inscrit naturellement dans l'esprit des mécanismes fiduciaires. Son expertise, en matière d'articulation entre patrimoine privé et patrimoine professionnel, aurait parfaitement correspondu à une vision mettant la fiducie au service de l'entrepreneuriat⁷⁰². Pour autant, ce sont les instances notariales qui se sont montrées réticentes quant à cette possibilité.

Au contraire, les membres de la profession d'avocat ont assez rapidement émis le souhait de pouvoir endosser cette fonction. Cette position, partagée par trois instances représentatives de la profession⁷⁰³, était attendue puisque dans la droite ligne de la stratégie poursuivie depuis de nombreuses années et visant la diversification des missions de l'avocat⁷⁰⁴. D'ailleurs, dans les faits, certains praticiens exerçaient déjà des fonctions analogues relevant de droits étrangers. En

et pratique notariale française. Paris : Defrénois-Lextenso, 2013, 359 p.

⁷⁰⁰ C. civ., art. 2017, al. 1. V. n° 185 s., *infra*.

⁷⁰¹ Ce qui, dans l'absolu, est étonnant compte tenu de tous les obstacles que le législateur a placé pour que la fiducie bénéficie aux entrepreneurs personnes physiques. Il y a là une forme de duplicité difficile à saisir, sinon à considérer que la loi n° 2007-211 n'était conçue que comme une première étape visant l'intégration d'une fiducie « complète » en droit français.

⁷⁰² Le 29 octobre 2015, lors d'une rencontre avec le Conseil supérieur du notariat et l'ensemble des élus de la profession, le Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, Emmanuel Macron, a ainsi déclaré que le notaire était le « tiers de confiance par excellence ».

⁷⁰³ Le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris.

⁷⁰⁴ Pour un aperçu des évolutions de la profession d'avocat depuis les années mille neuf cent soixante-dix : v. P.-O. SUR. « La quadruple fusion et après... ». *Gaz. Pal.*, 30 octobre 2013, n° 304, p. 13.

effet, les textes encadrant la profession n'ont jamais interdit explicitement à un avocat de se constituer fiduciaire⁷⁰⁵. Avant même la promulgation du Règlement Intérieur National (RIN) de la profession d'avocat en 1971⁷⁰⁶, le paragraphe 3.26 du Règlement intérieur du barreau de Paris (RIBP) prévoyait même que l'avocat puisse exercer la fonction de fiduciaire ou de *trustee*⁷⁰⁷.

Néanmoins, pour plusieurs raisons, la fonction d'« avocat-fiduciaire » n'a pas pu être consacrée dès 2007. D'abord, malgré leur enthousiasme, les organisations représentatives n'avaient pas encore tranché la question de savoir si l'activité de fiduciaire devait être distincte ou non de l'activité habituelle de l'avocat. L'interrogation était délicate car cela signifiait que la nouvelle activité était, par conséquent, soumise ou non à l'ensemble des règles de la profession. Ensuite, parallèlement aux appels du pied de certains de ses membres en faveur de cette consécration, le Conseil national des barreaux (CNB) contestait la légalité de dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment⁷⁰⁸. Or, cette opposition était problématique compte tenu des efforts du législateur pour s'assurer que la fiducie ne soit pas détournée dans ce sens⁷⁰⁹.

Aussi, les discussions ont-elles pris beaucoup de retard et ce n'est qu'avec la loi du 4 août 2008⁷¹⁰ que la fonction de fiduciaire est devenue accessible aux avocats⁷¹¹ (2).

⁷⁰⁵ V. cependant la position de la jurisprudence selon laquelle l'activité de fiduciaire telle qu'issue d'une convention de droit suisse est de nature commerciale et par conséquent incompatible avec l'exercice de la profession d'avocat : Cass. civ. 1ère, 15 juin 2004, n° 01-17.807, inédit.

⁷⁰⁶ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (JO 5 janvier 1972, p. 131).

⁷⁰⁷ V. not. J.-J. UETTWILLER. « Avocat et fiducie ». *Dr. et patr.*, mars 2009, n° 179, p. 26.

⁷⁰⁸ À savoir du Décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et modifiant le Code monétaire et financier (partie réglementaire) (JO 27 juin 2006, p. 9625). Mais également de la nécessité de transposer la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (JO L 309/15 du 25.11.2005).

⁷⁰⁹ DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, p. 53-54.

⁷¹⁰ L. n° 2008-776, *op. cit.*, article 18-1.

⁷¹¹ Sur l'avocat et la fiducie, v. not. R. DAMMANN, A. ALBERTINI. « L'avocat face à la fiducie ». *JCP G*, 10 octobre 2011, p. 15 ; P. BERGER. « La responsabilité de l'avocat-fiduciaire ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 39 ; B. DE BELVAL, P.-Y. JOLY. « Quelques observations sur l'avocat et la fiducie ». *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2010, n° 47, p. 90 ; UETTWILLER. « Avocat et fiducie », *op. cit.* ; P. BERGER. « L'avocat fiduciaire ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2009, n° 60, p. 69 ; A. BERDAH, J.-M. NOGUEROLLES. *L'avocat fiduciaire : une révolution professionnelle ?*. In : *Association des Avocats Praticiens en Droit des Affaires (AAPDA)*.

2. L'exception de l'avocat-fiduciaire

165. L'article 2015 du Code Civil dispose désormais d'un alinéa 2 prévoyant que « les membres de la profession d'avocats peuvent également avoir la fonction de fiduciaire ». Cette formulation révèle implicitement que cet ajout n'a la valeur que d'une exception. Les avocats peuvent être fiduciaires, mais cela demeure une entorse au principe qui consacre des professionnels de la gestion financière. D'ailleurs, cette adjonction reste circonscrite aux seuls membres actifs de la profession et qui agissent à ce titre. En effet, pendant toute sa durée, la fiducie reste suspendue au maintien de la qualité d'avocat du professionnel qui agit à titre de fiduciaire. En cas « d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau de l'Ordre de l'avocat fiduciaire », le contrat de fiducie prend fin de droit⁷¹².

Une fois cette exception adoptée, encore fallait-il en définir précisément les modalités. C'est en particulier le cas du lien entre l'activité « traditionnelle » de l'avocat et son activité de fiduciaire, que les organisations représentatives n'avaient pas pu trancher à temps (a). La LME ne s'y attardant également pas, il a fallu attendre une ordonnance du 30 janvier 2009⁷¹³, puis une décision du CNB⁷¹⁴ pour fixer les règles applicables en la matière (b).

a. La conciliation de l'activité d'avocat avec la mission de fiduciaire

166. Reposant sur la notion de confiance, même dans une acception objective, la mission de fiduciaire s'avère foncièrement personnelle, et ce, dès qu'elle est confiée. Le constituant qui désigne une personne comme fiduciaire n'en désigne pas une autre. Ce lien personnel privilégié n'impose pour autant pas que l'avocat en question exerce sa profession à titre individuel. Quelle que soit l'intensité de son

⁷¹² C. civ., art. 2029, al. 2.

⁷¹³ Ord. n° 2009-112, *op. cit.* V. G. NOTTÉ. « Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie ». *JCP N*, 13 février 2009, n° 7, act. 187 ; DUPICHOT. « La fiducie-sûreté en pleine lumière. - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *op. cit.*

⁷¹⁴ Décision du 24 avril 2009 portant réforme du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée) (JO 12 mai 2009, p. 7875, texte n° 8), *NOR JUSC0909711S*. V. égal. les articles 6.2.1 s. du RIN.

exercice collectif⁷¹⁵, très forte pour des sociétés comme les sociétés civiles professionnelles (SCP) ou les sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL)⁷¹⁶, et relativement faible pour les sociétés civiles de moyens (SCM)⁷¹⁷ ou les associations d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle (AARPI)⁷¹⁸, l'activité de fiduciaire est possible. Il s'agit là d'une solution de bon sens tant une issue différente poserait des difficultés pratiques kafkaïennes aux avocats et saborderait peut-être définitivement leur attrait pour l'activité fiduciaire.

167. En réalité, la question de la conciliation de la profession d'avocat avec l'activité de fiduciaire se cristallise autour de l'application ou non des règles encadrant la profession. Le principe adopté par le législateur vise à étendre les principes déontologiques de la profession ainsi que le régime du secret professionnel à l'activité fiduciaire⁷¹⁹. À l'image de ce qui existait déjà pour les activités de conseil et de défense, les consultations, correspondances, notes ou pièces relevant de l'activité fiduciaire sont protégées par le secret professionnel. Néanmoins, la loi s'empresse de rajouter que dès la conclusion du contrat de fiducie, l'avocat-fiduciaire doit se soumettre à la réglementation spécifique à cette activité. La seule exception retenue concerne les correspondances dépourvues de la mention « officielle » qui sont adressées à un avocat-fiduciaire par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Or, cette réglementation spécifique à l'activité impose que le secret ne soit opposable que dans des conditions spécifiques. Les autorités judiciaires, administratives et ordinales doivent pouvoir effectuer les contrôles et vérifications prévus par la loi et les règlements. La limite est qu'il ne doit pas être « porté atteinte

⁷¹⁵ En 2012, sur les 56 176 avocats en exercice, 36,4 % pratiquaient à titre individuel, 29,4 % en qualité d'associé, 28,8 % en qualité de collaborateur et enfin 5,4 % en qualité de salarié. V. C. MOREAU. *Statistique sur la profession d'avocat*. Paris : Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, novembre 2012, 45 p., spéc. p. 20 s.

⁷¹⁶ Caractérisées par l'*affectio societatis*, les SCP et les SELARL induisent un exercice à titre collectif assorti d'une exclusivité d'exercice de la profession. La qualité d'avocat est alors attribuée à la structure et ses membres ne peuvent exercer individuellement. En 2012, les sociétés civiles professionnelles représentaient 34 % des groupements d'exercice et les SELARL 43,6 %. V. *ibid.* p. 27.

⁷¹⁷ Les SCM offrent ainsi une communauté de moyens entre des professionnels libéraux qui demeurent indépendants. V. article 36 de la Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (JO 30 novembre 1966, p. 10451). V. égal. C. civ., art. 1832 à 1844-17 et 1865 s.

⁷¹⁸ En 2012, les AARPI représentaient moins de 5 % des groupements. V. MOREAU. *Statistique sur la profession d'avocat, op. cit.*

⁷¹⁹ Art. 65-5, al. 2 de la L. n° 71-1130, *op. cit.* instauré par l'Ord. n° 2009-112, *op. cit.*, art. 9.

au secret professionnel et à la confidentialité des correspondances attachés aux autres activités de son cabinet et à ceux qui y exercent⁷²⁰ ».

168. Pour autant, le secret professionnel peut également être mis à mal du fait de dispositions spécifiques de la loi. Ainsi, une obligation de déclaration de soupçons oblige, les avocats notamment, à déclarer toute transaction susceptible d'améliorer la lutte contre le blanchiment de capitaux. Selon ce dispositif⁷²¹, les professionnels qui participent à la préparation ou à la réalisation de transactions financières et immobilières ou agissent au nom et pour le compte d'un client dans ce type de transactions, se doivent de violer le secret professionnel en présence d'opérations qu'ils estiment suspectes. Cette obligation reste pourtant peu suivie d'effet au sein de la profession⁷²².

Néanmoins, des limites à la relativité du secret ont été mises en place. Ainsi, par dérogation, les avocats communiquent seulement la déclaration de soupçon à leur Bâtonnier ou leur Président⁷²³. C'est ce dernier qui la transmettra ensuite au service de traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN), mais dans la seule mesure où il considère également qu'il mérite d'y avoir soupçon. À défaut, il en informera l'avocat et transmettra les informations contenues dans la déclaration⁷²⁴ au Président du Conseil national des barreaux. Dans les mêmes conditions, le Président fait un rapport sur les situations n'ayant pas donné lieu à communication, selon une périodicité fixée par décret, au ministre de la Justice qui communique, *in fine*, ces informations au service TRACFIN.

Malheureusement, toutes ces précautions ont été balayées en matière fiduciaire. Depuis l'ordonnance de 2009, en vertu de l'article L561-17, alinéa 3 nouveau⁷²⁵, le filtre du Bâtonnier ou du Président ne joue pas pour l'avocat exerçant

⁷²⁰ Art. 6.2.1.4 RIN.

⁷²¹ C. mon. fin., art. L561-15.

⁷²² À ce titre, il est intéressant de noter les disparités de l'activité déclarative selon les catégories professionnelles et, au sein des professions du droit, entre celles-ci. C'est notamment le cas entre l'avocature et le notariat. V. *Tracfin - Rapport annuel d'analyse et d'activité 2012*. Paris : Ministère de l'économie et des finances, juillet 2012, 120 p., spéc. p. 66 s.

⁷²³ Pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

⁷²⁴ Dépourvue du contenu considéré comme sensible.

⁷²⁵ C. mon. fin., art. L562-2-1 ancien, abrogé par l'Ord. n° 2009-112, *op. cit.*, art. 3.

en qualité de fiduciaire. Cette solution, s'inscrivant dans un grand mouvement au niveau européen, voire mondial, de lutte contre la fraude, a par ailleurs été consacrée *a posteriori* par le juge européen⁷²⁶.

169. Délestée de certains atouts entourant habituellement sa profession, la fonction d'avocat-fiduciaire pose également des difficultés d'ordre déontologique⁷²⁷. En effet, les textes professionnels à valeur normative prévoient que seul reste prohibé l'exercice, dans le cadre fiduciaire, d'une activité incompatible avec la profession d'avocat⁷²⁸. Il est ici question d'appliquer l'interdiction d'exercice d'une activité commerciale par l'avocat. Mais qu'en est-il en termes de conflit d'intérêts ? L'avocat demeure tenu de certains devoirs envers ses clients⁷²⁹. La multiplication des relations résultant de l'opération de fiducie complique l'application de ces devoirs. Ainsi, dans l'hypothèse la plus simple, l'avocat est conseil du constituant ou du bénéficiaire. La fonction de fiduciaire n'entre alors pas en conflit avec celle d'avocat-conseil puisque les deux visent à agir au profit du client⁷³⁰. En revanche, la pluralité de constituants ou de bénéficiaires peut venir semer le trouble dans cette relation, dès l'instant où les intérêts ou directives de chacun divergent. L'avocat ne pouvant conseiller des parties ayant des intérêts divergents, dès lors que ce risque existe, il devra se démettre du dossier en question, soit pour la partie conseil, soit pour la partie fiduciaire.

En outre, le législateur a considéré que des conditions spécifiques devaient être remplies par l'avocat-fiduciaire préalablement à l'exercice de ces fonctions (b).

⁷²⁶ CEDH, 5^{ème} sect., 6 déc. 2012, n° 12323/11, *Michaud c/ France*, JurisData n° 2012-027926. L'arrêt conclut, à l'unanimité, à la non-violation par la loi française de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Droit au respect de la vie privée) malgré l'obligation imposée aux avocats de déclarer les soupçons qu'ils pourraient avoir en matière de blanchiment d'argent à l'égard de leurs clients. L'arrêt précise que l'atteinte existe mais qu'elle poursuit un but légitime (la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales) et reste proportionnée au but recherché. Cette proportionnalité se comprend dans la mesure où l'obligation reste circonscrite aux activités de conseil (comme l'activité fiduciaire) et non de défense, mais également grâce à l'existence du filtre des instances professionnelles.

⁷²⁷ Sur les incidences déontologiques sur la pratique professionnelle de l'avocat, v. BERGER. « L'avocat fiduciaire », *op. cit.*

⁷²⁸ Art. 3 de la Déc. n° 2009-001, *op. cit.*

⁷²⁹ Encadrés notamment par le Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (JO 16 juillet 2005, p. 11688), *NOR JUSC0520196D*.

⁷³⁰ Que celui-ci soit constituant ou bénéficiaire.

b. L'ajout de conditions préalables spécifiques

170. Assez rapidement, il a été prévu d'encadrer l'activité de l'avocat-fiduciaire par des conditions préalables spécifiques à la profession. Le décret du 23 décembre 2009⁷³¹ complète ainsi le dispositif sur le terrain des modalités d'exercice et modifie en conséquence le texte organisant la profession d'avocat⁷³². Ces textes entourent la mission de l'avocat-fiduciaire de garanties de nature prudentielle, assurantielle et comptable. Il s'agit notamment de l'exigence d'une déclaration préalable à l'Ordre, de la souscription d'assurances propres à cette activité, d'une comptabilité séparée et d'un compte propre à chaque fiducie.

171. En vertu de l'alinéa 1er de l'article 123 du décret précité, l'avocat qui souhaite exercer en qualité de fiduciaire doit en informer, par écrit, le Conseil de l'Ordre dont il relève avant d'accomplir tout acte relatif à cette activité. Pour chaque fiducie pour laquelle il sera nommé fiduciaire, il devra adresser une lettre au Bâtonnier⁷³³. Il convient de noter qu'il s'agit d'une simple déclaration préalable et non d'une demande d'autorisation préalable. Cette déclaration sera mentionnée en marge du tableau de l'Ordre. Cela est un peu regrettable en ce qu'elle ne fait ainsi pas l'objet d'une publicité large permettant au public d'identifier les avocats ayant l'expérience de l'activité de fiduciaire.

De plus, cette déclaration devra justifier la souscription des assurances propres à l'activité fiduciaire et assurer, chaque année, le bâtonnier du maintien desdites garanties.

172. Un avocat qui exerce en qualité de fiduciaire a ainsi l'obligation de souscrire des assurances spécifiques. Il doit être assuré à deux niveaux : responsabilité civile professionnelle, ainsi qu'assurance dite « au profit de qui il appartiendra » ou garantie financière⁷³⁴.

⁷³¹ Décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats (JO 26 décembre 2009, p. 22310).

⁷³² Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat (JO n° 0277, 28 novembre 1991, p. 15502), *NOR JUSX9110304D*.

⁷³³ Ce qui ne manquera pas de se trouver lorsque l'avocat-fiduciaire en question se trouvera être le Bâtonnier lui-même.

⁷³⁴ La possibilité de recourir à une garantie financière, plus souple que l'assurance, a été prévue par

La première assurance spéciale doit le couvrir individuellement contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de sa mission fiduciaire. Les contrats d'assurance ne doivent pas comporter une limite de garantie inférieure à 1 500 000 euros par année pour un même assuré. Ils ne doivent pas non plus prévoir de franchise à la charge de l'assuré supérieure à 10 % des indemnités dues, dans la limite de 3 050 euros. Cette franchise n'est d'ailleurs pas opposable aux victimes⁷³⁵.

La seconde garantie doit, quant à elle, assurer la restitution des biens, droits ou sûretés transférés en fiducie. Afin d'assouplir l'exécution de cette obligation, l'avocat peut ne pas opter pour l'assurance au profit de qui il appartiendra. Un décret⁷³⁶ précise alors l'étendue et les conditions de souscription des garanties financières auxquelles l'avocat doit obligatoirement souscrire. Les garanties financières ont également pour objet de garantir la restitution des biens, droits ou sûretés transférés dans le cadre du contrat de fiducie. Elles couvrent les risques de détournement mais non les risques de mauvaise gestion. La garantie minimale est fixée, comme pour l'assurance, à 5 % des biens immeubles et 20 % des autres biens ou valeurs transférés. Cette assurance ou cette garantie financière s'ajoute à la responsabilité civile professionnelle « classique⁷³⁷ ».

173. Lorsque l'avocat-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

l'article 70 de la Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière (JO 23 octobre 2010, p. 18984). Toutefois, la nécessité de devoir constituer une assurance pour chaque fiducie participe à la rigidité du régime de la fiducie nommée. Pour une illustration des conditions matérielles à remplir pour un avocat-fiduciaire, v. Annexe n°3 : Formulaire de souscription d'assurances pour avocat-fiduciaire, p. 469.

⁷³⁵ Art. 205 du Décr. n° 91-1197, *op. cit.*

⁷³⁶ Décret n° 2011-1319 du 18 octobre 2011 relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire des avocats (JO 20 octobre 2011, p. 17716).

⁷³⁷ En vertu de l'article 27, al. 1 de la L. n° 71-1130, *op. cit.*, les avocats doivent justifier, soit par le biais du barreau, soit collectivement ou personnellement, soit à la fois par le barreau et les avocats, d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du barreau, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions. Un professionnel dispose ainsi d'une assurance dite de première ligne, obligatoire et collective, qui est négociée au niveau du barreau, voire une assurance complémentaire facultative, dite de deuxième ligne.

mentionner le nom du fiduciaire ès qualités⁷³⁸. L'avocat doit indiquer expressément sa fonction de fiduciaire dans toute correspondance dans le cadre de sa mission de fiducie via un papier à entête distinct. Sur le plan matériel, il devra de surcroît veiller à une identification claire et spécifique des dossiers de fiducie, lesquels devront faire l'objet d'un rangement et d'un archivage séparés des autres dossiers. Il devra également contrôler l'identité des parties contractantes et des bénéficiaires effectifs de l'opération.

174. Par ailleurs, pour assurer le secret professionnel de ses activités non fiduciaires, l'avocat devra tenir une comptabilité séparée et ouvrir un compte spécialement affecté à chaque fiducie. Ainsi, les fonds fiduciaires ne devront pas transiter par la Caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA)⁷³⁹. Dans la mesure où selon l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, l'avocat a l'obligation d'y déposer les fonds, valeurs ou effets qu'il reçoit pour le compte de ses clients, l'utilisation de la CARPA aurait pu être autorisée. C'était d'ailleurs le souhait du Conseil national des barreaux. Mais en réalité, les fonds transitant par la CARPA sont par nature des fonds appartenant non aux avocats, mais à leurs clients. La solution adoptée par le législateur procède donc d'une certaine logique.

175. En sus de toutes ces obligations, l'avocat s'oblige enfin à suivre une formation spécifique dans les matières liées à l'exécution de ses missions fiduciaires⁷⁴⁰. Depuis l'arrêté du 28 décembre 2011⁷⁴¹ fixant la liste des mentions de spécialisation en usage dans la profession d'avocat, il existe une spécialisation « en droit de la fiducie » qui témoigne de la foi constante de la profession envers le potentiel commercial de la fiducie⁷⁴². Pourtant, tout cet encadrement, tant sur le

⁷³⁸ C civ., art. 2010.

⁷³⁹ V. Ord. n° 2009-112, *op. cit.*, art. 8.

⁷⁴⁰ Art. 6.2.1.5 RIN.

⁷⁴¹ Arrêté du 28 décembre 2011 fixant la liste des mentions de spécialisation en usage dans la profession d'avocat (JORF n° 0301, 29 décembre 2011, p. 22577, texte n° 24), NOR JUSC1130802A.

⁷⁴² Sur ce point, v. not. P. BERGER. *Rapport sur l'avant-projet de décision à caractère normatif concernant les règles spécifiques à l'activité de l'avocat fiduciaire*. Paris : CNB, 13 mars 2009, 10 p. ; *L'avocat « fiduciaire »*. In : *Union des Jeunes Avocats de Paris (UJA)* ; BERGER. « L'avocat fiduciaire », *op. cit.* ; *La fiducie : une révolution patrimoniale*. In : *Association des Avocats Praticiens en Droit des Affaires (AAPDA)* ; BERDAH et NOGUEROLLES. *L'avocat fiduciaire : une révolution professionnelle ?*, *op. cit.* À noter égal. la création de l'association française des avocats fiduciaires (AFIDU) le 14 juin 2010. Son objet est de promouvoir « la fiducie en organisant des actions de formation auprès de différents

fond que sur la forme, ne constitue pas l'environnement le plus propice au développement et à la démocratisation de l'activité fiduciaire en France.

Alors que les fonctions de constituant et de fiduciaire doivent être remplies par des personnes qui sont parties à la conclusion initiale du contrat de fiducie, les deux fonctions restantes ne sont pas soumises à cette obligation. Dans l'esprit du législateur, elles apparaissent alors comme secondaires (Section 2).

Section 2. Au niveau des fonctions secondaires

176. La loi envisage que des tiers au contrat puissent assurer deux fonctions dans l'opération fiduciaire : celle de bénéficiaire et celle de tiers protecteur. Ces deux fonctions ont en commun d'être encadrées au travers du contrat de fiducie, mais elles révèlent une importance bien différente. Alors que la désignation d'un bénéficiaire est indispensable à la validité du contrat (§1), la nomination d'un tiers protecteur demeure toujours facultative (§2).

§1. La fonction de bénéficiaire

177. Au terme des dispositions relatives à la fiducie nommée, la fonction de bénéficiaire souffre de deux paradoxes. D'une part, elle constitue par définition le cœur même du dispositif fiduciaire et aurait ainsi vocation à être une fonction primaire. Pourtant, la loi se concentre sur la fonction de constituant et ne prend même pas la peine de définir ce qu'elle entend par bénéficiaire de la fiducie (A). D'autre part, malgré son importance, la fonction de bénéficiaire est tributaire de la finalité particulière à chaque opération de fiducie, de même que de la possibilité de cumuler plusieurs fonctions distinctes pour une seule et même fiducie. Le caractère secondaire de la fonction de bénéficiaire transparait particulièrement lorsque celle-ci se cumule avec la fonction de constituant ou celle de fiduciaire. Elle ne concerne alors directement l'entrepreneur que dans le premier cas (B).

publics » ainsi que « le rôle de l'avocat dans la fiducie, qu'il soit fiduciaire, tiers protecteur, conseil ou rédacteur d'acte ». À ce titre, elle organise des colloques et des séminaires pour faire connaître le potentiel de la fiducie auprès des acteurs et des usagers du droit. V. *Association des Avocats Fiduciaires*. In : *Site officiel de l'AFIDU*.

A. La notion de bénéficiaire

178. Sans tautologie aucune, le bénéficiaire est la personne qui est désignée en tant que telle dans le contrat de fiducie. C'est la personne au profit de laquelle l'opération est mise en place et qui doit recevoir le « résultat » de la gestion fiduciaire⁷⁴³. Pour autant, il ne faut pas confondre le bénéficiaire de la fiducie, tel qu'envisagé par les articles 2011 et suivants du Code civil, et l'éventuel instigateur de la fiducie (1). De même, la qualité de tiers attachée à la fonction de bénéficiaire est très relative (2).

1. La distinction entre bénéficiaire et instigateur de la fiducie

179. La fiducie a été conçue comme une opération économique⁷⁴⁴. Aussi, le contrat est-il censé refléter un certain équilibre économique (ou au moins constater un rapport de force) entre les différents acteurs. De cet état de fait, ressort au moins un acteur économique qui a eu intérêt à mettre en place la fiducie. Cet acteur, à l'origine duquel une négociation contractuelle s'est ouverte⁷⁴⁵, peut être qualifié d'instigateur de la fiducie. Celui-ci entend bénéficier de l'opération mise en place, c'est-à-dire en être bénéficiaire. Or, même si l'instigateur de la fiducie est, le plus souvent, également le bénéficiaire de la fiducie au sens des articles 2011 et suivants, ce n'est pas nécessairement le cas.

Au sens du Code civil, le bénéficiaire n'est que la personne désignée comme telle dans le contrat de fiducie. À défaut d'indication sur l'identité du bénéficiaire dans l'acte, des règles doivent permettre de le désigner⁷⁴⁶. Voilà tout ce qu'il en est des dispositions prévues par la loi puisque le législateur n'a pas daigné donner plus de détails sur la fonction de bénéficiaire. Aussi, pour aller plus loin, il convient d'ajouter que le bénéficiaire peut être une personne physique ou morale, sans restriction de localisation géographique⁷⁴⁷. Par ailleurs, à l'instar de ce qui existe

⁷⁴³ FRANÇOIS. « Fiducie », *op. cit.*, n° 44.

⁷⁴⁴ V. n° 64 s., *supra*.

⁷⁴⁵ Malgré de nombreuses restrictions, la fiducie reste un contrat devant faire l'objet de discussions menant à une économie satisfaisante pour l'ensemble des intervenants.

⁷⁴⁶ C. civ., art. 2018, 5°.

⁷⁴⁷ Au contraire des fonctions primaires. V. n° 138 et 139, *supra*.

pour toutes les autres fonctions d'une fiducie nommée, la fonction de bénéficiaire peut être exercée par plusieurs personnes au titre d'une seule et même fiducie⁷⁴⁸. Si la désignation, même indirecte, d'un bénéficiaire est une formalité impérative à la conclusion d'un contrat de fiducie⁷⁴⁹, la loi ne prévoit pas que ce bénéficiaire doive être partie au contrat à proprement parler. Le contrat de fiducie est valide, indépendamment de toute manifestation de volonté autre que celle du constituant et du fiduciaire. En conséquence, un tiers peut en principe être mentionné comme bénéficiaire d'une fiducie à son insu. Ce n'est pas l'esprit de la loi mais cela est parfaitement envisageable.

Il est tout autant envisageable (et surtout plus probable) qu'un tiers soit désigné comme bénéficiaire sous une ou plusieurs conditions. Un bénéficiaire conditionnel apparaît typiquement dans le cadre d'une fiducie conclue à titre de sûreté, dans laquelle la condition instaurée est un remboursement intégral de créance. Le contrat prévoit alors au moins deux bénéficiaires conditionnels : le premier à titre principal, le second à titre subsidiaire. Le schéma le plus fréquent est le suivant : afin de garantir sa créance tant que son débiteur ne sera pas définitivement et totalement acquitté de sa dette, le créancier exige du débiteur qu'il se porte constituant à une opération de fiducie. Des éléments valorisés à hauteur de la créance sont transférés du patrimoine du débiteur vers le patrimoine fiduciaire. En général, le constituant est désigné comme bénéficiaire à titre principal et le créancier comme bénéficiaire à titre secondaire. Au cours de la fiducie, deux situations sont envisageables. Soit le débiteur rembourse sa dette aux échéances convenues, auquel cas la fiducie prend fin et les éléments transférés vers le patrimoine fiduciaire retournent dans le patrimoine du constituant. Soit le débiteur ne fait pas face à ses obligations, alors les éléments du patrimoine fiduciaire sont transférés dans le patrimoine du créancier ou font l'objet d'une liquidation par le fiduciaire, selon les modalités prévues dans le contrat de fiducie. En outre, plusieurs bénéficiaires peuvent chacun avoir droit à des éléments de différentes natures : quote-part de revenus, quote-part de la propriété des biens mis en fiducie, etc. À ce stade, la liberté de contracter s'associe à la technique contractuelle.

⁷⁴⁸ C. civ., art. 2011, al. 1 : La loi prévoit explicitement que la fiducie peut être mise en place pour « (...) un ou plusieurs bénéficiaires ».

⁷⁴⁹ C. civ., art. 2018, 5°. V. n° 220, *infra*.

C'est justement cette technique contractuelle, privilégiée par le législateur pour l'intégration de l'opération fiduciaire en droit français, qui entraîne une situation atypique pour le bénéficiaire (2).

2. La qualité de bénéficiaire et de tiers

181. Le bénéficiaire de la fiducie nommée ne peut être véritablement considéré comme un tiers au sens classique du droit des obligations.

D'abord, le bénéficiaire peut être une partie au contrat initial. Car si la loi n'impose en effet pas sa participation à la rédaction de l'*instrumentum*, elle n'empêche pas non plus qu'il soit signataire du contrat.

Ensuite, quand bien même le bénéficiaire ne serait pas une partie au contrat instaurant la fiducie, il devra néanmoins accepter le contrat s'il souhaite pouvoir s'en prévaloir. C'est toute la question de la nature du droit du bénéficiaire. Sur la question de l'acceptation par le bénéficiaire, la loi encadre spécifiquement cette possibilité à l'article 2028⁷⁵⁰. Elle lui donne ainsi une importance particulière puisque le contrat de fiducie reste révocable tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire⁷⁵¹. Une fois accepté, le contrat ne peut au contraire être modifié ou révoqué qu'avec l'accord du bénéficiaire ou par décision de justice⁷⁵². Cette solution rappelle des problématiques posées en matière de stipulation pour autrui, en particulier d'assurance-vie⁷⁵³. La proximité avec le régime de la stipulation pour

⁷⁵⁰ Art. 1, L. n° 2007-211, *op. cit.*

⁷⁵¹ C. civ., art. 2028, al. 1.

⁷⁵² *Ibid.*, al. 2.

⁷⁵³ Avant 2007, l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie pouvait se faire à tout moment, par courrier simple du bénéficiaire adressé à l'assureur. L'acceptation était valable même à l'insu du souscripteur du contrat. En conséquence, le contrat était « figé » et rendait impossible le changement de bénéficiaire sans l'accord de celui-ci (art. L132-9, al. 1 C. assur.). Depuis le 18 décembre 2007, l'acceptation par le bénéficiaire désigné suppose obligatoirement l'accord du souscripteur. V. Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés (JO 18 décembre 2007, p. 20358). Sur la réforme : F. SAUVAGE. « À propos de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie encadrée par la loi du 17 décembre 2007 ». *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, n° 47, p. 47 ; V. NICOLAS. « Assureur, cherche désespérément tiers bénéficiaires de contrats d'assurance vie (première partie) ». *Dr. famille*, 2008, n° 1, comm. 18, p. 30 ; V. NICOLAS. « Assureur, cherche désespérément tiers bénéficiaires de contrats d'assurance vie, à propos de la loi du 17 décembre 2007 (deuxième partie) ». *Dr. famille*, 2008, n° 2, Étude 8, p. 24 ; L. MAYAUX. « Assurance-vie : les audaces tranquilles du législateur, Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 ». *JCP G*, 2008, n° 3, I, 106, p. 13 ; S. HOVASSE. « Commentaire de la loi du 17 décembre 2007 relative à la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance-vie non réclamés ». *JCP N*, 22 février 2008, n° 8, p. 25 à 28.

autrui⁷⁵⁴ a d'ailleurs poussé un auteur à considérer que la fonction de bénéficiaire était conçue de manière trop extensive et que l'article 2028 ne pouvait viser que l'acceptation d'un tiers⁷⁵⁵. Cette interprétation peut paraître excessive mais elle présente le mérite de souligner clairement l'ambiguïté du régime de la fiducie nommée. L'article 2028 en est une nouvelle illustration intéressante.

Enfin, le bénéficiaire peut également (et c'est tout l'esprit de la loi) être partie au contrat au titre d'une autre fonction. Dans l'optique d'une fiducie nommée au service de l'entrepreneuriat, il s'agira principalement du cumul par celui-ci de la fonction de constituant et de bénéficiaire. Mais la loi ne présente pas les choses de cette manière (B).

B. Le cumul des fonctions

182. Rien ne s'oppose à ce que le bénéficiaire de la fiducie nommée soit un tiers. Cependant, l'interdiction de la fiducie nommée comme véhicule de transmission à titre gratuit réduit grandement cette éventualité⁷⁵⁶. Aussi, sans que cela apparaisse littéralement dans les textes adoptés, le législateur a placé le cumul des fonctions au cœur de la fiducie nommée. Il faut ainsi distinguer cumuls théoriques (1) et cumuls effectifs (2).

1. Les cumuls théoriques

183. En théorie, si le principe du cumul de fonction est acté, quatre types de cumul devraient être envisageables. Selon le premier, une même personne cumule les fonctions de constituant et fiduciaire. Dans le deuxième, le cumul concerne les fonctions de constituant et de bénéficiaire. Dans le troisième, le fiduciaire est également bénéficiaire. Dans le quatrième et dernier, la personne est, tout à la fois, constituant, fiduciaire et bénéficiaire. Par ailleurs, en cas de fonctions remplies concomitamment par plusieurs personnes, ces différentes situations pourraient se cumuler.

⁷⁵⁴ Proximité souhaitée dès le projet d'origine. « Le droit commun de la stipulation pour autrui aura vocation à s'appliquer » : MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, II, A.

⁷⁵⁵ V. not. WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 56.

⁷⁵⁶ C. civ., art. 2013.

En théorie donc, une fiducie ouvre de très nombreuses possibilités, que ce soit pour la constitution de garanties, mais également pour la réduction du risque professionnel du constituant ou encore la gestion de patrimoine au sens large⁷⁵⁷. Bref, ce serait un outil entrepreneurial très intéressant. Cette grande liberté dans le cumul des fonctions rapprocherait d'ailleurs grandement le régime de la fiducie nommée de celui du *trust* dont elle est censée s'inspirer⁷⁵⁸. Elle ouvrirait de nouvelles perspectives pour le développement de la fiducie nommée, en particulier pour les entrepreneurs.

Toutefois, le législateur n'a malheureusement pas consacré cette approche dans le régime de la fiducie nommée (2).

2. Les cumuls effectifs

184. En réalité, dès l'origine du projet de loi, la vision du législateur français a été assez restrictive concernant le cumul des fonctions. Il a rapidement été admis que le constituant puisse réaliser une fiducie à son profit et en soit le seul bénéficiaire⁷⁵⁹. Il est également admis que le fiduciaire puisse être le seul bénéficiaire⁷⁶⁰. L'article 2016, issu de la loi du 19 février 2007, précise ainsi que le « constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie ». Mais ce sont les deux seuls cumuls autorisés. À la différence des systèmes issus du *Common Law* où le constituant peut devenir *trustee*, un tel

⁷⁵⁷ C'est-à-dire personnel et/ou privé.

⁷⁵⁸ V. n° 70 s., *supra*.

⁷⁵⁹ Même si cela ne s'est pas fait sans réserve : v. l'art. L233-10, II, 5° C. com. instituant une présomption d'action de concert entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie si ce bénéficiaire est le constituant (L. n° 2007-211, *op. cit.*, art. 18, 1°). Cette dernière n'est pas anodine dans la mesure où elle engendre une solidarité entre les concertistes ainsi qu'un certain nombre d'obligations.

⁷⁶⁰ Cette possibilité a fait l'objet de nombreux débats. Une question posée par le rapporteur du texte au Sénat était ainsi de savoir s'il convenait de limiter aux seules fiducies conclues à titre de sûreté la possibilité d'un cumul des fonctions de fiduciaire et de bénéficiaire. Le risque étant alors que le fiduciaire tente de recourir à l'article 2016 du Code civil afin d'exclure ses créanciers personnels de la possibilité de saisir les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. C'est pour cette raison que le droit anglais, qui reconnaît la possibilité de créer un *discretionary trust* afin de protéger des biens de créanciers (*asset protection purpose*), n'autorise pas dans ce cas que le *settlor* (constituant) soit le *sole beneficiary* (bénéficiaire unique), ni le *trustee* d'ailleurs. Les tenants du régime unitaire de la fiducie nommé ont avancé que le principe général du droit « *fraus omnia corrumpit* » (Lat. sign. « la fraude corrompt tout ») permet de rendre inopposable aux créanciers lésés, toute fiducie-gestion dont le fiduciaire se servirait pour soustraire aux voies d'action de ses créanciers personnels, un patrimoine dont il serait également le bénéficiaire. V. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, p. 55.

cumul de fonctions est inenvisageable pour la fiducie nommée⁷⁶¹. Une personne ne peut pas être à la fois constituant et fiduciaire⁷⁶². En matière de cumul, l'esprit de la loi veut seulement que le bénéficiaire puisse également être, soit constituant, soit fiduciaire.

Toutes ces précautions dans la loi traduisent une nouvelle fois la suspicion latente des institutions envers l'opération de fiducie et ses intervenants. Cette suspicion se perçoit également au travers de l'élaboration de la fonction de tiers protecteur (§2).

§2. La fonction de tiers protecteur

185. L'article 2017 du Code civil offre la possibilité au constituant de désigner un « tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat ». Cette faculté, réservée aux seuls constituants, est affirmée de manière particulièrement forte par le législateur. Elle est ainsi ouverte à tout moment et ne peut être écartée que par une stipulation spécifique dans le contrat de fiducie (A). Cependant, la conception du législateur n'est pas exempte de reproches (B).

A. Principe de la fonction de tiers protecteur

186. La proposition de la Commission des lois du Sénat ⁷⁶³ envisageait initialement la désignation d'un « protecteur de la fiducie ». Son introduction était justifiée selon les sénateurs au regard de l'existence d'un *protector*⁷⁶⁴ dans les

⁷⁶¹ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, II.

⁷⁶² Certains auteurs justifient l'incompatibilité des deux fonctions par le principe selon lequel il n'est pas possible de contracter avec soi-même. Ce principe, légitime car de bon sens pour certains, est surtout un moyen de prévenir les conflits d'intérêts dans divers domaines. Il connaît néanmoins certaines altérations. Il n'est en effet pas rare qu'une seule et même personne intervienne en vertu de plusieurs qualités (en cas de représentation notamment), voire (désormais) au travers de plusieurs patrimoines. Aussi, il eût suffi de consacrer comme telles les quatre fonctions reconnues pour l'opération de fiducie nommée afin de lever toute ambiguïté.

⁷⁶³ DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, p. 55.

⁷⁶⁴ Si le terme de *protector* est celui généralement employé, il n'a pour autant pas de reconnaissance juridique en tant que telle. Ce n'est pas une expression consacrée. Les termes *adviser*, *appointer*, *beneficiary representative*, *board*, *committee of management/management committee* ou *specified person* sont parfois préférés. Le choix effectué reflète alors souvent des différences mineures en ce qui concerne

droits anglo-américains⁷⁶⁵. Celui-ci, lorsqu'il est institué, est chargé de surveiller la gestion par le *trustee* des biens du *settlor* (constituant). Pour ce faire, il dispose « en principe du droit de nommer ou de révoquer le *trustee*, sans que cela mette fin au *trust* et sans avoir besoin d'agir en justice⁷⁶⁶ ». L'idée de la Commission était surtout d'offrir une protection supplémentaire au constituant en cas de risque de conflit d'intérêts, en particulier lorsque le fiduciaire est aussi le bénéficiaire de la fiducie.

La loi n° 2007-211 a repris cette vision en laissant le plus de liberté possible aux cocontractants quant à la désignation de ce qu'il convient d'appeler un « tiers protecteur⁷⁶⁷ », tant sur les qualités requises pour être nommé (1), que sur les caractères de la nomination (2).

1. L'accès à la fonction de protecteur

187. À rebours du strict encadrement appliqué pour tous les autres acteurs de l'opération fiduciaire, la loi n'a ainsi prévu aucune condition d'accès à la fonction de tiers protecteur. Ce dernier peut donc *a priori* être n'importe qui⁷⁶⁸. Par nature, il devra cependant avoir la confiance du constituant, dont il est censé préserver les intérêts. Il convient de noter à ce titre qu'il ne s'agit plus de protéger l'intérêt d'un patrimoine fiduciaire autonomisé comme cela était envisagé à l'origine⁷⁶⁹, mais bien celui du constituant. En conséquence, la logique voudrait que la fonction soit

le rôle et l'étendue des pouvoirs attribués à la personne. V. G. THOMAS, A. HUDSON. *The law of trusts*. New York/Oxford : Oxford University Press, 2010, CCXIV-1681 p., spéc. n° 23.34 ; A. DUCKWORTH. « Protectors-Fish or Fowl ? Parts 1 and 2 ». *P.C.B.*, (1996) 3 & 4 *P.C.B.* 169, 245. Les termes utilisés peuvent également varier en fonction des juridictions concernées.

⁷⁶⁵ Sur la reconnaissance d'un concept général de *trust protector*, v. Uniform Trust Code § 808. D'une manière plus générale, v. égal. *Restatement of the Law, Third, Trusts : General Principles*. St. Paul : American Law Institute, 2012, 200 p., Vol. 4 / 4 §64, notes du Rapporteur et commentaires b à d (469-472) et §75, notes du Rapporteur et commentaires b à f (64-66) ; D. W. M. WATERS. « The Protector : New Wine in Old Bottles ». In : *Trends in contemporary trust law*, New York/Oxford : Clarendon Press/Oxford University Press, 1996, p. 63 à 122 ; R. C. AUSNESS. « The Role Of Trust Protectors In American Trust Law ». *RPTE L.J.*, 2010, vol. 45, n° 2, p. 319.

⁷⁶⁶ GOUTHIERE, LOPATER, et BLANDIN. *La fiducie : mode d'emploi, op. cit.* n° 800.

⁷⁶⁷ Absente de loi, l'expression est désormais communément reprise, tant par la pratique que par la doctrine, pour nommer le tiers désigné en vertu de l'article 2017. Le terme « protecteur » initialement envisagé a été abandonnée à la suite d'un amendement parlementaire à l'initiative de Robert Badinter : Compte-rendu des débats au Sénat du 17 oct. 2006, *op. cit.*, p. 6694 s.

⁷⁶⁸ Quel vent de liberté souffle sur le régime de la fiducie nommée !

⁷⁶⁹ Cette évolution illustre parfaitement le renoncement progressif dans les travaux préparatoires à l'instauration d'un véritable patrimoine fiduciaire indépendant et autonome. V. n° 43 s., *supra*.

exercée par les conseils du constituant, principalement des membres d'une profession réglementée juridique⁷⁷⁰. D'ailleurs, lors des auditions conduites devant la Commission, les représentants des avocats et du notariat ont naturellement estimé que leurs membres pourraient utilement exercer de telles fonctions⁷⁷¹. Assurément, des proches du constituant personne physique peuvent en principe être également désignés.

188. En réalité, un élément conditionne quand même l'accès d'une personne à la fonction de tiers protecteur. Il réside dans l'intitulé même de la fonction : la personne en question doit pouvoir être qualifiée de tiers. Or, dans l'enchevêtrement des fonctions participant à une opération de fiducie, le terme pose question. La loi restant muette, comment faut-il comprendre le terme « tiers » ? Trois acceptions sont possibles.

Selon la première, est qualifiée de tiers, toute personne autre que le constituant. Dans ce cas, l'accès à la fonction n'est pas limité puisque n'importe quelle personne ou partie pourra être désignée, notamment d'autres constituants ou les fiduciaires.

Selon la deuxième en revanche, le tiers désigné peut seulement être un tiers au contrat de fiducie. Alors, le(s) constituant(s) et le(s) fiduciaires ne peuvent pas être désignés comme protecteur.

Selon la troisième enfin, le tiers protecteur ne doit aucunement intervenir à l'opération de fiducie autrement qu'en tant que tiers protecteur. Dans ce cas, un bénéficiaire non constituant ni fiduciaire se trouverait également écarté.

L'objet de la fonction, qui vise à protéger l'intérêt du constituant, tend à adopter cette troisième et dernière approche. La protection voulue sera d'autant mieux assurée que le tiers n'aura par ailleurs aucun autre intérêt à prendre en considération. Mais cela relève uniquement de l'appréciation du constituant. Aussi, qu'en est-il des dirigeants d'une personne morale lorsque celle-ci est constituante ou fiduciaire ? Peuvent-ils intervenir à titre individuel comme tiers protecteur à une

⁷⁷⁰ La fonction de tiers protecteur ne posant d'ailleurs pas les mêmes difficultés de cumul en termes de lutte contre le blanchiment que celle de fiduciaire.

⁷⁷¹ V. not. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*

opération de fiducie dans laquelle la personne morale interviendrait ? Aucune disposition ne s'y oppose.

Ce n'est pour autant pas l'esprit de la loi mais la décision demeure à l'entière discrétion du constituant (2).

2. Les caractères de la nomination

189. La possibilité de désigner un tiers protecteur est une faculté purement personnelle. Si jamais l'opération concerne plusieurs constituants, chacun aura la possibilité de désigner un ou des tiers protecteurs. Ce ou ces derniers auront pour mission de s'assurer de la préservation des intérêts des seuls constituants les ayant désignés. En effet, il n'existe ainsi pas d'intérêt général des constituants, à l'instar de ce qui peut exister pour les créanciers en matière de procédures collectives⁷⁷².

190. Lorsque la réforme de 2008 a ouvert la fonction de constituant aux personnes physiques, cette prérogative n'a pas été remise en cause. Elle s'est naturellement étendue aux personnes nouvellement admises. Cependant, la formulation initiale de la loi ouvrait largement la porte aux clauses prévoyant la renonciation à cette faculté. Compte tenu de la jeunesse de la pratique contractuelle en matière fiduciaire, le risque était grand que ces clauses de renonciation ne deviennent pratique courante, sinon dominante. Le recours au tiers protecteur serait alors devenu marginal et la disposition vidée de son sens. Étonnamment, le législateur qui ne s'en inquiétait pas outre mesure pour les personnes morales, s'en est ému concernant les personnes physiques. Aussi, a-t-il inséré un salutaire deuxième alinéa à l'article 2017. Celui-ci confère un caractère d'ordre public à la possibilité de désignation d'un tiers protecteur par les personnes physiques. Elle ne pourra donc jamais faire l'objet d'un renoncement de la part de ceux-ci⁷⁷³.

Néanmoins, La possibilité de recourir à un tiers protecteur n'est pas exempte de critiques (B).

⁷⁷² Tel qu'il peut être défendu par le liquidateur par exemple. V. réc. Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-16.035, F-P+B.

⁷⁷³ C. civ., art. 2017, al. 2 issu de l'Ord. n° 2009-112, *op. cit.*, art. 2.

B. Les limites de la fonction de protecteur

191. Les reproches pouvant être formulés à l'encontre de ce dispositif sont de deux ordres. Ils résultent de la comparaison du protecteur avec le *protector* (1) puis du principe même de son existence (2).

1. Une assimilation imparfaite au protector

192. Eu égard à l'objectif initial, force est de constater que le texte final opère une assimilation très imparfaite du tiers protecteur avec le *protector* du *trust*. En effet, malgré la très grande liberté laissée au constituant quant au choix du tiers, le droit français souffre comparativement d'une ambition clairement moindre et d'une plus grande rigidité. D'abord, contrairement à ce qui a pu être annoncé, les deux fonctions ne visent pas exactement le même objectif. Dans la fiducie, le tiers protecteur vise à assurer la sauvegarde des intérêts du seul constituant. Dans le *trust* en revanche, la mission du *protector* est relative au *trust* lui-même. Il peut s'agir de le surveiller ou de le superviser. Mais cela peut également conduire le *protector* à contrôler les *trustee*, voire d'agir directement sur l'administration du *trust* en leur lieu et place⁷⁷⁴. Ensuite, la fonction de tiers protecteur ne peut être assurée que par une personne que l'on peut qualifier de tiers⁷⁷⁵. La fonction de *protector* en revanche peut être remplie par une personne ou un organe collégial qui a la qualité de tiers, mais aussi de bénéficiaire⁷⁷⁶ ou de *trustee*. Cela équivaldrait, en droit français, à conférer à l'un des fiduciaires un pouvoir de contrôle et de révocation sur les autres fiduciaires.

Par ailleurs, et d'une manière générale, les pouvoirs d'un tiers protecteur et d'un *protector* varient grandement. Pour l'essentiel, ce dernier bénéficie d'une palette de pouvoirs beaucoup plus étendue que son homologue de droit français. Cela explique sans doute, en partie, le développement très important du recours au *protector* dans les *trusts*⁷⁷⁷. Dans la mesure où la nomination d'un *protector* n'est

⁷⁷⁴ « (...) *appoint a person, or use a mechanism, independent of the trustees, who or which is intended to monitor, oversee, and even control the trustees in the administration of a trust* » : THOMAS et HUDSON. *The law of trusts, op. cit.*, n° 23.34.

⁷⁷⁵ V. la discussion, n° 187, *supra*.

⁷⁷⁶ Comprendre *beneficiary*.

⁷⁷⁷ En particulier dans les cas dits de « *offshore trusts* ». Cela se comprend puisque le recours à un

pas non plus sans poser certaines difficultés⁷⁷⁸, il apparaît que c'est la philosophie toute entière des deux mécanismes qui est très différente. La mission prévue par l'article 2017 gravite autour de la protection du constituant⁷⁷⁹, alors que celle du *protector* s'articule autour de l'administration du *trust*⁷⁸⁰.

Ces différences illustrent parfaitement l'antagonisme entre la logique juridique civiliste, française en particulier, et celle commune aux droits anglo-américains. Au fond, la différence principale entre les deux structures ne réside-t-elle pas dans le crédit porté à l'institution elle-même (2) ?

2. Un signe de défiance

193. L'existence même du tiers protecteur peut être analysée comme un signe de défiance à l'égard de l'opération de fiducie toute entière. En effet, pourquoi le constituant aurait-il besoin de nommer un « tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts⁷⁸¹ », alors même que c'est lui-même qui charge le fiduciaire d'une mission donnée ? Cela est d'autant plus paradoxal, voire ironique, que le principe même de la fiducie repose sur cette confiance accordée au fiduciaire et que celle-ci se fonde elle-même sur les qualités morales ou professionnelles du fiduciaire⁷⁸².

mécanisme relevant d'une juridiction étrangère (*offshore trust*) ajoute une couche de complexité, et donc de risque, à l'opération. Ce n'est d'ailleurs pas sans poser problème. Sur le développement des litiges relatifs aux *protectors* devant les juridictions, v. AUSNESS. « The Role of Trust Protectors », *op. cit.* ; S. E. STERK. « Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty ». *Cardozo L. Rev.*, 2006, vol. 27, p. 2761 ; G. S. ALEXANDER. « Trust Protectors : Who Will Watch the Watchmen ? ». *Cardozo L. Rev.*, 2006, vol. 27, p. 2807 ; I. MARSH, M. BEN-JACOB. « Go Offshore to Avoid Trust Transparency ? ». *Tr. & Est. L.J.*, mars 2004, vol. 143, n° 3, p. 29 ; DUCKWORTH. « Protectors-Fish or Fowl ? Parts 1 and 2 », *op. cit.* ; *Restatement of the Law, Third, Trusts : General Principles*. St. Paul : American Law Institute, 2007, 474 p., Vol. 3 / 4. Sur le développement du recours au protector : § 75 RN. Sur les conséquences pratiques : § 75 RN, Com. b-f et § 94 RN à Com. d (1).

⁷⁷⁸ V. not. AUSNESS. « The Role of Trust Protectors », *op. cit.* L'auteur y souligne les incertitudes juridiques relatives à l'utilisation de *protectors* dans des *trusts* de nombreux États et plaide pour la modification du *Uniform Trust Code* pour répondre à ces incertitudes.

⁷⁷⁹ À ce titre, il n'est pas inintéressant de noter que le tiers protecteur ne vise absolument pas à protéger les intérêts du bénéficiaire de la fiducie alors même que celle-ci est censée être mise en place à son profit, sinon unique, du moins partiel. Or, le bénéficiaire n'est pas nécessairement le constituant. Ce parti pris du législateur semble participer de la crainte sans cesse sous-entendue que le constituant prendrait un risque patrimonial du simple fait de la constitution d'une fiducie.

⁷⁸⁰ DUCKWORTH. « Protectors-Fish or Fowl ? Parts 1 and 2 », *op. cit.*

⁷⁸¹ C. civ., art. 2017, al. 1.

⁷⁸² V. not. C. CHAMPAUD, D. DANET. « Fiduciaire. Qualités et compétences professionnelles pour

À l'inverse, si la désignation d'un tiers apparaît nécessaire à la protection des intérêts du constituant, pourquoi cette désignation n'est elle pas impérative ? À tout le moins, lorsque le bénéficiaire de la fiducie est également fiduciaire⁷⁸³, pourquoi ne pas imposer la désignation d'un tiers protecteur ou, *a minima*, ne pas offrir la possibilité d'inclure dans le contrat une clause de renonciation à cette faculté, quelle que soit la nature du constituant ?

Au fond, ce dernier argument n'aurait pas autant de poids s'il ne faisait écho aux nombreux autres indices relevés précédemment et qui trahissent la défiance récurrente du législateur envers le principe même de la fiducie. C'est cette inquiétude constante qui a motivé l'encadrement de l'opération de fiducie par la voie contractuelle et qui en limite l'attrait, en particulier pour l'entrepreneur.

l'exercice des fonctions de fiduciaire. Loi du 19 février 2007. Réserve aux financiers. Exclusion des juristes ». *RTD com.*, 2007, p. 737.

⁷⁸³ C'est-à-dire le cas le plus « risqué » pour le constituant.

194. Lorsque le législateur détermine les conditions dans lesquelles les différents acteurs économiques peuvent occuper les fonctions constitutives de l'opération fiduciaire, il détermine indirectement les modalités d'accès à l'opération toute entière. Les quatre fonctions n'ont pas la même importance. Les fonctions de constituant et de fiduciaire, dont la seule participation est impérative à la conclusion du contrat, sont évidemment les plus importantes. Ce sont donc les conditions que doivent remplir constituant et fiduciaire qui impactent le plus l'accès à la fiducie nommée. Or, la philosophie de la loi n° 2007-211 semble être l'opposée de celle des travaux antérieurs. Alors que le projet de 1992⁷⁸⁴ était dès l'origine tourné vers les personnes physiques⁷⁸⁵, au premier rang desquels les entrepreneurs, la loi adoptée en 2007 leur a tourné le dos. En pratique, il est en effet difficile d'envisager qu'un entrepreneur, personne physique par nature, puisse remplir une autre fonction que celle de constituant. Dans ce cas, il pourra alors également être bénéficiaire, total ou partiel.

Malgré les évolutions entérinées par le législateur dès 2008, les conditions d'accès à la fiducie nommée demeurent restrictives et traduisent l'absence d'acceptation entrepreneuriale. Par ailleurs, d'autres rigidités et limites demeurent. Nombre des modalités d'encadrement prévues par la loi pour limiter les dérives potentielles de la fiducie apparaissent alors peu séduisantes pour l'entrepreneur (Chapitre 2).

⁷⁸⁴ Proj. L. n° 2583 de 1992, *op. cit.* V. not. « Communiqué de la Chancellerie. Projet de loi relatif à la fiducie », *op. cit.* ; « Projet de loi relatif à la fiducie », *op. cit.*

⁷⁸⁵ En réalité, les travaux menant au projet de 1992 visaient les personnes physiques puis les personnes morales. V. Rép. min. n° 21563 (JO Sénat 18 février 1993, p. 289) : « Ce texte, par sa généralité, a vocation à s'appliquer tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'associations, sous la seule réserve rappelée à l'article premier du projet de loi qu'il ne soit pas dérogé aux dispositions d'ordre public propres à la matière concernée ».

Chapitre 2. Des modalités d'encadrement peu attractives pour l'entrepreneur

195. Opération *sui generis*, la fiducie nommée s'articule autour d'un contrat spécial. La forme contractuelle, qui se caractérise par la liberté qu'elle propose aux entrepreneurs⁷⁸⁶, aurait pu prévenir toutes les incertitudes intrinsèques à une opération d'un genre nouveau⁷⁸⁷. En réalité, le recours à la voie contractuelle consacre bon nombre de rigidités dans le régime de la fiducie⁷⁸⁸. Ces rigidités présente un avantage certain pour les pouvoirs publics. Celui de limiter les excès qui découleraient naturellement⁷⁸⁹ d'une fiducie qui s'instituerait par simple acte unilatéral, mais également d'en faciliter le contrôle.

Aussi, le législateur a-t-il sciemment limité une partie des atouts de la fiducie nommée au travers de dispositions impératives. L'attrait de la fiducie nommée pour l'entrepreneur est ainsi modéré par des limites dommageables quant au fond (Section 1), et, dans une moindre mesure, par des rigidités résiduelles quant à la forme (Section 2).

Section 1. Des limites de fond dommageables

196. Le législateur agit de manière « quasi-schizophrénique » lorsque qu'il encadre partiellement et de manière assez arbitraire les finalités de la fiducie nommée (§1). Pareillement, sous des aspects engageants, le régime fiscal de la fiducie ne semble pas suffisant pour assurer l'attractivité du dispositif (§2).

⁷⁸⁶ V. n° 86 s., *supra*.

⁷⁸⁷ Typiquement pour les dirigeants-proprétaires issus de petites structures, qui constituent l'essentiel des situations entrepreneuriales.

⁷⁸⁸ D'autant que le formalisme lors de l'élaboration du contrat induit un parallélisme des formes pour toute modification éventuelle.

⁷⁸⁹ Il est tout de même très étonnant de voir avec quelle véhémence la fiducie est traitée par les pouvoirs publics.

§1. L'encadrement des finalités

197. À rebours de la tendance française à vouloir spécialiser les outils juridiques à des situations précises, la loi introduisant la fiducie n'a pas prévu d'instaurer plusieurs fiducies. Compte tenu de la méfiance traditionnelle des pouvoirs publics à l'égard de la fiducie, la promulgation d'un régime unique, quelle que soit la finalité recherchée, pouvait donc sembler étonnant. En écho au principe de la liberté contractuelle, ce choix, est porteur de souplesse et a été accueilli très chaleureusement par les acteurs économiques⁷⁹⁰.

Toutefois, l'unité du régime de la fiducie n'est pas totale. Dès l'origine, la finalité de transmission a été fortement limitée avec l'interdiction de l'intention libérale (B). Cette limite s'avère très décevante dans l'optique entrepreneuriale. En revanche, la nouvelle brèche à l'unité du régime fiduciaire, apparue en 2008, a renforcé l'attractivité de la fiducie nommée conclue dans une finalité de sûreté (A).

A. L'encadrement de la fiducie-sûreté

198. La finalité de sûreté constitue l'un des atouts de la fiducie nommée, que ce soit dans une optique entrepreneuriale ou non. La propriété demeure, en effet, la « reine des sûretés⁷⁹¹ ». À ce titre, elle est susceptible de satisfaire débiteurs et créanciers. L'entrepreneur, qui revêtira plutôt la fonction de débiteur dans le cadre

⁷⁹⁰ La multitude des finalités possibles ne peut cacher le fait qu'une fiducie nommée ne peut en principe changer de finalité en cours d'existence. À ce titre, elle se distingue du *trust* dont la finalité peut être amenée à évoluer plus ou moins fortement dans des cas très précis. C'est par exemple le cas d'un *discretionary trust* (v. n° 323, *infra*) ou encore lors de la mise en œuvre de la doctrine « Cy-près ». En vertu de cette « *Cy pres doctrine* », lorsque la finalité initiale visée par le constituant d'un *charitable trust* est devenue impossible, impraticable ou illégale, les juges peuvent en modifier les modalités aussi étroitement que possible (« aussi près ») afin que le *trust* puisse continuer à fonctionner. V. not. K. B. WACHTERHAUSER et al. « Symposium The role of fiduciary law and trust in the twenty-first century : a conference inspired by the work of Tamar Frankel ». *B.U. L. Rev.*, 2011, vol. 91, n° 3, spéc. p. 896 ; J. DUKEMINIER, R. H. SITKOFF, J. LINDGREN. *Wills, trusts, and estates*. 8^e éd. New York : Aspen Publishers, 2009, 1072 p., spéc. p. 760 ; BÉRAUDO. *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, *op. cit.*, n° 269. V. égal. l'application de cette doctrine en droit islamique : J. A. SCHOENBLUM. « The role of the legal doctrine in the decline of the islamic waqf : a comparison to the trust ». *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 32, p. 1191, spéc. n. 94.

⁷⁹¹ FERRY. « Fiducie et procédures collectives », *op. cit.*

d'une fiducie⁷⁹², ne peut que se réjouir de la faculté de mettre en place un mécanisme propice à l'obtention de crédit.

Alors que la validité de la fiducie-sûreté qui était déjà envisagée dans les projets des années mille neuf cent quatre-vingt-dix n'a jamais fait de doute⁷⁹³, les dispositions initiales de la loi se sont rapidement montrées insuffisantes (1). Aussi, le législateur est-il venu apporter un encadrement particulier à la fiducie nommée à finalité de sûreté (2).

1. L'insuffisance du régime initial

199. Dans le cadre d'une fiducie conclue avec une finalité de sûreté, le schéma organisationnel est très classique. Puisqu'il est question de renforcer la créance d'un créancier, ce dernier occupe nécessairement la fonction de bénéficiaire. Le débiteur de la créance sera un bénéficiaire à titre subsidiaire, c'est-à-dire qu'en cas de remboursement intégral de ladite créance, les éléments constituant le patrimoine fiduciaire retourneront dans son patrimoine⁷⁹⁴. Compte tenu de la teneur financière du régime actuel de la fiducie nommée, et de la fonction de fiduciaire en particulier, il est très probable que le créancier soit un établissement de crédit qui souhaite également assumer la fonction de fiduciaire. Dès 2007, l'article 2016 du Code civil⁷⁹⁵ prévoyait cette éventualité et l'autorisait de manière explicite. Déjà, les projets développés dans les années mille neuf cent quatre-vingt-dix envisageant ce cas⁷⁹⁶.

Pour autant, sous couvert d'un régime unique quelle que soit la finalité du contrat de fiducie, aucune autre disposition ne s'articulait avec la finalité de sûreté.

⁷⁹² Pour autant, le constituant d'une fiducie-sûreté n'est pas nécessairement le débiteur. À l'instar des sûretés réelles, la fiducie-sûreté peut être constituée par autrui. V. not. J.-J. ANSAULT. *Le cautionnement réel*. Paris : Defrénois-Lextenso, 2009, XVI-692 p. (Doctorat & notariat, 40).

⁷⁹³ Elle constituait l'un des trois piliers de la fiducie prévue dans les projets des années mille neuf cent quatre-vingt. V. not. « Le projet de loi instituant la fiducie (Ass. nat. n° 2583) ». *RDF*, 25 mars 1992, n° 13, 100006. Pour la fiducie nommée, la volonté de consacrer la fiducie-sûreté a été affirmée très clairement dès les travaux préparatoires. V. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, spéc. p. 7 s.

⁷⁹⁴ V. not. Annexe n°4 : Proposition de contrat de fiducie-sûreté.

⁷⁹⁵ « Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie ».

⁷⁹⁶ « Lorsque la fiducie est conclue à des fins de garantie, le fiduciaire peut être le bénéficiaire dans les conditions fixées au contrat » : art. 2062, al. 3 « Le projet de loi instituant la fiducie (Ass. nat. n° 2583) », *op. cit.* V. égal. Annexe n°1 : Extraits du Projet de loi instituant la fiducie (1992).

Cette absence a été très sévèrement critiquée par la doctrine⁷⁹⁷. À part l'intérêt théorique de consacrer la fiducie-sûreté en droit français, le régime issu de la loi de 2007 était clairement insuffisant. Par nature, la prise de sûreté tend à concerner une relation déséquilibrée entre le débiteur et le créancier. Aussi, même si les parties pouvaient essayer de tout prévoir contractuellement, il était dangereux que la loi demeure silencieuse sur certains points cruciaux. C'est particulièrement le cas de la mention de la dette garantie qui justifie l'opération toute entière, mais également les modalités de dénouement de la fiducie en cas de remboursement de ladite dette. Malheureusement, la loi était également muette quant à l'articulation de la fiducie avec le droit des procédures collectives.

Même si la fiducie constituée à finalité de sûreté n'a pas vocation à remplacer les sûretés réelles traditionnelles⁷⁹⁸, et à ce titre demeurera une possibilité marginale pour l'entrepreneur, le législateur avait dû réagir afin de proposer un cadre plus sécurisant pour la fiducie-sûreté (2).

2. L'apport des dispositions spécifiques

200. À partir de 2008, soit assez rapidement après la promulgation de la fiducie nommée, le législateur a largement étoffé les dispositions relatives à la finalité de sûreté. L'ordonnance du 18 décembre 2008⁷⁹⁹ s'est attaquée à la question de l'articulation de la fiducie avec le droit des procédures collectives⁸⁰⁰. Elle a adapté l'efficacité de la sûreté aux différentes philosophies des différentes procédures mais a aussi mis fin à la nullité de plein droit des fiducies constituées lors de la période

⁷⁹⁷ V. en part. P. CROCQ. « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés ». *D.*, 2007, I. 1354.

⁷⁹⁸ V. en ce sens. J.-J. ANSAULT. « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 192, p. 52 à 66, spéc. n° 192 : « La garantie idéale pour des opérations d'envergure dans lesquelles les créanciers accepteront sans mal de se soumettre à une procédure constitutive pesante dans la mesure où elle leur assure en contrepartie une position d'exception en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur. Symétriquement, pour les opérations ponctuelles de crédit, souscrites notamment par les particuliers, la fiducie-sûreté aura sans doute plus de mal à s'imposer. C'est dire que cette garantie n'a pas vocation à occuper tout l'espace dévolu aux sûretés réelles traditionnelles en se substituant à elles mais plutôt à s'insérer harmonieusement dans le tableau du droit français des sûretés que le législateur essaie sans relâche de parfaire ».

⁷⁹⁹ Ord. n° 2008-1345, *op. cit.*

⁸⁰⁰ Pour une vue d'ensemble, v. not. D. LEGAIS. « Fiducie ». *RD bancaire et financier*, janvier 2009, n° 1, comm. 23.

suspecte. Désormais, seul le transfert fiduciaire intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée est autorisé⁸⁰¹.

Répondant aux appels de la doctrine en ce sens⁸⁰², l'ordonnance du 30 janvier 2009 a ensuite doté le Code civil d'un corps de règles propres⁸⁰³. L'unité de principe du régime fiduciaire était alors écorné. Plus encore, avec la loi du 12 mai 2009⁸⁰⁴, le législateur a assuré que le décès d'un constituant personne physique, comme un entrepreneur, ne mettait plus fin au contrat de fiducie-sûreté⁸⁰⁵. Toutefois, le nouveau régime de la fiducie n'est pas sans inconvénient. Alors que la critique traditionnelle visant la fiducie-sûreté, c'est-à-dire celle de constituer un « gaspillage du crédit⁸⁰⁶ », a moins de sens depuis la consécration de la faculté de recharger la garantie⁸⁰⁷, une autre critique persiste. Il s'agit de la lourdeur générale du mécanisme.

Pour autant, l'encadrement de la finalité de sûreté a ainsi été bien accueilli. Il s'agit tout à la fois d'une rigidification de régime unique de la fiducie nommée mais également une meilleure sécurisation de cette finalité. De nombreux auteurs l'ont d'ailleurs salué en ce sens. Au contraire, l'encadrement de la fiducie-transmission apparaît comme un véritable obstacle à l'utilisation de la fiducie dans une optique entrepreneuriale (B).

B. L'encadrement de la fiducie-transmission

201. Le législateur ayant explicitement envisagé l'utilisation de la fiducie comme moyen de sûreté et de gestion⁸⁰⁸, et puisque la fiducie dispose d'un régime

⁸⁰¹ C. com., art. L632-1, 9° et 10°.

⁸⁰² Not. J.-J. ANSAULT. « La fiducie-sûreté ressuscitée ! ». *Journ. sociétés*, 1^{er} mai 2009, n° 65, p. 22 à 36.

⁸⁰³ Ord. n° 2009-112, *op. cit.* Les articles 2372-1 à 2372-5 visent les biens meubles dans la nouvelle section « De la propriété cédée à titre de garantie » du Chapitre IV intitulé « De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie » du Livre quatrième du Code civil. Les biens immeubles font quant à eux l'objet des articles 2488-1 à 2488-5 dans un nouveau Chapitre VIII intitulé « De la propriété cédée à titre de garantie ».

⁸⁰⁴ L. n° 2009-526, *op. cit.*

⁸⁰⁵ C. civ., art. 2372, al. 2 et art. 2488-1, al. 2.

⁸⁰⁶ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 41.

⁸⁰⁷ C. civ., art. 2372-5, al. 2 et art. 2488-5, al. 2.

⁸⁰⁸ Même si la finalité de gestion est consubstantielle à la fiducie : v. n° 87 s., *supra*.

juridique unique quelle que soit la finalité de l'opération⁸⁰⁹, il aurait pu sembler logique que la troisième finalité classique d'une fiducie, la transmission⁸¹⁰, soit également admise par la loi. Ainsi, l'entrepreneur pouvait-il espérer utiliser une fiducie nommée pour transmettre son patrimoine professionnel à ses héritiers, tout en adaptant les conditions du transfert pour que celui-ci assure au mieux les conditions favorisant la pérennisation de l'unité économique.

Malheureusement, le législateur a fait le choix de proscrire totalement transmission dans son acception la plus courante, celle de libéralité (1). En revanche, rien ne s'oppose à ce que la fiducie nommée serve de véhicule de transmission, dans son acception le moins courante, celle d'un transfert de propriété à titre onéreux (2).

1. La prohibition de l'intention libérale

202. Historiquement, la question de l'introduction d'une fiducie-transmission pleine et entière, c'est-à-dire permettant de transférer des biens ou droits à titre onéreux ou gratuit, a basculé au milieu des années mille neuf cent quatre-vingt-dix. Jusqu'à cette période, les différents travaux relatifs à l'introduction de l'opération fiduciaire en droit français s'attachaient à une fiducie polyvalente, irradiant le droit des contrats jusqu'aux biens, en passant par les libéralités et les sûretés⁸¹¹. La fiducie-libéralité était alors clairement envisagée comme une finalité participant de l'attrait du mécanisme et justifiant son introduction. C'était ainsi le cas des travaux menés par la Chancellerie dans le cadre d'un avant-projet de loi entre 1989⁸¹² et 1991⁸¹³. C'était également le cas du projet de loi de 1992 qui prévoyait explicitement

⁸⁰⁹ Hormis quelques dispositions spécifiques à la finalité de sûreté, v. n° 199 s., *supra*. Ce choix unitaire s'avère pertinent en ce qu'il évite un éparpillement des modalités de mise en œuvre de la fiducie. Cela contribue alors à l'attractivité du mécanisme. Dans le même sens : B. HOHL. « Une seule fiducie, ça suffit ! ». *Le barreau de France*, juillet 2005, n° 329, p. 8 à 9.

⁸¹⁰ Sur la notion de transmission, à titre onéreux ou gratuit, et son caractère définitif : v. n. 457, *supra*.

⁸¹¹ GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, spéc. n° 1.

⁸¹² V. F. TRIPET. *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*. Paris : Litec, 1989, 259 p., spéc. 4-C et 4-D.

⁸¹³ V. l'exposé des motifs de l'avant-projet : DE GUILLENCHMIDT et CHAPELLE. « Trusts, business trusts et fiducie », *op. cit.* Le texte du projet provisoire est disponible aux pages 11 s. Pour une analyse, v. J. CHARLIN. « La fiducie-libéralité, essai de synthèse en vue d'un contrat ». In : *Les opérations fiduciaires : pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international*, Paris : FEDUCI/LGDJ, 1985, p. 136 ; BERGER. « Fiducie et transmission des entreprises », *op. cit.* ;

une fiducie permettant de transmettre des éléments patrimoniaux à titre gratuit⁸¹⁴, Toutefois, les craintes d'ordre fiscal et d'atteinte à l'ordre public successoral qui ont été à l'origine de l'abandon du projet en 1994⁸¹⁵, ont également marqué les travaux postérieurs. Pourtant plutôt volontariste en matière fiduciaire, la proposition de loi de 2005 n'échappe pas à la règle⁸¹⁶, de même que le texte finalement adopté.

203. Ainsi, dans le régime de la fiducie nommée, plusieurs dispositions interdisent directement ou indirectement une finalité de libéralité. Deux textes s'opposent directement à la conclusion d'une fiducie motivée par une intention libérale. Le premier est l'article 2013 du Code civil⁸¹⁷ qui frappe simplement d'une nullité d'ordre public toute fiducie procédant d'une intention libérale⁸¹⁸. Cette nullité peut ainsi être soulevée par n'importe qui. Mais le législateur ne s'arrête pas là. Un second texte instaure, en matière fiscale, une procédure de rectification spécifique à la fiducie. En vertu de l'article L64 C du LPF⁸¹⁹, une opération de fiducie menée avec une intention libérale, qui contribuerait à minorer l'impôt autrement dû, ne peut être opposé à l'administration. L'article 792 bis du CGI apporte un début de définition de l'intention libérale dans le cadre fiscal. Elle sera notamment caractérisée « lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession

GOBIN. « De l'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine professionnel », *op. cit.* ; GOBIN. « Cas d'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine privé », *op. cit.*

⁸¹⁴ V. not. « Le transfert à un fiduciaire de biens ou droits de toute nature donne ouverture aux droits de mutation à titre gratuit lorsque le contrat de fiducie prévoit la transmission de ces biens ou droits, sans contrepartie équivalente, à une personne désignée par le constituant et distincte de ce dernier » : art. 12, I du Proj. L. n° 2583 de 1992, *op. cit.*

⁸¹⁵ V. n° 16, *supra*.

⁸¹⁶ « La fiducie ne peut pas, à peine de nullité, être utilisée aux fins de transfert à titre gratuit de droits du constituant à un tiers » : art. 2063, MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*

⁸¹⁷ « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public » issu de l'art. 1, L. n° 2007-211, *op. cit.*

⁸¹⁸ La loi ne précisant pas ce qu'elle entend par « intention libérale » dans le cadre de cet article, il faut s'en remettre au droit commun, c'est-à-dire à l'article 893 : « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament ». *Adde M. GRIMALDI. L'intention libérale*. Montréal : Éditions Thémis, 2004, VIII-30 p. (Conférences Roger-Comtois, Chaire du notariat).

⁸¹⁹ « Sans préjudice de la sanction de nullité prévue à l'article 2013 du Code civil, les contrats de fiducie consentis dans une intention libérale au sens de l'article 792 bis du Code général des impôts et qui conduisent à une minoration des droits au titre de tous impôts et taxes dus par l'une quelconque des personnes parties au contrat ou en tenant des droits ne peuvent être opposés à l'administration qui est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse » : art. 10, L. n° 2007-211, *op. cit.*

est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire ». La sanction est alors fiscale⁸²⁰.

204. Au-delà de l'interdiction directe et explicite de la finalité de libéralité, le cumul de plusieurs autres facteurs rend également difficile la mise en place d'une fiducie aux fins de transmission⁸²¹. D'abord, jusqu'en 2008, les modalités restrictives d'accès à la fiducie nommée, qui réservaient la qualité de constituant aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, fermaient grandement la voie aux libéralités⁸²². Puis, une fiducie ne peut durer plus de 99 ans⁸²³, ce qui proscrit la possibilité de pérenniser un patrimoine dans le temps via ce seul moyen. Ensuite, une fiducie-gestion prend automatiquement fin au décès du constituant personne physique⁸²⁴. Aussi, le droit des successions et des libéralités n'apparaît pas comme un domaine de prédilection de la fiducie nommée. De plus, elle ne peut pas porter sur les biens d'un mineur⁸²⁵, ce qui complique toutes les opérations visant à gratifier les descendants de l'entrepreneur.

Cette interdiction de la fiducie-libéralité a fait l'objet de sévères critiques de la part de la doctrine⁸²⁶. Il est en effet regrettable que des perspectives importantes de la fiducie nommée soient écartées, plaçant la fiducie « à la française bien loin des trusts anglo-saxons⁸²⁷ ». Néanmoins, malgré ces différents obstacles, la transmission n'est pas totalement exclue du régime de la fiducie nommée. Il ne s'agit simplement pas de la fiducie-libéralité (2).

⁸²⁰ L'administration risque également d'appliquer l'article 1729 du CGI sur l'abus de droit (b) et sur les manœuvres frauduleuses (c). Ces dispositions prévoient des pénalités supplémentaires de 80 %. *Adde S. PRIGENT*. « Premiers pas en fiducie dans le code Civil. Étude de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 ». *AJDI*, 2007, études, p. 280, spéc. p. 283.

⁸²¹ Mais cela demeure indirect.

⁸²² Jusqu'à l'abrogation de l'article 2014 du Code civil via l'article 18 de la L. n° 2008-776, *op. cit.* V. n° 137 s., *supra*.

⁸²³ C. civ., art. 2018, 2°.

⁸²⁴ C. civ., art. 2029, al. 1.

⁸²⁵ V. n° 112 s., *supra*.

⁸²⁶ V. not. F. TRIPET. « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? ». *Gaz. Pal.*, octobre 2006, n° 294, p. 6 ; WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 31.

⁸²⁷ A. HINFRAY, V. MIALHE. « La fiducie et son régime fiscal ». *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2014, n° 168, p. 13.

2. La légalité de la fiducie-transmission sans intention libérale

205. Selon le régime actuel, la transmission à titre gratuit étant totalement prohibée puisque l'opération de fiducie ne peut pas aboutir à la gratification du bénéficiaire désigné par le constituant⁸²⁸. Il est regrettable que le législateur n'ait pas profité de la réforme de 2008 pour lever cette prohibition. Dans l'acception entrepreneuriale, la fiducie-transmission avec intention libérale permettrait d'assurer la pérennité d'entreprise dont les héritiers légaux sont inaptes ou incapables. C'eût été également un rempart intéressant aux dissensions familiales. Toutefois, il convient de distinguer la fiducie-libéralité, explicitement prohibée par le Code civil à l'article 2013, d'une fiducie-transmission visant simplement à transmettre des éléments du patrimoine fiduciaire hors la fiducie. La transmission ne procède alors pas d'une intention libérale telle que définie à l'article 893 du Code civil, mais s'opère à titre onéreux. Ainsi, le transfert de propriété à titre onéreux d'éléments appartenant au patrimoine fiduciaire est parfaitement envisageable⁸²⁹. Cette finalité peut prendre deux formes.

Dans la première, classique, la transmission apparaît comme une modalité particulière de la mission de gestion confiée par le constituant au fiduciaire. Celle-ci visera par exemple la revente d'actions ou de biens immobiliers à un prix déterminé à l'avance. Le patrimoine fiduciaire sert alors simplement de réceptacle permettant au fiduciaire la plus grande liberté afin d'accomplir une mission à visée onéreuse pour le constituant. Dans la seconde, la constitution d'une fiducie nommée est un acte complémentaire d'une libéralité réalisée par ailleurs. Rien ne s'oppose en effet à ce que la constitution d'une fiducie nommée soit appréhendée comme une charge contraignant le bénéficiaire. La fiducie nommée, sous la réserve d'une appréciation extensive, ne procède alors pas d'une intention libérale.

⁸²⁸ C. civ., art. 2013.

⁸²⁹ Bien que la disposition du projet de loi qui l'envisageait explicitement n'ait pas été consacrée. V. art. 2062, MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.* : « La fiducie résulte d'un contrat par lequel un constituant transfère des droits de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire, à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat à des fins de gestion, de garantie ou de transmission à titre onéreux, exclusivement ou cumulativement ».

Ces deux possibilités n'effacent cependant pas l'absence de consécration pleine et entière de la fiducie-transmission. Pour l'entrepreneur, l'interdiction de la finalité de libéralité demeure la plus grande limite de la fiducie nommée. Elle apparaît d'autant plus au regard de la faiblesse de l'argumentaire officiel mis en avant au moment du vote de la loi⁸³⁰. Pareillement, la fiscalité apparaît toujours comme un point problématique de l'utilisation entrepreneuriale de la fiducie nommée (§2).

§2. Une fiscalité problématique

206. Dès l'origine, compte-tenu de la méfiance des pouvoirs publics à l'encontre de la fiducie⁸³¹, les travaux préparatoires ont été orientés afin de pouvoir assurer une neutralité fiscale de l'opération fiduciaire. L'objectif annoncé était alors de soumettre la fiducie à un traitement identique à celui d'une structure juridique transparente (A). Toutefois, la transparence fiscale de la fiducie, qui s'articule différemment selon que le constituant agit dans le cadre de son patrimoine privé ou non, demeure relative (B). Cette incertitude constitue un véritable frein à la mise en œuvre de la fiducie⁸³², encore plus dans un cadre entrepreneurial.

A. La possibilité d'une neutralité fiscale

207. En principe, le constituant demeure fiscalement titulaire des éléments transférés dans le patrimoine fiduciaire. L'opération fiduciaire est donc censée être neutre, c'est-à-dire qu'elle ne doit changer la situation fiscale d'aucune des parties concernées⁸³³. Alors que *trust* est très souvent valablement constitué pour des

⁸³⁰ L'argumentaire voulait qu'une fiducie contractée afin de transmission pourrait être redondante avec les mécanismes fiduciaires adoptés via la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 et que sa « mise en œuvre (...) pourrait désormais présenter moins d'intérêt en droit français compte tenu de la consécration récente du mandat à effet posthume ainsi que des libéralités graduelles et résiduelles » : DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.* p. 15.

⁸³¹ En particulier, pour ce domaine, de la Direction de la législation fiscale (DLF). V. n° 202, *supra*.

⁸³² Rapidement dénoncée par la doctrine : v. not. J.-P. LE GALL. « De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale ». *JCP E*, 2007, 2058 ; P. NEAU-LEDUC. « La neutralité fiscale au service de la fiducie ». *RD bancaire et financier*, mai 2007, n° 3, prat. 3, p. 72 ; R. MORTIER, F. LE MENTEC. « Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 82 ; J.-L. PIERRE. « Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ? ». *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 95.

⁸³³ CGI, art. 238 quater A s. issus de l'art. 10, Ord. n° 2009-112, *op. cit.*

considérations purement fiscales, le législateur s'y est vigoureusement opposé concernant la fiducie nommée. Toutefois, il est savoureux de constater que cette neutralité repose sur une sorte de distinction entre propriété économique, qui demeure au constituant, et propriété juridique, qui est transférée au fiduciaire. Or, cette distinction est similaire à celle opérée sous l'empire du *trust*⁸³⁴, alors même que celui-ci n'est pas été consacré en droit civil et que des raisons d'incompatibilité ont été avancées⁸³⁵.

Selon la logique fiscale, les éléments transférés dans le patrimoine fiduciaire ont toujours vocation à retourner dans le patrimoine du constituant. Sous cet angle, l'administration considère la constitution d'une fiducie comme une opération intercalaire, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas susciter l'impôt. Toutefois, plusieurs conditions préalables s'imposent pour que la neutralité soit effective. Elles ont été fixées par ordonnance⁸³⁶ et codifiées au CGI⁸³⁷. L'article 238 quater B distingue selon que le constituant agit à titre professionnel (1) ou à titre privé (2).

1. L'entrepreneur-constituant agissant à titre professionnel

208. Qu'il s'agisse de personnes morales ou de personnes physiques, le régime de neutralité fiscale peut s'acquérir si quatre conditions cumulatives sont remplies.

Dans un premier temps, le cadre défini par l'article 2011 du Code civil doit être respecté⁸³⁸. À l'origine, les dispositions fiscales prévoyaient que le contrat de fiducie réponde « aux conditions prévues aux articles 2011 à 2031 du Code civil⁸³⁹ ». L'article 2031 a été abrogé. Désormais, la neutralité concerne une « opération de fiducie définie à l'article 2011 du Code civil ». Pour certains auteurs, ce changement a modifié les fondements de la neutralité⁸⁴⁰. Auparavant, elle aurait été fondée sur le respect de l'ensemble des dispositions du régime de la fiducie. Désormais, elle ne

⁸³⁴ Pour ne pas dire qu'elle s'en inspire. V. n° 9 s., *supra*.

⁸³⁵ V. n° 347 s., *infra*.

⁸³⁶ Ord. n° 2009-112, *op. cit.*

⁸³⁷ CGI, art. 238 quater A s. consacrés à la fiducie et constitutifs du III de la Section II du Chapitre IV du Titre Premier « Impôts directs et taxes assimilées ».

⁸³⁸ CGI, art. 238 quater B, I, issu de l'art. 10, XIV de l'Ord. n° 2009-112, *op. cit.*

⁸³⁹ CGI, art. 233 V (anc.).

⁸⁴⁰ V. HINFRAY et MIAILHE. « La fiducie et son régime fiscal », *op. cit.*

requerrait que le respect de l'article 2011. Dès lors, qu'en est-il si le contrat de ne respecte pas les conditions prévues aux articles 2012 et suivants ? La question n'est pas tranchée et la doctrine semble divisée. Pourtant, il semble falloir adopter une lecture littérale du CGI et ne pas rajouter des conditions là où il n'y en a pas. De plus, conditionner le bénéfice de la neutralité fiscale à un respect scrupuleux de toutes les dispositions du régime fiduciaire porterait un coup très dur à la sécurité juridique et n'inciterait pas à la conclusion de fiducies.

Dans un deuxième temps, il convient de s'assurer que les écritures comptables permettent d'assurer un traçabilité des éléments transférés. Il faut pour cela que le constituant exerce une activité à titre industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral⁸⁴¹, et que les éléments transmis aient été inscrits au bilan⁸⁴².

Dans un troisième temps, le constituant doit être désigné bénéficiaire de la fiducie dans l'acte constitutif de l'opération. L'administration fiscale pourrait remettre en cause le régime de neutralité fiscale s'il s'avère que la désignation du constituant comme bénéficiaire est purement formelle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il en soit le seul bénéficiaire. La neutralité s'attache au caractère intercalaire de l'opération de fiducie : tant que le déroulement attendu de l'opération est le retour des éléments transférés dans le patrimoine fiduciaire vers le patrimoine du constituant, elle est possible. Au contraire, une opération de fiducie qui ne laisserait aucune possibilité de retour engendrerait une imposition immédiate. Par ailleurs, la neutralité fiscale ne peut s'exercer qu'au profit du constituant qui est bénéficiaire du contrat. Dans toute autre configuration, le transfert à vocation à être imposé.

Enfin, dans un quatrième temps, le fiduciaire doit s'engager à respecter un certain formalisme. Il s'agit principalement de la reprise des écritures du constituant, y compris certains engagements comme en matière immobilière⁸⁴³. Il doit également s'assurer de la bonne évaluation comptable des éléments transférés.

⁸⁴¹ Société soumise à l'IS, l'IR ou un exploitant individuel.

⁸⁴² Ou à un registre des immobilisations dans le cas des biens affectés à une activité non commerciale.

⁸⁴³ Par ex. la taxe patrimoniale de 3 % relevant des art. 990 s. du CGI. L'administration précise que le constituant est fiscalement titulaire de droits sur les actifs mis en fiducie et qu'il est redevable de cette taxe à raison des droits qu'il détient sur les actifs immobiliers mis en fiducie : Instruction du 7 août 2008 (BOI 7 Q-1-08). Cependant, elle admet également que les obligations déclaratives puissent être remplies par le fiduciaire habilité par le constituant. V. HINFRAY et MIALHE. « La fiducie et son régime fiscal », *op. cit.*

En la matière, les dispositions comptables s'avèrent particulièrement intéressantes. Elles distinguent selon que la fiducie est « contrôlée » ou non par le constituant. Elle est présumée contrôlée si une même personne occupe les fonctions de constituant et de bénéficiaire⁸⁴⁴. À défaut, la fiducie est présumée ne pas être « contrôlée ». Dans la première situation, le transfert fait l'objet d'une évaluation à la valeur comptable. Dans la seconde situation, la valorisation sera moins simple et il faudra recourir à la valeur vénale. Lorsque la neutralité fiscale est validée, les plus-values ne seront pas imposées et continueront d'être considérées comme latentes afin de faciliter le contrôle par l'administration ou le bénéficiaire lors du dénouement⁸⁴⁵.

Le régime fiscal diffère légèrement lorsque le constituant est une personne physique agissant à titre privé (2).

2. L'entrepreneur-constituant agissant à titre personnel

209. L'article 18 de la LME, avec des textes subséquents⁸⁴⁶, a assez largement clarifié l'ensemble des dispositions fiscales propres à la fiducie conclue dans un but patrimonial personnel. Les conditions nécessaires au bénéfice du régime de la neutralité fiscale sont identiques à celles mises en place pour une opération à titre professionnel. L'opération doit respecter les modalités prévues à l'article 2011 du Code civil. Pareillement, la loi prévoit la même exigence d'identité entre constituant et bénéficiaire. Par ailleurs, les formalités d'enregistrement prévues à l'article 2019 doivent être respectées à peine de nullité⁸⁴⁷. Évidemment, c'est au niveau des écritures comptables que les situations se distinguent véritablement. Ainsi, dans un cadre personnel, le fiduciaire doit les reprendre selon leur prix ou bien selon leur valeur d'acquisition par le constituant.

⁸⁴⁴ Le contrôle est présumé si le constituant est le bénéficiaire unique ou si chacun des constituants conserve majoritairement les risques et les avantages relatifs aux éléments transférés : Avis n° 2008-03, *op. cit.*

⁸⁴⁵ Dans le cas d'une fiducie « non-contrôlée », la sortie des éléments du patrimoine du constituant vers le patrimoine fiduciaire devrait faire l'objet d'une évaluation. La plus-value (ou moins-value) constatée entre la valeur transcrite dans les écritures du constituant et la valeur vénale du bien au jour du transfert, est neutralisée grâce au régime de faveur de l'article 238 quater B du CGI.

⁸⁴⁶ CGI, art. 238 *quater* N s.

⁸⁴⁷ V. n° 230, *infra*.

Même si la doctrine a pu relever que les dispositions comptables et fiscales applicables en matière de biens professionnels n'ont pas été transposées pour les constituants non-professionnels, il n'y a pas de raison de ne pas s'y référer à défaut de tout autre texte, contraire ou non⁸⁴⁸.

Solidement affirmée dans le cadre de ces dispositions, la transparence fiscale proposée par la loi apparaît néanmoins assez relative (B).

B. La relativité de la neutralité fiscale

210. La neutralité fiscale a moins été conçue pour rendre la fiducie attrayante que pour empêcher que cette dernière ne soit utilisée que pour éluder l'impôt. Les autorités craignaient de créer un sorte de « *tax loophole* » ou « trou noir fiscal » qui aurait détourné la fiducie des rares utilisations que le législateur voulait bien lui laisser. Des opportunités fiscales ont quand même été dégagées sans que l'administration fiscale puisse s'y opposer⁸⁴⁹.

Pour autant, la transparence fiscale sur laquelle repose la neutralité n'est pas absolue (1). D'ailleurs, il faut rappeler que la neutralité présente un caractère facultatif, qui est susceptible de fragiliser son développement auprès des acteurs économiques les moins en relation avec les services de Bercy (2).

1. La remise en cause de la transparence fiscale

211. Dans une opération complexe comme la fiducie, les implications fiscales doivent être envisagées sur trois périodes. Celle de la création de la fiducie, c'est-à-dire du transfert initial des éléments patrimoniaux vers le patrimoine fiduciaire. Celle de son déroulement, qu'il s'agisse d'une fiducie-gestion ou une fiducie-sûreté. Et enfin, celle de son terme. Le régime fiscal de la fiducie intéresse tout à la fois les

⁸⁴⁸ Des auteurs considèrent avec raison que ces dispositions ont une vocation générale et doivent être symétriquement appliquées. V. HINFRAY et MIALHE. « La fiducie et son régime fiscal », *op. cit.*

⁸⁴⁹ Cela peut être le cas entre un crédit-bail immobilier et une fiducie-sûreté. Pour un ex. chiffré, v. B. BÉDARIDE. « Plaidoyer pour l'utilisation urgente de la fiducie-sûreté pour refinancer l'immobilier d'entreprise ». *RD bancaire et financier*, février 2012, étude 2.

droits d'enregistrements⁸⁵⁰, les plus-values, les revenus issus du patrimoine fiduciaire, la fiscalité locale ou encore la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

À propos de ces deux dernières, la fiducie n'est pas transparente. C'est le fiduciaire qui en est redevable. Ainsi, en matière locale, la taxe foncière et la contribution économique territoriale (CET) sont établies au nom de ce dernier. Quant à la taxe sur la valeur ajoutée, le fiduciaire se voit reconnaître la qualité d'exploitant.

Remise en cause dans ces quelques cas, la transparence, qui fonde la neutralité fiscale, ne doit pas cacher le caractère aléatoire de cette dernière (2).

2. Le caractère d'exception de la neutralité fiscale

212. La lettre de la loi veut que le régime de neutralité fiscale s'applique de plein droit dès lors que les conditions requises sont remplies. Toutefois, la neutralité n'est nullement nécessaire à la validité du contrat. Aussi, il est parfaitement envisageable que les parties souhaitent ne pas se soumettre aux obligations civiles, fiscales et comptables qui en conditionnent l'obtention. C'est leur droit. Il s'agit alors pour ces dernières d'un choix d'opportunité dont les tenants et aboutissants dépendent de leur situation particulière. Il pourrait, par exemple, se justifier par la recherche d'une fiscalité d'entrée⁸⁵¹ ou de sortie de fiducie⁸⁵² dans le cadre d'une opération de défaisance⁸⁵³. Les parties pourront également être amenées à s'interroger sur l'opportunité de s'astreindre à reprendre les engagements comptables du constituant⁸⁵⁴. C'est dans le cadre des négociations amenant à la conclusion de l'opération fiduciaire que la volonté des parties a vocation à s'exprimer. Celle-ci peut donc exclure la neutralité.

⁸⁵⁰ CGI, art. 1133 quater : « Sous réserve des dispositions de l'article 1020, les actes constatant la formation, la modification ou l'extinction d'un contrat de fiducie ou constatant le transfert de biens ou droits supplémentaires au fiduciaire sont soumis à un droit fixe de 125 € ». En présence d'un bien immeuble, le coût de la formalité fusionnée est de 0,815 %.

⁸⁵¹ Les parties renoncent à la neutralité.

⁸⁵² Les parties souhaitent bénéficier du régime de la neutralité.

⁸⁵³ V. HINFRAY et MIALHE. « La fiducie et son régime fiscal », *op. cit.*

⁸⁵⁴ Notamment lorsque le montant de la taxation est minime.

213. À cela, il convient de rappeler le scepticisme structurel de l'administration fiscale envers la fiducie. Aussi, les praticiens ne peuvent assurer à leur client la bienveillance de l'administration dans le cadre fiduciaire. Dans bien des situations, cette incertitude pratique suffit à faner l'intérêt pour la fiducie. C'est comme si, le principe était devenue l'exception, et la suspicion de fraude rendait aléatoire l'attribution de la neutralité. Il pourrait être argué que la procédure du rescrit fiscal devrait prévenir ces excès. Le rescrit apparaît en effet comme un moindre mal pour ceux qui ne peuvent ou savent dialoguer directement avec le fisc. Mais il demeure une procédure peu rapide et tout changement dans l'opération envisagée est susceptible de rendre la réponse de l'administration caduque⁸⁵⁵. Or, si l'aléa demeure acceptable pour certains acteurs économiques, le caractère patrimonial de la situation entrepreneuriale ne permet véritablement pas d'aborder les choses de la même manière. Cette incertitude, qu'elle soit juridique ou seulement fiscale, demeure constitutive d'une insécurité qui limite l'attrait pratique de la fiducie pour un entrepreneur.

De surcroît, la fiducie nommée, qui demeure un contrat et non un simple acte juridique unilatéral⁸⁵⁶, fait l'objet d'un formalisme particulièrement détaillé par la loi (Section 2).

Section 2. Des rigidités formelles

214. Sur la forme, la fiducie nommée est soumise à un encadrement important, pour ne pas dire lourd⁸⁵⁷. Les dispositions prévues par la loi ne sont pas anodines. Elles matérialisent et éclairent la mise en œuvre de l'opération fiduciaire. Ces contraintes s'expliquent par la liberté intrinsèque à l'opération de fiducie et, corrélativement, par la volonté des autorités françaises de limiter les abus qui pourraient en résulter⁸⁵⁸. L'ordre public de direction est donc particulièrement prégnant dans le formalisme attaché à la fiducie nommée.

⁸⁵⁵ V. LPF, art. L80 B permettant à tout administré de demander à l'administration de se prononcer sur sa situation de fait au regard d'un texte fiscal.

⁸⁵⁶ À la grande différence du *trust* qui peut émaner du juge ou du constituant seul. V. n° 324 s., *infra*.

⁸⁵⁷ Cette lourdeur peut parfois être relativisée. C'est en particulier le cas lors des mécanismes concurrents de la fiducie nommée subissent eux-mêmes un formalisme encore plus important.

⁸⁵⁸ D'aucuns diront « inconsciemment » ou « subrepticement ».

Ainsi, la loi implique, indirectement, que le contrat de fiducie prenne la forme d'un acte instrumentaire (§1) et, directement, qu'il fasse l'objet d'une procédure spécifique (§2).

§1. La nécessité d'un acte instrumentaire

215. Contrairement à ce qui était envisagé par le Sénateur Marini⁸⁵⁹, aucune disposition ne prévoit que le contrat de fiducie doive être conclu par écrit. La loi prévoit seulement que la fiducie soit expresse⁸⁶⁰. D'ailleurs, en matière contractuelle, c'est traditionnellement le principe du consensualisme qui joue⁸⁶¹. Aussi, le contrat est censé naître dès l'échange des consentements des parties. Pourtant, en ce qui concerne l'opération de fiducie, force est de constater qu'un *instrumentum* est indirectement requis par la loi, y compris *ad validitatem*⁸⁶². Cela se déduit tant par l'existence de mentions impératives, même sous seing privé (A), que par l'obligation de recourir à un acte authentique dans certains cas de figure (B).

A. Les mentions impératives de l'acte

216. Les mentions impératives à l'acte de fiducie nommée sont précisément détaillées par le législateur (1). Le formalisme en question doit être respecté avec sérieux compte tenu de la nullité encourue (2).

⁸⁵⁹ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, VI., spéc. art. 2064, al. 1.

⁸⁶⁰ C. civ., art. 2012. C'est-à-dire formellement exprimée, en général par écrit, mais parfois simplement par la parole, des gestes ou des signes. V° Exprès, esse : CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

⁸⁶¹ En vertu du principe du consensualisme, qui découle lui-même de la reconnaissance de l'autonomie de la volonté, sauf exception, tous les actes juridiques peuvent être conclus au gré des intéressés sous une forme quelconque (par opp. à solennel). L'acte résulte du seul échange des consentements (*solo consensu*) dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre, soit par écrit (acte sous seing privé, acte authentique), soit oralement, soit même tacitement. V° Consensuel ; Formalisme : *ibid.* Sur la question de l'équilibre entre formalisme assurant une meilleure sécurité juridique et consensualisme garantissant une certaine liberté, v. X. LAGARDE. « Observations critiques sur la reconnaissance du formalisme ». *JCP G*, 1999, I. 170.

⁸⁶² Sur la relativité de la distinction entre formalisme *ad validitatem* et *ad probationem*, v. not. J. FLOUR. « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme ». In : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, Paris : LGDJ, 1950, p. 93 s.

1. Des mentions détaillées

217. Les mentions sont de deux ordres. La loi prévoit celles qui s'appliquent à toutes les situations (a) et celles qui ne concernent que la finalité de sûreté (b).

a. Les mentions génériques

218. L'article 2018 du Code prévoit simplement qu'à peine de nullité⁸⁶³, le contrat de fiducie doit comprendre un certain nombre de mentions.

En premier lieu, il doit déterminer les éléments faisant l'objet du transfert. Le législateur reprend la formulation de l'article 2011, relative à l'assiette du transfert fiduciaire, à savoir « les biens, droits ou sûretés » qui seront transférés. Si ceux-ci sont futurs, la loi ajoute qu'à défaut, l'écrit doit *a minima* comprendre des mentions rendant ces éléments déterminables. Ni la loi n° 2007-211 à l'origine de ces dispositions, ni les différents textes subséquents, n'apportent de précisions quant à la manière d'établir cette déterminabilité. La technique contractuelle doit donc pallier ce manque de la manière la plus prudente possible, notamment en précisant la date à laquelle lesdits biens entreront dans le patrimoine fiduciaire⁸⁶⁴. Néanmoins selon la doctrine, les risques devront être limités puisqu'un doute sur la composition du patrimoine fiduciaire n'emportera pas la nullité de l'opération mais seulement l'exclusion de l'élément litigieux⁸⁶⁵.

219. En deuxième lieu, l'écrit doit déterminer la durée du transfert. Il ne faut pas oublier que l'opération de fiducie a toujours été envisagée par le législateur français comme une opération temporaire. L'idée a toujours été d'empêcher l'inaliénabilité de droits pendant une période « excessive » et de respecter le principe d'ordre

⁸⁶³ Cette solution n'allant pas de soi, même au sein de pays de tradition civiliste. Pour une solution identique, not. le Liban : art. 14, Loi n° 520 du 6 juin 1996 « Développement du Marché Financier et des Contrats Fiduciaires ». Au contraire, le droit Québécois semble étendre le droit commun des contrats et le consensualisme (art. 1385 CCQ) au contrat de fiducie (art. 1262 CCQ). Il en va de même dans le temps. Pour une opinion contraire relative à l'Avant-projet de loi relatif à la fiducie, (*au 1er Juillet 1991*) : v. BARRIÈRE. *La réception du trust*, *op. cit.* n° 462, p. 375 s. V. égal. sur le caractère solennel la fiducie nommée : F. BARRIÈRE. « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (1ère partie) ». *Bull. Joly Sociétés*, 2007, 119, p. 440 n° 16.

⁸⁶⁴ LIBCHABER. « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie) », *op. cit.*, n° 12.

⁸⁶⁵ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 66.

public⁸⁶⁶ de libre circulation des biens⁸⁶⁷. Aussi, dès l'origine, il a été question de savoir comment encadrer ce contrat à durée limitée. La proposition de Monsieur Marini, s'inspirant des mesures du droit anglais, envisageait une durée relativement longue. Sans doute dans un souci d'adapter le plus possible l'opération de fiducie à la tradition juridique française, une durée de vie similaire aux sociétés⁸⁶⁸, baux emphytéotiques⁸⁶⁹ et baux à construction⁸⁷⁰, a été retenue, soit quatre-vingt-dix-neuf ans. De manière assez surprenante, les sénateurs ont décidé de réduire cette période (maximale, il faut le rappeler) par trois en la portant à trente-trois ans, après avoir envisagé une période de « trente-trois ans, renouvelables deux fois⁸⁷¹ ». Le Garde des Sceaux de l'époque parla alors de « sagesse positive⁸⁷² ». Cette précaution ne convainc pourtant pas les praticiens et dès l'année suivante, la durée maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans fut adoptée⁸⁷³.

Selon certains auteurs, cette exigence de la loi n'impliquerait pas qu'une fiducie à durée indéterminée soit impossible, si tant est que le contrat soit assorti d'une clause prévoyant un terme maximum⁸⁷⁴. Cette affirmation apparaît douteuse, sinon à vouloir absolument appliquer les règles de droit commun relatives aux contrats à durée indéterminée, ce qui ne s'accommode pas de l'affirmation constante du caractère temporaire de l'opération de fiducie. Quoiqu'il en soit, un contrat de fiducie ne pourra pas être prorogé une fois arrivé à son terme. En revanche, rien n'empêchera que les bénéficiaires décident de créer une nouvelle fiducie qui aurait le même objet que celle s'étant éteinte.

⁸⁶⁶ Pourtant, il ne semble pas que les articles 34 à 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (anc. Traité instituant la Communauté économique européenne), qui assurent la liberté de circulation des biens entre les États-membres, puissent véritablement s'opposer à la constitution d'une fiducie à durée indéterminée (V. TFUE, *op. cit.*). En réalité, il s'agit ici plutôt de la réminiscence d'une crainte de mainmorte.

⁸⁶⁷ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.* II, B, 6.

⁸⁶⁸ C. civ., art. 1838.

⁸⁶⁹ C. rur. pm., art. L451-1, al. 2.

⁸⁷⁰ CCH, art. L251-1, al. 3.

⁸⁷¹ D'aucuns regretteront la créativité et la simplicité de cette possibilité.

⁸⁷² Compte-rendu des débats au Sénat du 17 oct. 2006, *op. cit.*, spéc. p. 6712.

⁸⁷³ L. n° 2008-776, *op. cit.*, art. 18-1.

⁸⁷⁴ V. not. WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 66 ; ZENATI et REVET. *Les biens, op. cit.*, n° 267, n. 1.

220. En troisième lieu, l'acte instrumentaire doit déterminer l'identité de tous les intervenants. Il s'agit d'abord des parties au contrat, à savoir le ou les constituants⁸⁷⁵ ainsi que le ou les fiduciaires⁸⁷⁶. En cas de pluralité des parties, toutes les personnes impliquées doivent être mentionnées dans l'acte. À défaut, dans la mesure où au moins une personne est mentionnée à titre de constituant et de fiduciaire, l'acte n'encourt pas la nullité mais simplement l'exclusion des personnes non mentionnées. Il s'agit ensuite du ou des éventuels tiers protecteur. Enfin, il s'agit surtout du ou des bénéficiaires de la fiducie⁸⁷⁷. Leur désignation n'est pas nécessaire à la validité de l'acte. Mais à défaut, encore faut-il que l'acte contienne des règles permettant de les désigner le cas échéant⁸⁷⁸.

221. En quatrième lieu, le contrat de fiducie doit également expliciter en quoi consiste la mission du ou des fiduciaires ainsi que l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition⁸⁷⁹. Cette exigence du législateur est intéressante en ce qu'elle symbolise toute l'ambiguïté de la loi vis-à-vis de la fiducie. En substance, cette disposition impose que l'*instrumentum* justifie explicitement l'opération et dévoile les modalités de sa réalisation, c'est-à-dire l'articulation entre le patrimoine du constituant et celui du fiduciaire mais également les pouvoirs rattachés à chacun. Elle est donc tributaire de la finalité recherchée : gestion ou sûreté principalement.

Si cette mention s'avère salutaire au regard de la nouveauté de la fiducie⁸⁸⁰ et de la bonne information des parties, elle détonne en revanche dans un système juridique imprégné depuis longtemps de la notion de cause en matière contractuelle⁸⁸¹. Elle cadre en effet difficilement avec le droit commun des contrats et l'absence habituelle de formalisme de la cause. Peut-être est-elle annonciatrice d'une nouvelle approche du droit contractuel.

⁸⁷⁵ C. civ., art. 2018, 3°.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, 4°.

⁸⁷⁷ C. civ., art. 2018, 5°.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, *in fine*.

⁸⁷⁹ C. civ., art. 2018, 6°.

⁸⁸⁰ Néanmoins, la « fraîcheur » de la fiducie ne demeurera pas éternellement.

⁸⁸¹ L'instauration de la fiducie nommée s'inscrit cependant dans un mouvement de fond remettant en cause l'intérêt de l'existence même de la cause. V. Ord. n° 2016-131, *op. cit.* Égal. n° 130 s., *supra*.

Par ailleurs, l'article 2022 du Code précise que le contrat de fiducie doit également définir les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission, au constituant⁸⁸² mais également au bénéficiaire et à l'éventuel tiers protecteur⁸⁸³. Cette question est particulièrement susceptible de mener à un contentieux, d'autant plus que le législateur n'a prévu à ce titre aucune disposition supplétive. La technique contractuelle peut cependant résoudre ce point sans aucune difficulté. Il suffit aux rédacteurs d'indiquer la fréquence et les modalités d'information du constituant.

En plus de toutes ces mentions, impératives à chaque contrat de fiducie, le législateur a également prévu l'existence de mentions spécifiques en fonction de l'objet de la fiducie. Cela concerne particulièrement les fiducies conclues à titre de sûreté (b).

b. Les mentions spécifiques à la finalité de sûreté

222. Dans un premier temps, la loi était restée muette quant au principe de spécialité des sûretés⁸⁸⁴. Aucune disposition ne visait par exemple à mentionner le montant de la dette garantie par la fiducie-sûreté⁸⁸⁵. Certains observateurs avaient regretté que les parties n'aient pas l'obligation de l'indiquer clairement dans le contrat⁸⁸⁶.

C'est pour cette raison que dans un second temps, l'ordonnance du 30 janvier 2009 a ainsi prévu des dispositions spécifiques à la fiducie-sûreté aux

⁸⁸² C. civ., art. 2022, al. 1 et 2.

⁸⁸³ *Ibid.*, al. 3 introduit par l'article 18 de la L. n° 2008-776, *op. cit.*

⁸⁸⁴ Le principe de spécialité des sûretés veut qu'une sûreté réelle spéciale ne peut porter que sur un bien déterminé en vue de garantir une créance déterminée. Sur cette question, v. not. C. DAUCHEZ. « Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2013, 386 p. L'auteur énonce que le principe de spécialité de l'hypothèque, datant des origines du Code civil, s'est progressivement développé jusqu'à devenir un principe fondamental du droit des sûretés. Malgré les critiques qui lui ont été opposées, lui reprochant not. sa rigidité (P. CROCQ. « Sûretés et garanties. Le principe de spécialité des sûretés réelles -- chronique d'un déclin annoncé ». *Dr. et patr.*, 2001, n° 92, p. 58), le principe a été conservé au terme de la réforme du droit des sûretés : Ord. n° 2006-346, *op. cit.* V. L. AYNÈS et al. « Le renouveau de l'hypothèque (Dossier) ». *Dr. et patr.*, mai 2007, n° 159, p. 40 s.

⁸⁸⁵ En principe, les premières fiducies auraient pu ne pas mentionner le montant de la dette garantie. Il semble néanmoins peu probable que des praticiens aient pu négliger cette mention tant cet élément apparaît essentiel à tout mécanisme de sûreté.

⁸⁸⁶ V. not. CROCQ. « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *op. cit.* n° 15.

articles 2372-2⁸⁸⁷ et 2488-2⁸⁸⁸. Désormais, lorsque la fiducie nommée est conclue à titre de sûreté, le contrat doit comprendre à la fois la mention de la dette garantie, et selon les cas, celle de la valeur estimée⁸⁸⁹ du droit, des biens meubles et/ou des biens immeubles, transférés dans le patrimoine fiduciaire. À peine de nullité, cette mention s'ajoute aux autres mentions impératives prévues à l'article 2018.

223. À la suite de l'ordonnance n° 2009-112, le formalisme imposé aux cocontractants s'est alourdi. Le mouvement est profond et en droit ligne avec les craintes du législateur vis-à-vis de la fiducie. À de rares occasions pourtant, le choix a été fait de ne pas augmenter le nombre des mentions formelles imposées aux parties. C'est en particulier le cas pour les conditions dans lesquelles les éléments transférés dans le patrimoine fiduciaire devront être transmis au bénéficiaire. La mention de ces conditions était pourtant prévue dans la proposition de loi Marini⁸⁹⁰. Cette disposition a disparu du texte adopté. Néanmoins, bien loin d'être une marque de souplesse de la part du législateur, il s'agit en réalité pour la loi de se substituer à l'exercice de la liberté contractuelle des parties. En effet, le législateur a ultérieurement inséré dans le Code civil des dispositions impératives spécifiques aux biens meubles⁸⁹¹ et immeubles⁸⁹².

Toutes ces mentions, qu'elles soient génériques ou spécifiques à la finalité de sûreté, sont impératives au contrat de fiducie auquel elles se rapportent. Ainsi, elles conditionnent la validité de l'opération tout entière (2).

2. La nullité encourue

224. Hormis la mention prévue par l'article 2022 en vertu de laquelle l'acte doit définir les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au

⁸⁸⁷ Art. 5, Ord. n° 2009-112, *op. cit.*

⁸⁸⁸ Art. 7, *ibid.*

⁸⁸⁹ En pratique, une simple évaluation consensuelle suffit. Celle-ci se distingue de la valorisation déterminée en vertu des normes comptables.

⁸⁹⁰ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, art. 2064, 5°: « Le contrat de fiducie est conclu par écrit et détermine ou rend déterminables, à peine de nullité : (...) les conditions dans lesquelles les droits doivent être transmis aux bénéficiaires ».

⁸⁹¹ C. civ., art. 2372-3 et 2372-4, issus de l'art. 5, Ord. n° 2009-112, *op. cit.*

⁸⁹² C. civ., art. 2488-3 et 2488-4, issus de l'art. 7, *ibid.*

constituant⁸⁹³, l'absence d'une seule des mentions obligatoires engendre la nullité de l'acte. Reste à connaître l'étendue de la sanction encourue en cas d'absence desdites mentions.

En attendant que les juges aient l'occasion de se prononcer sur cette question, l'hypothèse la plus probable est que le sort de l'opération de fiducie dépendra de l'existence ou non d'un écrit⁸⁹⁴. Celui-ci poursuit un but d'intérêt général visé par la législateur et que les parties ne peuvent ignorer, même d'un commun accord. Il facilite le contrôle administratif et fiscal traquant la fraude à la loi et le blanchiment de capitaux. Aussi, en pratique, l'absence totale d'écrit encourt assurément la nullité absolue⁸⁹⁵. Mais qu'en est-il lorsqu'un écrit a été rédigé sans tout ou partie des mentions requises à des fins de validité ?

En l'absence de jurisprudence sur ce point, il convient de s'attacher aux finalités recherchées par lesdites mentions⁸⁹⁶. Celles qui ont pour principal objet de protéger le seul constituant subiront une simple nullité relative, à l'instar des mentions spécifiques à la fiducie à titre de sûreté⁸⁹⁷ ou celles précisant l'étendue des pouvoirs du fiduciaire⁸⁹⁸. Pour toutes les autres mentions impératives en revanche, la nullité absolue est à craindre tant l'ordre public de direction les imprègne⁸⁹⁹.

Ces mentions sont requises dans le cas d'un acte sous seing privé, mais s'imposent également pour les situations où la loi prévoit l'établissement d'un acte notarié (B).

⁸⁹³ En cas de contentieux, il appartiendra au juge d'y remédier en précisant ces conditions. V. ZENATI et REVET. *Les biens*, *op. cit.*, n° 267 ; WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 69.

⁸⁹⁴ WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 68.

⁸⁹⁵ *A contrario*, certains auteurs considèrent que rien ne s'oppose à ce que la preuve d'une fiducie sans *instrumentum* puisse être rapportée : *ibid.* Encore faudrait-il pouvoir rapporter la preuve de la volonté des parties de conclure ce « contrat de fiducie destiné à produire les effets prévus la loi, notamment la constitution d'un patrimoine fiduciaire ». Selon cette thèse, la question de l'admission des fiducies innommées se pose, que ces dernières aient une finalité de sûreté ou de libéralité.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ C. civ., art. 2372-2 et 2488-2.

⁸⁹⁸ C. civ., art. 2018, 6°.

⁸⁹⁹ En ce sens, v. WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, n° 68.

B. L'établissement d'un acte authentique

225. L'acte authentique est un « écrit établi par un officier public (...) dont les affirmations font foi jusqu'à inscription de faux et dont les grosses, revêtues de la formule exécutoire, sont susceptibles d'exécution forcée⁹⁰⁰ ». L'obligation de recourir à la forme notariée afin de conclure un contrat est le formalisme le plus strict que la loi peut imposer. À peine de nullité, le législateur a requis le formalisme le plus lourd dans deux séries de cas (1). Ceux-ci reposent sur des fondements différents mais traduisent identiquement une certaine défiance du législateur envers l'utilisation que pourraient faire les acteurs économiques de la fiducie nommée (2).

1. Les deux hypothèses

226. La première série de cas dans laquelle un acte authentique doit être établi, résulte de la nature des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. Dès l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-211, les dispositions du droit commun ont commandé qu'un acte reçu en la forme authentique par un notaire soit dressé pour l'accomplissement des formalités de publicité foncière⁹⁰¹. Aussi, indirectement, le législateur a-t-il prévu que tous les transferts de biens immeubles doivent se passer par un acte authentique.

La seconde série de cas prévoyant l'établissement d'un acte authentique s'attache aux personnes. Plus exactement, elle vise la situation des propriétaires des biens transférés. Suite à l'ordonnance du 30 janvier 2009, la loi requiert la forme notariée lorsque les constituants transmettent des biens communs ou des biens détenus par une indivision⁹⁰². Cet ajout n'est pas anodin puisqu'il peut concerner tout à la fois les personnes physiques, mariées sous un régime de communauté⁹⁰³ ou non⁹⁰⁴. Mais il concerne également les personnes morales se trouvant dans une situation d'indivision.

⁹⁰⁰ V° Acte authentique, CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁹⁰¹ Décret 55-22 du 4 janvier 1955, art. 28.

⁹⁰² C. civ., art. 2012, al. 2 issu de l'Ord. n° 2009-112, *op. cit.*, art. 1.

⁹⁰³ Dont la communauté légale (art. 1400 s.), soit la majorité des français mariés. V. n° 148, *supra*.

⁹⁰⁴ Ce qui concerne directement tous les partenaires pacsés avant le 1^{er} janvier 2007 (C. civ., art. 515-5

Cette rigueur du législateur trahit une nouvelle fois la méfiance du législateur envers la fiducie nommée (2).

2. Les réticences du législateur

227. Alors que l'application des dispositions du droit commun en matière de publicité foncière n'appelle pas de commentaire particulier, les dispositions relatives aux communautés entre époux et aux indivisions s'avèrent, *a minima*, surprenantes. Il est en effet malaisé de comprendre en quoi un transfert en fiducie, qui n'est pas un acte à titre gratuit⁹⁰⁵, devrait faire l'objet d'une plus grande précaution que « le sort d'un immeuble hypothéqué au cours de l'indivision ou d'un contrat d'assurance-vie non dénoué souscrit par deux époux communs en biens⁹⁰⁶ ». Pour les époux par exemple, les dispositions des articles 1421 et suivants du Code apparaissent suffisantes. À défaut, il eût été plus cohérent d'imposer l'authenticité dès lors qu'une personne physique était concernée par la singularité de la fiducie nommée dans le paysage juridique français⁹⁰⁷.

La méfiance du législateur s'exprime encore lorsque celui exige de surcroît la mise en œuvre d'une procédure spéciale (§2).

§2. L'exigence d'une procédure spéciale

228. Au-delà du seul *instrumentum*, le législateur s'est empressé d'imaginer des formalités supplémentaires nécessaires à la validité et la mise en œuvre de la fiducie nommée. Ce formalisme post-instrumentaire occupe une place importante dans le contrôle étatique voulu par le législateur. Il se manifeste tout à la fois par plusieurs déclarations (A) ainsi que par la création et la tenue du RNF, le registre national des fiducies (B).

modifié par la L. n° 2006-728, *op. cit.*, art. 27), puis ceux s'étant pacés à partir de cette date mais ayant opté par convention pour le régime indivisaire (art. 515-5-1).

⁹⁰⁵ À défaut, l'opération souffre d'une nullité d'ordre public : art. 2013, C. civ.

⁹⁰⁶ M. GRIMALDI, R. DAMMANN. « La fiducie sur ordonnances ». *D.*, 2009, p. 670, n° 4.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

A. La publicité de l'opération de fiducie

229. La publicité de l'opération fiduciaire se situe à deux niveaux : au premier, elle s'adapte aux démarches antérieures en matière fiscale et foncière (1) ; au second, la publicité est renforcée par une déclaration d'existence, spécifique à la fiducie nommée (2).

1. L'enregistrement et la publicité foncière

230. En vertu de l'article 2019 du Code civil, le contrat de fiducie doit être enregistré au service des impôts du siège⁹⁰⁸ du fiduciaire dans un délai d'un mois à compter de leur signature. Dans le cas où le fiduciaire ne serait pas domicilié en France, l'enregistrement doit être effectué dans les mêmes délais auprès du service des impôts compétent pour les non-résidents⁹⁰⁹. Le fondement de cette exigence est toujours la lutte contre la fraude fiscale et le blanchiment d'argent. Aussi, l'enregistrement s'avère impératif, sous peine de nullité de l'ensemble de l'opération⁹¹⁰. L'obligation concerne également tous les avenants éventuels et elle engage la responsabilité du fiduciaire.

Lorsque la fiducie nommée porte sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, elle peut faire l'objet de la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité foncière. Celle-ci est prévue aux articles 647 et 657 du CGI⁹¹¹. Le

⁹⁰⁸ La notion de « siège » ne concerne en principe que les personnes morales. Pour autant, la formulation de l'article 2019 n'a pas changé avec l'ouverture de la fiducie aux avocats, y compris ceux exerçant en tant que personnes physiques. Il ne faut y voir qu'une simple maladresse du législateur puisque dès sa version d'origine, la loi prévoit le cas où le fiduciaire ne serait pas « domicilié » en France. Par ailleurs, pour ce qui concerne la déclaration d'existence, l'article 344 M de l'ann. III du CGI évoque de son côté le « siège ou le lieu principal d'établissement du fiduciaire ». V. n° 231, *infra*.

⁹⁰⁹ La loi demeure silencieuse sur les modalités d'enregistrement dans les cas où le contrat prévoirait plusieurs fiduciaires. En revanche, cette éventualité est précisée en matière fiscale (pour la déclaration d'existence) par l'article 344 M qui indique que le contrat doit alors prévoir « celui expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie ».

⁹¹⁰ Cela était envisagé dès la proposition de loi : MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, art. 2018 (nouveau).

⁹¹¹ C. civ., art. 2019, al. 2.

délai initial de deux mois est désormais réduit à un mois⁹¹². Logiquement, le non-respect de la formalité fusionnée est également la nullité⁹¹³.

En matière d'information, à la fois des créanciers et de l'administration fiscale, les obligations d'enregistrement et de publicité foncière prévues par la loi n° 2007-211 sont robustes. Pour autant, le législateur avait également prévu un article 223 VH au CGI⁹¹⁴ disposant que la fiducie nommée devait faire l'objet d'une « déclaration d'existence par le fiduciaire dans des conditions et délais fixés par décret » (2).

2. La déclaration d'existence

231. Assez rapidement après l'entrée en vigueur de la fiducie nommée, un décret n° 2007-725⁹¹⁵ a créé un article 344 M à l'Annexe III du CGI⁹¹⁶. Celui-ci précise que la déclaration d'existence doit être déposée dans les quinze jours de la création de la fiducie nommée. Elle est établie sur un formulaire homologué⁹¹⁷ et doit comporter la dénomination exacte de la fiducie, les noms et adresses des fiduciaires et constituants, l'objet de la fiducie, et la date d'effet de l'événement objet de la formalité. La déclaration, qui doit être signée par le fiduciaire, doit ainsi être transmise aux mêmes services que l'enregistrement, mais dans un délai deux fois plus court. Par ailleurs, les informations nécessaires sont encore plus détaillées que celles requises à l'enregistrement.

Pour autant, ces différentes formalités sont complétées par une dernière exigence propre à la fiducie nommée. Il s'agit de l'inscription au registre national des fiducies (B).

⁹¹² CGI, art. 647, III, modifié par l'art. 1 (V) de la Loi n° 2011-1117 du 19 septembre 2011 de finances rectificative pour 2011 (JO n° 0218, 20 septembre 2011, p. 15688).

⁹¹³ Alors que la sanction traditionnelle du défaut de publicité foncière est l'inopposabilité. V. BARRIÈRE. « Fiducie », *op. cit.*, n° 48.

⁹¹⁴ Art. 6, L. n° 2007-211, *op. cit.*

⁹¹⁵ Décret n° 2007-725 du 7 mai 2007 relatif à la déclaration d'existence de la fiducie prévue à l'article 223 VH du Code général des impôts et modifiant l'annexe III à ce Code (JO 8 mai 2007, p. 8157), art. 1.

⁹¹⁶ Transféré à l'article 238 quater L par l'article 10 de l'Ord. n° 2009-112, *op. cit.*

⁹¹⁷ Conformément aux articles 371 AL et 371 AM de l'ann. I du CGI.

B. L'inscription au registre national des fiducies

232. Le RNF, dont l'objet est le contrôle des excès possibles de la fiducie nommée, a été présenté comme de première importance. Pourtant, sa mise en œuvre, qui s'est fait longtemps attendre, présente des réelles insuffisances (2).

1. L'objet du registre

233. L'une des dispositions de la loi n° 2007-211 prévoyait qu'un registre national des fiducies serait constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État⁹¹⁸. Le fichier devait permettre de recenser l'ensemble des contrats de fiducie nommée passés et ainsi opérer un suivi dans le temps, y compris des éventuelles modifications. À ce titre, il doit permettre de répertorier toutes les personnes exerçant des fonctions en lien avec des fiducies nommées, en particulier les fiduciaires. À la différence des modalités de formalisme visant l'information des tiers, le RNF n'a vocation qu'à aider les services de l'État dans la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Compte tenu de l'importance de l'objectif visé et de l'acharnement des autorités françaises à considérer la fiducie nommée comme frauduleuse par nature⁹¹⁹, l'observateur attentif aurait pu s'attendre à une certaine rapidité des services de l'État. En effet, il eut été étonnant que le décret soit rédigé moins rapidement que celui relatif à la déclaration d'existence.

Mais contre toute attente, il aura pourtant fallu patienter plus de trois années pour que le fichier soit effectivement créé (2).

⁹¹⁸ C. civ., art. 2020.

⁹¹⁹ À ce titre, la formulation caricaturale d'une question écrite au Gouvernement datant du 14 juin 2011 est particulièrement flagrante. Une Députée « attire l'attention de M. le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État sur l'introduction de la fiducie dans le Code civil par la loi du 19 février 2007. Ce mécanisme juridique est propice aux fraudes, dès lors que le principe en est de permettre que des biens, des droits ou des sûretés soient affectés hors du patrimoine aussi bien du constituant que du fiduciaire et du bénéficiaire final, et cela dans l'opacité. Afin de limiter les risques, l'article 2019 du Code civil dispose que le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés, à peine de nullité, et l'article 2020 du même Code crée un registre national des fiducies selon les modalités précisées par décret en Conseil d'État ». V. Question n° 111079 de Mme Lebranchu Marylise au Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État (JO 16 juin 2011, p. 6171). La question restera d'ailleurs sans réponse de la part du Gouvernement.

2. Les insuffisances du registre

234. Le fichier a été créé par un décret du 2 mars 2010⁹²⁰. Ses articles 1 à 7, non codifiés, précisent les modalités de tenue du RNF, en particulier le type d'information qui doit y être conservé⁹²¹ pendant les dix années suivant l'extinction de la fiducie nommée⁹²².

Le décret encadre également les modalités de consultation du RNF. Dans la mesure où celui-ci n'a pas vocation à être un moyen de publicité, ni de la validité des fiducies nommées entre les parties, ni de leur opposabilité aux tiers, son accès demeure limité. En vertu de l'article 5 du décret n° 2010-219, les informations contenues dans le registre ne sont accessibles qu'aux juges d'instruction, procureurs de la République, officiers de police judiciaire, agents des douanes⁹²³ agents du service TRACFIN, ainsi que les agents habilités de la DGFIP chargés du contrôle et du recouvrement en matière fiscale. Évidemment, ces accès sont uniquement possibles dans l'exercice des missions qui leur sont confiées. Ils doivent être enregistrés et conservés pendant un délai de trois ans, avec mention de l'identité du consultant, de la date, de l'heure et de l'objet de la consultation.

235. Il est regrettable de constater que le formalisme très fort qui a été élaboré spécialement pour la fiducie nommée ne vise qu'à informer les services de l'État des conventions qui sont passées. Les acteurs économiques, seuls véritables garants du succès pratique de la fiducie nommée, demeurent totalement écartés des mesures d'information. Ainsi, il apparaît que pour le législateur, seule l'information des services de l'État semble digne d'intérêt.

⁹²⁰ Décr. n° 2010-219, *op. cit.*

⁹²¹ Art. 3, *ibid.* « Les informations traitées sont les suivantes : 1° Nom, prénoms, adresse, date et lieu de naissance des personnes physiques ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes physiques désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires ; 2° Dénomination sociale, numéro SIREN et adresse du siège social ou de l'établissement des personnes morales ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes morales désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires ; 3° Date et numéro de l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants et identification du service des impôts auprès duquel la formalité a été accomplie ; 4° Le cas échéant, date d'accomplissement des formalités de la publicité foncière, numéro de publication et identification du service auprès duquel les formalités ont été accomplies ».

⁹²² Art. 3, *ibid.*

⁹²³ Mentionnés à l'article 28-1, C. pr. pén.

Lorsque le RNF a été créé, le législateur aurait pourtant pu prévoir que les informations essentielles qui y sont contenues, puissent être accessibles aux créanciers. Certains auteurs auraient par exemple souhaité que le RNF soit bâti comme un registre des fiducies-sûretés « qui aurait organisé la publicité des transferts d'actifs à une fiducie nommée⁹²⁴ ». Un système efficace de publicité aurait constitué un gage de transparence et corrélativement de sécurité pour tous les acteurs économiques⁹²⁵. À cette occasion, un RNF public aurait fortement renforcé l'utilité perçue de la fiducie nommée et ainsi participé à sa démocratisation.

⁹²⁴ T. BRUN, B. TESTON. « Le registre national des fiducies ». *Actualité de la fiducie*, mars 2010, n° 2.

⁹²⁵ C'est d'ailleurs le choix qui a été fait en matière de *trust* : CGI, art. 368 A, I. V. n° 367 et 368, *infra*.

236. La fiducie, par sa souplesse supposée, apparaissait dans les années mille neuf cent quatre-vingt-dix comme un outil idéal pour l'entrepreneur. Imaginée comme un outil équilibré entre les aspirations patrimoniales de ce dernier et les besoins grandissant de l'ingénierie financière, la fiducie s'inscrivait alors comme une véritable alternative au *trust* inexistant en droit français. Malheureusement, les travaux portant sur une éventuelle introduction se sont progressivement rigidifiés à l'endroit des personnes physiques. D'un outil à destination de l'entrepreneur, puis accessible aux personnes physiques et morales, l'opération fiduciaire a été progressivement préemptée par les établissements financiers. Aussi, la loi du 19 février 2007 instaurant la fiducie nommée n'a pas été conçue avec beaucoup de considération pour les thématiques entrepreneuriales. Malgré les modifications subséquentes, cela se ressent toujours.

237. Avant même que les travaux préparatoires à la loi n° 2007-211 ne prennent forme, un auteur estimait, à propos de l'opération fiduciaire, que « ce serait faire œuvre stérile [de promulguer] un texte court, intégré dans le Code civil, qui serait interprété par rapport au système civiliste pris dans son ensemble⁹²⁶ ». Ironiquement, c'est justement le choix qui a été fait par le législateur. Au gré de circonstances particulières, l'opération fiduciaire est pleinement entrée en droit français au travers d'une fiducie nommée expédiée en une vingtaine de nouveaux articles insérés au Code civil⁹²⁷. Rétrospectivement, cette analyse mettait déjà en exergue certaines difficultés que connaît le régime de la fiducie nommée.

L'acceptation foncièrement économique⁹²⁸ de la fiducie nommée, qui transparaît dans le caractère sur-mesure de la mission organisée ainsi que dans la transversalité de son assiette, était *a priori* un signal encourageant quant au développement de la fiducie nommée en France. De fait, le dispositif apparaît particulièrement attirant pour les acteurs économiques, y compris dans une situation entrepreneuriale, en ce que ces derniers sont toujours sensibles à la possibilité d'adapter les outils juridiques à leurs situations particulières et leurs

⁹²⁶ BÉRAUDO. *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, op. cit., n° 3.

⁹²⁷ En 2007, le Titre XIV consacré à la fiducie comprenait vingt-et-un articles : art. 2011 à 2031. Le régime actuel en comprend toujours autant mais remaniés et renumérotés de 2011 à 2030.

⁹²⁸ V. n° 66 s., *supra*.

volontés propres. Paradoxalement pourtant, la fiducie nommée ne bénéficie pas totalement du parfum de liberté que sa forme contractuelle pourrait laisser espérer. D'une part, en l'absence de dispositions spécifiques, celle-ci exclut la constitution d'une fiducie par voie testamentaire. Cela l'aurait pourtant véritablement rapproché du *trust*⁹²⁹. D'autre part, le législateur s'est servi du cadre contractuel comme moyen de contrôle de l'opération de fiducie, en multipliant les dispositions spéciales. Il en résulte un cadre législatif et réglementaire dont la compréhension nécessite parfois une certaine gymnastique intellectuelle. Même si ces rigidités résiduelles peuvent parfois renforcer la sécurité juridique de la fiducie nommée, c'est-à-dire également son attrait, elles s'avèrent plutôt dommageables dans une perspective entrepreneuriale. C'est tout particulièrement le cas des conditions encadrant l'accès aux différentes fonctions de la fiducie.

Toutefois, il ne serait pas juste de considérer l'introduction de la fiducie nommée en droit français comme stérile. Malgré toutes ses imperfections, la fiducie nommée constitue un apport indéniable au droit français. Dès lors, il convient d'en analyser la teneur pour l'entrepreneur (Partie II).

⁹²⁹ V. n° 323 s., *infra*.

PARTIE II. L'APPORT VÉRITABLE DE LA FIDUCIE POUR
L'ENTREPRENEUR

238. Comme l'évoque le Doyen Percerou, « Une technique juridique (...) ne vaut que pour les personnes qui l'appliquent ; et pour que son application donne des résultats satisfaisants, il est indispensable que ces personnes l'aient bien assimilée⁹³⁰ ». Ainsi, une fois le principe de la fiducie inscrit en droit français, se pose la question de sa mise en œuvre et de l'apport que celle-ci peut constituer. Dans le cadre du droit privé, une analyse fonctionnelle du droit permet de déterminer ce qu'une personne privée est concrètement en mesure d'attendre d'un dispositif juridique. Appliquée à la fiducie et aux thématiques entrepreneuriales, cette démarche met en perspective les besoins et attentes de l'entrepreneur avec les effets juridiques de l'opération fiduciaire. L'intérêt pour les particularités fiduciaires apparaît alors double. Il peut s'agir d'affecter la propriété⁹³¹ à une mission définie, ou encore d'opérer une rétention malgré un transfert de propriété⁹³². En dépit de certaines réserves évoquées plus haut, ces deux caractéristiques se retrouvent bien dans la fiducie telle qu'instaurée par la loi de 2007⁹³³. Elle constitue donc un dispositif d'intérêt pour les acteurs économiques, dont les entrepreneurs. Toutefois, l'apport concret d'un dispositif juridique ne se mesure pas seulement à l'aune de son régime ou des effets juridiques qu'il emporte⁹³⁴. Il s'évalue au regard des alternatives existantes⁹³⁵.

À cet égard, la fiducie nommée n'est pas le seul véhicule juridique de l'opération fiduciaire, ni la seule technique d'affectation de patrimoine ou de rétention de la propriété. Aussi imparfaits soient-ils, de multiples mécanismes concurrents existent. En offrant de nombreux substituts à la fiducie nommée, le droit français limite l'apport pratique de cette dernière. Elle demeure, à droit constant, un dispositif marginal, en particulier pour l'entrepreneur (Titre I).

⁹³⁰ PERCEROU. « Personne morale, patrimoine d'affectation », *op. cit.*, p. 166.

⁹³¹ De biens, de droits ou de sûretés, voire d'une universalité de biens, de droits ou de sûretés : C. civ., art. 2011.

⁹³² Et ainsi continuer à exercer un certain contrôle sur ces éléments patrimoniaux.

⁹³³ V. n° 38 s., *supra*.

⁹³⁴ V. Partie I, *supra*.

⁹³⁵ La suprématie d'un dispositif peut alors être soit objective, c'est-à-dire résultant de l'analyse rationnelle des régimes respectifs, soit subjective, c'est-à-dire dépendante de la situation particulière des utilisateurs potentiels.

Pour autant, le destin de la fiducie n'est pas nécessairement de demeurer ce mécanisme marginal, limité à des applications sporadiques en ingénierie juridique et financière. Maintenant que son principe est clairement installé dans le paysage juridique français, de nouvelles évolutions sont envisageables et surtout souhaitables⁹³⁶. Aussi, le véritable apport de la fiducie demeure son potentiel toujours en suspens (Titre II).

⁹³⁶ Dans le prolongement des évolutions déjà entérinées par le législateur, principalement au travers de la L. n° 2008-776, *op. cit.*

Titre I. *De lege lata* : une pratique marginale

239. Dans une approche fonctionnelle du droit, plus qu'un contrat ou une opération, la fiducie nommée doit avant tout être perçue comme un outil. Elle doit être comprise et appréhendée comme un véhicule permettant d'accomplir certains objectifs, au travers de certains effets juridiques. La fiducie présente ainsi la particularité de pouvoir affecter un patrimoine et retenir la propriété⁹³⁷. Mais ces effets peuvent également être atteints, partiellement ou totalement, par d'autres mécanismes juridiques. De plus, les sciences sociales démontrent que le succès pratique d'un mécanisme dépend également de son acception par les acteurs sociaux⁹³⁸. De fait, les critères permettant d'évaluer l'apport d'un mécanisme sont nombreux et dépendent de la situation particulière dans laquelle son utilisation se pose⁹³⁹.

Il n'existe pas de doctrine homogène quant à l'appréhension des mécanismes juridiques servant de véhicules plus ou moins fidèles à l'opération fiduciaire. La doctrine a souvent évoqué leur existence, sans toutefois s'accorder sur une théorie, ni même sur une définition ou une terminologie communes. Selon les auteurs, le vocabulaire va de la « crypto-fiducie⁹⁴⁰ », à la « fiducie innommée », en passant par des « institutions fiduciaires spécifiques⁹⁴¹ », « parafiduciaires⁹⁴² » ou encore « paratrustales⁹⁴³ ». Malgré ce foisonnement terminologique, il semble possible de s'accorder sur le fait qu'une « fiducie innommée » ne devrait se comprendre que d'un outil juridique recouvrant la totalité des caractéristiques fondamentales d'une

⁹³⁷ V. n° 38 s., *supra*.

⁹³⁸ Il s'agit de l'étude du « mimétisme entre organisations » qui a émergé au milieu des années mille neuf cent quatre-vingt. Dans le cas des mécanismes juridiques, il est intéressant de faire le lien avec l'idée de légitimité associée à l'ancienneté. La théorie défendue par la doctrine spécialisée est que les pratiques antérieures sont plus « légitimes » que les plus récentes, et bénéficient par conséquent d'une sorte de « prime d'ancienneté » qui font qu'elles demeurent plus utilisées que les nouvelles. Les travaux fondateurs en la matière : P. J. DIMAGGIO, W. W. POWELL. « The Iron Cage Revisited : Institutional isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields ». *American Sociological Review*, 1983, vol. 48, n° 2, p. 147 à 160.

⁹³⁹ Il peut s'agir de critères relatifs à la sécurité juridique, au coût, à la fiscalité ou encore à une opportunité particulière.

⁹⁴⁰ GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 3.

⁹⁴¹ C. WITZ. « Les caractères distinctifs de la fiducie ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 61, spéc. p. 76.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 64.

⁹⁴³ *Ibid.*

fiducie, mais n'ayant « reçu de la loi ni dénomination spéciale ni réglementation particulière⁹⁴⁴ ». Lorsque ce n'est pas le cas, il semble préférable d'utiliser l'expression générique de « mécanisme quasi-fiduciaire ». Celle-ci vise ainsi à regrouper les outils juridiques présentant certaines caractéristiques d'une fiducie.

S'il est difficile de proposer une typologie exhaustive de ces mécanismes quasi-fiduciaires, c'est parce que leur variété est grande et parce qu'il existe plusieurs manières de les aborder. Le critère déterminant peut être l'existence d'une relation de type fiduciaire entre deux personnes⁹⁴⁵. Il peut encore s'agir de la forme juridique empruntée ou encore des domaines du droit concernés. La comparaison peut également porter sur les principes juridiques remis en cause, comme l'unité du patrimoine ou l'irrévocabilité des donations. Pour certains encore, tous les outils qui s'assimilent partiellement ou de manière imparfaite à l'opération fiduciaire, dans son sens le plus large⁹⁴⁶, se présentent comme des concurrents. En dehors du droit français, cela sera alors vrai du *trust* qui est le véritable modèle de la fiducie nommée⁹⁴⁷.

240. Dans la grande tradition civiliste, les auteurs français s'attachent le plus souvent à savoir si le mécanisme juridique emporte un transfert temporaire de propriété. La qualification de « fiduciaire » est alors réservée aux mécanismes dont la nature se rapproche le plus de celle d'une fiducie civiliste, c'est-à-dire qui opère

⁹⁴⁴ V° Innommé, 1 : CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁹⁴⁵ C'est-à-dire basée sur la confiance conférée à un tiers pour la bonne tenue d'une mission. En conséquence, la relation fiduciaire doit ici être comprise au sens le plus général, celui qu'elle recouvre notamment dans les pays de *Common Law* en présence d'une relation de droits et de devoirs lorsqu'une mission a été confiée à une personne déterminée (*fiduciary duties*). C'est notamment le cas en droit des sociétés pour la mise en œuvre de la responsabilité des fonctions de direction (*Director*) vis-à-vis des actionnaires (*shareholders*). Pour qu'il y ait relation fiduciaire sous l'empire du *Common Law*, il convient que l'expertise requise par l'*entrustment* soit particulièrement importante. Par ex., le recours à un plombier et à un médecin se distingue. Tous deux fournissent des services indispensables à la collectivité, mais seul le second est assujéti à des obligations fiduciaires, car ses compétences sont plus longues à acquérir et nécessitent un plus grand degré de technicité. À noter que l'intensité de cette relation fiduciaire peut varier. V. FRANKEL. *Fiduciary law*, *op. cit.*, spéc. p. 7 s. Adde R. H. SITKOFF. « The Economic Structure of Fiduciary Law ». *SSRN eLibrary*, 10 mars 2011 ; STERK. « Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty », *op. cit.* ; G. SMITH. *Recent developments in corporate fiduciary law*. Minneapolis : University of Minnesota Law School, 2005 ; R. H. SITKOFF. « Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency ». *SSRN eLibrary*, 11 décembre 2003 ; D. HAYTON. « English Fiduciary Standards and Trust Law ». *Vand. J. Transnat'l L.*, 1999, vol. 32, p. 555 ; J. R. CUNNINGHAM. *Trust and fiduciary law one day workshop*. Lexington : Office of Continuing Legal Education, University of Kentucky College of Law, 1997 ; T. FRANKEL. « Fiduciary law ». *Cal. L. Rev.*, mai 1983, vol. 71, n° 3.

⁹⁴⁶ Sur l'acception internationaliste et schématique de l'opération fiduciaire, v. n° 2 s., *supra*.

⁹⁴⁷ V. n° 321 s., *infra*.

« un transfert temporaire de propriété de valeurs ou de créances, celles-ci étant administrées par une personne juridique distincte pour le compte d'une troisième⁹⁴⁸ ». Pourtant, l'approche entrepreneuriale ne peut se satisfaire d'une telle nomenclature, aussi cohérente et savante soit-elle. L'opération fiduciaire étant susceptible de remplir des objectifs très variés, ses reflets apparaissent dans des registres très différents les uns des autres.

Ainsi, lorsque la fiducie nommée n'appartenait pas encore à l'ordre juridique français, les thématiques relatives à l'entrepreneur n'étaient pour autant pas ignorées. Bien avant 2007, le droit français proposait des mécanismes permettant à l'entrepreneur de limiter son risque professionnel en cantonnant sa responsabilité patrimoniale, d'anticiper des difficultés relatives à l'administration de son entreprise, d'organiser la gestion de son patrimoine personnel, de faciliter une transmission pérenne de son entreprise ou encore d'assurer une bonne articulation entre son patrimoine privé et son patrimoine professionnel. Issus de textes spéciaux ou d'évolutions entérinées par la jurisprudence, ces différents mécanismes constituent des ersatz de la fiducie⁹⁴⁹ lorsqu'ils recouvrent plus ou moins partiellement les qualités d'une fiducie telle que comprise en droit civil⁹⁵⁰. Ils peuvent également fonder leur concurrence envers la fiducie, non sur une nature commune, mais seulement sur des effets similaires. Sur un plan théorique, cela se traduit notamment dans la distinction entre patrimoine affecté et patrimoine divisé⁹⁵¹. Le premier est un nouveau patrimoine créé dans un but particulier. Le second n'est qu'une masse isolée au sein du patrimoine unique de la personne.

⁹⁴⁸ MARINI. *Prop. L. n° 178, op. cit.*, « Exposé des motifs ».

⁹⁴⁹ La mise en exergue d'une inspiration fiduciaire en droit français est particulièrement pertinente dans le domaine bancaire et financier : GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, spéc. n° 3-4. Toutefois, le Code civil peut également faire l'objet d'une lecture fiduciaire. Cela a déjà été souligné par certains auteurs et praticiens : A. GOBIN. « Fiducies sans la fiducie ». *JCP N*, 4 novembre 1994, 101109, n° 44 ; P. CÉNAC, B. CASTÉRAN, D. BERTHEUIL-DESFOSSÉS. « Dossier Fiducie ». *JCP N*, 2009, 1218 s., p. 11 à 43, en part. P. CÉNAC, B. CASTÉRAN. « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille ». *JCP N*, 2009, 1218, p. 11 à 17.

⁹⁵⁰ Selon l'acception classique en droit français, la fiducie est un contrat translatif de propriété, spécialement règlementé, qui soumet à un régime particulier les biens transférés. Ses différentes composantes peuvent se retrouver dans des mécanismes quasi-fiduciaires : caractère contractuel (à la différence du *trust*) ; relation triangulaire entre trois fonctions ; caractère généralement irrévocable ; caractère onéreux (au sens strict ou *a minima* au travers de la contrepartie que constitue la mission du fiduciaire) ; caractère temporaire ; et enfin transfert de propriété. V. en part. J. DE GUILLENCHMIDT. « La France sans la fiducie ». *RJ com.*, 1991, p. 49, spéc. p. 53 à 59.

⁹⁵¹ Sur ce point, v. not. THOMAT-RAYNAUD. « Patrimoine ou patrimoines ? », *op. cit.*

Comme ces mécanismes peuvent concerner tout à la fois la sphère privée et la sphère professionnelle de l'entrepreneur, il eut été possible de s'attacher à cette distinction. Cependant, le propre de l'entrepreneuriat est justement de lier ces deux mondes de manière quasi-inextricable. Aussi, il s'avère plus satisfaisant de s'attacher aux effets juridiques que ces instruments visent à produire. Ces mécanismes quasi-fiduciaires relèvent ainsi de deux catégories : celle des mécanismes d'affectation, qui constituent des atteintes au principe d'unité du patrimoine, et celle des mécanismes de rétention, qui permettent la séparation entre contrôle et titre de propriété, mais également entre pouvoir et profit. Pour l'entrepreneur, l'apport pratique de la fiducie se trouve ainsi marginalisé tant par la primauté de certains mécanismes d'affectation (Chapitre 1), que par la spécialité des alternatives qui lui proposent une forme de rétention (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'affectation au service de l'entrepreneur

241. Comme le Code civil ne définit pas directement la notion de patrimoine, la doctrine s'est mobilisée pour y remédier. Un des efforts les plus remarquable dans ce sens provient de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Son avant-projet de réforme du droit des biens⁹⁵², dans une entreprise de modernisation du Code civil, contient un article 519 nouveau. Celui-ci dispose, dans un premier alinéa, que « Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif⁹⁵³ ». Un second alinéa propose de préciser que « Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, d'un seul⁹⁵⁴ ». La conséquence logique de cette proposition est une étanchéité patrimoniale de principe qui s'étend à tous les engagements d'une même personne. Ce projet a le mérite, à défaut d'être révolutionnaire sur le fond, d'édicter formellement et de manière intelligible la conception traditionnelle du patrimoine en droit français. Mais il présente surtout l'avantage de mettre en lumière et d'entériner les nombreuses exceptions au principe de l'unité du patrimoine.

Trop souvent présenté comme l'*Alpha* et l'*Omega* de la pensée juridique française en matière patrimoniale, l'unité du patrimoine s'oppose normalement à l'affectation⁹⁵⁵. Sous son empire, il ne devrait donc y avoir aucun mécanisme présentant des caractéristiques similaires à celles d'un patrimoine d'affectation⁹⁵⁶ : à savoir une universalité de droit, une autonomie de cette universalité par rapport à la personne qui en est titulaire, et enfin, une charge inféodée à un but ou une

⁹⁵² H. PÉRINET-MARQUET (dir.). *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Paris : Litec, 2009, VIII-148 p. (Carré droit).

⁹⁵³ Art. 519 (nouv.), al. 1 : PÉRINET-MARQUET (dir.). *Avant-projet de réforme du droit des biens*, *op. cit.*

⁹⁵⁴ *Loc. cit.*, al. 2.

⁹⁵⁵ V. n° 40 et 41, *supra*.

⁹⁵⁶ « Ensemble de biens répondant à la même finalité, notamment biens réunis pour servir à une activité déterminée » : V° Affectation (patrimoine d'), CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

mission spécifique⁹⁵⁷. En réalité pourtant, l'affectation⁹⁵⁸ n'est pas absente du droit français, bien au contraire. Du fait d'impératifs économiques et pratiques, des mécanismes juridiques internes proposaient déjà, avant la fiducie, des formes d'affectation de propriété et, depuis peu, de patrimoine. D'origine légale ou simplement prétorienne, ces mécanismes d'affectation présentent ainsi certaines similitudes avec la fiducie. Ces reflets fiduciaires apparaissent notamment lorsque des éléments seront transférés par l'entrepreneur à une autre personne pour la conduite d'une mission. Toutefois, à la différence de la fiducie, ces mécanismes particuliers ne connaissent généralement qu'un seul type de mission spécifiquement prévu préalablement par la loi⁹⁵⁹.

D'un point de vue fonctionnel, l'entrepreneur peut viser deux objectifs au travers d'une telle affectation. Il peut s'agir, soit de protéger son patrimoine personnel du risque inhérent à son activité professionnelle (Section 1), soit d'en organiser tout ou partie de la gouvernance (Section 2).

Section 1. L'affectation comme technique de cantonnement du risque

242. En principe, le droit de gage général des créanciers implique que tout débiteur s'exécute personnellement pour les dettes qu'il contracte. Il doit répondre de tous ses engagements sur l'ensemble de son patrimoine⁹⁶⁰. Ce principe est d'intérêt général puisqu'il vise à garantir le crédit en protégeant la situation des créanciers, et ce faisant, à favoriser l'investissement et l'emploi. Ordinairement, le droit français est donc plutôt réfractaire à l'idée d'affecter des biens à une activité,

⁹⁵⁷ D'ailleurs, l'affectation peut être conçue comme la seule « contrainte (ou) charge qui va imposer une certaine utilisation du patrimoine affecté et donc de ses éléments » : AUBRY. « Le patrimoine d'affectation », *op. cit.*, n° 283 ; GUINCHARD. *L'affectation des biens*, *op. cit.*, n° 369, p. 317 s.

⁹⁵⁸ Dans son acception la plus générale, l'affectation est la « Détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisée » : V° Affectation, 1, a, CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Le patrimoine affecté présente alors deux caractéristiques fondamentales : une finalité précise et une indépendance le séparant du patrimoine propre de la personne concernée. À ce titre, il convient de distinguer l'affectation selon qu'elle vise seulement la propriété d'un ou plusieurs biens déterminés, ou une universalité formant alors un véritable patrimoine affecté. V. n° 40 s., *supra*.

⁹⁵⁹ Comme par exemple, le mécénat pour les fondations philanthropiques ou une activité professionnelle pour les sociétés commerciales.

⁹⁶⁰ Ce principe se déduit de la lecture conjointe des anciens articles 2092 et 2093 C. civ., aujourd'hui déplacés aux articles 2284 et 2285. V. n° 76, s. *supra*.

c'est-à-dire à leur donner une finalité particulière qui empiéterait sur le gage des créanciers. C'est toute la théorie de l'unité du patrimoine⁹⁶¹. Peu importe la nature juridique de l'activité, y compris professionnelle, l'affectation patrimoniale demeure l'exception.

Toutefois, ce caractère d'exception pose une difficulté toute particulière concernant les entrepreneurs. Par nature, ces derniers exercent une activité risquée⁹⁶². Il leur importe de prendre le maximum de risques avec le maximum de précautions⁹⁶³. Cette exigence, au cœur des problématiques entrepreneuriales, présente également un caractère d'intérêt général. La vitalité de l'économie en dépend. Aussi, le fait que les chefs d'entreprise doivent également répondre de l'ensemble de leurs dettes sans en distinguer l'origine, qu'elle soit professionnelle ou personnelle, pose un véritable problème sociétal⁹⁶⁴. Pour y répondre, le législateur présente périodiquement des mesures visant à améliorer le sort des entrepreneurs, notamment individuels⁹⁶⁵. Ces mesures s'inscrivent de longue date dans ce qu'un auteur a qualifié l'« histoire immémoriale (...) de la 'responsabilité commerciale'⁹⁶⁶ ».

L'attrait de la fiducie nommée, en raison de ses facultés d'affectation, apparaît ainsi amoindri par deux types de mécanismes déjà proposés aux entrepreneurs. La première catégorie est constituée des mécanismes dotés de la personnalité juridique (§1) tandis que la seconde comprend des mécanismes d'insaisissabilité (§2).

⁹⁶¹ V. n° 75 s., *supra*.

⁹⁶² V. n° 30., *supra*.

⁹⁶³ Selon un bon mot souvent attribué à Rudyard Kipling.

⁹⁶⁴ Il est ainsi évident que le principe même d'affectation (encore mieux de patrimoine d'affectation), qui est de procéder à une rupture d'égalité entre les créanciers, passionne depuis longtemps auteurs, praticiens et entrepreneurs.

⁹⁶⁵ Il ne faudrait cependant pas croire que le risque professionnel est limité à la seule question du droit de gage des créanciers. D'une manière générale, la loi se révèle souvent, en pratique, source de risque du fait de son incertitude. À ce titre, le droit fiscal français concentre de nombreux maux. Sur cette question, v. not. R. MORTIER ; Y. SÉRANDOUR (dir.). *Le risque entrepreneurial*. Paris : LexisNexis, 2015, XIX-399 p.

⁹⁶⁶ C. CHAMPAUD. « La genèse du projet ». *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 3, *ab init*. La difficulté de la responsabilité commerciale réside dans le fait que toute disposition allant dans la direction de la protection de débiteur éloigne corrélativement ce dernier du crédit. Sur ce point, l'équation demeure insoluble.

§1. Les personnes morales

243. La première manière d'affecter un patrimoine est indirecte. À défaut de remettre en cause l'unité du patrimoine, il s'agit de la contourner en créant une personne morale. Le principe même qu'une personne morale de droit privé⁹⁶⁷ puisse ou doive exister, a longuement été discuté⁹⁶⁸. Pourtant, il s'agit simplement d'attribuer la personnalité juridique à toute autre entité qu'un être humain. Ainsi, dans le respect de la théorie de l'unité du patrimoine, l'attribution de la personnalité juridique engendre nécessairement l'existence d'un patrimoine unique propre au groupement concerné. Mais à la différence des personnes physiques, les personnes morales n'existent pas à l'« état naturel⁹⁶⁹ ». Il faut donc les créer. Et pour cela, il convient de remplir un certain nombre de conditions fixées par la loi.

⁹⁶⁷ Alors que l'existence des personnes morales publiques n'a jamais véritablement fait l'objet de controverse en France, cela a été très différent pour les personnes privées. En effet, jusqu'en 1978, aucun article du Code civil n'était consacré à la personnalité morale. La position des rédacteurs du Code reflétait ainsi une certaine méfiance à l'égard des corporations et autres groupements qui avaient auparavant limité la liberté individuelle. Accorder la personnalité morale à des groupements apparaît alors artificielle, seule la loi est jugée à même d'user de cet artifice. V. I. JEULIN. *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*. Paris : LGDJ, 2007, 428 p. (Bibliothèque de droit privé, 487), spéc. p. 4.

⁹⁶⁸ Cela était très discuté dès le milieu du XX^{ème} siècle. V. en part. PERCEROU. « Personne morale, patrimoine d'affectation », *op. cit.*, introduction : « notre intervention n'est pas de faire dans cet ouvrage, directement ou indirectement, une critique plus ou moins vive du concept même de personne morale, ou de reprendre une nouvelle fois, la discussion stérile sur le caractère fictif ou réel de cette idée. Pour nous (...) la prise en considération du concept de Personne morale, ou du moins, ce qui revient au même en pratique, d'une notion d'être juridique autonome qui ne soit pas une personne physique, est, dans nos sociétés contemporaines, une nécessité absolue. Il est dès lors parfaitement inutile de spéculer sur la valeur de quelque sorte métaphysique du concept adopté, auquel on ne peut demander autre chose que d'être pratique. Cela est d'ailleurs si vrai que tous les adversaires de la Personnalité morale n'ont jamais demandé son abandon en proposant de lui substituer un équivalent ».

⁹⁶⁹ Il convient toutefois de relativiser l'automaticité « naturelle » de la corrélation entre les concepts d'« être juridique » et de « personne humaine ». Celle-ci n'existait pas en droit romain sous l'empire du *Pater familias* (Lat. sign. « Père de famille »), détenteur du *Patria potestas* (Lat. « puissance paternelle ») qui s'exerçait sur son épouse, ses enfants et ses esclaves. Ce n'est que par l'affaiblissement du droit romain et l'influence du droit canon qui associait la personne humaine à la représentation de Dieu sur Terre, que l'humain s'est affirmé comme sujet de droit dès sa naissance. Cela étant dit, encore fallait-il que la société reconnaisse la qualité de citoyen à tous les êtres humains. Ainsi, le droit français a-t-il fait des allers retours sur la question, en abolissant l'esclavage à plusieurs reprises. Une première fois après la Révolution de 1789 : Décret du 4 février 1794 du 16 Pluviôse An II qui abolit l'esclavage des nègres dans les colonies. Puis, après la restauration Napoléonienne (Loi du 20 mai 1802 du 30 Floréal An X relative à la traite des nègres et au régime des colonies), une seconde fois : Décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises (JORF 19 février 1938, p. 2058). De même, les femmes mariées françaises n'ont obtenu la capacité civile qu'au XX^{ème} siècle : Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée (JORF 19 février 1938, p. 2058).

Toute la question sera alors de savoir dans quelles conditions la loi autorise l'existence de ces personnes morales.

En matière de cantonnement du risque professionnel de l'entrepreneur, les personnes morales créées prennent avant tout la forme de sociétés, c'est-à-dire des contrats entre deux ou plusieurs personnes « qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter⁹⁷⁰ ». La similitude entre l'opération fiduciaire et la personnalité morale se limite alors à la seule affectation d'une universalité⁹⁷¹. Mais la question s'est posée de plus belle lors du passage des seules sociétés pluripersonnelles, figures du contournement à l'unité du patrimoine (A), aux sociétés unipersonnelles, véritables exceptions à l'unité du patrimoine (B).

A. Les sociétés pluripersonnelles

244. À l'origine, qualifier une société de pluripersonnelle était redondant. Il ne pouvait y avoir de sociétés que lorsqu'au moins deux personnes s'associaient. Dès lors, la distinction intéressante portait plutôt sur l'étendue de la responsabilité des associés dans les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux (1). Toutefois, il faut bien rappeler que la forme sociétaire n'emporte pas automatiquement l'attribution de la personnalité morale. Or, l'affectation patrimoniale y est conditionnée, à la différence de la fiducie (2).

1. Sociétés pluripersonnelles et personnalité morale

245. C'est l'ordonnance du commerce de Colbert⁹⁷² qui constitue la première véritable formalisation de la société en droit français. Elle reconnaît l'existence de sociétés de personnes qui disposent de la personnalité morale. À la différence des

⁹⁷⁰ C. civ., art. 1832.

⁹⁷¹ La ressemblance entre la fiducie et la personnalité morale finalisée était déjà relevée avant l'instauration de la fiducie nommée en droit français.

⁹⁷² Datant de 1673, elle est encore connue sous le nom de Code Savary. En réalité, il s'agit d'un Édit royal qui est aussi un acte législatif du souverain. Mais l'Édit se distingue de l'ordonnance en ce qu'il est censé ne porter que sur une seule thématique : Édit du Roi de 1673 servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail.

personnes physiques, les personnes morales ne disposent de la personnalité que pour l'exercice d'une activité déterminée. Leur capacité juridique est ainsi limitée par le principe de la spécialité des personnes morales.

Pour l'exercice d'une activité professionnelle, le mécanisme sociétaire présente de véritables atouts. Il permet à l'entrepreneur d'identifier son patrimoine d'exploitation, de le développer ainsi que le pérenniser au-delà de sa propre personne⁹⁷³. Le droit commun des sociétés de personnes concerne principalement la société civile⁹⁷⁴, la société en nom collectif (SNC)⁹⁷⁵ et la société en commandite simple (SCS)⁹⁷⁶. À cela, il convient d'ajouter les groupements de personnes dotés de la personnalité morale que sont les groupements d'intérêt économique (GIE)⁹⁷⁷. La personnalité morale de ces différentes entités devrait constituer un barrage suffisant à la mise en cause par des tiers de la responsabilité personnelle des associés. En principe, les personnes morales disposent en effet d'un patrimoine distinct des membres qui la composent⁹⁷⁸. C'est le cas de la plupart des sociétés. En

⁹⁷³ Sur ce point, v. not. COLASSON. « Le patrimoine professionnel », *op. cit.*, p. 282 s.

⁹⁷⁴ C. civ., art. 1845 s. La société civile est en principe limitée aux activités non-commerciales. Cela peut concerner les professions libérales, artisanales, agricole et immobilières. En marge du droit commun, des formes dérogatoires se sont développées : sociétés civiles professionnelles (SCP), sociétés civiles immobilières (SCI), sociétés civiles de moyens (SCM), sociétés coopératives et groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC). V. L. n° 66-879, *op. cit.* À noter que les professionnels de ces secteurs d'activité ont désormais le choix de fonctionner sous la forme de sociétés commerciales, au travers des sociétés d'exercice libérale (SEL) et des sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL) : Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales (mod. par L. n° 2001-420 NRE), *NOR JUSX9000026L*. V. sur les autres possibilités offertes par la société civile, v. 267 s., *infra*.

⁹⁷⁵ C. com., art. L221-1 s.

⁹⁷⁶ C. com., art. L222-1 s.

⁹⁷⁷ C. com., art. L251-1 s. À noter toutefois une décision précisant « s'il est exact que les GIE., aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 23 septembre 1967, jouissent de la personnalité morale, et ont par conséquent vocation à posséder un patrimoine distinct de celui de leurs membres, cette dernière assertion revêt un caractère théorique dans les cas où, comme en l'espèce, l'organisme est constitué sans capital, et ne possède d'autres ressources que les droits d'entrée et cotisations versés par ses membres ; qu'à cet égard il convient de rappeler qu'un GIE est un organisme essentiellement différent d'une société, dans la mesure où, selon les articles 2 et 4 de l'ordonnance susvisée, il ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et partage de bénéfices, où les droits de ses membres ne peuvent être représentés par les titres négociables, où enfin les membres du groupement sont solidairement tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre » : TGI Orléans, 8 janvier 1980, *Veuve Bocquet Rigou c/ Centre immobilier orléanais*, n° 261/77, D. 1980, p. 176, n. Y. Guyon.

⁹⁷⁸ Il existe néanmoins des personnes morales ne disposant d'aucun patrimoine. C'est par ex. le cas de la masse des créanciers visées à l'article L228-46 : « Les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en une masse qui jouit de la personnalité civile ». V. not. F. BARRIÈRE. « Éclairage. La masse, cette personne morale sans patrimoine.

conséquence, les créanciers sociaux ne peuvent pas se retourner directement contre les associés. Symétriquement, leurs créanciers personnels n'ont pas de droit sur le patrimoine social.

Les sociétés de capitaux étaient, quant à elles, ignorées par l'ordonnance de Colbert⁹⁷⁹. Elles sont apparues en droit français après les sociétés de personnes. À la différence de ces dernières, les sociétés de capitaux ne s'attachent en principe pas aux personnes mais seulement aux capitaux apportés. Sauf en présence de clauses statutaires d'agrément ou de préemption, les titres sociaux sont librement négociables et cessibles⁹⁸⁰. Elles se distinguent des sociétés de personnes quant à l'*intuitu personae* dont elles ne bénéficient pas⁹⁸¹, mais également sur l'étendue des risques et de la responsabilité des associés. Il convient néanmoins de modérer l'automatisme de la corrélation entre structure sociétaire et personnalité morale⁹⁸².

Bien évidemment, l'opération fiduciaire se distingue de la forme sociétaire, qu'elle soit de personnes ou de capitaux⁹⁸³. Toutefois, elle partage certains traits communs avec ces sociétés. Une mise en perspective n'est donc pas sans intérêt (2).

Brèves observations à l'aune de l'avant-projet de réforme de droit des biens ». *Bull. Joly Sociétés*, 1 juillet 2009, n° 7, p. 646.

⁹⁷⁹ Pourtant, les traces les plus anciennes des sociétés de capitaux remontent dès l'antiquité avec les sociétés formées par les publicains. Dans l'antiquité romaine, les « publicains » (Lat. *publicanus*) étaient des personnes habilitées à passer des contrats avec l'autorité publique, que ce soit sous la République ou sous l'Empire. Il pouvait s'agir de contrats de fourniture pour les armées ou encore de la supervision de travaux publics. Plus tard, ils ont développé une activité de collecteur d'impôt et de taxes (notamment portuaires). Une origine plus contemporaine des sociétés de capitaux est souvent associée au droit néerlandais voire anglais avec les compagnies maritimes au début du XVII^{ème} siècle. *Contra*, sur une origine méridionale au XIV^{ème} s. : G. SICARD. « Les moulins de Toulouse au Moyen-Âge : aux origines des sociétés anonymes ». Thèse de doctorat. Toulouse : Université de Toulouse, 1952, 701 p. ; D. LE BRIS, W. N. GOETZMANN, S. POUGET. « The Development of Corporate Governance in Toulouse : 1372-1946 ». *NBER*, juillet 2015, Working paper n° 21335.

⁹⁸⁰ Il s'agit principalement de la Société Anonyme (SA) : C. com., art. L225-1 s. Mais égal. de la société en commandite par actions (SCA). Cette dernière est un type particulier de société par actions qui doit réunir au moins un commandité et trois commanditaires. Pour les associés commandités, la SCA est une société de personnes comme la société en nom collectif : *intuitu personae*, responsabilité indéfinie et solidaire. En revanche, pour les associés commanditaires, qui sont des actionnaires, la SCA ressemble à une société de capitaux comme la SA. V. C. com., art. 226-1 et s.

⁹⁸¹ Les sociétés de personnes sont des sociétés fermées en ce qu'elles sont normalement composées d'associés qui se connaissent et se font confiance. Cela explique pourquoi les parts sociales ne pas librement cessibles mais nécessitent le consentement de tous les autres associés. De même, le décès ou l'incapacité d'un associé devrait mettre fin à la société, sauf clause statutaire contraire.

⁹⁸² Le Code civil reconnaît deux formes sociétaires n'entraînant pas la naissance d'une personne morale : la société en participation (C. civ., art. 1871 à 1872-2) et la société créée de fait (C. civ., art. 1873).

⁹⁸³ Mais également de la société à responsabilité limitée (C. com., art. L223-1 s.) et de la société par actions simplifiée (C. com., art. L227-1 s.), qui sont qualifiées de mixtes.

2. Sociétés pluripersonnelles et fiducie

246. D'un point de vue formel, il n'est pas plus facile de constituer une fiducie qu'une société. En revanche, les modalités de fonctionnement de la fiducie nommée apparaissent plus légères pour le constituant que pour l'associé⁹⁸⁴. Ce dernier est en effet obligé de participer dans une moindre mesure à la vie sociale, là où le constituant, peut justement mettre en place une fiducie pour ne pas avoir à s'occuper de l'administration des éléments mis en fiducie⁹⁸⁵. Il peut se reposer entièrement sur le fiduciaire⁹⁸⁶. Ce dernier agit d'ailleurs à l'image d'un dirigeant social, puisqu'il est réputé, dans ses rapports avec les tiers, disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire⁹⁸⁷. Dans ses rapports avec le constituant, il agit dans le cadre de la mission définie par le contrat et rend compte de celle-ci au constituant⁹⁸⁸. Il voit sa responsabilité engagée en cas de non-respect de cette mission⁹⁸⁹. Pour autant, sur ce dernier point, le constituant apparaît plus exposé que l'associé d'une société à risque limité puisqu'il sera *a priori* tenu responsable de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire⁹⁹⁰.

Sur un plan fonctionnel, il apparaît que la société, en emportant la création d'un patrimoine affecté, ressemble fortement à une fiducie⁹⁹¹. L'analogie entre le

⁹⁸⁴ V. not. J.-P. DOM. « La fiducie-gestion et le contrat de société : éléments de comparaison ». *Rev. sociétés*, 2007, 481 ; GOUTHIERE, LOPATER, et BLANDIN. *La fiducie : mode d'emploi, op. cit.*, n° 330 ; FRANÇOIS. « Fiducie », *op. cit.*, spéc. n° 60.

⁹⁸⁵ C'est le cas d'une fiducie sans autre finalité que la gestion. V. n° 88 s., *supra*.

⁹⁸⁶ Dans ce cas de figure, la nomination d'un tiers protecteur apparaît particulièrement indiquée. V. n° 185 s., *supra*.

⁹⁸⁷ C. civ., art. 2023.

⁹⁸⁸ C. civ., art. 2022.

⁹⁸⁹ V. not. FRANÇOIS. « Fiducie », *op. cit.*, n° 60.

⁹⁹⁰ C. civ., art. 2025, al. 2.

⁹⁹¹ « On sait que la fiducie est une institution permettant l'organisation juridique d'un patrimoine autonome. Sans avoir recours à la création d'une personne morale, plus ou moins fictive, elle conduit à une autonomie de gestion du patrimoine affecté tant au regard des biens de celui qui l'institue que par rapport à ceux des personnes physiques ou morales pour le compte et/ou au bénéfice desquelles a eu lieu la fiduciarisation du patrimoine ainsi affecté. (...) Appliquée à un patrimoine affecté à une entreprise, quelle qu'elle soit, elle (la fiducie) remplit très exactement le même rôle qu'une société, sur le plan économique. (...) À y bien regarder on s'aperçoit qu'à cet égard, 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 » : CHAMPAUD et DANET. « Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociale de la fiducie en tant que technique juridique de substitution fidéicommissaire », *op. cit. Contra ARSAC. La propriété fiduciaire, op. cit.*, spéc. n° 193 et 194.

régime de la fiducie et le droit commun des sociétés s'étend également à leurs durées respectives qui sont alignées depuis 2008⁹⁹². Il est aussi vrai qu'une fiducie pourrait remplir des finalités similaires à celle d'une société, y compris d'une société commerciale, lorsque le patrimoine fiduciaire est composé d'un fonds de commerce exploité⁹⁹³. Toutefois, ce n'est pas la philosophie générale de la fiducie. Ce pourrait être le cas si le droit français consacrait véritablement la distinction entre propriété économique et propriété juridique⁹⁹⁴. Dans l'attente, la société semble plus à même d'être le premier mécanisme de protection contre le risque entrepreneurial.

Malgré certaines exceptions⁹⁹⁵, l'existence de la personnalité morale, au travers de sociétés pluripersonnelles, demeure un contournement habile du principe d'unité du patrimoine. Elle permet à l'entrepreneur d'affecter une universalité à son activité professionnelle tout en respectant une certaine cohérence juridique. En revanche, l'émergence de sociétés unipersonnelles a constitué une véritable remise en cause de cette cohérence. Le principe même qu'une société puisse avoir un seul associé fut un véritable bouleversement théorique (B).

B. Les sociétés unipersonnelles

247. L'existence de sociétés constituées par un seul associé est une consécration indirecte de la possibilité pour une personne physique de disposer de plusieurs patrimoines. Cette pluralité est autorisée de fait depuis 1966⁹⁹⁶, mais l'évolution de la loi dans s'est déroulée en deux temps. Le législateur a d'abord autorisé un associé unique à créer *ab initio* une société à responsabilité limitée (SARL). Ensuite, dans

⁹⁹² C. civ., art. 1838 pour les sociétés et 2018, 2° pour la fiducie : L. n° 2008-776, *op. cit.*, art. 18 (V).

⁹⁹³ Possibilité prévue expressément par le législateur à l'art. 2018-1. Toutefois, le texte vise spécialement le cas d'une fiducie constituée comme garantie.

⁹⁹⁴ V. not. n. 283, *supra* et n. 1523, *infra*.

⁹⁹⁵ Que sont les sociétés non dotées de la personnalité morale.

⁹⁹⁶ Avant cette date, les sociétés qui devenaient unipersonnelles en cours de vie sociale encouraient une dissolution de plein droit. Après la réforme des sociétés commerciales de 1966, la dissolution n'est plus automatique. Les sociétés en question disposent d'un délai d'un an pour redevenir pluripersonnelles. À défaut, le juge peut prononcer la dissolution à la demande de tout intéressé : Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (JORF 26 juillet 1966, p. 6402). Ce changement a été généralisé à toutes les sociétés au travers de la Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le Titre IX du Livre III du Code civil (JORF 5 janvier 1978, p. 179). Elle concerne toutes les sociétés, civiles ou commerciales.

le sillage de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)⁹⁹⁷, les sociétés unipersonnelles ont été normalisées (2).

1. La consécration de l'EURL

248. L'EURL constitue une exception à l'unité du patrimoine et non une véritable remise en cause. Son introduction s'explique par le refus du législateur d'alors d'introduire en droit français un véritable patrimoine d'affectation (a). Le recours à la forme sociétaire était considéré, à l'époque, comme une solution plus simple à mettre en œuvre (b).

a. Le refus du patrimoine d'affectation

249. Pendant longtemps, le droit français est resté fidèle à une conception très classique de la société. Elle ne pouvait être conçue que comme un regroupement de personnes physiques, c'est-à-dire d'au moins deux associés⁹⁹⁸. Après avoir procédé aux formalités adéquates, le groupement se voit attribué la personnalité morale et devient titulaire de droits et d'obligations. Corrélativement, toute société qui devenait unipersonnelle en cours de vie sociale était dissoute de plein droit⁹⁹⁹. En 1985, l'idée selon laquelle une société pouvait valablement fonctionner avec un seul associé n'allait donc pas de soi. Même les travaux qui souhaitaient bousculer le statu quo, afin d'améliorer le sort de l'entrepreneur, ne visaient pas particulièrement à remettre en cause le caractère collégial de la société. À l'instar du « Rapport Champaud¹⁰⁰⁰ », ils préconisaient plutôt de s'inspirer de la doctrine allemande¹⁰⁰¹ en introduisant en droit français un véritable patrimoine d'affectation¹⁰⁰². L'ombre de la fiducie planait alors déjà sur le droit français. Toutefois, ce projet fut si controversé qu'il ne résista pas aux débats parlementaires

⁹⁹⁷ Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (JO 12 juillet 1985, p. 7862).

⁹⁹⁸ C. civ., art. 1832 anc. mod. par L. n° 78-9, *op. cit.* V. n° 243, *supra*.

⁹⁹⁹ V. n. 996, *supra*.

¹⁰⁰⁰ C. CHAMPAUD. « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier l'EPRL ». *RTD com.*, 1979, p. 579.

¹⁰⁰¹ Et non du droit positif allemand.

¹⁰⁰² Sur les caractéristiques du patrimoine d'affectation, v. n° 40 s., *supra*.

et fut finalement abandonné. Ce sont les travaux qui aboutiront à l'EURL qui révéleront les motifs de cet abandon. Ce furent des raisons pratiques et non théoriques qui ont présidé au refus de l'introduction d'un patrimoine d'affectation similaire à celui du droit allemand¹⁰⁰³. Le législateur a préféré privilégier le principe de l'unité du patrimoine, au détriment de la cohérence du contrat de société, ainsi que du caractère naturel de la personnalité morale pour tout « groupement de personnes constitué pour la défense d'intérêts licites et pourvu d'une possibilité d'expression collective¹⁰⁰⁴ » (b).

b. Le recours à la forme sociétaire

250. C'est la loi du 11 juillet 1985¹⁰⁰⁵ qui crée l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée¹⁰⁰⁶. À l'origine, l'EURL ne visait qu'à servir de véhicule d'organisation patrimoniale pour l'entrepreneur. Le législateur avait considéré qu'il était plus cohérent et plus simple de faire appel à la technique sociétaire, même si cela signifiait revenir sur le caractère pluripersonnel de la société. Ce choix peut se comprendre dans la mesure où il était effectivement plus rassurant de faire appel à la technique sociétaire qui était déjà connue en droit français, au contraire d'une théorie doctrinale étrangère dont les conséquences pratiques pouvaient être difficiles à appréhender¹⁰⁰⁷. Toutefois, il est dommage que le législateur se soit délesté de la question et ait fait preuve d'une certaine pusillanimité¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰³ V. F.-X. LUCAS, H. LETELLIER. « Défense et illustration de l'EURL ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 67.

¹⁰⁰⁴ « Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés » : Cass. civ. 28 janvier 1954, D. 1954. 217, n. G. Levasseur ; Dr. soc. 1954. 161, n. P. Durand.

¹⁰⁰⁵ L. 11 juil. 1985, *op. cit.*

¹⁰⁰⁶ Elle fut accompagnée de sa « cousine champêtre », l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL) : LUCAS et LETELLIER. « Défense et illustration de l'EURL », *op. cit.*, spéc. p. 68.

¹⁰⁰⁷ D'autant plus que la théorie du patrimoine d'affectation est une émanation de la doctrine outre-Rhin et nullement appliquée en tant que telle en Allemagne.

¹⁰⁰⁸ Certains auteurs considèrent d'ailleurs, *a posteriori*, qu'il eut été plus cohérent de faire le choix du patrimoine d'affectation à la place de la société unipersonnelle : LUCAS et LETELLIER. « Défense et illustration de l'EURL », *op. cit.* Il est amusant de faire le parallèle entre l'attitude du législateur vis à vis du patrimoine d'affectation en 1985 et en 2005. Peu de choses ont véritablement changé entre l'instauration de l'EURL et celle de la fiducie nommée. Dans les deux cas, le législateur n'a pas opté pour le dispositif le plus révolutionnaire. Cela est d'autant plus savoureux concernant la fiducie nommée que son modèle proclamé était le *trust*, qu'il aurait été possible d'intégrer directement en droit français (v. le

L'EURL présente le grand avantage d'affecter les biens professionnels à la seule activité professionnelle et ainsi protéger la sphère personnelle de l'entrepreneur de toute déconfiture. En plus d'être particulièrement attrayante pour les entrepreneurs, la technique a pour elle de ne pas remettre en cause brutalement la théorie de l'unité du patrimoine. Elle ne déplaît pas non plus à la doctrine qui, comme le Doyen Percerou, proposait de définir la personne morale au travers de ses « éléments objectifs », c'est-à-dire par la notion de patrimoine d'affectation¹⁰⁰⁹.

L'EURL était la seule forme de société commerciale unipersonnelle reconnue en droit français jusqu'à l'instauration de la SASU, c'est-à-dire la société par actions simplifiée unipersonnelle (2).

2. La normalisation des sociétés unipersonnelles

251. À l'origine, une même personne physique ne pouvait constituer qu'une seule EURL. Une nouvelle fois, cette limitation avait pour objectif de ne pas remettre en cause de manière trop frontale l'unité du patrimoine. Malgré ces réticences initiales, l'EURL a rapidement fait l'unanimité auprès des entrepreneurs et praticiens du droit. Aussi, la faculté de ne créer qu'une seule EURL par entrepreneur a fini par disparaître. Par la suite, le législateur a fini par mettre de côté ces réserves en proposant d'étendre la validité des sociétés unipersonnelles à d'autres formes sociales. Depuis l'adoption de l'article 3 de la loi du 12 juillet 1999¹⁰¹⁰, une société par actions simplifiée (SAS) peut également être constituée sous la forme unipersonnelle. La SASU entérine le choix initial du législateur d'autoriser la société unipersonnelle comme véhicule d'organisation patrimoniale. La société unipersonnelle est désormais une pratique normalisée. Sur un plan technique, l'affectation proposée par les sociétés unipersonnelles est satisfaisante. Sur le plan pratique en revanche, cela est moins vrai. En effet, l'efficacité du cantonnement du risque professionnel de l'entrepreneur demeure mise à mal par la pratique bancaire qui exige généralement que l'entrepreneur consente une garantie sur ses biens personnels. La société unipersonnelle demeure donc plus un

précédent italien). *A minima*, un véritable patrimoine d'affectation aurait dû être promulgué au travers de la fiducie nommée : v. n° 39 s., *supra*.

¹⁰⁰⁹ V. PERCEROU. « Personne morale, patrimoine d'affectation », *op. cit.*, p. 165.

¹⁰¹⁰ Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche (JO n° 160, 13 juillet 1999, p. 10396).

contournement de la règle de l'unité du patrimoine qu'une véritable remise en cause. Le changement théorique reste mesuré¹⁰¹¹.

Aussi, au-delà de ce contournement, le législateur a développé des mécanismes spécifiques à l'entrepreneur. C'est le cas des différentes mesures d'insaisissabilité (§2).

§2. Les mécanismes d'insaisissabilité

252. Alors que la création des personnes morales constitue un contournement indirect du gage général des créanciers, l'entrepreneur dispose d'une seconde manière plus directe d'affecter la propriété à la réduction de son risque professionnel. Il s'agit des différents mécanismes d'insaisissabilité instaurés par le législateur. À défaut d'accorder à la thématique de l'entrepreneur la place qu'elle mériterait¹⁰¹², les pouvoirs publics élaborent sporadiquement des mécanismes de protection du patrimoine privé de l'entrepreneur. Ces différentes mesures rappellent la fiducie en ce qu'ils opèrent une séparation entre certains biens et le reste du patrimoine de l'entrepreneur. Cette affectation¹⁰¹³, selon qu'elle s'étend à la propriété ou à un patrimoine, est plus ou moins affirmée.

Aussi, tandis que les différentes mesures relatives à l'insaisissabilité des immeubles ne constituaient qu'une « ébauche de séparation patrimoniale¹⁰¹⁴ » (A), l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)¹⁰¹⁵ en est une véritable consécration (B).

¹⁰¹¹ Il convient toutefois de noter que la société unipersonnelle renforce l'intérêt du parallèle entre société et fiducie, notamment dans la mesure où la fiducie, même si elle peut être constituée par plusieurs personnes, est avant tout une opération individuelle alors que la société demeurerait auparavant une aventure uniquement collective.

¹⁰¹² V. not. n° 26 s., *infra*.

¹⁰¹³ Certains auteurs préfèrent rattacher l'affectation à la seule théorie du patrimoine d'affectation. Ils conviennent alors de parler de séparation patrimoniale plutôt que d'affectation dès lors qu'il n'existe pas une universalité séparée et définie spécialement en tant que telle.

¹⁰¹⁴ BARREAU. « Pérennisation des entreprises personnelles et séparation patrimoniale », *op. cit.*, spéc. p. 67-71.

¹⁰¹⁵ À noter qu'il s'agit d'un « entrepreneur individuel à responsabilité limitée » selon le Code de commerce (art. L525-6 s.) mais d'une « entreprise individuelle à responsabilité limitée » selon de Code civil (art. 388-1-2 et 401).

A. L'insaisissabilité de biens immobiliers déterminés

253. Le législateur français est particulièrement friand de mesures ponctuelles d'insaisissabilité sous forme de déclaration. Du fait de leur nature patrimoniale et de l'étroitesse de leurs liens avec la vie privée, les biens immobiliers sont les cibles privilégiées de ces différentes mesures. Pendant plus d'un siècle, la possibilité de constituer un bien de famille protégé était une originalité du droit privé peu usitée (1). Plus récemment, le législateur a remis au goût du jour la protection de la résidence principale de l'entrepreneur, d'abord par voie déclarative, puis simplement de droit (2).

1. Le bien de famille

254. La possibilité de constituer un bien de famille était issue d'une loi du 12 juillet 1909¹⁰¹⁶. Comme souvent dans l'histoire récente des mécanismes d'affectation, le modèle du bien de famille provient des droits anglo-américain¹⁰¹⁷. Le dispositif français visait à rendre certains biens¹⁰¹⁸ insaisissables en raison de leur caractère familial¹⁰¹⁹. Les objectifs de la loi étaient à la fois la « protection du bien contre l'action des créanciers¹⁰²⁰ », et « la protection de la famille contre les

¹⁰¹⁶ Loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable (JO 13 juillet 1909, p. 7566). Elle fut suivie du Décret du 26 mars 1910 portant règlement pour l'exécution de la loi du 12 juillet 1909, sur la constitution d'un bien de famille insaisissable (DP 1910. 4. 47). À noter égal. la Circulaire du 15 juin 1910 relative à l'application de la loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable (JO 17 juin 1910, p. 5189). À ce titre, il ne faut pas confondre le mécanisme du bien de famille insaisissable avec d'autres notions, comme celle du « logement de la famille » (v. not. A. TISSERAND-MARTIN. « La protection légale du logement familial ». In : *De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009, p. 829), ou celle du « bien familial » au sens de l'article L331-2-II du Code rural et de la pêche maritime (v. Cass. civ. 3ème, 10 novembre 2010, n° 09-70.549, AJDI 2011. 308, obs. Prigent), ou encore celle des « souvenirs de famille » (v. Cass. civ. 2ème, 29 mars 1995, n° 93-18.769, Bull. civ. II, n° 115 ; D. 1995. Somm. 330, obs. Grimaldi ; RTD civ. 1996. 420, obs. Zenati).

¹⁰¹⁷ Pour être précis, le modèle du bien de famille était le *homestead* qui avait été institué dans l'État du Texas dès 1839. V. not. J.-L. HALPÉRIN. *Histoire du droit des biens*. Paris : Economica, 2008, 370 p. ; P. BUREAU. *Le homestead. L'insaisissabilité de la petite propriété foncière*. Paris : Rousseau, 1895, XII-391 p.

¹⁰¹⁸ « Il peut être constitué, au profit de toute famille, un bien insaisissable qui portera le nom de bien de famille » : art. 1, al. 1, L. 12 juil. 1909, *op. cit.* La notion de bien de famille sera intégrée, plus tard, à l'art. L215-1 du CASF.

¹⁰¹⁹ Pour une approche historique, v. H. BASTIEN. « Le bien de famille insaisissable. Politique et législation de la petite propriété sous la IIIe République ». *Études rurales*, 1988, vol. 110, n° 1, p. 377 à 389.

¹⁰²⁰ M. BOUDOT. « Bien de famille ». *Rép. civ. Dalloz*, janvier 2013, n° 1.

déboires du chef de famille¹⁰²¹ ». Les biens concernés étaient les immeubles, au sens le plus large, sauf ceux grevés d'une sûreté¹⁰²². La constitution d'un bien de famille nécessitait que le membre d'une famille accomplisse tout une série de formalités, notamment la rédaction d'un acte notarié, afin d'obtenir une homologation de ladite constitution auprès du tribunal d'instance.

Cette possibilité a eu un succès plus que limité, en particulier parce que ses dispositions n'ont plus été actualisées à partir de la moitié du XX^{ème} siècle. C'était notamment le cas du plafond auquel elle était soumise, à savoir cinquante mille francs, puis environ sept mille cinq cents euros¹⁰²³. Aussi, la faculté de constituer un bien de famille a été abrogée en 2013¹⁰²⁴. La volonté de protéger spécialement des biens particulièrement importants pour la vie personnelle de l'entrepreneur n'était toutefois pas totalement abandonnée (2).

2. La résidence principale

255. Devant le succès mitigé des sociétés unipersonnelles quant à la protection du patrimoine de l'entrepreneur, le législateur a d'abord tenté d'instaurer une priorité de poursuite par les créanciers professionnels des biens nécessaires à l'exploitation professionnelle¹⁰²⁵. De même, l'idée de forcer les banques à constituer leurs sûretés en priorité sur ces mêmes biens a émergé¹⁰²⁶. Cette tentative fut très critiquée et n'eut pas l'effet escompté par son promoteur¹⁰²⁷. Aussi, le législateur

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² « Le bien de famille pourra comprendre soit une maison ou portion divise de maison, soit à la fois une maison et des terres attenantes ou voisines occupées et exploitées par la famille, soit seulement des terres exploitées par la famille, soit une maison avec boutique ou atelier et le matériel ou outillage le garnissant, occupés et exploités par une famille d'artisans » : art. 2, L. 12 juil. 1909, *op. cit.* V. égal. BOUDOT. « Bien de famille », *op. cit.*, n° 18

¹⁰²³ « La valeur dudit bien, y compris celle des cheptels et immeubles par destination, ne devra pas, lors de sa fondation, dépasser 7 622,45 euros » : art. 2, al. 2, L. 12 juil. 1909, *op. cit.* (rédaction en vigueur au 31 décembre 2012).

¹⁰²⁴ Art. 12, Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles (JO n° 0289, 14 décembre 2011, p. 21105, texte n° 1). À noter que la mesure reste applicable aux biens de famille régulièrement constitués avant la promulgation de la loi n° 2011-1862.

¹⁰²⁵ C'est le bénéfice de discussion sur les biens de l'entreprise issu de la Loi n° 94-126 du 11 février 1994 (dite Madelin) relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (JORF n° 37, 13 février 1994, p. 2493), NOR COMX9300154L.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ Il faut dire que cette mesure est paradoxale puisqu'elle tend à priver le débiteur des actifs qui seraient

s'est-il remis à l'ouvrage et, avant même l'abrogation de la possibilité de constituer un bien de famille, la Déclaration Notariée d'Insaisissabilité (DNI) était créée. Cette dernière a été conçue comme une version plus contemporaine du bien de famille (a) et marque le renouveau de l'attrait du législateur pour les mesures spéciales de protection de la résidence principale¹⁰²⁸ de l'entrepreneur (b).

a. La DNI

256. Instaurée en 2003¹⁰²⁹, puis réformée en 2008¹⁰³⁰, la DNI s'adresse à tout commerçant, agriculteur ou professionnel indépendant¹⁰³¹ qui désire protéger sa résidence principale des créanciers dont les droits naîtront après la publication de la déclaration. À ce titre, la loi a inauguré un Chapitre VI au sein du Titre II du Livre V du Code de commerce. Intitulé « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint », il comprend les articles L526-1 et suivants¹⁰³². Initialement limitée à la seule résidence principale de l'entrepreneur individuel, la DNI a été étendue à tous les biens immeubles non affectés à l'activité professionnelle¹⁰³³. Aussi, cette déclaration notariée publiée au bureau des hypothèques¹⁰³⁴ présente plusieurs avantages.

les plus susceptibles de lui permettre de produire de quoi rembourser ses créanciers.

¹⁰²⁸ Le recours à la notion de « résidence principale » est une nouveauté dans le Code civil qui ne connaît autrement que les concepts de « domicile » ou de « logement de famille ». Il convient dès lors de se référer au langage courant pour comprendre que la « résidence principale » est simplement le lieu où la personne concernée vit. En somme, cela ne concerne que le cadre de sa vie privée et non professionnelle.

¹⁰²⁹ Art. 8, Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 (dite Dutreil) pour l'initiative économique (JO n° 179, 5 août 2003, p. 13449).

¹⁰³⁰ L. n° 2008-776, *op. cit.*

¹⁰³¹ Soit les artisans, agents commerciaux, agriculteurs, professionnels libéraux mais encore les personnes qui exercent leur activité en auto-entreprise ou sous le statut d'EIRL.

¹⁰³² V. not. S. PIEDELIÈVRE. « Déclaration d'insaisissabilité ». *Rép. com. Dalloz*, avril 2015 ; BARREAU. « Pérennisation des entreprises personnelles et séparation patrimoniale », *op. cit.* ; « Actualité et avenir de la déclaration d'insaisissabilité ». *J.-Cl. ent. ind.*, 2011, Fasc. 510, 138 ; S. LÉBOVICI. « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 190, p. 49.

¹⁰³³ Suite au remplacement de l'expression « résidence principale » par « l'immeuble où est fixée (l) résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à (l')usage professionnel » : C. com., art. L526-1, al. 1 mod. L. n° 2008-776, *op. cit.*

¹⁰³⁴ En plus d'une publication légale au RCS pour les commerçants et dans un journal d'annonces légales en cas de non-immatriculation : art. L526-2, al. 1, 2 et 3. La DNI ne prend effet à l'égard des tiers qu'à compter de la dernière des mesures de publicité requises.

D'une part, la DNI s'avère très efficace en cas d'ouverture d'une procédure collective, y compris de liquidation judiciaire¹⁰³⁵. En effet, la question s'est posée de connaître l'étendue de la règle du dessaisissement¹⁰³⁶ lorsque plusieurs créanciers se présentent à une procédure de liquidation judiciaire. Le législateur n'avait pas expressément prévu le sort de la DNI dans cette procédure dont le but est l'apurement du passif du débiteur en vue de désintéresser ses créanciers. Deux analyses pouvaient alors se confronter. La première, plus favorable à ces derniers, voulait que le liquidateur ait la possibilité de poursuivre la vente faisant l'objet de la DNI dès lors que celle-ci était inopposable à un seul des créanciers. La seconde, au contraire, voulait que le liquidateur ne puisse poursuivre la réalisation du bien que dans l'hypothèse où la DNI était inopposable à l'ensemble des créanciers. La Cour de cassation a tranché le problème en retenant cette dernière solution dans deux arrêts¹⁰³⁷. Cela renforce de manière incontestable l'intérêt de recourir à la DNI.

D'autre part, l'insaisissabilité née de la DNI peut faire l'objet d'une subrogation¹⁰³⁸. Cela permet de reporter ses effets sur le prix de cession du bien déclaré insaisissable en cas de remploi dans l'année¹⁰³⁹. Par ailleurs, si l'acte

¹⁰³⁵ C. com., art. L640-1 s.

¹⁰³⁶ C. com., art. L641-9, al. 1 : « Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur ». Aussi, le débiteur se voit-il dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens au profit du liquidateur qui, en tant que représentant des créanciers, agit dans leur intérêt commun. Ceux-ci, à défaut de garantie, se retrouvent sur un pied d'égalité quant à leurs créances. Il a été récemment confirmé que le principe du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire est conforme à la constitution : Cass. com., 18 décembre 2012, n° 12-40.076, QPC, FS-D, Heguy c/ Bro Rodde, JurisData n° 2012-029878 ; Dr. sociétés n° 3, mars 2013, comm. 54.

¹⁰³⁷ Dans le premier arrêt, la Cour de cassation considère que le débiteur pouvait opposer au liquidateur la déclaration d'insaisissabilité publiée avant sa mise en liquidation judiciaire : Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-15.482. Dans le second arrêt, la Cour conforte sa position en rappelant que le liquidateur n'a qualité que pour agir dans l'intérêt collectif de tous les créanciers. Il ne peut donc pas en privilégier certains : Cass. com. 13 mars 2012, n° 11-15438, FS-PB. Bull. 2012, IV, n° 53. *Adde* réc. Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-11949, D, Rép. Defrénois 15 oct. 2015, p. 979, n° 120w0, n. C. Lebel ; 30 mars 2016 n° 6, p. 282 n. F. Vauvillé.

¹⁰³⁸ C. com., art. L526-3, al. 1 : « En cas de cession des droits immobiliers sur la résidence principale, le prix obtenu demeure insaisissable, sous la condition du remploi dans le délai d'un an des sommes à l'acquisition par la personne mentionnée au premier alinéa de l'article L526-1 d'un immeuble où est fixée sa résidence principale ».

¹⁰³⁹ Le mécanisme de subrogation de la DNI ne joue cependant pas si le prix de cession est réemployé dans l'acquisition d'un bien non affecté à une résidence principale comme, par exemple, pour une résidence secondaire ou un immeuble locatif. Dans cette éventualité, l'entrepreneur n'aura pas d'autre choix que de procéder à une nouvelle DNI afin de mettre ce nouveau bien à l'abri de ses créanciers

d'acquisition contient une déclaration de remploi des fonds, les droits du déclarant sur le bien immobilier nouvellement acquis resteront insaisissables à l'égard des créanciers professionnels dont les droits sont nés postérieurement à la publication de la déclaration¹⁰⁴⁰.

257. Malgré ses qualités, la DNI présente plusieurs faiblesses. Ainsi, elle n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication de la déclaration et seulement à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Elle n'est ni opposable aux créanciers non professionnels de l'entrepreneur, ni même aux créanciers professionnels antérieurs¹⁰⁴¹. Elle ne sera donc pleinement efficace que lorsque les biens protégés ont été acquis avant le commencement de l'activité professionnelle. Or, le plus souvent, l'entrepreneur ne peut se constituer un patrimoine immobilier qu'avec les résultats de cette activité professionnelle. De plus, il convient de s'attendre à ce que la séparation patrimoniale se révèle fragile en amont, c'est-à-dire au moment où les créanciers sont sollicités pour apporter leur concours. Ceux-ci disposent par ailleurs de la possibilité de demander à l'entrepreneur de renoncer à sa déclaration¹⁰⁴².

Saluée par la doctrine pour sa simplicité et son efficacité, la DNI n'a pourtant pas connu beaucoup plus de succès que la possibilité de constituer un bien de famille¹⁰⁴³. Aussi, le législateur s'est-il récemment (et de manière assez inattendue) décidé à abandonner le modèle déclaratif pour imposer une insaisissabilité de droit de la résidence principale de l'entrepreneur (b).

professionnels. Cette déclaration sera cependant inopposable aux créanciers professionnels dont la créance est antérieure à sa publication, y compris ceux à qui l'entrepreneur pouvait opposer la déclaration initiale.

¹⁰⁴⁰ Seulement à hauteur des sommes remployées.

¹⁰⁴¹ La DNI ne sera donc pleinement efficace que lorsque les biens protégés ont été acquis avant le commencement de l'activité professionnelle. Or, le plus souvent, l'entrepreneur ne peut se constituer un patrimoine immobilier qu'avec les résultats de cette activité professionnelle.

¹⁰⁴² C. com., art. L526-3, al. 4 : « La déclaration peut, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux mêmes conditions de validité et d'opposabilité. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers mentionnés à l'article L526-1 désignés par l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci ».

¹⁰⁴³ Environ 37 000 DNI ont été passées entre avril 2008 et juillet 2013 : A. LEFÈVRE. *Avis n° 162 déposé le 21 novembre 2013*. Paris : au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances pour 2014, adopté par l'Assemblée Nationale, 21 novembre 2013, spéc. p. 29-32 « Le maintien plébiscité de la déclaration d'insaisissabilité ».

b. La protection légale

258. L'article L526-1 du Code de commerce nouvellement rédigé¹⁰⁴⁴ protège désormais la résidence principale de l'entrepreneur personne physique¹⁰⁴⁵ sans aucune déclaration préalable. De droit, les droits portant sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont « insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne¹⁰⁴⁶ ». Cette protection impérative s'applique également en cas de partage ou d'identité du domicile de l'entreprise avec le local d'habitation¹⁰⁴⁷. Le législateur précisant toujours qu'il s'agit-là d'une « dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil », c'est-à-dire au principe du gage général des créanciers, cette résidence principale est ainsi affectée à la seule sphère personnelle de l'entrepreneur.

« Mesure spectaculaire pour la communauté des juristes ¹⁰⁴⁸ », l'insaisissabilité légale de la résidence principale ne s'applique automatiquement qu'au seul immeuble constituant la résidence principale¹⁰⁴⁹. Cette disposition n'est pourtant pas absolue puisqu'elle peut, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation en la forme authentique¹⁰⁵⁰. Aussi, la DNI demeure une possibilité. Le principe d'une déclaration volontaire n'est cependant maintenu que pour les autres biens fonciers, bâtis ou non bâtis, qui ne sont pas affectés à un usage professionnel¹⁰⁵¹. Toutefois, les déclarations et les renonciations portant sur

¹⁰⁴⁴ Art. 206, Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (dite Macron) pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (JO n° 0181, 7 août 2015, p. 13537). V. not. T. MONTÉLAN. « Un progrès social spectaculaire : la protection légale du patrimoine personnel ». *Gaz. Pal.*, 20 octobre 2015, n° 293, p. 5 ; P.-M. LE CORRE. « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté ». *Gaz. Pal.*, 20 octobre 2015, n° 293, p. 7, spéc. n° 20 s.

¹⁰⁴⁵ C'est-à-dire toute « personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante » : C. com., art. L526-1, al. 1.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ C. com., art. L123-10.

¹⁰⁴⁸ P.-M. LE CORRE. « L'insaisissabilité légale de la résidence principale : quid novi, quid boni ? ». *Gaz. Pal.*, 20 octobre 2015, n° 293, p. 3.

¹⁰⁴⁹ Le mécanisme retrouve ainsi la philosophie qui était la sienne avant la réforme de la L. n° 2008-776, *op. cit.*

¹⁰⁵⁰ C. com., art. L526-3, al. 2.

¹⁰⁵¹ C. com., art. L526-1, al. 2.

l'insaisissabilité de la résidence principale, publiées avant la publication de la présente loi, continuent de produire leurs effets¹⁰⁵².

259. De fait, à cause du silence regrettable du législateur, les incertitudes qui planent sur la DNI s'étendent à l'insaisissabilité légale. Il s'agit en particulier de la possibilité pour le liquidateur judiciaire d'appréhender la résidence principale protégée dans le cadre de la procédure collective. Il s'agit également de la délicate question de la modulation du dispositif afin d'en limiter les effets pervers. C'est notamment le cas lorsque la valeur de la résidence principale protégée est importante et que sa vente aurait permis de satisfaire (au moins partiellement) les créanciers tout en laissant au débiteur les moyens d'acquérir un logement décent mais plus modeste. Cette question aurait par exemple pu être réglée par la création d'un plafond au-dessus duquel la résidence n'est plus insaisissable¹⁰⁵³.

L'impact laissé par la constitution de biens de famille et par la DNI demeure assez léger tant sur un plan théorique que pratique¹⁰⁵⁴. À la différence de la fiducie, l'affectation proposée par ces mécanismes d'insaisissabilité ne porte pas sur une universalité mais seulement sur des biens désignés. Ils ne sont donc pas rattachables à la théorie du patrimoine d'affectation, mais plutôt à la constatation de la division du patrimoine de l'entrepreneur. Pour autant, ces nouvelles dispositions s'inscrivent dans une tendance lourde d'affaiblissement progressif de la vision moniste et personaliste du patrimoine. Cette progression a même trouvé une sorte d'aboutissement avec l'adoption de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (B).

¹⁰⁵² À compter du 8 août 2015, la faculté de renonciation est prévue à l'article L526-3, al. 2 : « L'insaisissabilité des droits sur la résidence principale et la déclaration d'insaisissabilité portant sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, non affecté à l'usage professionnel peuvent, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux conditions de validité et d'opposabilité prévues à l'article L526-2. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou de plusieurs créanciers mentionnés à l'article L526-1 désignés par l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci. La renonciation peut, à tout moment, être révoquée dans les conditions de validité et d'opposabilité prévues à l'article L526-2. Cette révocation n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L526-1 dont les droits naissent postérieurement à sa publication ».

¹⁰⁵³ LE CORRE. « L'insaisissabilité légale de la résidence principale », *op. cit.* Toutefois, en l'absence de tout texte, une telle modulation ne semble pas possible, sauf cas de comportement manifestement frauduleux de la part du débiteur.

¹⁰⁵⁴ BOUDOT. « Bien de famille », *op. cit.*, n° 5.

B. L'insaisissabilité du patrimoine professionnel

260. À l'issue d'une loi du 15 juin 2010¹⁰⁵⁵, l'article L526-6 du Code de commerce dispose simplement que « Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale¹⁰⁵⁶ ». L'EIRL repose, comme la fiducie, sur un « patrimoine affecté¹⁰⁵⁷ ». Il s'agit d'un statut, ou plutôt d'un régime, applicable sur option aux personnes physiques dans le cadre de leur activité économique. Il vise clairement à préserver le patrimoine personnel de l'entrepreneur des risques liés à son activité professionnelle, en cloisonnant ces deux sphères.

L'introduction de ce véritable patrimoine professionnel ne s'est pas fait sans mal (1). De même, le parallèle avec la fiducie n'est pas sans limites (2).

1. Principe de l'EIRL

261. Dès l'origine, le but affiché par les promoteurs du régime de l'EIRL a été d'assurer une protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel. À cette fin, le régime de l'EIRL consiste à définir un ensemble patrimonial affecté à l'entreprise, lequel doit servir de gage général exclusif pour les créanciers professionnels¹⁰⁵⁸. Le gage des créanciers privés se trouve alors principalement cantonné aux biens non affectés à l'entreprise. Ce patrimoine, une fois défini, se trouve en outre doté de toutes les fonctions d'une entreprise exploitée sous forme sociétale, y compris en matière d'option fiscale. L'EIRL se distingue bien des sociétés unipersonnelles par l'absence totale de recours à la personnalité

¹⁰⁵⁵ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (JO n° 0137, 16 juin 2010, p. 10984, texte n° 1). V. not. É. DUBUISSON. « Fasc. 952-1 : Entreprise. – Entrepreneur à responsabilité limitée (EIRL). - Constitution du patrimoine affecté ». *J.-Cl. ent. ind.*, 16 mars 2015. *Adde* T. REVET et al. « Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL - Dossier) ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 54 à 97 ; C. CHAMPAUD et al. « EIRL - Actes du colloque du 22 octobre 2010, Rennes (Dossier) ». *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 3 à 56.

¹⁰⁵⁶ C. com., art. L526-6, al. 1.

¹⁰⁵⁷ Expression que reprend littéralement le législateur dans le deuxième alinéa de l'art. L526-6 (*in fine*).

¹⁰⁵⁸ Certains auteurs relèvent, à juste titre, que le choix du législateur de revenir à un patrimoine affecté pouvait sembler étonnant compte tenu des ses propres réticences lors de l'introduction de l'EURL. Maintenant que la pratique de la société unipersonnelle est bien établie, l'EIRL pourrait d'ailleurs être vue comme le désaveu de refus du patrimoine d'affectation en 1985 : LUCAS et LETELLIER. « Défense et illustration de l'EURL », *op. cit. Adde* n° 248 s., *supra*.

morale¹⁰⁵⁹. Par conséquent, l'entrepreneur peut se retrouver à la tête de plusieurs universalités distinctes les unes des autres. C'est seulement avec l'EIRL, que pour la première fois en droit positif, une personne physique peut être simultanément titulaire de deux patrimoines dont les contenus sont laissés au seul pouvoir de sa volonté¹⁰⁶⁰. Une partie de la doctrine y voit un dédoublement de la personnalité¹⁰⁶¹. Il s'agit en réalité d'un patrimoine nouveau, pas encore d'affectation, mais déjà affecté.

262. En cas de procédure collective, le principe de séparation patrimoniale demeure¹⁰⁶². La procédure ne visera que le patrimoine professionnel et épargnera le patrimoine personnel de l'entrepreneur, ainsi que les éventuels autres patrimoines professionnels affectés. Toutefois, l'entrepreneur ne pourra se prévaloir de cette séparation en cas de confusion, de non-respect des règles comptables ou encore de fraude qui lui serait imputable¹⁰⁶³. D'une manière générale, l'EIRL répond de ses fautes comme tout dirigeant d'une société débitrice¹⁰⁶⁴. En réalité, en cas de procédure collective, la situation de l'entrepreneur à responsabilité limitée ressemble pour beaucoup à celle du gérant unique d'une EURL¹⁰⁶⁵. Par conséquent,

¹⁰⁵⁹ « (...) sans création d'une personne morale » : C. com., art. L526-6, *in fine*.

¹⁰⁶⁰ Ce n'est que depuis le 1^{er} janvier 2013 qu'un seul et même entrepreneur peut constituer plusieurs patrimoines affectés au travers de l'EIRL : L. n° 2010-658, *op. cit.*, art. 14, II. Pour autant, chaque élément constitutif du patrimoine ne peut faire partie que d'une seule et même affectation : art. . L526-6, al. 2, *in fine*.

¹⁰⁶¹ V. not. I. BEYNEIX. « Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique ». *LPA*, 19 septembre 2011, n° 186, p. 17.

¹⁰⁶² « Lorsque les dispositions des titres I^{er} à VI du [Livre VI] sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, elles le sont patrimoine par patrimoine » : C. com., art. L680-1.

¹⁰⁶³ C. com. art. L621-2, al. 3. Il en ira de même en cas de fraude à l'égard d'un créancier, ou en cas de manquement grave aux règles de composition du patrimoine affecté prévues au deuxième alinéa de l'art. L526-6, ou aux obligations comptables prévues à l'article L526-13.

¹⁰⁶⁴ C. com., art. L651-2, al. 2 : « Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le Tribunal peut, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté ». Par conséquent, en cas de faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif, l'entrepreneur peut être amené à payer tout ou partie de cette insuffisance avec son patrimoine non affecté.

¹⁰⁶⁵ Sur ce point, v. not. F.-X. LUCAS. « Les dangers de l'EIRL ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 80 ; M. SÉNÉCHAL. « Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 89 ; BEYNEIX. « Le double échec de l'EIRL », *op. cit.* ; F.-X. LUCAS. « L'EIRL en difficulté ». *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 39.

l'affectation patrimoniale offerte par l'EIRL n'apparaît pas beaucoup plus attractive que celle de l'EURL, ni son fonctionnement beaucoup plus aisé.

En revanche, pour l'entrepreneur, l'EIRL apparaît comme une affectation plus sûre que la fiducie (2).

2. EIRL et fiducie

263. L'EIRL n'a été conçue que comme un véhicule d'affectation du patrimoine professionnel de l'entrepreneur. À l'instar de la fiducie, l'affectation offerte par ce statut ne permet pas d'assurer d'autres missions que celle de cantonner le risque professionnel. Sur ce point, son intérêt demeure en retrait par rapport à la société qui est une véritable technique d'organisation de l'entreprise et qui permet, à ce titre, d'assurer le développement de l'entreprise ou encore d'en faciliter la transmission¹⁰⁶⁶. D'ailleurs, les formalités de création de l'EIRL s'apparentent également à celles nécessaires pour la validité d'une fiducie. La seule différence notable se situe au niveau de la publicité¹⁰⁶⁷. Pareillement, l'affectation d'un immeuble par le truchement de l'EIRL requiert, comme dans le cas de la fiducie, le recours à un notaire¹⁰⁶⁸. Le formalisme peut encore s'alourdir lorsque les éléments affectés sont valorisables à plus de trente mille euros. Dans ce cas, le recours à une évaluation extérieure devient nécessaire¹⁰⁶⁹.

En revanche, il faut bien reconnaître que l'affectation offerte par l'EIRL apparaît plus étanche que pour la fiducie¹⁰⁷⁰. Ainsi, la déclaration d'affectation est opposable de plein droit à tous les créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt¹⁰⁷¹. De même, si le débiteur les en informe, la

¹⁰⁶⁶ V. not. J. PRIEUR. « Les limites de l'EIRL ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 78.

¹⁰⁶⁷ Tandis que les artisans doivent déposer leur déclaration d'affectation au répertoire des métiers (RM), les commerçants le font au registre du commerce et des sociétés (RCS). Quant aux personnes physiques qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale, ainsi que les exploitants agricoles, ils doivent s'adresser au greffe du Tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal : C. com., art. L526-7.

¹⁰⁶⁸ C. com., art. L526-9, al. 2.

¹⁰⁶⁹ C. com., art. L526-10 et art. D526-5.

¹⁰⁷⁰ C. civ., art. 2025, al. 2. V. n° 43 s., *supra*.

¹⁰⁷¹ C. com., art. L526-12, al. 1.

déclaration est même opposable aux créanciers antérieurs¹⁰⁷². Ceux-ci disposent néanmoins de la faculté de s'y opposer. L'opposabilité n'est effective qu'à défaut d'opposition de leur part. De même, en cas d'insuffisance du patrimoine non-affecté, les créanciers non professionnels pourront faire jouer leur droit de gage général sur les bénéfices réalisés par l'EIRL lors du dernier exercice clos¹⁰⁷³.

264. L'affectation offerte par l'EIRL se distingue encore de la fiducie au moment de son terme. Ainsi, la philosophie de l'opération fiduciaire au travers de la fiducie nommée veut que les éléments constitutifs du patrimoine fiduciaire fassent leur retour dans le patrimoine du constituant. D'une part ; la fiducie à fin de libéralité est prohibée¹⁰⁷⁴, d'autre part, le bon déroulement d'une finalité sûreté se conclut normalement par le désintéressement du créancier et la disparition de la garantie. Par ailleurs, le droit commun de la fiducie prévoit qu'en l'absence de bénéficiaire ou lorsque le constituant décède, le patrimoine fiduciaire retourne de plein droit dans le patrimoine ou la succession de celui-ci¹⁰⁷⁵. Dans le cas de l'EIRL, l'entrepreneur dispose au contraire de la faculté de « céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs ou apporter en société l'intégralité de son patrimoine affecté¹⁰⁷⁶ ». Il peut également en transférer la propriété sans liquidation. Par dérogation à l'article L526-15, l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayant droit de l'entrepreneur décédé manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle¹⁰⁷⁷. Il s'agit là d'un avantage évident de l'EIRL aux dépens de la fiducie¹⁰⁷⁸ et de la DNI¹⁰⁷⁹.

À noter également que dans le cadre de la fiducie, il y a manifestement la création d'un patrimoine affecté concomitant d'un transfert de propriété, tandis que

¹⁰⁷² *Loc. cit.*, al. 2.

¹⁰⁷³ C. com., art L526-12, *in fine*.

¹⁰⁷⁴ C. civ., art. 2013.

¹⁰⁷⁵ C. civ., art. 2030.

¹⁰⁷⁶ C. com., art. L526-17, I.

¹⁰⁷⁷ C. com., art. L526-16.

¹⁰⁷⁸ C. civ., art. 2029.

¹⁰⁷⁹ C. com., art. L526-3.

l'EIRL n'est pas constitutive d'un transfert de propriété mais seulement d'un patrimoine affecté¹⁰⁸⁰.

Avec la multiplication des « petits coups de canif » à la règle de l'unité du patrimoine, le législateur propose de plus en plus de divisions ou d'affectations de patrimoine. Ces mécanismes offerts à l'entrepreneur ne constituent pas que des nouvelles pierres à « l'édifice de destruction du gage commun¹⁰⁸¹ ». Ils participent également à la richesse de la loi en matière de gestion de patrimoine (Section 2).

Section 2. L'affectation comme technique de gouvernance patrimoniale

265. Le droit commun contemporain offre une panoplie fournie de techniques alternatives à la fiducie en vue d'assurer la gouvernance entrepreneuriale. Au-delà du seul cantonnement du risque entrepreneurial, l'affectation peut en effet permettre de poursuivre d'autres objectifs. Elle peut tout à la fois constituer une modalité de gestion du patrimoine de l'entrepreneur, mais également en assurer la transmission des éléments, tant professionnels que personnels.

En ce sens, les mécanismes d'affectation sont soit des structures dotées de la personnalité juridique (§1), soit des structures qui en sont dépourvues (§2).

§1. Les structures dotées de la personnalité juridique

266. Les personnes morales, puisqu'elles disposent de la personnalité juridique, constituent un contournement de l'unité du patrimoine telle qu'habituellement envisagée en droit français. La personnalité juridique concerne tout à la fois des mécanismes de nature sociétaire (A) et des mécanismes de nature philanthropique (B).

¹⁰⁸⁰ Pour une analyse similaire, v. CROCQ. « Transparence et patrimoines d'affectation », *op. cit.* A *contrario*, la notion de patrimoine d'affectation ne peut réellement se comprendre qu'en opposition à celle d'unité patrimoniale. C'est-à-dire que le patrimoine d'affectation doit être totalement autonome puisqu'il repose sur la séparation la plus absolue avec les autres patrimoines.

¹⁰⁸¹ LE CORRE. « L'insaisissabilité légale de la résidence principale », *op. cit.*

A. Les mécanismes de nature sociétaire

267. En matière de gestion de patrimoine, certains mécanismes sociétaires antérieurs à la fiducie nommée proposaient déjà une forme d'affectation à l'entrepreneur¹⁰⁸². Il s'agit principalement des sociétés civiles¹⁰⁸³ (1) et des sociétés d'investissement à capital variable (2).

1. Les sociétés civiles

268. Le statut des sociétés civiles a été modernisé et rapproché de celui des sociétés commerciales à la fin des années mille neuf cent soixante-dix¹⁰⁸⁴. Parfois négligées, les sociétés civiles figurent pourtant parmi les entités sociétaires les plus courantes. D'ailleurs, il convient de rappeler que le caractère civil est le caractère de principe d'une société. C'est-à-dire que c'est bien celui-ci que le législateur attribue à défaut¹⁰⁸⁵. À l'instar de l'opération fiduciaire, la société civile demeure marquée, comme toute société de personne, par un *intuitu personae* fort.

De fait, la société civile est un instrument particulièrement efficace de gouvernance entrepreneuriale. En présentant l'avantage de la souplesse, elle permet de loger des actifs immobiliers comme des actifs financiers. Sur le plan strictement juridique, la société civile autorise une grande liberté rédactionnelle. Elle permet d'anticiper le choix du successeur, de répartir le pouvoir et la propriété selon les objectifs visés¹⁰⁸⁶. La société civile est ainsi un instrument efficace de

¹⁰⁸² Pour une approche originale des avantages et des limites de la forme sociétaire comme « mode de fructification du patrimoine » : F. LABELLE-PICHEVIN. « La société, technique d'organisation du patrimoine ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 2003, 620 p.

¹⁰⁸³ L'expression « société civile » fait ici exclusivement référence à la forme sociétaire de droit privé et aucunement au corps social indépendant de l'État. Sur la définition de ce dernier en droit, v. not. A. POMADE. « La société civile et le droit de l'environnement ». Thèse de doctorat. Orléans : Université d'Orléans, 2009, 619 p., spéc. n° 1 à 14.

¹⁰⁸⁴ V. L. n° 78-9, *op. cit.* Les dispositions furent incorporées au Code civil aux articles 1845 à 1870-1. La loi fut également accompagnée de deux décrets : Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le Titre IX du Livre III du Code civil (JORF 7 juillet 1978, p. 2701) ; Décret n° 78-705 du 3 juillet 1978 modifiant et complétant le décret n° 67-237 du 23-03-1967 relatif au registre du commerce et modifiant certaines mesures de publicité (JORF 7 juillet 1978, p. 2706).

¹⁰⁸⁵ C. civ., art. 1845, al. 2 : « Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet ».

¹⁰⁸⁶ Dans une optique de transmission familiale par anticipation, la société peut par ex. prévoir que les parents ne détiendront plus que 5 % des actions mais 95 % des droits de vote, et l'inverse pour les

gestion de patrimoine¹⁰⁸⁷. Elle permet d'éviter le régime de l'indivision en organisant une répartition des parts sociales¹⁰⁸⁸. Un pacte statutaire permettra de décider du futur gérant et d'aménager la transmission aux héritiers. Dans l'hypothèse de la donation d'un bien locatif, elle permet par ailleurs d'obtenir une base taxable plus basse en matière d'impôt sur la fortune (ISF)¹⁰⁸⁹ ou encore de droits de mutation¹⁰⁹⁰.

En sus de constituer une masse distincte du patrimoine de l'entrepreneur, la société civile peut également constituer une propriété retenue si elle est complétée par un démembrement de propriété. Ainsi, la société civile reçoit en apport des biens meubles ou immeubles. Une fois l'apport terminé, la nue-propriété des parts de la société civile est transmise, à titre gratuit ou à titre onéreux¹⁰⁹¹. Le résultat équivaut à distinguer clairement le « titre » de la « finance » et ainsi optimiser les abattements sur les droits de donation. La société civile est ainsi, traditionnellement, le mécanisme d'affectation de référence de la famille¹⁰⁹². En ce sens, il convient de noter l'existence de sociétés civiles de famille¹⁰⁹³. Sur un plan strictement juridique, cette appellation n'est toutefois pas révélatrice d'une

héritiers.

¹⁰⁸⁷ Elle permet ainsi d'envisager la vente de l'entreprise, c'est-à-dire de son activité, tout en conservant les actifs immobiliers dans lesquels elle se réalise. Une séparation sera alors faite entre la société d'exploitation et la société civile immobilière. Pour le vendeur, la SCI assure des loyers comme complément de revenus. Pour l'acheteur qui ne souhaite acquérir que le cœur de métier de sa cible, la SCI permet de faire baisser le coût de l'opération mais également d'éviter le risque de décote de la valeur des biens immobilier.

¹⁰⁸⁸ Même si ce dernier a été amendé en 2009 et permet désormais une procédure simplifiée pour les indivisaires qui détiennent au moins les deux tiers des droits indivis : C. civ., art. 815-5-1 issu de l'art. 6, L. n° 2009-526, *op. cit.*

¹⁰⁸⁹ Grâce à une clause d'agrément, il est par ex. possible de prévoir qu'une société civile ait seulement un actionariat familial. Plus difficilement cessibles à des investisseurs extérieurs, les parts sociales voient alors leur valeur marchande diminuer. L'administration permet alors d'en prendre compte dans la limite de 10 à 15 % environ. À noter que cet usage administratif s'opère en dehors de tout texte ou instruction.

¹⁰⁹⁰ L'endettement de la société permet de réduire la valeur de l'actif net pour le calcul des droits.

¹⁰⁹¹ Généralement au moyen d'une donation ou d'un legs.

¹⁰⁹² « (...) la société civile a acquis, avec le temps, une dimension familiale qu'aucune autre forme sociétaire n'a pu atteindre : l'*intuitui familiae* qu'elle promeut se traduit, le plus souvent, statutairement, par l'organisation d'un pouvoir parental fondé sur le démembrement des droits sociaux » : R. GENTILHOMME. « Démembrement de propriété et société civile ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 1997, 300 p., spéc. p. 2.

¹⁰⁹³ SCI dont l'actionariat est familial.

spécificité particulière par rapport à une SCI¹⁰⁹⁴. Il s'agit là de cosmétique juridique.

269. Malgré sa souplesse et les possibilités d'organisation patrimoniale qu'elle offre, la société civile n'est toutefois pas parée de toutes les vertus. D'abord, la forme sociétaire impose le respect de la vie sociale et de toutes les formalités qui vont avec. Ensuite, l'activité de la société doit nécessairement être civile, notamment compte-tenu des incidences fiscales¹⁰⁹⁵. Les activités commerciales posent donc question. Par ailleurs, la structure sociétaire demeure problématique en présence de mineurs. L'idée sociétaire, dans l'optique d'anticiper une transmission, peut sembler intéressante, notamment afin de réduire la base d'imposition¹⁰⁹⁶. Quand bien même les associés d'une société civile sont indéfiniment responsables des dettes sociales, il n'y a pas d'opposition de principe à ce qu'un mineur y entre. Mais dans la mesure où les mineurs n'ont pas, par définition, la capacité juridique, la question de l'intervention du juge des tutelles se pose. Il s'agit en effet d'un acte grave¹⁰⁹⁷.

Alors que la société civile propose une affectation très proche de celle offerte par les sociétés commerciales pour le cantonnement du risque professionnel, les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) apparaissent comme des structures sociétaires très particulières. Ce sont les nouvelles formes d'affectation développées en matière bancaire et financière (2).

¹⁰⁹⁴ Société civile dont l'activité première est immobilière.

¹⁰⁹⁵ Normalement, la société civile est soumise à l'IR. En cas d'activité commerciale, le bénéfice sera imposé à l'IS. Cela n'est pas problématique en tant que tel mais cela peut poser problème si les revenus fonciers deviennent des bénéfices commerciaux. En effet, sous le régime de l'IR, la durée de détention permet d'espérer une exonération des plus-values immobilières (CGI, art. 150 VC). Pour l'IS en revanche, c'est l'inverse. Plus le temps passe, plus le bien est amorti, et lors de la vente, la plus value est taxée à 33 % (CGI, art. 219).

¹⁰⁹⁶ « À l'image de cette machine juridique qu'est la société anonyme, créée pour acquérir la propriété à l'infini, la société civile constitue (...) par sa souplesse, un outil adapté à la gestion et à la transmission du patrimoine » : GENTILHOMME. « Démembrement de propriété et société civile », *op. cit.*, spéc. p. 2.

¹⁰⁹⁷ C. civ., art. 387-1.

2. Les SICAV

270. La gestion d'actif¹⁰⁹⁸ peut être exercée soit « pour compte propre » soit « pour compte de tiers ». Dans le premier cas, l'objectif visé est la maximisation de la valeur des avoirs détenus en propre par une institution ou une entreprise. Ce sont ces dernières qui assument alors directement la gestion de leur portefeuille. Dans le second cas en revanche, l'investisseur, qu'il soit privé ou institutionnel, délègue à un intermédiaire financier¹⁰⁹⁹, la gestion financière des actifs. Cette gestion pour compte de tiers s'articule autour de la gestion de portefeuille ou de la gestion individualisée sous mandat pour le compte de particuliers, d'entreprises ou d'investisseurs institutionnels. Elle peut également s'exercer sous forme de gestion collective par l'intermédiaire d'organismes de placement collectif (OPC). En proposant des parts d'un portefeuille, la gestion collective offre aux porteurs l'accès à des techniques de gestion sophistiquées, une mutualisation du risque et la possibilité d'investir des montants de moindre importance¹¹⁰⁰. Il existe plusieurs types d'OPC en droit français. L'article L214-1 du Code monétaire et financier recense depuis 2013, les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)¹¹⁰¹, les fonds d'investissements alternatifs (FIA) régulés, ainsi qu'une troisième catégorie dit « autres placements collectifs¹¹⁰² ».

271. Si ces mécanismes financiers ne sont pas au cœur de la thématique entrepreneuriale, il est intéressant de noter leur existence ainsi que leur développement. Les rédacteurs du Code civil étaient assez hostiles à la conception

¹⁰⁹⁸ Les textes régissant la gestion d'actifs en France sont principalement issus de la Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JO L 141 du 5.6.2015, p. 73-117) ; du C. mon. fin. (« Livre II : Les produits » : art. L212-1 s.) ; ainsi que du Règlement général de l'AMF (« Livre III : Prestataires » et « Livre IV : Produits d'épargne collective »).

¹⁰⁹⁹ Une société de gestion le plus souvent.

¹¹⁰⁰ Les OCP présentent en effet l'avantage de diversifier les risques liés à l'investissement, ainsi que de rendre moins coûteux (voire simplement possible) l'accès à des marchés financiers. Ils font en outre l'objet d'un contrôle par l'AMF.

¹¹⁰¹ V. Ordonnance n° 2016-312 du 17 mars 2016 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs (JORF n° 0066, 18 mars 2016, texte n° 12), *NOR FCPT1531173R*.

¹¹⁰² C. mon. fin., art. L214-1, 3°.

de propriété collective¹¹⁰³. Ils avaient néanmoins déjà même consacré des formes de propriété partagée, notamment l'indivision¹¹⁰⁴. La gestion de portefeuille de valeurs mobilières se distingue en ce qu'elle permet une gestion individualisée de chaque part sociale, alors même que sa teneur est fluctuante puisque composée de plusieurs éléments qui évoluent dans le temps. Cette complexité explique l'intervention d'une société de gestion pour en assurer la bonne tenue. Parmi tous ces organismes, la SICAV est une société d'investissement qui a pour objet la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières. Elle émet donc des actions au fur et à mesure des demandes de souscription. Sa particularité, par rapport aux autres structures financières collectives, est d'avoir la forme d'une société anonyme. Aussi, en tant qu'actionnaires, les investisseurs disposent d'un droit de vote dans les assemblées générales.

Le régime de la SICAV étant sociétaire, l'analyse juridique de l'affectation se rapproche de celle opérée pour les structures disposant de la personnalité morale. Toutefois, il convient de noter que la limite de l'étanchéité du patrimoine fiduciaire reprend des dispositions similaires à ce qui existait pour la SICAV : « Les créanciers dont le titre résulte de la conservation ou de la gestion des actifs d'un OPCVM n'ont d'action que sur ces actifs¹¹⁰⁵ ». C'est sur ce seul point que, dans l'optique entrepreneuriale, les régimes de la SICAV et de la fiducie peuvent être rapprochés.

Au sein des différents véhicules de l'opération fiduciaire, voire parmi les simples substituts à la fiducie qui ne relèvent pas de l'aliénation fiduciaire, les mécanismes d'affectation de nature philanthropique occupent une place particulière pour l'entrepreneur (B).

¹¹⁰³ Il fait peu de doute, à la lecture de l'article 544 du Code civil, que le droit de propriété est normalement un droit individuel.

¹¹⁰⁴:C. civ., art. 815 s.

¹¹⁰⁵ C. mon. fin., art. L214-6. Cette disposition rappelle fortement l'art. 2025 C. civ. à propos de la fiducie. À noter que ce deuxième alinéa a été modifié par l'Ord. n° 2016-312, *op. cit.* : « Les créanciers du dépositaire ou du tiers auquel la conservation des actifs de l'OPCVM a été déléguée ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances sur les actifs d'un OPCVM conservés par ce dépositaire ou ce tiers ».

B. Les mécanismes de nature philanthropique

272. Au sortir de la loi n° 2007-211, le rapprochement de la fiducie avec des mécanismes philanthropiques ne coule pas de source. En effet, faut-il le rappeler, le législateur a choisi de ne pas consacrer la finalité de libéralité. Sa nullité est d'ordre public¹¹⁰⁶. Toutefois, l'intérêt général fait partie depuis longtemps des domaines d'intervention de l'opération fiduciaire. Sous l'influence de la pratique anglo-américaine, des dispositifs ont été créés en ce sens en droit français (1). Par ailleurs, les mécanismes de nature philanthropique ont également été utilisés à des fins distinctes de la recherche de l'intérêt général (2).

1. L'influence de la pratique anglo-américaine

273. La France n'est culturellement pas un pays de forte tradition philanthropique¹¹⁰⁷. Pourtant, les fondations existent depuis longtemps en droit français¹¹⁰⁸. Après avoir revêtu une importance certaine sous l'Ancien Régime, elles se sont progressivement effacées face à la montée de la puissance centrale étatique napoléonienne. Encore aujourd'hui, compte-tenu de l'importance de l'État-Providence, les structures philanthropiques peinent à exister sans la reconnaissance étatique dont bénéficie la seule fondation d'utilité publique¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁶ C. civ., art. 2013. V. n° 202 s., *supra*. Alors même que le droit québécois la consacre.

¹¹⁰⁷ Pour donner une idée de la pratique des structures philanthropiques en France, une étude évaluait à 2 733 le nombre de fondations et fonds de dotations en 2011. Ce montant a fortement augmenté en 2014 pour atteindre 4 009, mais reste néanmoins considérablement moindre que dans d'autres pays comparables : 50 000 en Suède et 85 000 aux Pays-Bas. Aux États-Unis, les autorités fiscales reconnaissent en 2016 plus d'un million de *public charities* et plus de cent mille *private foundations*. L'écart est d'autant plus frappant que pour ce dernier pays, les *trusts* ne sont pas pris en compte. V. MALAURIE. *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, spéc. n° 334 ; V. TCHERNONOG ; L. DE NERVAUX (dir.). *Les fonds et fondations en France de 2001 à 2014*. Paris : Observatoire de la Fondation de France ; Bureau des associations et fondations du ministère de l'Intérieur, 2014, 40 p.

¹¹⁰⁸ V. not. J. IMBERT. « Aperçu historique sur les fondations en droit français ». In : *Le Droit des fondations en France et à l'étranger*, Paris : La Documentation Française, 1989, p. 21 à 37 ; F. BARRIÈRE. « Charitable trusts anglo-américains et fondations françaises ». In : *Fondation et trust dans la protection du patrimoine en droit français et droit comparé*, Montréal/Paris : L'Harmattan, 1999, p. 89 à 102.

¹¹⁰⁹ V. le Décret du 9 janvier 1969 sur la reconnaissance d'utilité publique à la fondation de France (JO 15 janvier 1969, p. 500) et la Loi n° 96-590 du 2 juillet 1996 relative à la « Fondation du patrimoine » (JORF n° 153, 3 juillet 1996, p. 10002), spéc. art. 9 : « La 'Fondation du patrimoine' peut recevoir, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général à but non lucratif se rattachant à ses missions, l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources qu'elle gère directement sans que soit créée une personne morale nouvelle. Cette affectation peut être dénommée fondation ».

D'ailleurs, les fondations, à l'instar de toutes les structures philanthropiques, ne bénéficient pas d'un corps de règles homogènes¹¹¹⁰, mais seulement de dispositions fragmentaires.

Pour autant, le droit français encadre assez strictement les organismes sans but lucratif (OSBL), même si la situation évolue lentement depuis les années mille neuf cent quatre-vingt-dix. Désormais, il existe six structures principales de philanthropie par lesquelles une personne peut se dessaisir de biens au profit d'une affectation particulière¹¹¹¹. Le mécénat est un domaine où les sociétés sont exclues. Pour autant, hormis la fondation abritée, tous ces OSBL bénéficient de la personnalité morale.

274. Les deux principaux mécanismes d'affectation dont la nature est philanthropique, et donc par définition privée, sont les fondations et les fonds de dotation (FDD)¹¹¹². À l'instar de la fiducie¹¹¹³, les deux mécanismes ont été façonnés par la pratique outre-Atlantique¹¹¹⁴.

Depuis longtemps, la fondation est considérée comme l'une des rares institutions analogues au *trust*. Elle se définit comme « l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et a but

¹¹¹⁰ C'est-à-dire : Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (JO 24 juillet 1987, p. 8255), *NOR ECOX8700093L*, spéc. art. 18 à 18-3 ; Loi n° 2003-709 du 1 août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations (JO n° 0177, 2 août 2003, p. 13277, texte n° 6), *NOR ECOX8700093L*, spéc. art. 4 ; Décret n° 2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du Code civil (JORF n° 110, 12 mai 2007, p. 8689, texte n° 35), *NOR INTA0752062D*, spéc. art. 9. Mais égal. les textes fiscaux (not. l'art. 238 bis, CGI), la jurisprudence, ainsi que les bonnes pratiques du Conseil d'État que sont les statuts types (en part. la reconnaissance d'utilité publique).

¹¹¹¹ Association simplement déclarée ; Association reconnue d'utilité publique (ARUP) ; Fonds de dotation (FDD) ; Fondation d'entreprise (FE) ; Fondation reconnue d'utilité publique (FRUP) ; Fondation abritée (FA).

¹¹¹² Qu'un auteur a qualifié de « révolution » du droit des OSBL : C. AMBLARD. *Fonds de dotation : une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*. Rueil-Malmaison : Lamy, 2010, 264 p. (Axe droit).

¹¹¹³ V. n° 70 s., *supra*.

¹¹¹⁴ V. égal. le droit québécois qui consacre la fondation et la fiducie sous un même Titre 6 : « De certains patrimoines d'affectation ». V. CCQ, art 1256, al. 1 : « La fondation résulte d'un acte par lequel une personne affecte, d'une façon irrévocable, tout ou partie de ses biens à une fin d'utilité sociale ayant un caractère durable ». Par ailleurs, l'art 1257 précise que « Les biens de la fondation constituent soit un patrimoine autonome et distinct de celui du disposant et de toute autre personne, soit le patrimoine d'une personne morale ». *Adde* n. 17 et 231, *supra*.

non lucratif¹¹¹⁵ ». Les avis ayant précédé l'adoption de la loi du 23 juillet 1987 trahissent ce lien de parenté puisque le régime des fondations devait être « la traduction des *charitable trusts*¹¹¹⁶ ». La loi précise encore que la fondation reconnue d'utilité publique (FRUP) ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État accordant la reconnaissance d'utilité publique. Tandis que le Conseil d'État préconisait l'adoption d'une loi sur les fondations comparable à celles qui régissent les associations ou les sociétés¹¹¹⁷, la loi sur le mécénat du 1^{er} août 2003 se limite essentiellement à les soumettre à un statut fiscal identique à celui des associations reconnues d'utilité publique (ARUP).

275. Devant le peu d'enthousiasme provoqué par sa réforme, le législateur est revenu à la charge avec le fonds de dotation créé avec la loi de modernisation de l'économie¹¹¹⁸. Il s'agit d'une personne morale de droit privé, à but non lucratif, qui reçoit et gère les biens et droits qui lui sont apportés à titre gratuit et de manière irrévocable. L'originalité du FDD est de capitaliser les revenus de la dotation et de les utiliser en vue de réaliser une œuvre ou une mission d'intérêt général. Le capital transmis reste en principe intact. Le fonds peut encore redistribuer ces revenus afin d'assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement des missions d'intérêt général dont elle a la charge. Imaginé sur le modèle de l'« *endowment fund*¹¹¹⁹ » de droit américain, le fonds de dotation a pour mission de réorienter les financements privés vers les œuvres et les organismes d'intérêt général¹¹²⁰. Pour ce faire, le fonds dispose d'un champ d'action élargi couvrant les actions d'intérêt général « dans des secteurs aussi divers que le domaine

¹¹¹⁵ Art. 18, al. 1, L. n° 87-571, *op. cit.*

¹¹¹⁶ *Avis de la Commission des affaires culturelles*. Paris : Sénat, 1987, n° 237, p. 26. Adde BARRIÈRE. « Charitable trusts anglo-américains et fondations françaises », *op. cit.*

¹¹¹⁷ *Rendre plus attractif le droit des fondations*. Paris : La Documentation Française, 1997, Les études du Conseil d'État, 279 p.

¹¹¹⁸ L. n° 2008-776, *op. cit.*, art. 140.

¹¹¹⁹ Litt. « Fonds de dotation ». V. Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act 2006, *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.

¹¹²⁰ C. BERGEAL. *Fonds de dotation*. Paris : Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Direction des affaires juridiques, décembre 2010, Numéro spécial, *Courr. jurid. financ. ind.* ISSN 1621-0263, 124 p.

philanthropique, culturel, artistique, humanitaire, scientifique, social, environnemental ou éducatif¹¹²¹ ».

Les fondations et les fonds de dotations sont des affectations¹¹²² irrévocables et à vocation perpétuelle, avec pour mission l'intérêt général et un but non lucratif. Ces caractéristiques expliquent que le dispositif soit dispensé de la désignation d'un bénéficiaire. Pour autant, la satisfaction de contribuer à l'intérêt général n'est pas sans avantage pécuniaire pour l'entrepreneur qui se dépouille (2).

2. La pérennisation familiale au travers de l'affectation philanthropique

276. Au-delà du seul objet philanthropique, et à l'instar du *trust*¹¹²³, les mécanismes philanthropiques permettent également de préserver tout ou partie d'un patrimoine familial dans un cadre porteur de sens et fiscalement très incitatif.

C'est le cas de la « fondation familiale ». Cette notion n'existe pas en tant que telle en droit. Il s'agit d'une situation de fait. Généralement, elle se comprend de la situation dans laquelle la dotation ou le financement d'un OSBL¹¹²⁴ est prélevé sur le patrimoine d'une famille fondatrice. Le conseil d'administration de la fondation ne sera alors que l'émanation de la volonté familiale et assurera, au travers d'un collège des fondateurs, une primauté aux membres de ladite famille puis à leurs descendants. Chaque fondation familiale sera alors propre à la famille, à ses objectifs¹¹²⁵, à ses contraintes¹¹²⁶ et à ses capacités¹¹²⁷.

¹¹²¹ *Ibid.*, spéc. p. 6

¹¹²² Certains auteurs considèrent même que l'idée d'affectation, en tant que détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé, peut être confondue avec la notion de fondation tant elle y est liée : V. GUEDJ. « Essai sur le régime juridique des fondations ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 1999, 545 p., spéc. n° 8. Il est vrai que le caractère noble de la recherche de l'intérêt public semble justifier, depuis longtemps, la vocation perpétuelle de l'affectation autrement prohibée.

¹¹²³ V. n° 335 s., *infra*.

¹¹²⁴ Généralement une fondation reconnue d'utilité publique, une fondation sous égide ou un fonds de dotation.

¹¹²⁵ Par ex. sur le plan fiscal. Ainsi, en vertu de l'art. 885-0 V bis A du CGI, les redevables de l'ISF peuvent imputer, sur le montant de leur cotisation d'ISF, 75 % du montant des dons effectués au profit de certains organismes d'intérêt général comme la FRUP et la FSE. Ce n'est pas le cas pour un fonds de dotation.

¹¹²⁶ Les délais constitutifs sont ainsi assez variables. Entre six et vingt-quatre mois pour la FRUP, mais

277. Mais les mécanismes philanthropiques peuvent également servir de moyen spécifique de pérennisation de l'entreprise. C'est le cas bien connu, mais finalement peu médiatisé, de la fondation Pierre Fabre. Sans postérité, l'entrepreneur a progressivement transmis les parts sociales de son groupe à la fondation reconnue d'utilité publique dudit groupe. En tant que fondation reconnue d'utilité publique, celle-ci ne peut pas détenir directement les actions du groupe Pierre Fabre et en assurer la gestion opérationnelle. La détention s'opère donc au travers d'une société, la holding Pierre Fabre Participations, qui est chargée d'assurer la pérennité de toutes les activités du groupe¹¹²⁸. Cette démarche originale présente deux intérêts. Pour l'entreprise, le capital est protégé et pérennisé, sans risque de prédation financière ou de succession aléatoire. Pour la fondation, c'est la garantie de fonctionner avec des revenus réguliers¹¹²⁹. De la même manière, il convient de noter le développement des pratiques liant entreprises et philanthropie aux États-Unis, en particulier dans le secteur des hautes technologies¹¹³⁰.

Au-delà du seul cantonnement du risque professionnel, le droit français propose donc de nombreuses structures d'ingénierie organisationnelle. La personnalité morale demeure un support important d'opérations conclues, dans

seulement un mois à partir de la date de déclaration en préfecture pour le FDD et maximum cinq mois à compter de la déclaration en préfecture pour la FE.

¹¹²⁷ Initialement, le régime du FDD ne prévoyait pas de dotation minimale : art. 140, III, al. 2, L. n° 2008-776, *op. cit.* Depuis 2015, un apport minimum de quinze mille euros en numéraire est obligatoire : Décret n° 2015-49 du 22 janvier 2015 relatif aux fonds de dotation (JORF n° 0020, 24 janvier 2015, p. 1073, texte n° 24), *NOR EINM1424867D*. Pour la FE, ce n'est plus obligatoire depuis le 5 janvier 2002. En revanche, le montant du programme d'action pluriannuel doit atteindre au moins cent cinquante mille euros : art. 19 et 19-7, L. n° 87-571, *op. cit.* ; art. 7, Décret n° 91-1005 du 30 septembre 1991 pris pour l'application de la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat relatives aux fondations (JORF n° 230, 2 octobre 1991, p. 12836), *NOR INTA9100400D*. Pour la FRUP, il n'y a pas non plus d'obligation légale mais, en pratique, il faut au moins entre huit cent mille et un million d'euros.

¹¹²⁸ V. spéc. F. PERROTIN. « Un outil méconnu, la fondation actionnaire ». *LPA*, 28 octobre 2013, n° 215, p. 4.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ C'est l'exemple de Mark Zuckerberg. Engagé à verser 99 % de sa fortune à la Chan Zuckerberg Initiative, le PDG de Facebook ne souhaite pour autant pas céder le contrôle de son entreprise. En l'espèce, la seule ingénierie sociétaire a suffi à solutionner le problème. À l'instar de la politique menée par Google au début des années deux mille, il a été possible de structurer la société autour de trois catégories d'actions. La première catégorie n'est pas cotée mais dispose de plusieurs droits de votes. La deuxième correspond aux actions normalement cotées sur les marchés financiers. La troisième catégorie, nouvellement créée, ne dispose d'aucun droit de vote. C'est cette dernière catégorie d'actions qui sert à alimenter l'actionnariat salarié ou encore la politique de fusions-acquisitions (M&A). La société organise alors l'échange d'actions sans droit de vote contre des actions cotées. Il en résulte que la transmission des parts sociales à la fondation (comme l'engagement le prévoit) n'impacte pas le contrôle de la société par son fondateur.

d'autres juridictions, au travers de la fiducie. Cela explique sans doute les plus grand développement de l'ingénierie patrimoniale, comme en droit allemand par exemple. Mais le droit français connaît également des structures dépourvues de personnalité juridique (§2).

§2. Les structures dépourvues de personnalité juridique

278. Les structures dépourvues de personnalité juridique sont généralement des instruments financiers. La loi ne propose pas véritablement de définition de cette notion sinon pour préciser qu'il s'agit à la fois de titres financiers et de contrats financiers¹¹³¹. L'expression « titres financiers », apparue dans la loi à l'occasion de la réforme de 2009¹¹³², s'entend des titres de capital, des titres de créances et des parts ou actions d'organismes de placement collectif.

Ces différents instruments, comme les fonds communs (A), ont été créés dans le cadre bancaire et financier. Au contraire, l'assurance-vie est un mécanisme civil qui s'est progressivement mué en instrument financier (B).

A. Les fonds communs

279. Les fonds communs se distinguent des structures sociétaires comme les SICAV par le fait qu'ils ne disposent pas de la personnalité morale¹¹³³. Mais dans les deux cas, ce sont avant tout des copropriétés de valeurs mobilières. Ils partagent avec la fiducie nommée le fait d'être des universalités dont la gestion est assurée par une personne au profit de bénéficiaires.

¹¹³¹ C. mon. fin., art. L211-1.

¹¹³² La notion d'« offre public de titre financiers », d'origine européenne, a remplacé la notion française d'« appel public à l'épargne » suite à l'Ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière (JO n° 0019, 23 janvier 2009, p. 1431, texte n° 14).

¹¹³³ Les différences entre un FCP et une SICAV ne s'arrêtent pas là. Les deux structures se distinguent quant à la valeur minimale des actifs réunis au moment de leur création (trois cent quatre-vingt mille euros c/ huit millions d'euros) ou encore quant à l'obligation de publication du résultat qui ne pèse que sur les SICAV.

Conçus par une loi du 13 juillet 1979¹¹³⁴, puis règlementés par la loi du 23 décembre 1988¹¹³⁵ et des textes subséquents¹¹³⁶, les fonds communs s'articulent entre deux variétés : celle des FCP, fonds communs de placement (1), et celle des FCT, fonds communs de titrisation (2).

1. Les fonds communs de placement

280. À l'image de celle de la fiducie nommée, la nature des fonds commun de placement demeure sujette à interrogation. Ce sont des instruments financiers qui émettent des parts. Ils demeurent une copropriété juridique exorbitante du droit commun et ne sont ainsi pas soumis au régime de l'indivision. Ils ne disposent pas non plus de la personnalité morale. Par conséquent, ils ne sont pas soumis au droit des sociétés. Pourtant, le FCP dispose d'un patrimoine propre, qui se distingue de ceux de la société de gestion à sa tête, mais également de ceux des porteurs de parts. Généralement, la doctrine considère qu'il s'agit d'un patrimoine d'affectation¹¹³⁷.

S'il est difficile d'assimiler entièrement la constitution d'un FCP à une opération fiduciaire, ce dernier partage tout de même plusieurs traits avec le

¹¹³⁴ Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier (JO 14 juillet 1979, p. 1836), *abrogée*.

¹¹³⁵ Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances (JORF 31 décembre 1988, p. 16736), *NOR ECOX8800123L*.

¹¹³⁶ V. Directive 2009/65/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JO L 302, 17.11.2009, p. 32) ; Décret n° 2011-922 du 1er août 2011 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs (JORF n° 0178, 3 août 2011, p. 13261, texte n° 28) ; Ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs (JORF n° 0177, 2 août 2011, p. 13106, texte n° 5) ; Directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions-Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (JO L 257, 28.8.2014, p. 186 à 213) ; Ord. n° 2016-312, *op. cit.*

¹¹³⁷ « Le FCP est une universalité structurée sous forme de patrimoine d'affectation porté par les souscripteurs de parts. Ce patrimoine est géré exclusivement par la société de gestion, qui exerce tous les pouvoirs attachés aux instruments financiers détenus par le fonds » : M. STORCK. « De la nature juridique des fonds communs de placement ». In : *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz, LGDJ, 2009, p. 511.

patrimoine fiduciaire : en particulier le caractère contractuel¹¹³⁸ et l'existence d'une universalité. Comme la fiducie, le FCP est une universalité de droit en vertu de laquelle l'actif doit répondre du passif. Cependant, dans le cas du fonds commun, les valeurs mobilières qui constituent le contenu du réceptacle sont plus volatiles. Elles ont, par nature, vocation à voir leur valeur fluctuer rapidement. Ce n'est pas nécessairement le cas des éléments constitutifs du patrimoine fiduciaire qui ne sont pas forcément des valeurs mobilières placées sur un marché.

De plus, la société gestionnaire du fonds conduit sa mission au profit d'autres personnes. Ces bénéficiaires sont les titulaires de parts. En revanche, le fonds n'entre pas dans le gage général des créanciers des porteurs de parts puisque ceux-ci n'ont aucun pouvoir de décision sur le fonds. C'est en effet à la société de gestion qu'il appartient d'exercer les droits attachés aux titres gérés.

La deuxième variété de fonds communs, les FCT, ne se distingue que légèrement des fonds communs de placement (2).

2. Les fonds communs de titrisation

281. Les fonds commun de titrisation¹¹³⁹ sont calqués sur les fonds commun de placement. Ils ont été introduits en droit français par la loi du 23 décembre 1988. À l'image des FCP, ce sont également des copropriétés de valeurs mobilières. Le fonds est le réceptacle des créances cédées par un établissement de crédit qui procède à une opération de titrisation¹¹⁴⁰. Également connus sous le terme de *Special purpose vehicle* (SPV), ils proposent une affectation de patrimoine à visée financière. À ce titre, ils ne concernent que très peu la thématique de l'entrepreneuriat¹¹⁴¹.

¹¹³⁸ Le support contractuel est l'élément de base de nombreuses « fiducies innommées » en droit français : BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, spéc. n° 461 s. et n. 1530.

¹¹³⁹ Anc. Fonds commun de créance (FCC) : Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers (JO n° 7, 9 janvier 2009, p. 570).

¹¹⁴⁰ « Nom donné dans la pratique financière à la transformation, en titres négociables, de créances (de prêt) détenues par un établissement de crédit (...), opération réalisée par la cession de ces créances à un fonds commun, créée *ad hoc* pour les acquérir, moyennant l'émission de parts représentatives (des créances) lesquelles sont offertes aux investisseurs sur les marchés financiers » : V° Titrisation, CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.*

¹¹⁴¹ V. en part. BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.*, spéc. n° 270 s. ; L. PAPAÏS. « Titrisation et fiducie ». Thèse de doctorat. Toulouse : Université Toulouse 1 Capitole, 2012, 687 p., spéc. n° 89 s.

À la différence des fonds communs, tant de placement que de titrisation, l'assurance-vie est un mécanisme d'origine civile. Ce n'est que progressivement qu'elle va devenir un outil patrimonial et financier majeur (B).

B. L'assurance-vie

282. L'assurance-vie est un mécanisme de dévolution patrimoniale qui rappelle la fiducie sur deux points : une universalité affectée, et la vocation dévolutive au profit d'un tiers. D'origine civile, le contrat d'assurance-vie s'est progressivement transformé en un produit d'épargne (1). Grâce à des particularités dérogatoires au droit commun, l'assurance-vie demeure aujourd'hui très appréciée du grand public, y compris des entrepreneurs qui y ont recours dans le cadre de la gestion de leur patrimoine, pour des raisons tant civiles que fiscales (2).

1. L'évolution de l'assurance-vie

283. Véritablement établie en France au milieu du XIX^{ème} siècle¹¹⁴², l'assurance-vie est une création de la pratique. Elle se caractérise donc par une certaine flexibilité, dont sont toujours friands les professionnels. Traditionnellement, l'assurance-vie est seulement un instrument de prévoyance à l'encontre du risque de mort, dans lequel l'assuré s'appauvrit de primes, qu'il paye au profit final d'un

¹¹⁴² En raison du caractère sensible du risque garanti (la personne humaine), la validité de l'assurance sur la vie a été longtemps discutée. L'ordonnance sur la Marine promulguée au mois d'août de 1681 interdisait ainsi toute assurance sur la vie des personnes : Ordonnance du 31 juillet 1681 de la Marine relative à la police des ports, côtes et rivages de la mer (Ord. 1681-08-00 Recueil Isambert, t. XIX p. 283). V. not. J. CHADELAT. « Histoire de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681 ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris, 1951, 265 p. Par un Édît du 3 novembre 1787, le roi autorise néanmoins la Compagnie royale d'assurances générales à la pratiquer (Arrêt du Conseil qui autorise une Compagnie d'assurance sur la vie, et contre l'incendie, *Versailles, 3 novembre 1787*). Un Décret du 24 août 1793 l'interdit de nouveau (Décret du 24 août 1793 qui supprime la caisse d'escompte et différentes autres associations, *L. 15, 523 ; B. 33, 226*). V. J.-B. DUVERGIER, I. PLAISANT. *Pasinomie, ou Collection complète des lois, décrets, arrêtés et règlements généraux qui peuvent être invoqués en Belgique*. Bruxelles : Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1834, 714 p., Vol. 5, spéc. p. 403). Les rédacteurs du Code civil n'en ont même pas fait mention. Ce n'est qu'avec un Avis du Conseil d'État du 23 mars 1818, mettant en avant le sentiment généreux et bienveillant de celui qui veut souscrire une assurance en cas de décès, que l'assurance-vie est définitivement admise et reconnue en droit français. Les textes qui lui sont consacrés feront l'objet d'une codification aux articles L132-1 s. du Code des assurances : Décret n° 76-666 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances (Première partie : Législative) (JO 21 juillet 1976, p. 4341). V. not. J. KULLMAN. « Assurance de personnes (Vie - Prévoyance) ». *Rép. civ. Dalloz*, avril 2015, n° 2 ; LARROUMET et MONDOLONI. « Stipulation pour autrui », *op. cit.*, n° 7 ; C. HABERT. « La prévoyance en assurance vie ». Thèse de doctorat. Orléans : Université d'Orléans, 2005, 521 p., spéc. n° 125 s.

bénéficiaire. Ce dernier s'enrichit du capital qu'il recevra de la part de la compagnie d'assurance. Le gratifié reçoit ainsi des éléments d'actifs qui n'ont jamais fait partie du patrimoine de l'assuré¹¹⁴³.

Mais dans une acception plus contemporaine, l'assurance-vie s'entend également d'un contrat permettant la constitution d'une épargne et de l'assurance corrélative du versement d'un capital à un tiers désigné. En contrepartie du paiement d'une ou de plusieurs primes ou cotisations par le souscripteur, l'assureur s'engage à verser un capital ou une rente à une personne déterminée. L'élément déclencheur du paiement peut être le décès du souscripteur ou d'un tiers, comme l'arrivée du terme du contrat en cas de vie. La pratique la plus récente de l'assurance-vie en a ainsi fait une véritable opération de placement.

284. Qu'il s'agisse de l'assurance sur la vie ou de l'assurance décès¹¹⁴⁴, le caractère quasi-fiduciaire du mécanisme s'illustre sur deux points¹¹⁴⁵.

Le premier est que l'assurance-vie, à l'instar de la fiducie, est une opération à trois personnes, ou plus exactement à trois fonctions¹¹⁴⁶. L'assurance-vie s'articule autour d'une relation triangulaire entre le souscripteur, l'assureur et le bénéficiaire. De ce fait, l'assurance-vie a été assimilée à une stipulation pour autrui tant dans la loi¹¹⁴⁷ que par la jurisprudence¹¹⁴⁸. Sur le plan civil, à l'instar de toutes les

¹¹⁴³ V. not. MALAURIE. *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, n° 418, p. 224-225.

¹¹⁴⁴ L'assurance-vie, dans son acception générale, peut prendre trois formes. 1°) Assurance en cas de vie, qui assure un capital ou une rente viagère versé à la fin du contrat ; 2°) Assurance en cas de décès, qui prévoit au moment du décès de l'assuré, un capital ou une rente au bénéficiaire désigné (de manière temporaire, pour la vie entière, ou alors seulement pour financer les obsèques) ; 3°) Assurance-mixte, selon laquelle un capital ou une rente est versé à l'assuré en cas de vie et à un bénéficiaire désigné en cas de décès avant une date prévue.

¹¹⁴⁵ CÉNAC et CASTÉLAN. « La fiducie avant la fiducie », *op. cit.*, n° 7 s.

¹¹⁴⁶ Il est même possible d'y voir quatre fonctions : souscripteur, assuré, assureur, bénéficiaire (voire une cinquième : le courtier). Compte-tenu de la possibilité pour le souscripteur d'être également bénéficiaire en cas d'assurance sur la vie, seules trois personnes sont nécessaires à sa validité. Sur la fiducie, v. n° 137 s., *supra*.

¹¹⁴⁷ « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter » : C. civ., art. 1121 issu de la L. 1804-02-07, *op. cit.*

¹¹⁴⁸ « C'est l'assurance sur la vie qui, à la fin du XIX^{ème} siècle, a permis à la stipulation pour autrui d'acquérir droit de cité dans notre système juridique à titre d'institution autonome. Sans le développement de l'assurance sur la vie et la nécessité de protéger le droit du bénéficiaire, on n'aurait pas pu, au moins dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, justifier la stipulation pour autrui à titre d'institution autonome dans notre droit. Les deux institutions sont si intimement mêlées qu'on peut se demander quelle est celle

stipulations pour autrui, elle constitue un acte neutre qui n'emporte pas donation indirecte tant que le souscripteur ne présente pas d'intention libérale¹¹⁴⁹. Le contrat est valable avant même l'acceptation du bénéficiaire et devient irrévocable à la suite de l'acceptation de ce dernier¹¹⁵⁰. Aussi, lorsque le capital ne fait pas l'objet d'une donation, il est sujet aux dispositions du droit des successions. Paradoxalement, sur le plan de la transmission, l'assurance-vie surpasse le régime de la fiducie nommée puisque l'intention libérale rend nulle cette dernière¹¹⁵¹.

Le second aspect fiduciaire correspond au sort du capital assuré. Celui-ci constitue une sorte de patrimoine affecté, dans la mesure où il ne fait pas partie du patrimoine du souscripteur. En revanche, les primes versées sont définitivement acquises à l'assureur et le bénéficiaire désigné dispose d'un droit de créance « propre, direct et rétroactif contre l'assureur¹¹⁵² ».

Ces différentes caractéristiques, qui nourrissent l'intense pratique contemporaine de l'assurance-vie, renseignent également sur les atouts dont la fiducie nommée pourrait être dotée (2).

2. La pratique de l'assurance-vie

285. Du point de vue de l'entrepreneur, les avantages de l'assurance-vie sont multiples.

En principe, la valeur de rachat du contrat est ainsi insaisissable par les créanciers du souscripteur¹¹⁵³. Cette protection a été affirmée de nombreuses fois

qui a permis de justifier l'autre. Tout le monde est d'accord aujourd'hui pour affirmer que le droit du bénéficiaire contre le promettant est un droit qui résulte du contrat conclu entre le promettant et le stipulant. C'est cela qui importe, et c'est grâce à l'apparition d'une opération comme l'assurance sur la vie et des nécessités qu'elle entraînait qu'on a pu en arriver là » : LARROUMET et MONDOLONI. « Stipulation pour autrui », *op. cit.*, n° 8.

¹¹⁴⁹ C'est-à-dire la volonté de se dépouiller de manière irrévocable au profit du bénéficiaire. À l'égard de l'administration fiscale, l'assurance-vie est alors soumise aux droits de mutation à titre gratuit.

¹¹⁵⁰ Cette disposition d'ordre public est prévue à l'art. L132-9, I, C. assur. Elle rappelle l'art. 2028, al. 1, concernant la fiducie nommée. V. n° 181, *supra*.

¹¹⁵¹ C. civ., art. 2013.

¹¹⁵² CÉNAC et CASTÉLAN. « La fiducie avant la fiducie », *op. cit.*, n° 11. V. égal. Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1956, D. 1956. 749, n. Radouant.

¹¹⁵³ « Sous réserve des dispositions des articles L263-0 A et L273 A du Livre des procédures fiscales, de l'article L1617-5 du Code général des collectivités territoriales et du II de l'article 128 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant. Ces derniers ont

par la Cour de cassation¹¹⁵⁴. Le souscripteur se retrouve nanti d'un droit personnel lui permettant de procéder à un rachat. Ce n'est qu'à compter de l'exercice de l'option du souscripteur que la créance naît à son profit, et que celle-ci est susceptible d'être saisie par ses créanciers. De même, grâce à la qualification de stipulation pour autrui, le capital ne fait pas partie, en tant que tel, de la succession. En vertu du droit des successions, il n'est donc pas soumis aux règles du rapport¹¹⁵⁵ et/ou de la réduction pour atteinte à la réserve¹¹⁵⁶. À ce titre, l'assurance-vie est l'un des mécanismes permettant de contourner le principe d'égalité entre les héritiers¹¹⁵⁷.

Deuxième effet positif pour les personnes concernées, l'assurance-vie bénéficie d'une fiscalité avantageuse dans la mesure où les sommes versées par l'assureur ne sont pas assujetties aux droits de succession¹¹⁵⁸. L'assurance-vie

seulement droit au remboursement des primes, dans le cas indiqué par l'article L132-13, deuxième alinéa, en vertu soit de l'article 1167 du Code civil, soit des articles L621-107 et L621-108 du Code de commerce » : art. L132-14 C. assur. mod. par la Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (JO n° 284, 7 décembre 2013, p. 19941, texte n° 4), art. 45 (V).

¹¹⁵⁴ « Il résulte des articles L132-8, L132-9, L132-12 et L132-14 du Code des assurances que, tant que le contrat n'est pas dénoué, le souscripteur est seulement investi, sauf acceptation du bénéficiaire désigné, du droit de désigner ou modifier le bénéficiaire de la prestation. Dès lors, nul créancier du souscripteur n'est en droit de se faire attribuer ce que ce dernier ne peut recevoir (...) » : Cass. civ. 1ère, 28 avril 1998, n° 96-10.333, Bull. civ. 1998, I, n° 153, p. 101 ; Rép. Defrénois 1998, art. 36837, n. S. Hovasse-Banguet ; JCP G 1998, II, 1012, n. J. Bigot ; RTD com. 1998, p. 113, n. S. Rezel ; BGFE 3/98, p. 6, comm. R. Beauvais Plus réc., dans le même sens, Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2014, n° 13-18.583.

¹¹⁵⁵ C. civ., art. 843 s.

¹¹⁵⁶ C. civ., art. 918 s. Toutefois, une donation n'échappe aux règles du rapport et de la réduction que si les primes ne sont pas « manifestement exagérées ». V. Cass., ch. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 5, 6, 7 et 8 ; BICC n° 613, p. 17, rapport de Mme Crédeville et avis de M. de Goutte. Toute la question pour l'entrepreneur se résume alors à la détermination de ce qui est manifestement exagéré, sachant que cela s'apprécie au regard des facultés du souscripteur au moment du versement et surtout de l'utilité de l'opération. V. une décision ayant débouté un fils souhaitant récupérer une partie des primes d'assurance-vie versées par sa mère alors que les versements mensuels représentaient 85 % des revenus de celle-ci (850 euros de primes pour 1 000 euros de revenus) : Cass. civ. 2ème, 6 février 2014, n° 13-11.331, Bull. 2014, II, n° 36.

¹¹⁵⁷ Par rapport à la fiducie, v. n° 83 s., *supra*.

¹¹⁵⁸ Sous réserve des articles 757 B et 990 I, CGI. Cet avantage est moins flagrant aujourd'hui qu'auparavant car il convient désormais de distinguer selon que les contrats ont été conclus avant ou après le 20 novembre 1991, mais également selon que le versement des primes a eu lieu avant ou après le 13 octobre 1998. Les contrats souscrits avant le 20 novembre 1991 bénéficient d'une exonération fiscale complète pour les primes versées avant le 13 octobre 1998. Pour les primes postérieures, il existe un abattement de 152 500 euros au-delà duquel les prélèvements sont de 20 % jusqu'à 700 000 euros, puis de 31,25 % au-dessus. Pour les contrats conclus après le 20 novembre 1991, il convient en plus de distinguer selon que l'assuré a versé les primes avant ou après ses soixante-dix ans. Dans le premier cas, la taxation et l'abattement prévus par l'article 990 I ne s'appliquent que pour les primes versées après le 13 octobre 1998. Dans le second cas, des droits de succession sont dus selon le degré de parenté entre le

confère ainsi des avantages non-négligeables pour les personnes physiques. Néanmoins, ces avantages ne sont pas sans connaître certaines limites. Au contraire de la fiducie nommée, l'assurance-vie dispose d'une assiette limitée aux sommes d'argent voire, d'une manière plus générale, aux valeurs mobilières et titres assimilés dans le cas d'un contrat en unité de compte¹¹⁵⁹. Par conséquent, l'affectation qu'elle emporte demeure limitée quant à son ampleur.

Ancienne, c'est au cours du XX^{ème} siècle que l'assurance-vie est devenue un instrument financier particulièrement puissant pour la gestion de patrimoine. D'ailleurs, une partie de la doctrine dénonce depuis les années mille neuf cent quatre-vingt-dix, ces « pseudo-assurances-vies¹¹⁶⁰ ». Elles ne seraient que de vulgaires fiducies innommées, dont l'attrait véritable ne reposerait pas sur la finalité de gestion mais sur des considérations purement fiscales. Il est vrai que l'objet de l'assurance-vie est tellement spécifique qu'il ne peut masquer les insuffisances civiles du dispositif au regard de la souplesse d'une fiducie nommée.

En revanche, l'assurance-vie peut être combinée avec d'autres mécanismes afin de renforcer son caractère fiduciaire. Ce sera particulièrement patent

défunt et le bénéficiaire sur la fraction des primes excédant 30 500 euros. Néanmoins, il faut noter que le Gouvernement a renoncé à la doctrine Bacquet : Rép. min. n° 26231, dite « Bacquet » (JO 29 juin 2010, p. 7283). Désormais, « afin de garantir la neutralité fiscale pour l'ensemble des héritiers lors du décès du premier époux, il est admis, pour les successions ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2016, qu'au plan fiscal la valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie souscrit avec des fonds communs et non dénoué à la date du décès de l'époux bénéficiaire de ce contrat, ne soit pas intégrée à l'actif de la communauté conjugale lors de sa liquidation, et ne constitue donc pas un élément de l'actif successoral pour le calcul des droits de mutation dus par les héritiers de l'époux prédécédé. (...) La position exprimée dans la réponse ministérielle n° 26231 dite « Bacquet » du 29 juin 2010 est donc rapportée pour les successions ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2016 » : Rép. min. n° 78192 (JOAN 23 février 2016, p. 1648).

¹¹⁵⁹ C. assur., art. L131-1, al. 2 : « En matière d'assurance sur la vie ou d'opération de capitalisation, le capital ou la rente garantis peuvent être exprimés en unités de compte constituées de valeurs mobilières ou d'actifs offrant une protection suffisante de l'épargne investie et figurant sur une liste dressée par décret en Conseil d'État ». Ladite liste a été dressée à l'art. R131-1 : « Les unités de comptes visées à l'article L131-1 sont : 1°) Les actifs énumérés aux 1°, 2°, 2° bis, 2° ter, 3°, 4°, 5° et 8° de l'article R332-2 ; 2°) Dans les conditions fixées aux articles R131-2 à R131-4, les parts ou actions visées au 9° bis de l'article R332-2 ; 3°) Les parts visées au 7° de l'article R332-2 et les actions de sociétés commerciales mentionnées au 6° de l'article R332-2 ; 4°) Les parts ou actions mentionnées au 7° ter de l'article R332-2 ; 5°) Les parts ou actions mentionnées au 7° quater de l'article R332-2 ; 6°) Dans des conditions fixées aux articles R131-5 et R131-6, les parts ou actions mentionnées au 9° ter de l'article R332-2 ; 7°) Dans des conditions fixées aux articles R131-5 et R131-6, les parts ou actions mentionnées au 9° sexies de l'article R332-2 ».

¹¹⁶⁰ M. GRIMALDI. « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille ». *Rép. Defrénois*, 15 juin 1994, n° 11, 35841, p. 737 à 756, spéc. p. 756.

lorsqu'elle est associée à une société civile¹¹⁶¹ ou lorsqu'un démembrement de la clause bénéficiaire de l'assurance-vie est opéré¹¹⁶².

¹¹⁶¹ L'entrepreneur peut ainsi créer une société civile dont il donne toutes les parts (sauf une) en nue-propriété et en réserve l'usufruit à la personne à protéger. Parallèlement, il souscrit un contrat d'assurance-vie au profit de la société civile. Il est nommé gérant de la société civile et disposera à ce titre de l'ensemble des pouvoirs de gestion. Ce faisant, il évite l'intervention du juge des tutelles dans la gestion des capitaux de la société. Les statuts peuvent prévoir la nomination d'un gérant successif en cas de décès. Au décès de l'assuré, l'assurance-vie se dénoue au profit de la société civile qui bénéficie de l'ensemble des capitaux décès. L'usufruit des parts s'éteindra et rejoindra la nue-propriété donnée à l'enfant (en tant que personne protégée). Grâce à ce mécanisme, « le gérant peut organiser la gestion des capitaux de la société pour faire fructifier le patrimoine de cette dernière afin de verser un dividende à la personne vulnérable pour assurer son train de vie. Le tuteur disposera du droit de vote sur les parts de société, mais la gestion de capitaux sera réservée au gérant ». Pour d'autres exemples de schémas visant la protection des personnes vulnérables, v. not. L. GUILMOIS. « L'assurance-vie au service du droit de la famille ». *JCP N*, 2 mai 2014, n° 18, 1177, spéc. n° 23 s.

¹¹⁶² Le conjoint de l'entrepreneur bénéficie d'un quasi-usufruit en vertu de l'art. 587 du Code civil. Au dénouement de l'assurance-vie, une convention de quasi-usufruit détermine le mode de gestion et de restitution des capitaux démembrés. Elle permet au conjoint survivant de « librement user et profiter des capitaux décès pour la pleine propriété sans aucune obligation d'emploi, à charge de les restituer ou de restituer l'équivalent à son décès » : *ibid.*, n° 60 s.

286. Le droit français propose à l'entrepreneur, un certain nombre de mécanismes lui permettant d'affecter la propriété. L'intensité de cette affectation est propre à chacun des mécanismes¹¹⁶³. Lorsque l'affectation porte sur un ou des biens déterminés, la doctrine parle plus volontiers de division de patrimoine. Lorsque l'affectation porte sur un patrimoine ou une universalité¹¹⁶⁴, la notion de patrimoine affecté peut sans conteste être avancée¹¹⁶⁵. C'est à cette dernière catégorie qu'appartient le patrimoine fiduciaire en droit français.

Toutefois, l'opération fiduciaire ne consiste pas seulement en la création d'un patrimoine affecté. Si tel était le cas, l'analyse se limiterait au degré d'intensité de l'affectation, c'est-à-dire à son niveau de perméabilité. L'opération fiduciaire est double et se caractérise également par la mise ne place d'une forme de rétention. De la même manière, le droit français connaissait bien avant la fiducie, des mécanismes emportant la rétention, tant de la propriété, que du contrôle exercé sur des éléments patrimoniaux (Chapitre 2).

¹¹⁶³ V. GUINCHARD. *L'affectation des biens*, op. cit., spéc. n° 216 s.

¹¹⁶⁴ En particulier au travers de la personnalité morale.

¹¹⁶⁵ Sur la distinction entre patrimoine affecté et patrimoine d'affectation, v. n° 39 s., *supra*.

Chapitre 2. La rétention au service de l'entrepreneur

287. Traditionnellement, la notion de rétention s'entend de la seule faculté accordée par la loi à certains créanciers, de conserver jusqu'à leur désintéressement total, un bien meuble qui leur a été remis dans l'attente de l'exécution d'une prestation¹¹⁶⁶. C'est le privilège de rétention qui est prévu à l'article 2286 du Code civil¹¹⁶⁷. Mais la rétention peut également se comprendre, comme ce sera le cas dans cette étude, dans une acception plus large. Il s'agira alors de désigner la faculté que l'entrepreneur acquiert, par la loi ou par contrat, de continuer à exercer une forme de contrôle ou d'influence sur ses biens. À la différence des mécanismes d'affectation qui se définissaient en opposition à la théorie du patrimoine et au gage des créanciers¹¹⁶⁸, les mécanismes de rétention se distinguent par la subsistance de la volonté ou de l'intérêt de la personne qui en est à l'origine malgré un dessaisissement¹¹⁶⁹. La rétention n'est pas de même nature selon que l'entrepreneur dispose d'un droit réel malgré un transfert de propriété, ou qu'il retient voire contrôle le bras d'une personne chargée d'administrer ses biens.

Ainsi comprise, la rétention constitue soit une modalité d'anticipation pour l'entrepreneur (Section 1), soit éventuellement, une modalité du crédit (Section 2).

Section 1. La rétention comme modalité d'anticipation

288. Au début de XXI^{ème} siècle, le législateur français s'est montré particulièrement inspiré en s'attaquant à plusieurs difficultés posées à l'entrepreneur. Les questions les plus importantes, quant à l'organisation du patrimoine, suivent les risques de la vie. Il s'agit essentiellement de la survenance

¹¹⁶⁶ Un droit de rétention est ainsi attribué par le Code civil à l'ouvrier (art. 571) ou au dépositaire (art. 1948).

¹¹⁶⁷ Ord. n° 2006-346, *op. cit.*, art. 2 et 3.

¹¹⁶⁸ V. n° 241 s., *supra*.

¹¹⁶⁹ Alors que les mécanismes d'affectation basés sur la forme sociétaire voient par exemple l'apparition d'un intérêt nouveau : l'intérêt social.

d'une situation d'incapacité, d'une séparation ou d'un décès, ou encore de l'anticipation de la transmission à titre gratuit. Aussi, différents mécanismes spéciaux relatifs aux personnes, mais également aux successions et libéralités, ont été introduits¹¹⁷⁰. Toutes ces nouveautés ont en commun d'organiser une forme de rétention de la part de l'entrepreneur. Cette rétention s'exprime au travers de la volonté individuelle de l'entrepreneur qui subsistera au-delà de son éventuel dessaisissement ou de son dépouillement à titre gratuit.

Avant même l'adoption de la fiducie nommée, le législateur consacrait ainsi différents outils contractuels proposant la facette rétentionnaire de l'opération fiduciaire pour les rapports personnels de l'entrepreneur. Ces mécanismes révèlent toutefois des natures bien différentes selon qu'ils reposent sur un mandat ou sur un transfert de propriété. Aussi, ils n'intéressent pas les mêmes situations. Dans le premier cas, il s'agit pour l'entrepreneur d'anticiper une situation dans laquelle il ne serait plus en mesure d'agir et de veiller lui-même à ses intérêts ou à ceux de ses proches. La conservation d'un certain contrôle sur son patrimoine vise alors à s'exercer au-delà de son décès ou de sa propre incapacité. Dans le deuxième cas en revanche, il s'agit de permettre à un entrepreneur de se défaire de certains éléments de son patrimoine, sans toutefois abandonner toute maîtrise sur les éléments gratifiés. La conservation d'un certain contrôle, malgré un transfert de propriété, concerne alors le droit des successions et des libéralités.

La rétention peut s'exercer au travers de mécanismes qui s'apparentent, d'une part, à des mandats spéciaux qui servent à protéger les personnes et les biens (§1), et d'autre part, à des libéralités spéciales, qui permettent de gratifier des personnes (§2).

¹¹⁷⁰ La réforme du 23 juin 2006 a complété le Code civil avec la donation-partage transgénérationnelle (art. 1078-4 s.), la renonciation anticipée à l'action en réduction (art. 929 s.) ou encore le mandat à effet posthume (art. 812 s.) : L. n° 2006-728, *op. cit.* V. notamment le projet privé qui a inspiré plusieurs dispositions nouvelles : J. CARBONNIER et al. *Des libéralités : une offre de loi*. Paris : Defrénois, 2003, 203 p.

§1. Au travers de mandats spéciaux

289. Les analyses rapprochant le mandat¹¹⁷¹ de la fiducie sont anciennes¹¹⁷². À l'instar du fiduciaire, qui est chargé par le constituant d'une mission, le mandataire agit au nom et pour le compte d'un cocontractant. En l'occurrence, il s'agit du mandant¹¹⁷³. Les deux contrats reposent ainsi sur une relation de confiance entre deux personnes. D'ailleurs, le Livre III¹¹⁷⁴ du Code civil consacre un Titre complet à chacun des deux contrats¹¹⁷⁵. Toutefois, à la différence d'autres mécanismes quasi-fiduciaires¹¹⁷⁶, le parallèle entre le mandat et la fiducie ne repose pas sur un transfert de propriété. Le mandataire n'acquiert pas la propriété des biens du mandant, il en assure simplement la représentation. Les caractères du mandat sont donc moins affirmés que ceux de la fiducie. Ainsi, la fiducie nommée se distingue du mandat en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs conférés. Alors que la fiducie doit expressément préciser l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire¹¹⁷⁷, le mandat passé dans des termes généraux demeure valide. Il n'embrasse alors que les actes d'administration¹¹⁷⁸. Pour pouvoir emporter des actes de disposition, le mandat doit être exprès¹¹⁷⁹. De même, le fiduciaire bénéficie d'une exclusivité sur les éléments concernés alors que le mandataire n'en

¹¹⁷¹ C. civ., art. 1984 s.

¹¹⁷² Déjà au début au XX^{ème} s., en s'appuyant sur l'exemple québécois : R. DEMOGUE. « La fiducie en droit moderne ». In : *Rapports préparatoires à la Semaine internationale de droit*, Tours : Impr. Deslis, 1937, spéc. p. 7-8. Puis, au début des années mille neuf cent quatre-vingts, en ce qui concerne le droit français : WITZ. *La Fiducie en droit privé français*, op. cit., spéc. n° 236-241. Plus réc., un ouvrage entier a été consacré à la comparaison en droit belge : F. GLANSDORFF. *Mandat et fiducie*. Bruxelles : Bruylant, 2013, 238 p. (Répertoire pratique du droit belge). Concernant la fiducie nommée et le mandat en droit français, v. spéc. PUIG. « La fiducie et les contrats nommés », op. cit.

¹¹⁷³ C. civ., art. 1984, al. 1 : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

¹¹⁷⁴ Livre III consacré aux différentes manières d'acquérir la propriété.

¹¹⁷⁵ Les deux Titres sont, de plus, consécutifs : « Titre XIII : Du mandat » et « Titre XIV : De la fiducie ».

¹¹⁷⁶ V. notamment les libéralités spéciales, n° 301 s., *infra*.

¹¹⁷⁷ À peine de nullité : art. 2018, 6°. V. égal. n° 48 s., *supra*.

¹¹⁷⁸ C. civ., art. 1988, al. 1 : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ».

¹¹⁷⁹ *Loc. cit.*, al. 2 : « S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

bénéficie *a priori* pas¹¹⁸⁰. D'ailleurs, le mandant peut à tout moment et sans motif révoquer le mandat, ce qui n'est pas possible pour le constituant¹¹⁸¹.

Confronté aux risques de survenance d'un décès brutal ou d'une incapacité, l'entrepreneur doit pouvoir organiser sa représentation afin d'assurer le bon exercice de ses droits ou ceux de ses ayants-droits. Mais dans ce cas, le mandat ordinaire est en principe impuissant¹¹⁸². Aussi, le législateur a-t-il consacré des mécanismes spéciaux, qui sont bâtis sur le mandat (ou y sont assimilables), tant en matière de succession (A) qu'en matière d'incapacité (B).

A. La rétention malgré le décès de l'entrepreneur

290. En ce qui concerne le premier type de risque, celui d'un décès brutal pouvant mettre son entreprise en péril et ses proches en situation précaire, l'entrepreneur diligent peut mettre en place plusieurs mesures anticipées afin d'organiser une sorte de rétention malgré la saisine. La première est la nomination d'un exécuteur testamentaire, dont le régime a été rénové en 2006 (1), tandis que la seconde est la conclusion d'un mandat à titre posthume, qui est une création datant de la même année (2).

1. L'exécution testamentaire

291. L'entrepreneur, comme toute personne saine d'esprit et juridiquement capable de disposer de ses biens, peut valablement exprimer des dernières volontés dans un testament¹¹⁸³. Celles-ci peuvent être d'ordre patrimonial et extrapatrimonial. Par principe, leur bonne exécution échoit alors aux héritiers¹¹⁸⁴.

¹¹⁸⁰ Et ce, quel que soit le détail des pouvoirs qui sont conférés au fiduciaire pour accomplir sa mission. Même s'ils sont limités, « les pouvoirs refusés au fiduciaire sont des pouvoirs perdus » : GRIMALDI. « La propriété fiduciaire », *op. cit.*, p. 6. En effet, à défaut d'une convention de mise à disposition valide, le constituant ne peut plus agir sur les éléments transférés dans le patrimoine fiduciaire. En revanche, le mandant peut toujours accomplir les actes qui font l'objet du mandat, dans la seule limite de l'abus de droit : Cass. civ. 1ère, 2 mai 1984, Bull. civ. I, n° 143.

¹¹⁸¹ V. FRANÇOIS. « Fiducie », *op. cit.*, n° 57.

¹¹⁸² C. civ., art. 2003, 3° : Le mandat prend fin par « la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ».

¹¹⁸³ C. civ., art. 893, al. 2.

¹¹⁸⁴ C'est la saisine, prévue par le premier al. de l'art. 724 : « Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt ».

Toutefois, le *de cujus* peut ne pas souhaiter que cette responsabilité leur incombe. Il n'est en effet pas rare qu'un entrepreneur estime que ses héritiers ne sont pas suffisamment dignes de confiance ou pas assez compétents pour cela¹¹⁸⁵. Aussi, existe-t-il depuis le Moyen Âge¹¹⁸⁶ la possibilité de désigner un tiers chargé d'accomplir cette tâche. Cette pratique, après un succès certain¹¹⁸⁷, est tombée en désuétude quasi-totale au XVI^{ème} siècle. Étonnamment, elle réapparaît lors de la rédaction du Code civil aux articles 1025 à 1034¹¹⁸⁸. Toutefois, même codifiée, elle demeure à « l'arrière-plan¹¹⁸⁹ » du nouveau droit des successions, en partie en raison de conditions trop limitatives¹¹⁹⁰.

292. La réforme de 2006 améliore quelque peu l'attractivité défaillante du régime de l'exécuteur testamentaire¹¹⁹¹. Le premier alinéa de l'article 1025 en propose désormais une définition. L'exécuteur testamentaire est décrit comme une personne chargée par le testateur de « veiller ou procéder à l'exécution de ses volontés ». La durée de sa nomination n'est désormais plus limitée à un an mais à deux ans, et ce, à compter de l'ouverture du testament et non plus du décès. De surcroît, sa mission peut être prorogée par un juge¹¹⁹². Il pourra alors agir au moment de la survenance d'un contentieux, tant sur la validité du testament que sur ses modalités d'exécution. En ce qui concerne l'activité professionnelle de l'entrepreneur, il pourra également prendre des mesures conservatoires qu'il jugera utiles à la continuation de l'activité. Aussi, à moins que le testateur n'en ait décidé

¹¹⁸⁵ Les motivations, qui peuvent être multiples, ne sont d'ailleurs pas forcément rationnelles.

¹¹⁸⁶ Des traces de pratiques similaires remontent jusqu'au droit romain, mais l'expression moderne d'exécution testamentaire ne date que du XIII^{ème} siècle : G. BAUDRY-LACANTINERIE, M. COLIN. « Des donations entre vifs et des testaments ». *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris : Larose, 1896, 3^e éd, Vol. 2, p. 908 n° 2579 ; LÉVY et CASTALDO. *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 936, p. 1311.

¹¹⁸⁷ Notamment sous la pression ecclésiastique estimant qu'en l'absence d'exécuteur désigné par le défunt, l'évêque du ressort était compétent de droit.

¹¹⁸⁸ Issus de la Loi 1803-05-03 promulguée le 13 mai 1803.

¹¹⁸⁹ P. MALAURIE, C. BRENNER. *Les successions, les libéralités*. 6^e éd. Issy-les-Moulineaux : Lextenso éditions, LGDJ, 2014, XIV-657 p. (Droit civil), n° 538, p. 279.

¹¹⁹⁰ Elle ne pouvait alors concerner que les biens meubles et pour une durée maximale d'un an à compter du décès (art. 1026 anc.). V. not. M. GRIMALDI. « L'exécuteur testamentaire ». *Rép. Defrénois*, 2000, art. 37086.

¹¹⁹¹ Nouv. art. 1025 à 1034 créés par l'art. 19 de la L. n° 2006-728, *op. cit.* V. not. P. MALAURIE. « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions ». *Rép. Defrénois*, 2005, art. 38298 ; H. LETELLIER. « La refonte de l'exécution testamentaire : participation au débat sur une offre de loi ». *LPA*, 2 mai 2005, p. 5.

¹¹⁹² C. civ., art. 1032.

autrement, sa mission demeure relativement limitée, notamment en ce qu'il ne pourra normalement pas disposer des biens de la succession¹¹⁹³. Cependant, en l'absence d'héritiers réservataires, il peut être habilité à disposer du pouvoir de gérer et de disposer des actifs immobiliers successoraux, mais également de liquider la succession¹¹⁹⁴.

293. L'exécuteur testamentaire apparaît donc bien comme un représentant *post mortem* du *de cuius*. Classiquement, il n'est pas surprenant que la doctrine assimile la désignation d'un exécuteur testamentaire à un mandat spécial. Ce dernier devrait être perçu comme le mandataire du défunt¹¹⁹⁵. D'ailleurs, le Code civil précise clairement qu'il assume la responsabilité d'un mandataire à titre gratuit¹¹⁹⁶. Sa mission semble comprise par le législateur comme un service rendu par une personne de confiance¹¹⁹⁷. Toutefois, au regard des dispositions nouvelles issues de la loi de 2006, sa nature juridique demeure discutée par une partie de la doctrine¹¹⁹⁸. Celle-ci lui reproche un trop grand nombre d'incompatibilités avec la nature du mandat ordinaire : caractère unilatéral, *post mortem* et irrévocabilité de fait¹¹⁹⁹.

Certains auteurs assimilent quant à eux l'exécuteur testamentaire, non au mandataire, mais à l'héritier et au légataire universel. L'intérêt de cette analogie est de mettre l'accent sur la continuation de la volonté du *de cuius*. La rétention s'exprimerait au travers de l'exécuteur au delà de la propre disparition du

¹¹⁹³ « Le testateur peut habiliter l'exécuteur testamentaire à prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession et à le vendre s'il est nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible » : art. 1030.

¹¹⁹⁴ C. civ., art. 1030-1.

¹¹⁹⁵ V. BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. « Des donations entre vifs et des testaments », *op. cit.* n° 2583 ; F. BICHERON. « L'utilisation du mandat en droit de la famille ». In : *Le mandat: un contrat en crise ?*, Paris : Economica, 2011, p. 97 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET. *Droit civil. Les successions, les libéralités*. Paris : Dalloz, 2014, 1184 p., n° 468. La jurisprudence tend à confirmer cette analyse : v. not. Cass. req. 9 avril 1941, RTD civ. 1942. 92, obs. Savatier ; JCP 1942. II. 2033, n. Voirin ; S. 1941. I. 125 ; F. SAUVAGE. « Exécution testamentaire ». *Rép. civ. Dalloz*, 2011 n° 4.

¹¹⁹⁶ C. civ., art. 1033, al. 3.

¹¹⁹⁷ À ce titre, la mission de l'exécuteur testamentaire « est gratuite, sauf libéralité faite à titre particulier eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus » : art. 1033-1.

¹¹⁹⁸ Trois différents courants de pensée ont ainsi été dégagés : MALAURIE et BRENNER. *Les successions, les libéralités, op. cit.*, n° 538.

¹¹⁹⁹ *Contra* pour le mandat ordinaire : C. civ., art. 2003 et 2004.

défunt¹²⁰⁰. Mais si tel était le cas, l'exécuteur se verrait alors attribuer une véritable place dans la succession¹²⁰¹. Pour cette raison, une autre partie de la doctrine préfère y voir un « embryon de fiducie : un fidéicommissaire ayant une saisine propre¹²⁰² ». Il est vrai que la désignation *ante mortem* d'un tiers comme exécuteur testamentaire partage avec le *trust* une filiation commune¹²⁰³. Pour autant, l'exécution testamentaire révèle une importance bien différente dans les juridictions issues du *Common Law*. Véritable institution en matière successorale, le *trust* bénéficie d'un éclat dont l'exécuteur testamentaire n'a jamais bénéficié en droit français, en particulier parce que l'exécuteur n'est pas chargé de gérer les biens de la succession. Avec la saisine directe des héritiers, l'exécuteur testamentaire n'est plus le « pivot de la transmission successorale¹²⁰⁴ ».

Au contraire de l'exécuteur testamentaire dont la pratique est ancienne bien que confidentielle, le mandat à effet posthume –qui permet à l'entrepreneur de désigner de son vivant un tiers chargé d'administrer et de liquider tout ou partie de sa succession– est une création contemporaine (2).

2. Le mandat à effet posthume

294. C'est en 2006 qu'a été instauré le mécanisme du mandat à effet posthume¹²⁰⁵. Son régime est prévu aux articles 812 à 812-7 du Code civil. Le premier alinéa de l'article 812 dispose exactement que « Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer (...) tout ou partie de sa succession pour le compte et dans

¹²⁰⁰ V. not. R. CAILLEMER. « Origines et développement de l'exécution testamentaire (époque franque et moyen âge) ». Thèse de doctorat. Lyon : Université de Lyon, 1901, 740 p., spéc. p. 129 ; GAZIN. « Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique », *op. cit.*, spéc. p. 195. Cependant, le Code civil précise bien que les pouvoirs de l'exécuteur « ne sont pas transmissibles à cause de mort » : art. 1025, al. 3.

¹²⁰¹ V. propos critiques selon lesquels les exécuteurs testamentaires sont extérieurs à la succession : MALAURIE et BRENNER. *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, n° 538.

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ V. n° 339 sur le *trust* en matière successorale.

¹²⁰⁴ SAUVAGE. « Exécution testamentaire », *op. cit.* n° 2.

¹²⁰⁵ Art. 1, L. n° 2006-728, *op. cit.* Sur la question précise de son utilisation pour l'entrepreneur, v. spéc. M. GRIMALDI. « Le mandat à effet posthume ». In : *La disparition du chef d'entreprise*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 77 à 85 ; J. COMBRET. « Le mandat à effet posthume : de quelques questions pratiques autour du mandat à effet posthume ». In : *La disparition du chef d'entreprise*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 87 à 97.

l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés ». Le mandat à effet posthume ne remet pas en cause le caractère impératif du droit des successions français¹²⁰⁶. En revanche, il y introduit une dose de liberté contractuelle. Il vise en particulier les situations dans lesquelles les héritiers ne sont pas aptes à administrer eux-mêmes la succession¹²⁰⁷. C'est notamment le cas lorsque un ou plusieurs successibles sont concernés par une situation de handicap. Le dispositif présente alors l'avantage de s'imposer même si l'un des héritiers est protégé par une mesure de protection¹²⁰⁸.

Ce mandat spécial s'avère tout particulièrement indiqué lorsque le futur *de cuius* dispose d'un patrimoine complexe. C'est généralement le cas des entrepreneurs, dont le patrimoine est composé d'une unité économique dont il convient d'assurer la gestion quotidienne. Sur ce point, le mandat à effet posthume s'avère plus utile que les nouvelles libéralités¹²⁰⁹ dans la mesure où il peut porter indifféremment sur un bien particulier ou sur la totalité de l'actif successoral, même en présence d'une réserve héréditaire¹²¹⁰.

295. Tout contrat qu'il constitue, le mandat à effet posthume n'emporte pas pour autant une liberté absolue pour les cocontractants. Il demeure un acte grave encadré par la loi. À ce titre, il doit être motivé et justifié¹²¹¹. La loi requiert également le formalisme rigoureux de la forme authentique¹²¹². D'ailleurs, le mandataire doit avoir accepté le mandat avant le décès du mandant¹²¹³. Pour autant, à la différence de la fiducie nommée, le mandataire à effet posthume peut

¹²⁰⁶ En particulier le mécanisme contraignant et parfois décrié, notamment en matière de transmission d'entreprise, de la réserve héréditaire. V. art. 912, al. 1 : « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent » (L. n° 2006-728, *op. cit.*, art. 9, 11 et 12).

¹²⁰⁷ Il est encore question de la saisine des héritiers prévue au premier alinéa de l'art. 724. V. égal. n° 291, *supra*.

¹²⁰⁸ C. civ., art. 812-1.

¹²⁰⁹ Les libéralités graduelles et résiduelles, v. n° 301 s., *infra*.

¹²¹⁰ Cela atténue ainsi l'idée selon laquelle la réserve héréditaire ne souffrirait aucune charge : CÉNAC et CASTÉLAN. « La fiducie avant la fiducie », *op. cit.*, n° 63.

¹²¹¹ C. civ., art. 812-1-1, al. 1 : « Le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé ». Un auteur y voit toutefois une « notion sans rigueur, un nid à procès » : MALAURIE. *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, n° 168, p. 95.

¹²¹² C. civ., art. 812-1-1, al. 3.

¹²¹³ *Loc. cit.*, al. 4.

être un professionnel¹²¹⁴ ou un héritier. De plus, la durée du mandat n'est en principe que de deux ans à compter du décès. Mais elle est prorogable et peut même être portée à cinq ans (également prorogable) en raison de l'existence d'actifs professionnels ou de l'inaptitude voire de l'âge des héritiers. Malgré une incertitude relative à l'appréciation de ces critères par le juge, la situation entrepreneuriale remplit généralement ces critères.

296. Le mandat à effet posthume, qui est un contrat passé entre deux personnes pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs tiers, est un acte grave qui prend effet le jour du décès du mandant¹²¹⁵. Il présente donc des caractéristiques similaires à un *trust* successoral¹²¹⁶ ou à une fiducie successorale¹²¹⁷. D'ailleurs, l'exposé des motifs de la loi du 23 juin 2006 précise que le mandat répondra aux besoins qu'une fiducie successorale satisfait dans d'autres juridictions¹²¹⁸. Il ne s'agit pas de ne pas gratifier les héritiers, mais de les déposséder de leur saisine et de leurs pouvoirs de gestion dans le cadre de la succession. À ce titre, le mandataire posthume dispose d'un contrôle limité et temporaire de l'hérédité¹²¹⁹. Toutefois, ce dernier ne possède aucun titre ou droit sur les biens dont la gestion lui est confiée. Il ne pourra donc pas en disposer, ni exercer d'option successorale. Alors que

¹²¹⁴ Même si l'acte peut être gratuit (art. 812-2), il sera le plus souvent onéreux et les mandataires seront principalement des administrateurs de biens, gestionnaires de fonds, établissements financiers, avocats ou notaires. Dans ce dernier cas, un professionnel ne peut pas agir en tant que mandataire à effet posthume s'il a déjà la charge du règlement de la succession du défunt : art. 812, al. 4.

¹²¹⁵ Pour la première fois, la Cour de cassation s'est prononcée sur la force du mandat à effet posthume dans le cadre d'une succession, celle de Jean-Luc Delarue. Celui-ci avait établi un mandat à effet posthume rémunéré pour l'administration et la gestion des sociétés du Groupe Réservoir, transmises par succession à son unique enfant mineur. Au moment du décès, son ex-épouse, mère de son enfant, se trouve privée de l'administration légale. Elle demande la révocation du mandat. Alors que les juges d'appel avaient fait droit à demande, la Cour de cassation rappelle que seules les conditions visées à l'art. 812-4, notamment l'absence d'un intérêt sérieux et légitime, peuvent justifier une révocation. Ni les qualifications du mandataire, ni la précipitation éventuelle dans l'organisation de la succession, ne sont des motifs recevables. Le mandataire n'a pas non plus à démontrer que son mandat est justifié par des éléments objectifs : Cass. civ. 1ère, 10 juin 2015 n° 14-10.377, n° 648, FS-PB ; Gaz. Pal., 2 juil. 2015, n° 183, p. 24. Comm. H. LÉCUYER. « Mandat à effet posthume aux fins de gérer le capital d'une holding et action en révocation du mandat ». *Bull. Joly Sociétés*, 1 novembre 2015, n° 11, p. 574.

¹²¹⁶ En ce sens, un auteur résumait à propos des qualités des mandataires, que les juges devront faire preuve de la « même rigueur et la même souplesse que (...) les juridictions britanniques d'*Equity* ont eues à l'égard des *trustees* » : MALAURIE. *Les successions, les libéralités*, op. cit., n° 168, p. 94-95.

¹²¹⁷ Comme en Allemagne ou en Suisse : v. *ibid.*, n° 168, p. 94-95.

¹²¹⁸ Projet de loi portant réforme des successions et des libéralités de M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, déposé à l'Assemblée Nationale, n° 2427 (rectifié), menant à loi 23 juin 2006.

¹²¹⁹ Dans le sens de transmission.

l'exécuteur testamentaire apparaissait comme le représentant du testateur, le mandataire à effet posthume agit au nom et pour le compte des héritiers¹²²⁰. Le mandataire peut gérer le patrimoine de l'entrepreneur décédé mais ne peut pas en disposer, à moins que des clauses statutaires ne permettent de passer outre cette interdiction¹²²¹. À l'instar du fiduciaire, il doit rendre compte de sa gestion annuellement et en fin de mandat, auprès des héritiers intéressés. Il doit également les tenir informés de l'ensemble des actes accomplis¹²²².

Bien qu'ils partagent une philosophie proche, il ne faut pas confondre le mandat à effet posthume avec le mandat de protection future qui fut instauré un an plus tard (B).

B. La rétention malgré l'incapacité de l'entrepreneur

297. En ce qui concerne le second type de risque, celui d'une incapacité paralysante, l'entrepreneur qui n'a pas pris de mesure anticipée, risque de subir la mise en place d'une des mesures de protection judiciaire¹²²³. Ces dernières concernent la protection des personnes comme des biens¹²²⁴. Même si elles sont placées sous l'autorité du juge, elles peuvent être mal vécues voire inadaptées à la situation entrepreneuriale. Aussi, pour éviter un tel risque, le Code civil propose plusieurs solutions *a minima* (1), mais également un mandat spécifique (2).

1. Les solutions *a minima*

298. Dans un premier temps, l'entrepreneur diligent pourra choisir de désigner lui-même la ou les personnes qui seront chargées d'exercer les fonctions de

¹²²⁰ É. GUÉRIN. « Mandats conventionnels et risques patrimoniaux du chef d'entreprise : un rendez-vous en demi-teinte ». *Gaz. Pal.*, 24 septembre 2013, n° 267, p. 21.

¹²²¹ À défaut, la Cour de cassation a rappelé que les pouvoirs d'administration conférés au mandataire ne lui donnent pas la possibilité d'empêcher l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat. La révocation de celui-ci peut alors être demandée en vertu de l'art. 812-4, 5° : Cass. civ. 1ère, 12 mai 2010, n° 09-10.556 (bull.).

¹²²² C. civ., art. 812-7.

¹²²³ C. civ., art. 415 s.

¹²²⁴ Cette disposition est énoncée au premier alinéa de l'art. 415, mais également au deuxième alinéa de l'art. 425. Elle rappelle le caractère patrimonial de ces mesures. C'est en ce sens qu'elles peuvent se rapprocher de la fiducie.

curateur ou de tuteur. Le cas échéant, ce choix s'imposera au juge¹²²⁵. Simple et facile à prévoir, cette faculté demeure toutefois limitée puisqu'elle ne remet pas en cause la décision d'ouverture de la mesure de protection. L'entrepreneur protégé ne sera plus en mesure d'exercer sa volonté, ni d'orienter l'administration de ses biens. Dans un deuxième temps, l'entrepreneur qui est marié peut se reposer sur son époux. Soit la mesure est anticipée et le mandat peut être spécial¹²²⁶, soit la mesure ne l'est pas. Dans ce cas, dès lors qu'il se trouve hors d'état de manifester sa volonté, son conjoint a le droit de solliciter un mandat judiciaire¹²²⁷. Celui-ci sera sûrement général.

Pour autant, l'époux n'est pas toujours présent, ni toujours disponible ou compétent, pour s'acquitter d'une telle tâche. Ces mesures apparaissent donc comme des roues de secours plutôt que de véritables mesures d'anticipation susceptibles de s'adapter efficacement à la complexité du patrimoine de l'entrepreneur. Il reste alors à ce dernier la possibilité de rédiger un mandat de protection future (2).

2. Le mandat de protection future

299. Le mandat de protection future est souvent présenté comme l'innovation majeure de la réforme de la protection juridique des majeurs en 2007¹²²⁸. Il permet à un entrepreneur de désigner une personne de confiance pour le représenter ultérieurement dans les cas où il ne pourrait plus pourvoir seul à ses propres intérêts. Le mandat est alors dit « pour soi-même ». Cette mesure conventionnelle de protection des personnes vulnérables ne concurrence pas les mesures de protection judiciaire¹²²⁹. Elle vient seulement en complément. Il s'agit pour le mandant d'anticiper les risques de survenance d'une vulnérabilité et ainsi éviter que l'institution judiciaire ne le prive de tout pouvoir de décision¹²³⁰. Il convient de

¹²²⁵ C. civ., art. 448, al 1, issu de la L. n° 2007-308, *op. cit.*, art. 7.

¹²²⁶ C. civ. art. 218, al. 1.

¹²²⁷ C. civ. art. 219.

¹²²⁸ C. civ., art. 477 à 494 issus de la L. n° 2007-308, *op. cit.*

¹²²⁹ Ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle, la tutelle ou l'habilitation familiale. Sur cette dernière, v. n. 550, *supra*. En ce sens, le régime du mandat de protection future semble manquer de précision quant à l'articulation des différents dispositifs.

¹²³⁰ Par conséquent, la mise en œuvre du mandat doit être évaluée au regard de la loi et non à l'occasion

bien distinguer ce mandat pour « soi-même », du mandat « pour autrui ». Dans ce dernier cas, l'entrepreneur qui peut être concerné est celui se trouvant en présence d'un enfant dont il a la charge¹²³¹, et qui ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Il s'agira pour lui de s'assurer que ce sera bien une personne digne de confiance qui s'occupera de l'incapable en question, notamment lorsqu'il n'aura plus la possibilité de le faire lui-même, soit du fait de sa propre incapacité, soit de son décès. Dans cette optique, le mandat de protection future comble un véritable vide en matière de prévention de l'incapacité des personnes.

300. À l'instar de la fiducie nommée, le mandat de protection future est un mécanisme nouveau qui est basé sur la confiance entre les personnes¹²³². Mais il s'en distingue également en ce qu'il est avant tout —comme son nom l'indique— un mécanisme de protection et non un outil patrimonial. De fait, il s'agit d'un mandat spécial et non d'un transfert de propriété —fiduciaire ou non¹²³³. Ce caractère personnel présente pourtant certains avantages. Ainsi, le législateur est-il manifestement plus à l'aise quant à l'exercice de la volonté individuelle dans ce seul cadre. En effet, à la différence de la fiducie¹²³⁴, la personne désignée peut être une personne physique ou une personne morale. Le mandant peut ainsi désigner un proche ou un parent. Par ailleurs, le mandat vise spécifiquement les cas médicaux, tandis que la fiducie n'a pas de finalités limitativement définies par le législateur¹²³⁵.

Quant à la forme, elle est soit sous seing privé, soit notariée¹²³⁶. Cette dernière forme emporte d'ailleurs certains avantages, en particulier l'accroissement des pouvoirs patrimoniaux du mandataire, qui sont autrement limités aux actes conservatoires et à la gestion courante. Enfin, la loi a récemment ajouté une mesure

d'une condition suspensive. Son élément déclencheur est l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne qui l'empêchent d'exprimer sa volonté individuelle. Elle devra être médicalement constatée par un médecin habilité.

¹²³¹ Soit pour un mineur, en exerçant avec son conjoint l'autorité parentale ou en étant seul le dernier détenteur, soit pour un majeur, en assumant la charge matérielle et effective.

¹²³² V. n. 6, 78, 83, 84 et 411, *supra*.

¹²³³ V. n° 45 s., *supra*.

¹²³⁴ Même si depuis 2008, des avocats peuvent être fiduciaires. V. n° 165 s., *supra*.

¹²³⁵ V. n° 87 s., *supra*.

¹²³⁶ Mais uniquement notariée pour un mandat « pour autrui ». Dans ce cas, le notaire se trouve investi d'une mission de contrôle de l'exécution opérée par le mandataire.

de publicité au travers d'un registre spécial¹²³⁷. Au contraire du registre national des fiducies¹²³⁸, il faut espérer que celui-ci ne restera pas confidentiel.

Toutes ces petites ressemblances avec le régime de la fiducie ne doivent pas occulter le fait que le mandat, même s'il n'a pas de limitation de durée¹²³⁹, peut être remis en cause par tout intéressé qui saisisrait le juge des tutelles¹²⁴⁰. En matière patrimoniale, le mandat n'apporte pas la sécurité d'une affectation dans le temps. Aussi, une partie de la doctrine milite-t-elle pour l'utilisation de la fiducie dans des schémas d'anticipation de la vulnérabilité des personnes majeures¹²⁴¹. La fiducie apparaît alors comme un complément possible du mandat à effet posthume¹²⁴². L'idée est alors d'externaliser la mission de gestion en la confiant à un professionnel qui n'a pas d'intérêt pécuniaire autre que celui lié à sa rémunération fiduciaire. La propriété fiduciaire évite également que le mandat ne devienne caduc par rapport aux exigences bancaires. Si l'attrait de cette combinaison existe réellement dans certaines circonstances, elle ne sera cependant pas fréquente¹²⁴³.

Même si le Code civil consacre ces différentes mesures de protection dans son Livre III consacré aux différentes manières d'acquérir la propriété, aucune ne vise *in fine* à perdurer. Ni l'exécuteur testamentaire, ni les mandataires spéciaux, n'agissent avec la perspective de devenir les propriétaires des patrimoines concernés. D'ailleurs, les pouvoirs qui leur sont conférés¹²⁴⁴ ne doivent pas être

¹²³⁷ C. civ., art. 477-1 issu de l'art. 35 de la Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (JO n° 0301, 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1).

¹²³⁸ V. n° 232, *supra*.

¹²³⁹ Ce qui est *a priori* intéressant par rapport à la fiducie qui demeure limitée à quatre-vingt-dix-neuf ans. En réalité, puisque le mandat de protection future ne concerne que les personnes physiques, les limites (actuelles) de la biologie humaine rendent négligeables ces limites temporelles.

¹²⁴⁰ C. civ., art. 483, 4°.

¹²⁴¹ La fiducie exclut les constituants mineurs : art. 408-1 et 509, 5°. *Adde* n° 113 s., *supra*.

¹²⁴² *Contra* H. LETELLIER. « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 52 à 54. L'auteur considère que c'est le mandat de protection future qui « paraît devoir prospérer en qualité de complément à la fiducie ».

¹²⁴³ V. néanmoins une proposition de formule en Annexe n°6 : Proposition de contrat de fiducie-protection (formule).

¹²⁴⁴ En ce sens, il s'agit plus de mesures de représentation que de véritable fiducie à seule finalité de protection, même si ce type de fiducie vise égal. à éviter l'application des mesures de tutelle ou de curatelle. V. au Québec : C. MORIN. « Les patrimoines affectés en droit québécois : fiducie et droit des successions ». In : *Les patrimoines affectés : actes du colloque du 27 avril 2012*, Toulouse : PUSS, 2013, p. 109, spéc. p. 123.

exercés dans leur intérêt personnel. Il en est tout autrement concernant les libéralités spéciales récemment consacrées par la loi (§2).

§2. Au travers de libéralités spéciales

301. Une célèbre maxime, publiée pour la première fois en 1607, veut que « Donner et retenir ne vaut ¹²⁴⁵ ». Elle traduit brillamment le principe d'irrévocabilité spéciale des donations, qui interdit au donateur de se réserver dans un acte, le moyen de récupérer directement ou indirectement ce qu'il a transmis¹²⁴⁶. Avec la réserve héréditaire¹²⁴⁷ et la prohibition des pactes sur successions futures¹²⁴⁸, ce principe constitue l'un des trois piliers du droit des libéralités¹²⁴⁹. Il a été consacré par le Code civil, à l'article 894¹²⁵⁰, même si ses origines remontent jusqu'au droit romain¹²⁵¹. La protection de l'ordre public successoral est l'une des

¹²⁴⁵ A. LOISEL. *Institutes coutumières, ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences & proverbes tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*. Paris : H. Le Gras, 1637, 164 p., spéc. Titre IV, V, p. 124.

¹²⁴⁶ L'irrévocabilité des donations est dite spéciale afin de se différencier de l'irrévocabilité ordinaire des conventions issue du deuxième alinéa de l'art. 1134 : « [Les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». V. not. H. LÉCUYER. « L'irrévocabilité des donations ». In : *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 405.

¹²⁴⁷ C. civ., art. 912, al. 1 : « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».

¹²⁴⁸ C. civ., art. 1130, al. 2 : « On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi ».

¹²⁴⁹ J. SACE. « Réflexions sur la révocation des donations ». In : *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles : Larcier, 2005, p. 477. *Contra* W. DROSS. « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? ». *RTD civ.*, 2011, p. 25 à 44.

¹²⁵⁰ « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte » issu de la L. 1803-05-03, *op. cit.* (pas modifié en substance par la réforme de 2006).

¹²⁵¹ V. AUMAÎTRE. « Des diverses espèces de fidéicommiss en droit romain. Des Substitutions prohibées en droit français », *op. cit.* ; PONCET. « Des fidéicommiss en droit romain », *op. cit.* ; FOSSET. « Des fidéicommiss en droit romain et des substitutions prohibées en droit français », *op. cit.* ; BENOIT-CATTIN. « Des substitutions fidéicommissaires en droit romain », *op. cit.* ; OLIVIER. « Du fidéicommiss de famille », *op. cit.* ; JACQUEMAIRE. « Des Fidéicommiss », *op. cit.* Pour une approche plus récente, v. MALAURIE. *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* n° 776 s., p. 375 ; É. HADDAD. « Les substitutions fidéicommissaires dans la France d'Ancien Régime : droit et historiographie ». In : *Mélanges de l'École française de Rome. Italie et Méditerranée modernes et contemporaines 124/2*, Rome : École Française de Rome, 2013. V. égal. n° 81 s., *supra*.

raisons qui expliquent la prohibition de la fiducie à fin de libéralité en droit français¹²⁵².

Toutefois, la volonté d'exercer un pouvoir sur le temps étant tellement enracinée dans la nature humaine, le droit français permet depuis longtemps de grever les libéralités (A). De surcroît, la réforme du 23 juin 2006¹²⁵³ a profondément altéré la philosophie de la loi en consacrant des libéralités successives (B).

A. Les libéralités grevées

302. L'entrepreneur peut exercer une forme de rétention de la propriété, au-delà de sa propre mort, en grevant les libéralités qu'il effectue de conditions ou de charges (1). Mais il peut également associer la pratique de la donation avec celle du démembrement de propriété (2).

1. Les libéralités avec conditions et charges

303. Lorsqu'elle est conçue comme une réminiscence de l'ancien titulaire de la propriété, la rétention se comprend comme le prolongement des attributs de ce dernier au-delà de son dépouillement ou de sa propre mort. Cette survivance d'un certain contrôle de la part du donateur ou du *de cuius*, peut être plus ou moins contraignante selon qu'il est question de l'adjonction de conditions ou de charges. Les deux notions sont proches mais distinctes. Dans le premier cas, il s'agit d'envisager la réalisation d'un événement qui est futur et incertain. La condition est alors suspensive ou résolutoire¹²⁵⁴. Dans le second cas, il est question d'une obligation qui s'impose au gratifié. La jurisprudence s'est montrée à la fois claire quant à la validité de l'existence de clauses, mais également quant à leurs

¹²⁵² C. civ., art. 2013. V. n° 202 s., *supra*.

¹²⁵³ L. n° 2006-728, *op. cit.*

¹²⁵⁴ Toutefois, la condition qui serait impossible ou contraire aux lois ou aux bonnes mœurs serait réputée non écrite (C. civ., art. 900). De surcroît, lorsque la condition vise l'inaliénabilité d'un bien, elle ne peut être que temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime (C. civ., art. 900-1, al. 1).

limites¹²⁵⁵. Par ailleurs, le droit connaît encore des donations complexes, telles que la donation à terme¹²⁵⁶.

Classiquement, la possibilité d'opérer une forme de rétention sur la propriété transmise peut également s'accompagner d'un démembrement (2).

2. Les donations avec réserve d'usufruit

304. Le démembrement est une méthode classique de rétention de la propriété. Il s'agit d'éclater la pleine propriété¹²⁵⁷, en y distinguant l'usufruit¹²⁵⁸, réunion de l'*usus* et du *fructus*, de la nue-propriété¹²⁵⁹. Même s'il peut être d'origine légale¹²⁶⁰, le démembrement résulte le plus souvent de la volonté individuelle du disposant exprimée soit par donation, soit par testament. Ce choix est généralement motivé par deux grandes raisons. La première est de permettre au donateur d'anticiper la transmission de son patrimoine tout en continuant d'en avoir la maîtrise¹²⁶¹. La seconde est plus prosaïque. Il s'agit de minorer l'impôt, en excluant l'usufruit de l'assiette de calcul. En effet, les droits de donation ne sont dus que sur la valeur de la nue-propriété transmise¹²⁶². Pour les personnes gratifiées, le démembrement

¹²⁵⁵ Sur ce point, v. not. Cass. civ. 1ère, 8 janvier 1975, n° 73-11.648, JCP N 1976, II, 18240, obs. H. Thuillier ; Rép. Defrénois 1975, art. 30907, p. 524, obs. A. Ponsard ; Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, JCP G 1995, I, 3876, obs. R. Le Guidec ; Rép. Defrénois 1995, art. 35967, p. 51, obs. X. Savatier ; D. 1995, somm. p. 50, obs. M. Grimaldi ; JCP N 1999, p. 1732, chr. R. Le Guidec, n° 6 ; Cass. com., 29 mai 2001, JCP G 2001, I, 360, obs. R. Le Guidec ; RJPJF 2001, p. 42, n. J. Casey.

¹²⁵⁶ Lors d'une donation à terme, le transfert de la propriété ne s'exécute qu'au moment du décès du donateur ou à une date antérieure déterminée. Cette donation à terme permet ainsi de transmettre une valeur ou un bien à une personne désignée à un moment que le donateur aura considéré comme judicieux. V. not. R. GENTILHOMME. « Les donations complexes ». *JCP N*, 17 novembre 2006, 1353 ; B. JADAUD. « La donation à terme ». *JCP N*, 20 janvier 2006, n° 3, 1024 ; M. GRIMALDI. « Les donations à terme ». In : *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001.

¹²⁵⁷ Celle visée à l'art. 544 du C. civ. V. n° 46 et 47, *supra*.

¹²⁵⁸ C. civ., art. 578 : « 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 ».

¹²⁵⁹ Reliquat de la pleine propriété privée de l'usufruit.

¹²⁶⁰ Par ex., l'usufruit sur la totalité de la succession au profit de l'époux survivant, en présence d'enfants issus des deux époux : C. civ., art. 757.

¹²⁶¹ Tant au niveau de la jouissance que des revenus éventuels. Le démembrement n'est toutefois pas le seul mécanisme de rétention en cas de transmission. L'ingénierie sociétaire connaît encore les actions de préférences. V. not. H. HOVASSE, M. DESLANDES, R. GENTILHOMME. « Actions de préférence dans la transmission familiale de l'entreprise ». *Act. prat. et ingén. soc.*, 2006, n° 85, p. 5.

¹²⁶² Basés sur l'âge des donateurs, les barèmes fiscaux qui servent au calcul des droits de donations favorisent les transmissions les plus précoces. V. CGI, art. 669.

présente également un avantage fiscal puisque la reconstitution de la pleine propriété¹²⁶³ au décès des donateurs s'opère en franchise d'impôt¹²⁶⁴.

Cette pratique s'avère particulièrement intéressante pour l'entrepreneur souhaitant anticiper sa succession professionnelle. Ainsi, en combinant l'usufruit avec une donation-cession, la transmission est moins fiscalisée sans pour autant modifier l'équilibre de la gouvernance en place. À noter que cette opération n'est pas sans risque. Il conviendra ainsi de sécuriser contractuellement l'accord du nu-propriétaire en cas de cession de l'unité économique¹²⁶⁵. Cela pourra être prévu comme une charge grevant la donation. Cette opération sera même l'occasion pour le donateur de constituer un quasi-usufruit et ainsi renforcer sa rétention de propriété, en bénéficiant de la libre disposition du prix de vente des éléments donnés¹²⁶⁶. Dans le même ordre d'idée, le démembrement de propriété ne fait pas obstacle au bénéfice du pacte Dutreil, cela même lorsqu'il a été réalisé à l'occasion d'un don manuel¹²⁶⁷.

Ainsi, les donations avec réserve d'usufruit, qui peuvent résulter en un retour total de jouissance en valeur des éléments transférés, marquent une forme intéressante de rétention de la propriété au profit du donateur. Cette logique est exactement l'inverse de la rétention proposée par les libéralités successives. Celles-ci visent seulement à faire perdurer la volonté du donateur au-delà de sa propre mort. Ce sont les gratifiés successifs qui bénéficient directement des éléments transmis, même si cette jouissance est entamée par la volonté du donateur (B).

¹²⁶³ Réunion de l'usufruit et de la nue-propriété.

¹²⁶⁴ CGI, art. 1133.

¹²⁶⁵ À défaut de report d'usufruit, le prix de cession échapperait en grande partie au donateur (C. civ., art. 621 : « En cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété d'un bien, le prix se répartit entre l'usufruit et la nue-propriété selon la valeur respective de chacun de ces droits, sauf accord des parties pour reporter l'usufruit sur le prix »).

¹²⁶⁶ La possibilité de reporter l'usufruit sur le prix de vente constitue une opportunité juridique et fiscale qu'un auteur qualifie de « bénédiction » pour le donateur. Après le report, le donateur initial se trouve en effet usufruitier d'une somme d'argent. Or, en vertu de l'art. 587 du Code civil, un usufruit sur somme d'argent permet à l'usufruitier « de s'en servir mais à la charge de le rendre ». À cette occasion, le donateur initial se retrouve ainsi quasi-usufruitier, c'est-à-dire disposant de la libre et pleine disposition du prix de vente. La rétention est complète. Par ailleurs, au moment de son décès, le prix de vente est prélevé sur sa succession comme charge à rendre au quasi-nu-propriétaire. À cette occasion, les héritiers ne paieront pas de droits de succession : R. MORTIER. « La donation avant cession in extenso ». *Rev. fisc. not.*, décembre 2013, n° 12, étude 30, spéc. n° 20.

¹²⁶⁷ V. Rép. min. dite « Belot », n° 11747 (JOAN, 29 octobre 2013, p. 11317).

B. Les libéralités successives

305. La loi de 2006 s'est inspirée de la doctrine¹²⁶⁸ et des propositions de praticiens¹²⁶⁹ en consacrant des libéralités successives dans le Code civil¹²⁷⁰. Ces libéralités à trois personnes sont autant de moyens dont l'entrepreneur dispose pour fixer le sort de ses libéralités, après le décès des gratifiés. Toutefois, alors que les libéralités « résiduelles » ne présentent véritablement de l'opération fiduciaire que l'aspect de rétention (1), les libéralités « graduelles » réunissent tout à la fois la rétention et une affectation partielle (2).

1. Les libéralités résiduelles

306. Bien avant 2006, la jurisprudence avait admis la validité de legs résiduels, dits *legs de residuo*, par lesquels le légataire devait transmettre, au moment de son propre décès, le *residuum*¹²⁷¹. Un nouveau légataire, désigné par le testateur, avait ainsi vocation à recevoir le solde de tous biens qui avaient été légués que le premier légataire n'avait pas consommé. La validité de la disposition était seulement soumise au respect de la réserve héréditaire¹²⁷². En pratique, il fallait évidemment que les éléments légués subsistent au premier légataire, mais également que le second légataire survive au premier.

Sur le fond, la loi de 2006 n'a fait qu'étendre le *legs de residuo* aux libéralités. Le régime de ces libéralités résiduelles, prévu aux articles 1057 à 1061 du Code civil¹²⁷³, repose essentiellement sur les dispositions prévues pour les

¹²⁶⁸ CARBONNIER et al. *Des libéralités : une offre de loi, op. cit.*

¹²⁶⁹ ASSOCIATION CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (collectif). *Le patrimoine au XXI^e siècle : 96^{ème} Congrès des notaires de France, Lille, 28-31 mai 2000*. Paris : Association congrès des notaires de France, 2000, 1004 p.

¹²⁷⁰ En y consacrant un Chapitre VI dans le Titre II (Des libéralités) du Livre III.

¹²⁷¹ Lat. « Le reste ». Pour l'une des premières décisions en la matière, v. Cass. req., 10 février 1897, DP 1898, 1, p. 519. *Adde* Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 1958, JCP G 1959, II, 11136, n. Voirin ; CA Rennes, 16 janvier 1967, RTD civ. 1967, p. 425, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 133.

¹²⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, n° 93-12.099, D. 1996, jur. p. 24, n. Arrault et Delmas Saint-Hilaire ; JCP G 1995, II, 22529, n. Vignal ; Rép. Defrénois 1995, art. 36160, p. 1109, obs. Grimaldi ; RTD civ. 1995, p. 418, obs. Patarin.

¹²⁷³ Issus de L. n° 2006-728, *op. cit.*

libéralités graduelles, en procédant par renvoi¹²⁷⁴. D'ailleurs, les ressemblances entre ces deux dispositifs sont nombreuses. Ainsi, elles s'appuient toutes deux sur une fiction juridique voulant que le second gratifié soit réputé avoir été directement gratifié par le disposant. Par conséquent, les biens transférés sont réputés n'avoir jamais transité par le patrimoine du premier gratifié¹²⁷⁵. Sur le plan fiscal, l'opération ne présente aucune particularité lors de la libéralité. L'institué en premier est redevable des droits de mutation à titre gratuit (DMTG) sur l'actif transmis dans les conditions de droit commun et l'institué en second n'est redevable d'aucun droit¹²⁷⁶. En revanche, au décès du premier gratifié, l'institué en second est redevable de DMTG sur les biens reçus, selon son degré de parenté avec le disposant initial¹²⁷⁷.

Malgré tous ces points communs, les libéralités résiduelles se différencient des anciennes substitutions et des nouvelles libéralités graduelles. Comme ces dernières, elles visent à déterminer à l'avance un deuxième gratifié. Mais, sauf stipulation de la part du disposant initial, le premier gratifié est libre de disposer à titre onéreux des biens transmis¹²⁷⁸. Il n'a pas l'obligation de les conserver. En principe, il ne peut pas en disposer par testament¹²⁷⁹, mais pourra user de ses droits de disposition : vente et transformation¹²⁸⁰. De plus, lorsque ce premier institué est un héritier réservataire et que la donation est consentie en avance sur part successorale, il peut également en disposer par testament ou donation. Aussi, il semble exagérer de considérer que les nouvelles libéralités résiduelles constituent

¹²⁷⁴ C. civ., art. 1061 : « Les dispositions prévues aux articles 1049, 1051, 1052, 1055 et 1056 sont applicables aux libéralités résiduelles ».

¹²⁷⁵ Ils sont donc exclus de la succession du premier gratifié.

¹²⁷⁶ CGI, art. 784 C, al. 1.

¹²⁷⁷ *Loc. cit.*, al. 2.

¹²⁷⁸ En vertu de l'alinéa 2 de l'art. 1058, il n'y a pas de subrogation réelle : « Lorsque les biens, objets de la libéralité résiduelle, ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis ».

¹²⁷⁹ V. C. civ., 1059, al. 1. En revanche, il peut s'en détacher par donation, sauf si la libéralité l'interdit expressément : « La libéralité résiduelle peut interdire au premier gratifié de disposer des biens par donation entre vifs » (art. 1059, al. 2).

¹²⁸⁰ C. civ., art. 1058, al. 1. D'ailleurs, la loi prévoit que le premier gratifié n'aura pas à rendre de compte, ni au disposant, ni au second gratifié (art. 1060).

des « petites fiducies avec (des) petits patrimoines d'affectation¹²⁸¹ ». À moins que l'affectation en question soit revue à sa portion congrue.

Il est vrai que l'opération ne présente pas les inconvénients économiques des substitutions : le gratifié a seulement l'obligation de transmettre ce qu'il n'a pas consommé. Il sera ainsi plus libre de l'administration des éléments transmis. En revanche, le deuxième institué demeure dans l'incertitude de ce que fera son prédécesseur. Il en est tout autrement des libéralités graduelles dans lesquelles le premier institué n'est pas libre de disposer des biens transmis (2)

2. Les libéralités graduelles

307. De la même manière que les libéralités résiduelles existaient déjà partiellement au travers du *legs de residuo*, les libéralités graduelles n'étaient pas des inconnues avant la réforme de 2006. Elles rappellent les rares substitutions qui ont été autorisées sous l'empire du Code civil¹²⁸². De plus, l'article 898 autorise depuis longtemps la mention d'un deuxième appelé dans une libéralité¹²⁸³. Pour autant, la réforme¹²⁸⁴ a supprimé la prohibition totale des substitutions fidéicommissaires¹²⁸⁵. L'interdiction de principe subsiste mais la loi consacre explicitement des exceptions, reconnues sous forme de libéralité avec charge¹²⁸⁶. Dans le cadre des libéralités graduelles, le premier gratifié supporte donc la charge de conserver et de transmettre les biens à sa propre mort¹²⁸⁷. La charge supportée par le grevé est double : elle l'oblige à les conserver et lui interdit d'en disposer, tant entre vifs, qu'à cause de mort.

¹²⁸¹ HOHL. « Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie », *op. cit.*, spéc. n° 7.

¹²⁸² V. n° 82, *supra*.

¹²⁸³ Selon la nouvelle formulation : « La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, la succession ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution et sera valable » (art. 898 issu de la L. n° 2009-526, *op. cit.*, art. 10).

¹²⁸⁴ L. n° 2006-728, *op. cit.*

¹²⁸⁵ V. not. n° 81 s., *supra*.

¹²⁸⁶ L'article 896 du Code civil dispose que « la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi » : art. 9 et 10, L. n° 2006-728, *op. cit.*

¹²⁸⁷ C. civ., art. 1048.

308. En ce sens, les libéralités graduelles peuvent ainsi être assimilées à des quasi-fiducies-libéralités. D'un point de vue fonctionnel en effet, elles reprennent les trois caractéristiques de l'opération fiduciaire¹²⁸⁸. Premièrement, elles emportent un dessaisissement du disposant des éléments faisant l'objet de l'opération. Deuxièmement, elles emportent le saisissement corrélatif d'une autre personne (le premier institué). Troisièmement, elles déterminent une charge au profit d'une personne. Au niveau des effets, les libéralité graduelles emportent une rétention de la propriété au travers de la charge. Comme la fiducie, elles emportent également une (légère) forme d'affectation en ce que le contenu de la libéralité demeure immobilisé dans le patrimoine du premier institué¹²⁸⁹ et apparaît destiné à la jouissance *in fine* du second institué. Pour autant, en accord avec le principe selon lequel la réserve doit venir libre de toute charge, lorsque le grevé est un héritier réservataire, la charge ne peut porter que sur la quotité disponible¹²⁹⁰.

Il pourrait être judicieusement argué que les similitudes entre ces « petites fiducies¹²⁹¹ » et la fiducie nommée auraient pu ouvrir la voie à une fiducie nommée permettant de transmettre à titre gratuit. Ce n'est pas le cas. Pire, le législateur y a même vu un motif pour ne pas l'envisager car cela pourrait présenter « moins d'intérêt » depuis la consécration du mandat à effet posthume, des libéralités résiduelles et des libéralités graduelles¹²⁹². Il est quand même incroyable de se priver de la souplesse et de l'adaptabilité d'un mécanisme au motif qu'il en existerait d'autres qui permettent d'obtenir des effets proches¹²⁹³. Cela est d'autant plus incompréhensible que ces nouveaux mécanismes *a minima* n'ont pas encore fait la preuve de leur utilité. En réalité, l'une des véritables raisons de la prohibition de la fiducie-libéralité est le risque de détournement des règles relatives aux

¹²⁸⁸ V. n° 4, *supra*.

¹²⁸⁹ Et pas dans un patrimoine séparé comme dans le cas de la fiducie nommée : C. civ., art. 2011.

¹²⁹⁰ C. civ., art. 1054.

¹²⁹¹ HOHL. « Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie », *op. cit.*, spéc. n° 7.

¹²⁹² « (...) votre commission estime que la mise en œuvre de cette dernière application pourrait désormais présenter moins d'intérêt en droit français compte tenu de la consécration récente du mandat à effet posthume ainsi que des libéralités graduelles et résiduelles par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités » : DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, p. 15.

¹²⁹³ Malgré l'utilisation du conditionnel et du verbe estimer, l'auteur reconnaît néanmoins que la consécration d'une fiducie-transmission validant l'intention libérale aurait quand même un intérêt.

libéralités et à la dévolution successorale¹²⁹⁴. C'est donc la réserve héréditaire qui en est la principale responsable.

309. Quand bien même la fiducie nommée ne peut pas être utilisée comme un moyen de gratification du fait de la prohibition de l'article 2013 du Code civil, elle peut néanmoins intervenir à titre subsidiaire dans un montage d'anticipation patrimoniale. Le fiduciaire peut, par exemple, devenir le bras armé de la rétention dans le cadre d'une libéralité. Le constituant n'est alors plus le donateur mais le donataire. Celui-ci reçoit la donation¹²⁹⁵ avec charge de constituer une fiducie avec les éléments transmis. La charge imposera qu'un fiduciaire déterminé gère ou procède au transfert à titre onéreux du contenu du patrimoine fiduciaire au profit du constituant. Un tel contournement de l'article 2013 viserait à protéger le donataire de sa propre prodigalité, de son incompetence¹²⁹⁶ ou de son incapacité¹²⁹⁷. L'objet de la fiducie nommée est alors le contrôle des éléments qui font l'objet par ailleurs d'une libéralité.

La fiducie peut également servir de modalité principale d'anticipation. La doctrine évoque par exemple le domaine du financement de la dépendance. Il est ainsi possible d'envisager la mise en place d'une fiducie afin de financer le placement du constituant dans un établissement de soins spécialisés¹²⁹⁸. Cela pourrait même profiter à un bénéficiaire tiers dans la seule mesure où son entretien relève déjà de la responsabilité pécuniaire du constituant¹²⁹⁹.

Toutefois, qu'elle soit utilisée à titre principal ou à titre subsidiaire, la fiducie nommée demeure un mécanisme très limité d'anticipation patrimoniale. Compte-tenu de l'ensemble des mécanismes alternatifs, les lourdeurs fiduciaires¹³⁰⁰ rendent en effet de telles applications hypothétiques, sinon rares.

¹²⁹⁴ V. DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.*, p. 48

¹²⁹⁵ Ou le legs. Cela peut également s'envisager dans le cadre de libéralités successives.

¹²⁹⁶ Cela peut alors intéresser directement le devenir de l'unité économique : v. not. Y.-M. RAVET, M. ANDRÉANI. « La fiducie, un outil au service de l'entreprise familiale ». *AJ fam.*, avril 2015, p. 200 à 202.

¹²⁹⁷ Cela peut concerner tant les descendants mineurs que les ascendants vulnérables.

¹²⁹⁸ V. N. PICARROUGNE, É. DHENNEQUIN. « La fiducie-gestion, un outil pour le banquier privé français ? ». *Act. prat. et strat. patri.*, 2011, n° 1, p. 43, spéc. n° 13.

¹²⁹⁹ À cette occasion, l'intention libérale ne devrait pas être caractérisée et ne devrait donc pas engendrer la nullité de l'opération fiduciaire. V. n° 202 s., spéc. n. 818.

¹³⁰⁰ En particulier la limitation de la fonction de fiduciaire à un professionnel qui sera par conséquent

À la différence de la gratification, qui relève principalement de la sphère personnelle de l'entrepreneur¹³⁰¹, la rétention de la propriété dans le cadre d'un financement concerne plus l'activité professionnelle de celui-ci. C'est le domaine bien connu de la propriété-garantie. Bien qu'il ne présente pas de particularité dans le cadre entrepreneurial, il mérite toutefois d'être brièvement¹³⁰² évoqué compte-tenu de la pratique fiduciaire qui s'épanouit essentiellement comme une garantie complexe (Section 2).

Section 2. La rétention comme modalité du crédit

310. Lorsqu'elle est comprise comme une modalité de l'obtention de financement, la rétention constitue une garantie particulièrement attractive. L'intensité de la rétention peut toutefois varier selon qu'elle confère un droit exclusif ou un simple droit de préférence. Son efficacité et l'intérêt d'y recourir, varient alors grandement. Le droit français n'est pas dépourvu de sûretés réelles dont certains rappellent fortement l'opération fiduciaire (§1). Toutefois, la fiducie à finalité de sûreté n'a pas véritablement vocation à concurrencer ces dernières. Compte-tenu de sa complexité, la fiducie-sûreté reste cantonnée à un rôle de « sûreté d'élite¹³⁰³ » (§2).

§1. La multitude des sûretés réelles

311. Il n'existe pas de doctrine homogène quant au caractère fiduciaire des sûretés du droit français. Néanmoins, un consensus se dégage pour reconnaître un

rémunéré.

¹³⁰¹ Et ce, même lorsque la transmission en question porte essentiellement sur l'unité économique. Mais peut-être est-ce justement là le problème : le relatif désintérêt du législateur pour cette question spécifique. V. n° 19 s., *infra*.

¹³⁰² La finalité de sûreté est celle qui mobilise le plus la doctrine. V. réc. M. TARCHICHI ABOU CHAHINE. « Les Garanties fiduciaires ». Thèse de doctorat. Clermont-Ferrand : Université de Clermont I, 2009, 352 p. ; M. DUEDRA. « Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : essai d'une comparaison ». Thèse de doctorat. Toulouse : Université Toulouse 1 Capitole, 2012, 462 p. ; S. FARHI. « La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté ». Thèse de doctorat. Nice : Université Nice Sophia Antipolis, 2013 ; C. FIX. « Die Fiducie-Sûreté : eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht ». Thèse de doctorat. Strasbourg : Université de Strasbourg, 2014, XXIII-387 p. (résumé disponible en français) ; P. VAN STEENLANDT. « La généralisation de la cession fiduciaire de créance ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2015, 610 p.

¹³⁰³ RAVET et ANDRÉANI. « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse ? », *op. cit.*

lien de parenté entre certains mécanismes et l'opération fiduciaire. Ces ersatz de fiducie ont généralement en commun de faire appel à une troisième personne, en cas d'entiercement par exemple, ou de conférer une propriété temporaire. Pour autant, ces sûretés sont également en concurrence avec des sûretés réelles sans dépossession, comme l'hypothèque et le nantissement, qui peuvent elles aussi être très efficaces.

Lorsqu'elles emportent transfert de propriété, les sûretés réelles se distinguent entre celles qui sont d'origine civile, et celles qui sont d'origine bancaire et financière.

312. Dans le premier cas, la propriété temporaire à titre de garantie concerne la vente ou simplement la constitution d'un gage.

Il s'agit avant tout des ventes avec faculté de rachat. Avant la réforme de 2009¹³⁰⁴, elles étaient nommées « ventes à réméré¹³⁰⁵ ». Aujourd'hui encore, elles sont souvent désignées par cette expression. Ce sont les plus anciens mécanismes de rétention à avoir été consacrés par le Code civil. Définis par les articles 1659 et suivants¹³⁰⁶, ils consistent en la vente d'un bien, accompagnée d'une faculté de rachat au terme d'une période ne dépassant pas cinq années. Lorsque le rachat n'est pas exercé dans ce délai, la propriété du bien est irrévocablement acquise par l'acheteur. Le transfert de propriété intervient alors comme un instrument de crédit au profit du vendeur. Au sens le plus étroit, le réméré s'entend de la seule faculté de reprise du bien vendu. Au sens le plus large, il s'agit de toute l'opération¹³⁰⁷. Mais le Code civil connaît également la réserve de propriété, qui est une sûreté réelle mobilière partageant d'autres traits avec la fiducie-sûreté¹³⁰⁸.

¹³⁰⁴ L. n° 2009-526, *op. cit.*, art. 10.

¹³⁰⁵ Lat. médiév. *reemere* : racheter, au lieu du Lat. class. *redimere* : V° Réméré, CORNU. *Vocabulaire juridique, op. cit.* Les dispositions étaient issues de la L. 1804-03-06, *op. cit.*

¹³⁰⁶ Dans les dispositions du Chapitre IV (« De la nullité et de la résolution de la vente ») du Titre VI (« De la vente ») du Livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil.

¹³⁰⁷ Historiquement, la vente à réméré était un contrat civil dans le domaine des ventes immobilières. Récemment, les marchés financiers l'ont reprise à leur compte afin de contourner la réglementation financière. Toutefois, malgré cet attrait financier (qui touche les mécanismes de rétention en général), la vente à réméré demeure aujourd'hui une forme originale de cession temporaire.

¹³⁰⁸ En vertu de l'article 2367 du Code civil, « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété ». Celle-ci suspend l'effet translatif du contrat jusqu'à l'extinction de sa contrepartie, c'est-à-dire le complet paiement de l'obligation. Ainsi réservée, la

En principe, le gage est une convention en vertu de laquelle un constituant accorde à un créancier « le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs¹³⁰⁹ ». Le gage rappelle le plus l'opération fiduciaire lorsqu'il s'accompagne d'un entiercement, c'est-à-dire avec la remise de l'objet du gage entre les mains d'un tiers neutre qui a pour mission de le conserver pour le compte des parties. Mais depuis que le législateur a reconnu le gage-espèce¹³¹⁰, le parallèle s'est encore renforcé. Ce dernier, qui se distingue en ce qu'il porte sur une somme d'argent (c'est-à-dire des éléments fongibles par nature¹³¹¹), peut ainsi rappeler la fiducie grâce à l'étendue de son assiette¹³¹².

313. Dans le second cas, c'est la pratique bancaire et financière qui, de par l'instabilité normative à laquelle elle est soumise, a développé de nouveaux outils rappelant l'opération fiduciaire. C'est surtout depuis les années mille neuf cent quatre-vingt que le droit bancaire et financier a vu se multiplier ces mécanismes. À défaut de *trust* ou de fiducie, le législateur a d'abord proposé la possibilité de conclure des cessions de créances professionnelles, dites Dailly¹³¹³. Ensuite, toute une série de nouveaux dispositifs s'est développée¹³¹⁴.

propriété apparaît comme un accessoire à la créance garantie : C. civ., art. 2367, al. 2.

¹³⁰⁹ C. civ., art. 2333, créé par l'Ord. n° 2006-346, *op. cit.*, art. 11.

¹³¹⁰ V. Cass. com. 9 avril 1996, Bull. 1996 IV, numéro 116, p. 99 ; Cass. com. 9 mai 2001, Tran Kuoc Lang c/ BNP, JCP E 2001, n° 42

¹³¹¹ La qualification de gage apparaît donc toute relative.

¹³¹² V. n° 52 s., *supra*.

¹³¹³ C. mon. fin., art. L313-23 s. La Cession « Dailly » est issue de la Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises (JO 3 janvier 1981, p. 150) et modifiée depuis. Elle est simplement une cession de créance à titre de garantie auprès d'un établissement de crédit, par voie de remise d'un bordereau.

¹³¹⁴ Depuis 1984 et la Cession Dailly, le droit bancaire et financier a consacré de nombreux autres dispositifs : convention de portage, prêt ou prise à pension de titres financiers ; remise d'instruments financiers, effets, créances ou sommes d'argent dans le cadre de systèmes de règlements interbancaires ; remise en pleine propriété de valeurs, instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, à titre de garantie de certaines obligations financières présentes ou futures. Il y eut également les « dépôts de garantie » par les adhérents des chambres de compensation afin de satisfaire les critères prudentiels puisqu'ils impliquent le transfert de propriété pour garantir les positions prises sur un marché réglementé. Avant, le droit français avait également francisé le *leasing* en crédit-bail : Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail (JORF 3 juillet 1966, p. 5652).

Ces sûretés se rapprochent de la fiducie en ce que la propriété y est « finalisée¹³¹⁵ ». Pourtant, ils ne concurrencent pas véritablement la fiducie-sûreté qui demeure un mécanisme élitiste (§2).

§2. L'élitisme de la fiducie-sûreté

314. La fiducie apparaît véritablement supérieure aux propriétés-garanties car elle confère ce droit exclusif qu'est la propriété et permet des aménagements contractuels nombreux, en particulier au travers de l'élaboration de la mission du fiduciaire (A). Pourtant, son apport pratique demeure marginal en ce qu'il n'est véritablement mis en œuvre que dans quelques opérations complexes mêlant gestion et sûreté (B).

A. Une supériorité de principe

315. Au travers du transfert de la propriété au fiduciaire, la fiducie génère à la fois une rétention et une affectation de propriété. D'abord, elle emporte rétention, puisque le dénouement attendu de l'opération est le retour des éléments transférés vers le patrimoine du constituant¹³¹⁶. Ensuite, elle emporte également affectation puisque les biens sont isolés dans un patrimoine séparé dont le fiduciaire à la charge. De fait, la fiducie-sûreté confère à son bénéficiaire un droit exclusif sur les éléments dont elle fait l'objet. Par ailleurs, la fiducie présente un avantage comparatif très important sur de nombreuses autres sûretés, celui de l'ampleur de son assiette. Alors que le droit français aime consacrer des sûretés spécifiques, dont

¹³¹⁵ BARRIÈRE. « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 », *op. cit.*, n° 6.

¹³¹⁶ Les modalités de retour devront être encadrées contractuellement. V. par ex. l'art. 18 de l'Annexe n°4 : Proposition de contrat de fiducie-sûreté (formule) selon laquelle « Lorsque le Fiduciaire aura constaté que le Constituant est intégralement déchargé de toutes ses obligations, le Patrimoine Fiduciaire retourne de plein droit et en pleine propriété dans le patrimoine du Constituant, Bénéficiaire à titre subsidiaire. (...) Le Fiduciaire notifie la restitution du Patrimoine Fiduciaire au Bénéficiaire, lequel est tenu de prêter tout concours nécessaire à la matérialisation de la restitution dans les trente (30) jours de la notification. À défaut, le Fiduciaire peut faire désigner en justice un mandataire chargé de constater le transfert du Patrimoine Fiduciaire résiduel au Bénéficiaire et de signer tous actes de cession et toutes autres pièces qui s'avèreraient nécessaires ».

la validité dépend de la nature des biens sur lesquels elles portent, la fiducie peut porter sur tout type de biens ou droits. Son assiette est universelle¹³¹⁷.

Par ailleurs, la fiducie peut faire l'objet d'une recharge et permet également de conclure une convention de mise à disposition au profit du constituant. La situation du créancier et du débiteur sera alors différente¹³¹⁸. Enfin, la réforme du 18 décembre 2008¹³¹⁹ a corrigé toutes les difficultés relatives à l'articulation de la fiducie avec le droit des procédures collectives¹³²⁰. C'est pour toutes ces raisons que la fiducie, qui a été fameusement qualifiée de « reine des sûretés¹³²¹ », apparaît effectivement comme une sûreté particulièrement efficace.

En conséquence, le domaine des sûretés se singularise des domaines étudiés précédemment. En effet, tant en matière de cantonnement du risque professionnel¹³²², de gouvernance patrimoniale¹³²³ ou encore d'anticipation patrimoniale¹³²⁴, la fiducie nommée apparaît directement concurrencée par d'autres mécanismes. En matière de sûreté en revanche, la fiducie est, sur le fond, un mécanisme supérieur à tous les autres.

Pourtant, ce n'est que dans le domaine des opérations juridiques et financières complexe que la fiducie nommée est utilisée en tant que garantie (B).

¹³¹⁷ V. n° 52 s., *supra*.

¹³¹⁸ La loi distingue le sort de la garantie fiduciaire lors d'une procédure collective selon qu'elle est assortie ou non d'une convention d'usage ou de jouissance au bénéfice du constituant : C. com., art. L622-23-1. Dans un tel cas, la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire est neutralisée. La fiducie-sûreté est ainsi privée d'effet pendant toute la durée de la période d'observation et d'exécution du plan. En revanche, une procédure de liquidation n'est pas impactée par une telle convention. Cela rend la fiducie nommée très attractive tant pour les débiteurs à la recherche de financement que pour les créanciers disposés à laisser au débiteur les moyens de rembourser leur dette.

¹³¹⁹ Ord. n° 2008-1345, *op. cit.* V. n° 198 s., *supra*.

¹³²⁰ Le juge a encore eu peu d'occasion de se prononcer sur la robustesse de la fiducie-sûreté. V. cependant l'affaire Eyedea dans laquelle la Cour d'appel de Paris rappelle que « le contrat de fiducie emporte transfert 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 » : CA Versailles, 15 septembre 2011, n° 09/09309. Devant la Cour suprême, la question de la validité de la fiducie n'a pas été évoquée : Cass. com., 21 février 2012, n° 11-10.553.

¹³²¹ FERRY. « Fiducie et procédures collectives », *op. cit.* V. n° 92, *supra*.

¹³²² V. n° 242, *supra*.

¹³²³ V. n° 265, *supra*.

¹³²⁴ V. n° 288, *supra*.

B. Un apport pratique limité aux opérations complexes

316. Dans un contexte de renforcement des procédures collectives, l'efficacité des garanties constituées par les créanciers tend à être remise en cause. Les sûretés réelles traditionnelles, à l'instar de l'hypothèque ou du nantissement, peuvent alors apparaître à certains créanciers comme insuffisantes. L'intérêt fondamental de la fiducie-sûreté par rapport aux sûretés réelles traditionnelles est alors d'offrir une garantie attrayante en cas de risque de procédures collectives. Elle permet en effet de déjouer certaines règles mises en place par ailleurs¹³²⁵. Cela concerne tout à la fois les entreprises faisant l'objet d'une procédure de collective ou qui en sont menacées.

En principe, la fiducie est la sûreté la plus efficace lorsque le créancier est un établissement financier et remplit la fonction de fiduciaire. Elle emporte alors un transfert de propriété au profit et dans les mains du créancier. C'est pour cette raison que la doctrine s'évertue à promouvoir les atouts de la fiducie en tant que sûreté. C'est particulièrement le cas en matière immobilière¹³²⁶.

La fiducie est également particulièrement attractive grâce à la mission qui est confiée au fiduciaire. Mêlant gestion et sûreté, la sûreté permet un véritable aménagement contractuel en adéquation avec les besoins des parties.

317. Toutefois, l'attrait d'une garantie ne peut pas s'évaluer à l'aune de la seule efficacité juridique. En ce sens, un auteur rappelle quatre critères d'évaluation de ce que serait une sûreté idéale¹³²⁷. Il s'agit d'abord de la simplicité de sa constitution, ensuite de sa capacité à s'adapter à la dette garantie, puis du degré d'assurance de recevoir un paiement en cas d'inexécution du débiteur et enfin, de la simplicité de sa réalisation. Ainsi, l'efficacité de la fiducie-sûreté ne peut pas écarter tous les

¹³²⁵ Comme les saisies ou les ventes aux enchères.

¹³²⁶ V. T. BRUN, B. TESTON. « La fiducie comme véhicule d'externalisation d'un patrimoine immobilier ». *Actualité de la fiducie*, février 2010, n° 1 ; BÉDARIDE. « Plaidoyer pour l'utilisation urgente de la fiducie-sûreté pour refinancer l'immobilier d'entreprise », *op. cit.* ; M. BLANCK-DAP, Y.-M. RAVET. « La fiducie comme mode d'organisation des opérations immobilières ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 44 à 51 ; B. CASTÉLAN, O. RAMOND. « Fiducie, potentiel de compétitivité pour l'industrie immobilière ? ». *Réflexions immobilières*, 2013, n° 63, p. 43 ; A. AYNÈS. « Fiducie immobilière : belle endormie ». *JCP N*, -03-25, n° 12, p. 37, 1106.

¹³²⁷ V. ANSAULT. « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *op. cit.*, spéc. p. 53. Adde L. AYNÈS, P. CROCQ. *Les sûretés : la publicité foncière*. 4^e éd. Paris : Defrénois, 2009, X-411 p. (Droit civil), spéc. n° 8.

autres paramètres, ni effacer la lourdeur de son dispositif. L'un des atouts de la fiducie est l'adaptabilité dont elle peut faire preuve et la largesse de son assiette¹³²⁸. En revanche, son coût, associé à une complexité contractuelle certaine et la force des habitudes, la disqualifie dans de nombreux cas et la réserve aux opérations économiques les plus complexes.

En effet, seules certaines situations justifient le recours à un mécanisme aussi singulier et sophistiqué que la fiducie. Cela peut être le cas pour des opérations d'ampleur qui peuvent absorber le coût de son fonctionnement. Les opérations économiques qui s'inscrivent dans un temps long, comme les financements pluriannuels, font partie de ces situations (comme par exemple les grands travaux d'équipements ou d'infrastructures¹³²⁹). Cela peut encore être le caractère singulier de l'opération qui justifie un recours à une fiducie. Ainsi, afin de pérenniser et d'institutionnaliser un mécanisme de revitalisation de bassin d'emplois, le fonds de revitalisation de la Seine-Maritime (FMR76) a opté pour une fiducie. Le fiduciaire agissait de manière indépendante pour garantir l'exécution de la distribution des fonds. Sa qualité de fiduciaire lui permettait aussi une facilité de gestion des fonds garantis : pas de gestion des délégations pour les prêts, recouvrements et placements financiers¹³³⁰. De la même manière, la fiducie est un outil intéressant de syndication bancaire¹³³¹.

Mais dans tous ces derniers cas, l'aspect déterminant du choix pour la fiducie relève plus de l'externalisation d'une mission auprès d'un fiduciaire qui dispose d'une quasi-plénitude de pouvoirs pour agir, que de l'obtention du crédit grâce une garantie. Il s'agit en réalité de sécuriser une opération complexe qui concerne de nombreux acteurs qu'il convient de rassurer. Ce sont les mêmes types de raisons qui avaient expliqué le recours à une fiducie dans le cadre des

¹³²⁸ V. n° 52 s., *supra*.

¹³²⁹ V. J.-F. ADELLE, X. PAPER. « La fiducie dans les financements d'infrastructures ». *Revue Banque*, septembre 2011, n° 739.

¹³³⁰ Pour une illustration de la complexité du schéma, v. l'Annexe n°5 : Schéma organisationnel de la « Fiducie-revitalisation » FMR76. *Adde La fiducie en action - Actes du Colloque*. Paris : Comité de Droit Financier - Paris EUROPLACE, 7 février 2012, 48 p.

¹³³¹ V. not. C. JACOMIN. « L'agent des sûretés au service du syndicat bancaire ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2012, vol. 93, n° 4662, p. 27 ; O. FILLE-LAMBIE, L.-J. LAISNEY. « La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués ? ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 192, p. 76 à 82.

restructurations d'entreprise¹³³². En la matière, la fiducie porte principalement sur des valeurs mobilières et sert de véhicule de restructuration financière pour des grandes entreprises¹³³³.

Aussi, comme le régime de la fiducie n'est pas propice à en faire un outil courant, celle-ci demeure une sûreté marginale. Pour présenter les choses sous un angle plus favorable, il s'agit d'une « sûreté d'élite¹³³⁴ ».

¹³³² V. spéc. S. DE SILGUY. « La fiducie : une réussite ? ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2013, vol. 104, n° 5106, p. 59 ; S. SCHILLER et al. « Retour sur des utilisations réussies de la fiducie (Dossier) ». *Dr. et patr.*, septembre 2013, n° 228, p. 33 à 46 ; S. CATOIRE, A. BERTIN. « Cas pratiques fiduciaires ». *Dr. et patr.*, septembre 2013, n° 228, p. 34 ; T. BRUN, B. TESTON. « Un exemple de fiducie : la sécurisation des paiements dus au titre d'un PSE ». *Actualité de la fiducie*, juillet 2010, n° 6 ; T. BRUN, B. TESTON. « Un nouveau schéma fiduciaire innovant ». *Actualité de la fiducie*, octobre 2012, vol. 16.

¹³³³ Notamment dans des schémas de « retournement ». V. par ex. V. SAVAGE. *La fiducie sur parts et actions de sociétés : aspects juridiques et fiscaux*. Bruxelles : Larcier, 2015, 104 p.

¹³³⁴ RAVET et ANDRÉANI. « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse ? », *op. cit.* Par conséquent, il peut être regretté que la question fiduciaire sous trop souvent envisagée sous le seul prisme du droit des sûretés. Il est bien évidemment attendu que les travaux réservés au droit des sûretés abordent la question fiduciaire au travers la propriété-sûreté : v. par ex. M. CABRILLAC. *Droit des sûretés*. 9^e éd. Paris : Litec, 2010, 848 p. (Manuel), spéc. p. 429 à 437. Mais il est également indispensable d'envisager la fiducie au-delà de son seul apport en terme de crédit. C'est ainsi l'objet des présents travaux.

318. À défaut de registre public¹³³⁵, il n'existe pas de statistiques officielles quant au nombre de fiducies conclues depuis 2007. La première fiducie n'a été signée que près d'un an après la promulgation de la loi. Comme un symbole, c'est l'État français qui s'est engagé directement. Il est en effet le bénéficiaire de la première fiducie constituée à titre de sûreté et signée dans les locaux même du ministère des finances¹³³⁶. En près de dix ans, des sources officieuses évaluent le nombre de fiducies à environ deux cents¹³³⁷. D'après les rares informations disponibles, les trois quarts de ces opérations auraient été conclus avec une finalité de sûreté¹³³⁸ ; le quart restant ne prévoyant qu'une mission de gestion pour le fiduciaire. Il convient également de noter que l'écrasante majorité des fiducies conclues l'ont été entre personnes morales. Seules quelques fiducies auraient eu comme constituant des personnes physiques.

Aujourd'hui, la fiducie nommée constitue un micromarché fermé. Il s'agit d'un domaine réservé, pour la quasi-totalité des opérations, à des opérateurs économiques et financiers d'ampleur nationale et opérant sur la Place de Paris. Cela s'explique en partie par le fait que la fonction de fiduciaire demeure essentiellement réservée aux établissements financiers¹³³⁹. Or, les sièges sociaux des sociétés de gestion se situent presque tous en Île-de-France. D'ailleurs, l'essentiel de ces opérations fiduciaires ont été prises en charge par les trois mêmes établissements de gestion d'actifs : la Caisse des dépôts et consignations¹³⁴⁰, la CACIB¹³⁴¹ et Equitis¹³⁴². Cela veut dire qu'environ une vingtaine de fiducies était portée par des

¹³³⁵ V. n° 234 s., spéc. n° 235 *in fine, supra*.

¹³³⁶ Le constituant était une société redevable de dettes fiscales et sociales. Natixis, agissant en la qualité de fiduciaire, a reçu la propriété d'un bien immobilier avec pour mission de gérer celui-ci jusqu'au désintéressement de l'État. V. Communiqué de Natixis en date du 8 février 2008. Égal. « L'État baptise la première fiducie ». *Rev. Lamy dr. aff.*, 2008, 1527.

¹³³⁷ Selon l'Association française des fiduciaires (AFF), il y avait une trentaine de fiducies en cours pendant l'année 2011. En 2012, leur nombre était évalué à environ cent vingt, c'est-à-dire au moins quatre-vingt-dix nouvelles fiducies conclues dans l'année. V. *PV de l'Assemblée Générale du 8 avril 2013*. In : *Site officiel de l'AFF*. Ces chiffres semblent confirmés de manière officieuse par l'administration : ARSAC. *La propriété fiduciaire, op. cit.*, spéc. n. 2.

¹³³⁸ V. égal. DE SILGUY. « La fiducie : une réussite ? », *op. cit.* L'auteur évoque des chiffres et des sources similaires mais retient un ratio différent de 60 % - 40 % en faveur des fiducies à finalité de sûreté.

¹³³⁹ V. n° 153 s., *supra*.

¹³⁴⁰ Trois fiducies conclues.

¹³⁴¹ *Crédit Agricole Corporate & Investment Bank* : trente fiducies conclues.

¹³⁴² Trente-sept fiducies conclues.

avocats-fiduciaires. Les professionnels de l'activité fiduciaire demeurent donc très peu nombreux et cela n'est pas sans incidence sur la diffusion de la pratique fiduciaire.

319. Certains, notamment les opérateurs financiers agissant fréquemment en la qualité de fiduciaire, se satisfont de ces chiffres et y voient même un véritable succès eu égard au montant des sommes mise en fiducie. Il est vrai que près de quatre milliards d'euros d'actifs étaient déjà sous gestion fiduciaire en 2012¹³⁴³. En général, une opération fiduciaire porte sur des actifs dont la valeur de transfert varie entre sept et quarante millions d'euros. Pourtant, la comparaison chiffrée avec le fonds de dotation s'avère particulièrement cruelle. Ainsi, il se crée annuellement plus de dix fois plus de fonds de dotation que de fiducie¹³⁴⁴. Les encours des fonds de dotations s'évaluent quant à eux entre six cents et sept cents millions d'euros pour la seule année 2014¹³⁴⁵. Ce parallèle est d'autant plus intéressant que les deux mécanismes ont à peu près la même date de promulgation¹³⁴⁶, et que l'introduction du FDD était également mue par une volonté d'aligner le droit français sur des standards internationaux¹³⁴⁷.

Si, à droit constant, la fiducie nommée apparaît comme un instrument marginal, elle ne doit cependant pas être conçue comme un mécanisme figé. À l'instar de la *fiducia*¹³⁴⁸, la fiducie nommée peut être amenée à évoluer. Mais à la différence de l'institution romaine qui évolua sur plusieurs siècles, il n'est aujourd'hui pas souhaitable d'attendre d'hypothétiques évolutions naturelles. C'est au législateur qu'il appartient d'intervenir en changeant le droit, afin d'exposer et d'exploiter le potentiel de la fiducie nommée (Titre II).

¹³⁴³ V. *PV de l'Assemblée Générale du 8 avril 2013, op. cit.*

¹³⁴⁴ En 2014, il y avait mille huit cent quarante-deux fonds de dotation enregistrés. V. TCHERNONOG ; DE NERVAUX (dir.). *Les fonds et fondations en France, op. cit.*, spéc. p. 13. *Adde* n. 1107, *supra*.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

¹³⁴⁶ Soit les années 2007 et 2008.

¹³⁴⁷ Notamment les « *endorsement funds* » américains. V. n° 273 s., et spéc. n. 1119, *supra*.

¹³⁴⁸ « Cette définition de la *fiducia* ne doit pas donner l'impression qu'il s'agissait d'une institution statique » : WITZ. *La Fiducie en droit privé français, op. cit.*, n° 21.

Titre II. *De lege ferenda* : un potentiel certain

320. De l'aveu même du parlementaire ayant rédigé la proposition de loi, la fiducie nommée risquait de décevoir¹³⁴⁹. Néanmoins, pour de nombreux observateurs, l'essentiel était ailleurs : après l'échec de nombreuses tentatives, le mécanisme était enfin instauré en France. Peu importait que le texte soit introduit par la petite porte, dans l'esprit de certains optimistes, les critiques représentaient la promesse d'améliorations futures. Les reproches à l'encontre des dispositions initiales furent effectivement rapides, tout comme les changements apportés¹³⁵⁰. Mais en dépit des différentes modifications adoptées dans la foulée de l'instauration, les critiques initiales persistèrent. Les dispositions relatives à la fiducie nommée ayant par la suite peu évolué, il n'est pas surprenant que la fiducie demeure une pratique confidentielle. Il en sera de même sans évolution législative. Encore faut-il s'entendre sur ce qu'il convient de changer.

Pour que le potentiel de la fiducie nommée se réalise, il est indispensable que le législateur rééquilibre le régime de la fiducie au profit d'applications patrimoniales et personnelles. Ce n'est qu'au travers de cet équilibre que la fiducie pourra véritablement se développer. En ce sens, le *trust* est un véritable modèle (Chapitre 1). Mais le rapport que la fiducie nommée entretient avec le *trust* apparaît ambivalent. À la fois modèle et concurrent, ce dernier apparaît comme un idéal indépassable. Le cœur du problème réside dans le fait que le législateur, tout en jalouxant le succès du *trust*, ne s'est jamais donné les moyens d'en réceptionner un véritable équivalent. Aussi, au regard des ambitions, affichées ou fantasmées¹³⁵¹, c'est la pusillanimité du législateur qui explique ce régime bancal dont il convient d'améliorer le sort (Chapitre 2).

¹³⁴⁹ « Il est clair que le texte final se révèle d'une portée plus réduite que ma proposition de loi, et a donc pu en partie décevoir certains professionnels et praticiens, mais il constitue en soi une petite révolution juridique —ou plutôt une renaissance— et un progrès dans la compétitivité internationale de notre droit » : P. MARINI. « La fiducie, enfin ! ». *JCP E*, 2007, 2050.

¹³⁵⁰ Au travers de deux nouvelles lois, quatre décrets et deux ordonnances en un peu plus de quatre ans : L. n° 2008-776, *op. cit.* ; Décr. n° 2007-725, *op. cit.* ; Ord. n° 2008-1345, *op. cit.* ; Ord. n° 2009-112, *op. cit.* ; L. n° 2009-526, *op. cit.* ; Décr. n° 2009-1627, *op. cit.* ; Décr. n° 2010-219, *op. cit.* ; Décr. n° 2011-1319, *op. cit.*

¹³⁵¹ Sur la non-compréhension de la logique du *trust*, v. not. BARRIÈRE. « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *op. cit.* n° 22 s.

Chapitre 1. Le modèle du *trust*

321. Bien que ne relevant pas de la même nature juridique, la fiducie avait vocation à être « l'équivalent¹³⁵² » du *trust*. Ce dernier jouit effectivement d'un incroyable pouvoir d'attraction, au point de constituer un modèle irriguant les systèmes juridiques du monde entier. Cet attrait s'explique en partie par la puissance économique et culturelle des pays anglo-saxons. Associée à l'importance de la volonté individuelle, elle a transformé le *Common Law* en une sorte de *lex mercatoria*¹³⁵³ contemporaine¹³⁵⁴. Mais si le *trust* semble surpasser tous les autres mécanismes fiduciaires, c'est également grâce à l'équilibre de son offre. Le *trust* s'est en effet toujours adapté aux changements économiques et sociaux, et démontre une véritable capacité à prospérer dans tous les domaines de l'activité humaine. Un entrepreneur peut ainsi espérer y faire appel tant au titre de son activité professionnelle et celle de son entreprise, qu'au titre de sa vie privée. Cet équilibre est la nature même du *trust*.

Ce sont les attributs singuliers du *trust* (Section 1), qui expliquent le développement de pratiques patrimoniales puis financières (Section 2).

Section 1. Des attributs singuliers et flexibles

322. Il serait hasardeux de vouloir voir dans la dichotomie sur laquelle repose un *trust*, une manifestation démembrée du droit de propriété des articles 544 et suivants du Code civil. Pour autant, tout parallèle n'est pas interdit¹³⁵⁵. Le recours aux concepts de nue-propriété et d'usufruit permet d'approcher de manière

¹³⁵² V. n° 69 s., *supra*.

¹³⁵³ Lat. sign. « Loi des marchands », pris dans son sens de corps de règles posé par les acteurs économiques eux-mêmes et dont l'usage a progressivement irrigué toutes les coutumes d'Europe. Contrairement à ce qui est trop souvent enseigné ou répété, le système juridique le plus répandu dans le monde n'est pas le *Common Law* mais le droit civil. Par ailleurs, le droit civil et le *Common Law* consacrent le plus souvent des solutions similaires, même si cela s'opère au moyen de techniques juridiques qui peuvent paraître incompatibles voire contraires.

¹³⁵⁴ Notamment sous les mouvements de régionalisation inter-États telle que l'Union Européenne.

¹³⁵⁵ Pour une approche, v. M.-F. PAPANDRÉOU. « Droit des trusts et droit des biens ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mars 2006, n° 25, p. 57, spéc. p. 64-65.

simplifiée la philosophie générale du dispositif en ce que le *trust* n'est pas un outil juridique quelconque, mais avant tout une modalité de la propriété reconnue en *Common Law*¹³⁵⁶.

Le *trust* est une notion fondée sur des principes solides mais dont la simplicité engendre, à rebours des rigidités de la fiducie¹³⁵⁷, une véritable plasticité (§1). Cette souplesse intrinsèque explique son expansion constante (§2).

§1. Une plasticité intrinsèque

323. Autant les origines du *trust* ne sont pas faciles à cerner¹³⁵⁸, autant sa constitution peut être relativement simple à constater. À la grande différence de la fiducie, qui se matérialise au travers d'un contrat, le *trust* est une situation de droit ou une simple manifestation de volonté¹³⁵⁹. Au-delà, la liberté offerte est quasiment illimitée. Ses facettes sont nombreuses et sa plasticité sans égale. Il peut être révocable ou irrévocable¹³⁶⁰, testamentaire¹³⁶¹ ou *inter vivos*¹³⁶², strict ou discrétionnaire¹³⁶³, exprès ou tacite, simple¹³⁶⁴ ou complexe¹³⁶⁵ voire spécial¹³⁶⁶.

¹³⁵⁶ V. égal. n° 5 s., *supra*.

¹³⁵⁷ V. Titre II : Un régime inadapté aux spécificités entrepreneuriales, n° 136 s., *supra*.

¹³⁵⁸ V. n° 6 s., *supra*.

¹³⁵⁹ Pour l'essentiel des cas dont il est question dans cette étude. Néanmoins, un *trust* peut également résulter implicitement de la loi (*Resulting trust* et *Constructive trust*). V. not. D. J. HAYTON, P. MATTHEWS, C. MITCHELL. *Underhill and Hayton law relating to trusts and trustees*. 18^e éd. Londres : LexisNexis, 2010, CCXV-1429 p., spéc. n° 6 à 8.

¹³⁶⁰ *Revocable trust* et *Irrevocable trust* : le *settlor* se laisse ou non la possibilité de mettre lui-même un terme au *trust*.

¹³⁶¹ *Testamentary trust*, dont la création est prévue dans les dispositions testamentaires du *settlor*.

¹³⁶² *Living trust* ou *Grantor trust*, soit *trust* « entre vifs ». C'est-à-dire que le *settlor* est une personne physique vivante au moment de sa création.

¹³⁶³ *Discretionary trust* : le *settlor* se laisse alors la possibilité de modifier tout ou partie du *trust* pendant la durée de vie de celui-ci.

¹³⁶⁴ *Simple trust*, à savoir dans lequel les revenus produits par les biens mis en *trust* doivent être distribués en totalité au fur et à mesure de leur réalisation.

¹³⁶⁵ *Complex trust*, dans lequel les revenus du *trust* sont accumulés ou distribués périodiquement, ou encore dans lequel les biens sont distribués concurremment des revenus.

¹³⁶⁶ *Special trust*. Il varie selon l'étendue des pouvoirs et de la mission conférés au *trustee*, ainsi que des droits alloués aux bénéficiaires. C'est par exemple le cas d'un *Spendthrift trust* (Litt. « *trust* prodigalité ») qui est créé au profit d'une personne dont le *settlor* estime qu'elle fait preuve de prodigalité. Dès lors, c'est le *trustee* qui dispose des tous les pouvoirs pour décider comment utiliser les actifs du *trust* dans l'intérêt du *beneficiary* prodigue.

Cette plasticité est porteuse de simplicité pour les agents économiques (A). En effet, les principes sur lesquels le *trust* est fondé présentent l'avantage d'être constants dans le temps et dans l'espace. En pratique, il ne convient pourtant plus de parler d'un *trust* unique mais plutôt de *trusts*. Grâce à cette souplesse, le *trust* a en effet bénéficié d'une expansion impressionnante dans le monde entier, en partie grâce au droit international privé conventionnel (B).

A. La simplicité du *trust*

324. Dans les pays de droit civil, à l'instar de la fiducie, le *trust* est souvent défini comme étant l'opération par laquelle un *settlor*¹³⁶⁷ transfère certains de ses biens à un *trustee*¹³⁶⁸ qui les détient en son nom et les administre au profit d'un *beneficiary*¹³⁶⁹ ou dans un but autorisé par la loi¹³⁷⁰. La proximité avec la fiducie nommée telle que définie par l'article 2011 du Code civil est alors patente.

Pourtant, l'approche la plus fidèle est sans doute celle proposée par Lépaulle dès les années mille neuf cent trente. Selon lui, le *trust* serait avant tout « 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 public¹³⁷¹ ». De fait, le *trustee* se trouve chargé de gérer un patrimoine affecté dont il n'est pas propriétaire. S'ouvre alors une période transitoire pendant laquelle « l'ancien propriétaire, le *settlor*, a cessé de l'être, tandis que le nouveau, le bénéficiaire, ne l'est pas encore¹³⁷² ». Il existe plusieurs manières de présenter les conditions essentielles à l'existence d'un *trust*.

325. Certains auteurs anglo-américains préfèrent mettre l'accent sur la suprématie de la volonté individuelle du constituant. Dès lors, un *trust* serait

¹³⁶⁷ L'équivalent du constituant.

¹³⁶⁸ L'équivalent du fiduciaire.

¹³⁶⁹ L'équivalent du bénéficiaire.

¹³⁷⁰ V° Trust : CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹³⁷¹ LÉPAULLE. *Traité théorique et pratique des trusts*, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁷² J.-P. LE GALL. « Le nouveau régime fiscal français des trusts : une copie à revoir ». *RDF*, 1 décembre 2011, n° 48, étude 604, n° 3.

constitué lorsque trois « certitudes¹³⁷³ » peuvent être reconnues par la justice : certitude quant à la volonté du donateur ou du testateur de créer un *trust*¹³⁷⁴, certitude quant à la détermination des éléments transférés dans le *trust*¹³⁷⁵ et, enfin, certitude quant à la détermination des bénéficiaire du *trust*¹³⁷⁶. *A contrario*, quatre incertitudes pourraient annihiler toute possibilité d'existence d'un *trust* : « *conceptual uncertainty*¹³⁷⁷ », « *evidential uncertainty*¹³⁷⁸ », « *ascertainability*¹³⁷⁹ » et « *administrative unworkability*¹³⁸⁰ ».

326. Une autre partie de la doctrine anglo-américaine préfère, quant à elle, retenir quatre conditions nécessaires à l'existence d'un *trust*¹³⁸¹. Dans ce cas, un *trust* doit premièrement être caractérisé par une masse distincte de biens, c'est-à-dire un patrimoine affecté ou patrimoine fiduciaire¹³⁸². Deuxièmement, il doit exister un titre au nom et pour le compte du *trustee*¹³⁸³. Troisièmement, il y doit y avoir une charge ou une obligation en équité¹³⁸⁴. Quatrièmement enfin, il faut qu'un

¹³⁷³ Il s'agit des « *three certainties* » définies par Lord Langdale (1783-1851) dans le fameux arrêt *Knight v Knight* (1840) 49 ER 58, (1840) 3 Beav 148. À noter que ces trois impératifs avaient déjà été dégagés (mais sans cette dénomination) par Lord Eldon (1751-1838) dans l'arrêt *Wright v Atkyns* (1823) Turn. & R. 143, 157. Sur ce point, v. not. THOMAS et HUDSON. *The law of trusts, op. cit.* p. 43-67.

¹³⁷⁴ « *Certainty of intention* ». Celle-ci ne dépend pas d'un quelconque formalisme. Au contraire, l'absence de formalisme est affirmée de plus en plus aisément par les juges anglais depuis le milieu du XX^{ème} siècle. V. THOMAS et HUDSON. *The law of trusts, op. cit.*, p. 43 à 46.

¹³⁷⁵ « *Certainty of subject-matter* », *ibid.*, p. 69 à 91.

¹³⁷⁶ « *Certainty of objects* », *ibid.*, p. 93 à 110. À noter que ce dernier point est parfois remplacé par la nécessité que la volonté du constituant se soit clairement exprimée : REBOUL et SOMMER. « Fasc. 2 : Trust », *op. cit.*, n° 6.

¹³⁷⁷ « Incertitude conceptuelle » : la formulation n'est pas suffisamment claire pour valider l'existence d'un *trust*.

¹³⁷⁸ « Incertitude probatoire » : il n'existe pas suffisamment d'éléments matériels pour prouver l'existence d'un *trust*. À noter que cette incertitude est relative car elle ne conduit pas toujours à l'invalidité du *trust*.

¹³⁷⁹ « *Vérifiabilité* » : concerne les cas où le ou les bénéficiaires ne peuvent pas être trouvés. Mais le *trustee* peut alors avoir le pouvoir de décider qui est bénéficiaire.

¹³⁸⁰ « Impossibilité administrative » : l'objet du *trust* n'est pas ou plus réaliste.

¹³⁸¹ V. par ex. D. J. HAYTON. *Modern International Developments in Trust Law*. Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, X-346 p. ; D. B. PARKER, A. R. MELLOWS, A. OAKLEY. *Parker and Mellows : the modern law of trusts*. 7^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 1998, IV-799 p.

¹³⁸² « *Property subject to the trust* ».

¹³⁸³ « *Legal title* ».

¹³⁸⁴ « *Equitable obligation* ».

ou plusieurs bénéficiaires soient désignés¹³⁸⁵. La question du formalisme est alors mise de côté, de même que la nécessité pour le *trust* d'émerger de la volonté clairement exprimée d'une personne physique ou morale.

327. Quelle que soit l'approche retenue¹³⁸⁶, les critères d'existence du *trust* apparaissent suffisamment distinctifs pour le différencier de tout autre mécanisme juridique¹³⁸⁷. Surtout, ils demeurent relativement simples et présentent ainsi l'intérêt de pouvoir étendre la qualification de *trust* à des véhicules juridiques qui n'en sont formellement pas. En effet, les exigences en matière de formalisme sont quasiment inexistantes. Aussi, un *trust* peut servir dans des circonstances dépassant très largement le droit des affaires. C'est par exemple le cas pour les relations internationales. Le *trust* a pu servir comme un instrument de gestion du paiement de réparations de guerre¹³⁸⁸ ou encore comme outil de contrôle politique d'un territoire¹³⁸⁹.

¹³⁸⁵ Certains auteurs considèrent que la troisième et la quatrième condition ne sont en réalité qu'un seul et même impératif. Par ex : D. J. HAYTON. « Principles of European Trust Law ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 19.

¹³⁸⁶ V. égal. celle de Donovan Waters qui comprend cinq caractéristiques : « (1) *The trust is a hybrid of obligation and property* ; (2) *The trust is a relationship between a trustee and a beneficiary, and the trustee is a fiduciary vis-à-vis the beneficiary* ; (3) *The trust is a concept distinct from the will, deed or other manner in which its terms are set out* ; (4) *The trust fund must be segregated from the trustee's personal assets and all other assets* ; (5) *The trust is a very flexible concept, both as to governance and the variety of beneficial interests that can be created* » ; soit « (1) Le *trust* est un mélange entre obligation et propriété ; (2) Le *trust* est une relation entre un *trustee* et un bénéficiaire, et le *trustee* est tenu par son devoir fiduciaire à l'égard du bénéficiaire ; (3) Le *trust* est un concept que se différencie de l'acte ou de la manière de le créer ; (4) Le patrimoine du *trust* doit être séparé du patrimoine du *trustee* et de tout autre patrimoine ; (5) Le *trust* est un concept très flexible, à la fois quant à sa gouvernance et quant à la variété des finalités poursuivies au profit du bénéficiaire ». V. D. W. M. WATERS. « The distinctive characteristics of the Anglo-Saxon trust ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 23.

¹³⁸⁷ En droit anglais, le *trust* se distingue ainsi clairement des notions suivantes : *contract, debt, estates of deceased persons, equitable charges, conditions* ou *powers*. Pour plus de détail sur ce point, v. PARKER, MELLOWS, et OAKLEY. *Parker and Mellows, op. cit.* p. 19-34. En droit français, le *trust* se distingue par exemple de la fiducie en ce qui concerne sa durée potentielle. Selon la doctrine « cy-près », les juges peuvent prolonger la durée d'un *charitable trust* en modifiant son objet. Est-il vraiment imaginable que les juridictions françaises prennent la liberté d'en faire de même pour la fiducie ? V. n. 790, *supra*.

¹³⁸⁸ À l'issue de la Première Guerre mondiale, la Banque des Règlements Internationaux (BRI ou *Bank for International Settlements*) était désignée dans le plan Young (1929) comme le *trustee* des réparations payées par l'Allemagne. Les alliés, à qui les sommes devaient être attribuées, étaient désignés comme *beneficiaries*. V. BÉRAUDO. *Les trusts anglo-saxons et le droit français, op. cit.*, n° 12.

¹³⁸⁹ Le Gouvernement des États-Unis est particulièrement friand de cette technique. Il l'a utilisé, à de multiples occasions, pour régler des affaires de politique internationale. Par exemple, lors de l'occupation de Cuba par l'armée Américaine entre 1898 et 1902, le Gouvernement américain agissait en tant que *trustee* : v. not. J. K. BANGS. *Uncle Sam, trustee*. New York : Riggs Publishing Company, 1902, XV-

Ce type d'application paraît totalement impensable pour la fiducie nommée qui est intégrée au droit français. Malgré la liberté qu'il emporte, le cadre contractuel se révélera toujours plus restrictif qu'un acte unilatéral comme le *trust*.

A contrario, cette simplicité est emblématique de l'approche traditionnelle des droits issus du *Common Law*, dont le pragmatisme doit être salué. C'est aussi cette approche dominante qui a été retenue par la Convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (B).

B. La Convention de La Haye relative au *trust*

328. La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985¹³⁹⁰ est une initiative intéressante de synthèse de l'essence même de ce qu'est le *trust* dans le monde¹³⁹¹. Il vise une sorte de *trust* mondialisé et donc susceptible de s'épanouir dans toutes les juridictions du monde. La démarche a pour objectif de donner un effet direct à tout mécanisme correspondant à une définition globale du *trust*, vu comme le véhicule principal de l'opération fiduciaire¹³⁹².

Cependant, la Convention n'a rencontré que peu de succès : sur les soixante-douze membres de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, seuls douze l'ont signée et elle n'est entrée en vigueur que dans onze¹³⁹³. Quoiqu'il en soit, cette approche a incité un auteur à parler de « *shapeless trust* », c'est-à-dire d'un *trust* quelle que soit la forme ou le véhicule juridique utilisé¹³⁹⁴. Cette position

342 p. De même, en politique intérieure, le Gouvernement a agi en tant que *trustee* sur les terres indiennes : v. not. S. K. HUMPHREY. *The Indian dispossessed*. New York : Young People's Missionary Movement of the United States and Canada, 1905, 298 p. Par ailleurs, encore aujourd'hui, le Conseil de tutelle des Nations Unies (*United Nations Trusteeship Council*) agit comme *trustee* au profit des habitants des États dont il a reçu mission d'assurer la protection.

¹³⁹⁰ Conv. La Haye 1er Juillet 1985, *op. cit.*

¹³⁹¹ V. égal. n° 2, *supra*.

¹³⁹² « Aux fins de la présente Convention, le terme '*trust*' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant — par acte entre vifs ou à cause de mort — lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé » : Conv. La Haye 1er Juillet 1985, *op. cit.*, art. 2.

¹³⁹³ Huit pays membres de la Conférence (Australie, Canada, Italie, Luxembourg, Malte, Monaco, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) et trois pays non-membres (Suisse, Liechtenstein et Saint-Marin).

¹³⁹⁴ S. DIX (collectif). *Trusts : a comparative study*. Cambridge/New York : Cambridge University Press, 2000, XXX-400 p. (Cambridge studies in international and comparative law), spéc. p. 331 ; M. LUPOI. « The Shapeless Trust ». *Trusts & Trustees*, 1995, vol. 1, n° 3, p. 15.

paraît particulièrement pertinente tant le *trust* peut servir dans des situations qui n'ont rien à voir les unes avec les autres¹³⁹⁵.

329. Par ailleurs, la terminologie accessible du *trust* offre une véritable visibilité, propice à un développement, y compris à l'extérieur de ses frontières naturelles. C'est toute la force de la langue anglaise et de la culture anglo-saxonne. Celle-ci est fondamentalement une culture de masse et donc, *a priori*, accessible¹³⁹⁶. Un véritable label « *Trust* » s'est ainsi diffusé¹³⁹⁷. Il est repris dans l'appellation de nombreuses structures n'étant pas formellement des *trusts*. Les exemples de *trust* qui n'en sont formellement pas sont très nombreux, notamment dans le domaine des affaires. C'est le cas, par exemple, des *trust companies* qui sont juridiquement des sociétés disposant de la personnalité morale et dont l'appellation « *trust* » fait référence, non à leur nature, mais à leur activité¹³⁹⁸. Il s'agit le plus souvent de gestion d'actifs pour le compte d'autrui pouvant induire le régime de la responsabilité fiduciaire¹³⁹⁹. Mais c'est également le cas pour des institutions emblématiques comme les *National Health Service Trusts*¹⁴⁰⁰ britanniques, qui sont en réalité des entreprises publiques, ou encore le *National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty*¹⁴⁰¹, qui est une association sans but lucratif

¹³⁹⁵ ODY. « De l'acception du *trust* dans l'instauration de la fiducie en France », *op. cit.*

¹³⁹⁶ En matière juridique, v. les efforts des différents gouvernements pour rendre la science juridique plus accessible aux justiciables au travers d'un « *plain legal English* » (soit « anglais juridique simple »).

¹³⁹⁷ Dans un environnement mondialisé, avec la langue anglaise comme principal vecteur de communication, ces labels prennent une importance fondamentale. À mesure que la langue anglaise se renforce comme la *lingua franca* moderne, elle se transforme en « *globish* ». Les concepts qu'elle véhicule s'expriment au travers d'une terminologie simple bénéficiant alors d'un avantage concurrentiel indéniable. V. not. R. MCCRUM. *Globish : how the English language became the world's language*. New York : W.W. Norton & Company, 2010, XII-331 p. ; M. HEMPEL. *Global English : English is changing the world - In what way is the world changing the English language and the way it will be taught ?*. Munich : GRIN Verlag, 2009, 18 p. ; J.-P. NERRIÈRE. *Parlez globish ! don't speak English...* Paris : Eyrolles, 2004, 287 p.

¹³⁹⁸ Par exemple, aux États-Unis : *Daily Mail and General Trust, US Depository Trust and Clearing Corporation, Warehouse Trust Company LLC, Calvin Klein Trademark Trust*. Mais également aux Îles Caïmans : *CIBC Bank and Trust Company Ltd* ; ou encore au Luxembourg : Société Générale Banque et Trust (SGBT).

¹³⁹⁹ *Fiduciary duties*.

¹⁴⁰⁰ *NHS Trust*.

¹⁴⁰¹ *National Trust*.

(*Association not for profit*) dont le rôle est similaire à l'établissement public « Parc Nationaux de France¹⁴⁰² ».

Grâce à la simplicité et la souplesse de ses caractéristiques, le *trust* est un mécanisme accessible à tous. À la différence de la fiducie nommée¹⁴⁰³, il bénéficie d'une reconnaissance dépassant les seuls praticiens et experts. De fait, la notion de *trust* recouvre désormais des réalités multiples (§2).

§2. Une expansion constante

330. Selon Maitland, « Le *trust* est peut-être la réalisation la plus remarquable des juristes anglais. Il (...) semble presque indispensable à toute civilisation, et pourtant il n'existe rien de tel dans les droits étrangers¹⁴⁰⁴ ». Cette affirmation demeure particulièrement pertinente au regard de l'extraordinaire impact du *trust* sur le droit anglais. En revanche, elle n'est plus vraiment d'actualité en ce qui concerne l'exclusivité du droit anglais sur le *trust*¹⁴⁰⁵ (A). Désormais, il existe un grand nombre de juridictions bénéficiant de leur propre *trust* (B).

A. Une diffusion progressive

331. Pour reprendre les mots de Maitland, le *trust* a voyagé partout où les habitants des îles britanniques l'ont emmené. Le processus de modernisation n'est

¹⁴⁰² Réformé par la Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux (JO n° 90, 15 avril 2006, p. 5682).

¹⁴⁰³ V. n° 137 s., *supra*.

¹⁴⁰⁴ « *The trust perhaps forms the most distinctive achievement of English lawyers. It seems to us almost essential to civilization, and yet there is nothing quite like it in foreign law* », F. W. MAITLAND. *Equity : a course of lectures*. 2ème éd. révisée. Cambridge : Cambridge University Press, 1949, XXIV-343 p. p. 23.

¹⁴⁰⁵ ODY. « De l'acception du *trust* dans l'instauration de la fiducie en France », *op. cit.*, p. 184 s. Adde GRAZIADEI, MATTEI, et SMITH. *Commercial trusts in European private law*, *op. cit.*, spéc. p. 4 : « *Today, it would be wrong to consider trusts a distinctive feature of the Common Law world, because mixed legal systems have trusts and several civilian jurisdictions show important developments in this regard. Nonetheless, it is still true that one can hardly imagine how to deal with (...) English Law without running sooner or later into an issue of trust law. The same is not necessarily true in many other countries including several major European jurisdictions* » ; soit « De nos jours, ce serait une erreur de considérer les *trusts* comme une caractéristique propre au monde du *Common Law* car les systèmes juridiques mixtes disposent du *trust* et plusieurs juridictions civiles font l'objet d'importantes évolutions en ce sens. Néanmoins, il est toujours vrai qu'il est difficile de traiter du (...) droit anglais sans rencontrer tôt ou tard une question relative au *trust*. La même chose n'est pas nécessairement vraie dans de nombreux autres pays, y compris plusieurs grandes juridictions européennes ».

plus la seule prérogative du *Lord Chancellor*, assis dans son historique *Court of Chancery* au *Lincoln Inn*, ni ses successeurs dans le *Strand*¹⁴⁰⁶ et la Chambre des Lords. Le parlement de Westminster n'est plus la seule source législative. Le processus est désormais une activité universelle¹⁴⁰⁷. C'est d'ailleurs en partie parce que de nombreux systèmes juridiques disposent en leur sein d'un *trust* ou d'un mécanisme similaire¹⁴⁰⁸ que le législateur français s'est décidé à introduire la fiducie en France¹⁴⁰⁹.

332. Une analyse internationale permet d'observer quatre grands groupes de juridictions¹⁴¹⁰.

Le premier groupe comprend tous les systèmes bénéficiant historiquement d'un *trust*. Pour simplifier, il s'agit des pays de l'anglosphère, soit principalement l'Angleterre¹⁴¹¹, le Pays de Galles, le Canada¹⁴¹², les États-Unis d'Amérique¹⁴¹³ et l'Australie.

¹⁴⁰⁶ « *The Strand* » (soit « la rive ») est une rue de Londres qui mène à Westminster. Historiquement, c'était la voie reliant le cœur de la vieille ville londonienne au siège du pouvoir royal (désormais siège du Parlement).

¹⁴⁰⁷ « *As part of the portfolio of common law thinking, the trust has travelled wherever the inhabitants of the British Isles took the common law. The modernising process is no longer the sole prerogative of the Lord Chancellor sitting in his historic Court of Chancery in Lincoln's Inn nor his successors in the Strand and the House of Lords; Parliament at Westminster is no longer the only source of legislative intervention. The process is now a universal activity* » : WATERS. « The distinctive characteristics of the Anglo-Saxon trust », *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁰⁸ V. not. M. CANTIN CUMYN. « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries ». In : *Re-imagining the trust : trusts in civil law*, Cambridge/New York : Cambridge University Press, 2012, p. 6 à 28. Pour une version traduite en langue française avec l'aval de l'auteur, v. M. CANTIN CUMYN. « Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du trust dans les pays de droit civil ». *RD McGill*, 2013, vol. 58, n° 4, p. 811.

¹⁴⁰⁹ V. n° 64 s., *supra*.

¹⁴¹⁰ M. CANTIN CUMYN et al. *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*. Bruxelles : Bruylant, 1999, 362 p.

¹⁴¹¹ V. not. A. TETTENBORN. « The Trust in Business : Property and obligation in England ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 35.

¹⁴¹² Hors la province du Québec. Sur les utilisations contemporaines du *trust* au Canada, v. not. D. W. M. WATERS. « The Use of the Trust in Canada Today ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 103.

¹⁴¹³ Pour un aperçu, v. not. G. W. WHITAKER. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies aux États-Unis ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 245. Pour une approche détaillée des spécificités du régime des *trusts* dans les États américains, v. A. W. SCOTT et al. *Scott and Ascher on trusts*. 5^e éd. New York : Aspen Publishers, 2006, 6387 p. ; *Restatement of the Law, Third, Trusts : General Principles*. St. Paul : American Law Institute, 2012. Il convient cependant de noter que l'*American Law Institute* est une association privée et que ses travaux ne constituent pas une codification officielle.

Le deuxième ensemble concerne les juridictions bénéficiant d'une réception législative du *trust*. Nombreuses sont les juridictions de droit civil ayant fait cette démarche, notamment dans l'optique d'aligner leur offre normative sur des standards inspirés du monde des affaires internationales. L'opération fiduciaire au travers du *trust* est alors souvent réduite à sa seule acception financière. Les aspects personnels et patrimoniaux qui intéressent également l'entrepreneur sont généralement absents, sinon marginalisés. Une première vague législative est ainsi apparue durant la première moitié du XX^{ème} siècle. L'Écosse¹⁴¹⁴, la Louisiane¹⁴¹⁵ et le Japon¹⁴¹⁶ peuvent ainsi être cités. Les années mille neuf cent quatre-vingt ont également été propices à l'internationalisation du *trust*, comme en Afrique du Sud¹⁴¹⁷. Plus récemment encore, la Chine a également adopté une loi sur le *trust* qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2001¹⁴¹⁸.

Le troisième groupe est constitué des droits romano-germaniques, dont la tradition juridique devrait les rattacher à la *fiducia* romaine plutôt qu'au *trust*¹⁴¹⁹. Pourtant, les *trusts* y ont également prospéré sous différentes formes. Ce groupe

¹⁴¹⁴ Même si les premières traces écrites remontent aux années 1620, le régime contemporain du *trust* écossais est d'origine législative : Trustee Act 1925 c. 19 (Regnal. 15 and 16 Geo 5). V. A. PAUL. « Scottish trusts - Their origins and peculiarities ». *Off. Invest. Mag.*, janvier 2002, n° 122. Sur la spécificité du *trust* en Écosse, v. not. D. HAYTON. « Liability of Trustees to Third Parties : The Scottish Law Commission's Proposals ». *Edinburgh L. Rev.*, 2008, vol. 12, p. 446 à 451 ; D. HAYTON. « The Nature and the Constitution of Trusts : The Scottish Law Commission's Proposals ». *Edinburgh L. Rev.*, 2007, vol. 11, p. 270 ; BLACKIE. « Trusts in the Law of Scotland », *op. cit.*

¹⁴¹⁵ La première autorisation législative parcellaire relative aux *trusts* a eu lieu en 1920 : La. Act. 107 of 1920, repealed by La. Act 7 of 1935 (3 E. S.) [Dart's Stats. (1939) § § 9815-9822]. Mais la première loi d'application générale relative aux *private trusts* date de 1938 : La. Act 81 of 1938 [Dart's Stats. (1939) § § 9850.1-9850.1011. 3.]. V. not. J. ZEKOLL. « The Louisiana Private-Law System : the Best of Both Worlds ». *Tul. Eur. & Civ. L.F.*, 1995, vol. 10, p. 2 (spéc. p. 21 s.) ; H. H. P. « Trusts - Act 107 of 1920 - Validity of Premature Termination ». *La. L. Rev.*, janvier 1941, vol. 3, n° 2, p. 465 à 467.

¹⁴¹⁶ Trusts Act 1922 (Shintaku Ho - Act n° 512). Sur le régime du *trust* au Japon, v. not. M. ARAI. « The Law of Trusts and the Development of Trust Business in Japan ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 63 ; H. DOGAUCHI. « Trusts in the Law of Japan ». In : *La fiducia face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 105.

¹⁴¹⁷ Après une pratique sous domination britannique perdurant après l'indépendance en 1910, le régime moderne du *trust* sud-africain est né avec l'adoption du *Trust Property Control Act* de 1988. V. not. F. DU TOIT. « Jurisprudential milestones in the development of trust law in South Africa's mixed legal system ». In : *The worlds of the trust*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 257 s. ; T. HONORÉ. « Trusts : The Inessentials ». In : *Rationalizing property, equity and trusts : essays in honour of Edward Burn*, Londres : LexisNexis, 2003, p. 7 ; M. J. DE WAAL. « The Trust in South African Law ». In : *La fiducia face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 87.

¹⁴¹⁸ Trust law of the People's Republic of China, Ord. n° 50 de 2001. V. not. R. LEE. « Conceptualizing the Chinese Trust ». *Int'l & Comp. L.Q.*, 2009, vol. 58, n° 3, p. 655 à 669.

¹⁴¹⁹ V. n° 11, *supra*.

comprend de nombreuses de juridictions, notamment l'Allemagne¹⁴²⁰, l'Espagne¹⁴²¹, l'Italie¹⁴²², les Pays-Bas¹⁴²³, la Suisse¹⁴²⁴ ou encore le Luxembourg¹⁴²⁵.

Enfin, le dernier groupe concerne tous les systèmes de droit islamique qui disposent en leur sein de mécanismes similaires mais pour lesquels le trust peut servir d'interface avec les pratiques des autres systèmes¹⁴²⁶. Les aspects financiers y sont également prédominants.

¹⁴²⁰ Sur ce point, v. not. KÖTZ. « Trusts in Germany », *op. cit.* ; C. WITZ (dir.). *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse (Colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises, 29 novembre 1990)*. Paris : Joly Éditions, 1991, 111 p. (Juridictionnaires, 4 bis).

¹⁴²¹ V. not. S. CÁMARA LAPUENTE. « Trusts in Spanish Law ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 191.

¹⁴²² V. not. M. LUPOI. « Country Report : Italy ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 4 ; A. BRAUN. « Italy : the Trust Interno ». In : *The International Trust*, Bristol : Jordan Publishing Ltd, 30 novembre 2011, p. 787 à 817 ; P. PANICO. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Italie ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 193 ; M. GRAZIADEI. « Trusts in Italian Law ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 265.

¹⁴²³ V. not. D. W. MILO. « Country Report : The Netherlands ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 31 ; F. SONNEVELDT. « The tax treatment of the trust and of the fiducie in the Netherlands ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 305 ; M. E. KOPPENOL-LAFORCE, R. J. P. KOTTENHAGEN. « The Institution of the Trust and Dutch Law ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 289.

¹⁴²⁴ V. not. D. W. WISON, C. LÓPEZ NAGAI. « Country Report : Switzerland ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 26 ; A. PEYROT. « La fiducie en droit suisse ». *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2010, n° 47, p. 94 ; X. OBERSON. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Suisse ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 219 ; C. DERGATCHEFF. « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg ». *JCP E*, 2007, 2060 ; J. PERRIN. *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg : étude de droit comparé et de droit international privé*. Genève : Droz, 2006, XXIX-356 p. (Comparativa) ; L. THÉVENOZ, J.-P. DUNAND. « The Swiss Fiducie : A Subtle Conceptual Blend of Contract and Property ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 309 ; WITZ (dir.). *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, op. cit.*

¹⁴²⁵ V. not. T. PARTSCH, J. HOUET. « Country Report : Luxembourg ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 62 ; DERGATCHEFF. « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg », *op. cit.* ; J. SCHAFFNER. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies au Luxembourg ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 173 ; PERRIN. *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, op. cit.* ; PRÜM et al. *Trust et fiducie : la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise (actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003), op. cit.* ; WITZ (dir.). *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, op. cit.*

¹⁴²⁶ R. DEGUILHEM. « The Waqf in the City ». In : *The city in the Islamic world*, Leiden/Boston : Brill, 2008, p. 923 ; SCHOENBLUM. « The role of the legal doctrine in the decline of the islamic waqf : a comparison to the trust », *op. cit.*

Fondés sur les mêmes principes, ces différents régimes juridiques ne sont évidemment pas identiques. Le succès du *trust* réside également dans son adaptabilité aux nécessités locales (B).

B. Une adaptabilité certaine

333. Il convient de préciser que le *trust* varie sensiblement selon chaque juridiction, chacune adaptant un régime selon ses spécificités. Mais les différents véhicules de l'opération fiduciaire connaissent tout à la fois des traits communs et des différences¹⁴²⁷. Aussi, il est impossible, au-delà des précisions déjà apportées, d'envisager ici toutes ces différences en détail. Ce travail titanesque pourrait faire l'objet de dizaines de thèses¹⁴²⁸. Simplement, force est de constater que la souplesse du mécanisme n'est pas étrangère à l'existence de différents régimes.

À ce titre, la situation française est ambivalente. Clairement, elle ne fait pas partie du premier et du dernier groupe. Mais compte tenu de la volonté du législateur de concurrencer le *trust*, la France aurait pu être intégrée au deuxième groupe. Pourtant, même s'il a été argumenté de la possibilité de recevoir le *trust* au travers de la fiducie¹⁴²⁹, il faut garder à l'esprit les limites de la fiducie nommée, notamment eu égard à l'entrepreneur, afin de ne pas assimiler fiducie nommée et *trust*. En France, le *trust* relève surtout des règles de droit international privé.

Si le *trust* s'est internationalisé en s'émancipant d'une certaine manière de sa juridiction d'origine, c'est-à-dire l'Angleterre et le Pays de Galles, mais également de sa sphère naturelle étendue, à savoir l'anglosphère, il le doit également à la variété des finalités qu'il peut poursuivre (Section 2).

¹⁴²⁷ WITZ. « Les caractères distinctifs de la fiducie », *op. cit.*

¹⁴²⁸ V. par ex. L. SANCHEZ DE LOZADA. « Trusts exprès privés anglo-américains, fidéicommiss latino-américains et la fiducie française ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2012, 669 p.

¹⁴²⁹ BARRIÈRE. *La réception du trust*, *op. cit.* Sur la difficulté d'une telle entreprise : v. BÉRAUDO. *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, *op. cit.*, n° 2 à 4.

Section 2. Un équilibre entre finalités patrimoniales et financières

334. En ce qui concerne les personnes privées, un *trust* peut tout à la fois « servir dans les affaires ou les arrangements de famille¹⁴³⁰ ». Cette dualité démontre l'étendue des finalités qui peuvent être envisagées pour un entrepreneur. Le *trust* peut tout à la fois servir au patrimoine professionnel, au patrimoine personnel mais aussi à l'articulation entre les deux¹⁴³¹. Situé au croisement des différentes préoccupations de l'entrepreneur, c'est le véhicule entrepreneurial par excellence.

Cela n'a pourtant pas toujours été le cas. En effet, le *trust* a longtemps été cantonné aux seules applications patrimoniales (§1), avant d'évoluer de manière spectaculaire au cours des années mille neuf cent soixante-dix et d'achever l'équilibre contemporain (§2).

§1. Les finalités « traditionnelles » en matière patrimoniale

335. Même dans le seul domaine patrimonial, il existe une très grande variété de *trust*¹⁴³². Ce dernier intervient dans tous les domaines de la vie des personnes physiques¹⁴³³. Il est pourtant possible de retenir une trame générale autour de deux grandes familles (A). Ces deux types de *trust* regroupent les nombreuses finalités

¹⁴³⁰ REBOUL et SOMMER. « Fasc. 2 : Trust », *op. cit.*, n° 1. Dans le même état d'esprit, Jacqueline de Guillelmschmidt remarquait dès 1991 qu'aucune branche du droit n'échappe au *trust*, que ce soit le droit des successions, la gestion des biens des incapables, la gestion financière, la propriété immobilière ou encore le mécénat. V. DE GUILLENCHMIDT. « La France sans la fiducie », *op. cit.*, spéc. p. 50.

¹⁴³¹ V. par ex. A. RAYNOUARD, C. MILLAR. « Regards croisés sur les utilités du trust et de la fiducie ». *Act. prat. et strat. patri.*, 2011, n° 1, p. 35.

¹⁴³² Sur ce point, v. l'analyse de PARKER, MELLOWS, et OAKLEY. *Parker and Mellows*, *op. cit.*, p. 35 à 43.

¹⁴³³ « Le *Trust* est l'ange gardien de l'Anglo-saxon, il l'accompagne partout depuis son berceau jusqu'à sa tombe. Il le retrouve à son école comme à son association sportive, il le suit le matin à son bureau comme le soir à son club ; il est à ses côtés le dimanche à l'église ou au comité de son groupe politique ; il soutiendra sa vieillesse jusqu'à son dernier jour, puis il veillera au pied de son tombeau et étendra encore sur ses petits-enfants, l'ombre légère de ses ailes » : LÉPAULLE. *Traité théorique et pratique des trusts*, *op. cit.*, p. 114 (« *The trust is the guardian angel of the Anglo-Saxon, which accompanies him everywhere from the cradle to the grave. It is at his school and his athletics alike. It follows him mornings to his office and evenings to his club. It is by his side on Sunday at church or in a committee meeting of his political group. It will support his old age until his last day, and then it will watch at the foot of [his] tomb and extend over his grandchildren the light shadow of its wings* »).

qu'un *trust* peut remplir. Mais à la différence de la fiducie nommée, il est impossible de recenser précisément l'ensemble de ces finalités (B).

A. Les deux grandes catégories de *trust*

336. Tandis que le droit français ambitionnait de présenter un régime unique pour la fiducie nommée¹⁴³⁴, les *trusts* se divisent manifestement entre les *public trusts*¹⁴³⁵ (1) et les *private trusts*¹⁴³⁶ (2).

1. Les *public trusts*

337. Cette première catégorie du *public trust*, prend ses racines dans une loi anglaise datant du début du XVII^{ème} siècle¹⁴³⁷. Elle comprend traditionnellement les *trusts* constitués afin de répondre à l'une des quatre finalités suivantes : *Relief of poverty*¹⁴³⁸, *Advancement of education*¹⁴³⁹, *Promotion of religion*¹⁴⁴⁰ et *Other purposes beneficial to the community*¹⁴⁴¹. Il convient de comprendre cette catégorie comme celle visant l'intérêt général¹⁴⁴². Ces objectifs sont déterminés de manière très large. D'ailleurs, le *public trust* fait partie des *trusts* pouvant bénéficier de la

¹⁴³⁴ V. n° 87 s., *supra*. Sur les limites concrètes qui sont rapidement apparues contre cette ambition, v. n° 197 s., *supra*.

¹⁴³⁵ Encore appelé *charitable trust*, soit « *trust* charitable », c'est-à-dire d'intérêt général.

¹⁴³⁶ Soit « *trust* privé ».

¹⁴³⁷ Charitable Uses Act 1601 (43 Elizabeth I, c. 4).

¹⁴³⁸ Litt. « Lutte contre la pauvreté ».

¹⁴³⁹ Litt. « Développement de l'éducation ».

¹⁴⁴⁰ Litt. « Promotion d'une religion ».

¹⁴⁴¹ Litt. « Autres objectifs bénéficiant à l'ensemble de la communauté ».

¹⁴⁴² C'est par exemple le cas de la protection de l'environnement. Ainsi, les États-Unis ont opté pour un *public trust* au travers duquel des « *natural resource trustees* » sont amenés à gérer les ressources naturelles non appropriées à des personnes privées, en agissant pour le compte du grand public. Ils ont pour mission d'empêcher ou de minimiser les dommages environnementaux et, en cas d'échec, de poursuivre la réparation pour restaurer les ressources naturelles et les services qu'elles procurent dans leur état antérieur à la pollution. V. É. CORNU-THENARD. « La réparation du dommage environnemental ». *Rev. jur. env.*, 2008, p. 175. Plus classiquement, la protection de l'environnement peut également passer par la conclusion de contrats translatifs de propriété : *defeasible fee estate*, *full fee techniques (lease-back, bargain sale)*, *installment sale*, *sale or gift of an undivided interest in land*, ou encore *transfer in trust (land trust ou community land trust)*. Sur ces techniques, v. not. M. BOUTONNET, M. MEKKI. « Environnement et conservation easements. - Pour une transposition en droit français ? ». *JCP G*, 24 septembre 2012, n° 39, 1023 ; T. S. BARRETT, P. LIVERMORE. *The conservation easement in California*. Covelo : Island Press, 1983, XIII-173 p. spéc. p. 81 s.

doctrine « cy-près¹⁴⁴³ ». En vertu de celle-ci, si jamais l'exécution d'un *trust* s'avère impossible, il est envisageable d'adapter la finalité originellement prévue. Cette doctrine vise à faire perdurer dans le temps un *trust* dont l'objectif serait rempli ou bien désuet voire formulé de manière désuète. Un tel *trust* pourrait donc théoriquement, à la faveur d'une décision du ou des *trustees* ou du juge, se renouveler perpétuellement¹⁴⁴⁴.

D'un point de vue sociétal, les *public trusts* visent à remplir des fonctions similaires à celles attribuées en droit français aux organismes sans but lucratif¹⁴⁴⁵. Il en va tout autrement pour la seconde catégorie (2).

2. Les *private trusts*

338. Cette deuxième catégorie des *private trusts*, concerne *a priori* tous les autres *trusts*¹⁴⁴⁶. Elle se divise elle-même en trois sous-catégories. À la différence de la nomenclature relative au *public trust*, cette famille ne s'articule pas autour des objectifs visés mais autour de la manière dont la situation de droit est créée.

La première sous-catégorie comprend les « *express trusts* ». Ils sont fondés sur l'intention expressément formulée ou présumée du *settlor*. À défaut de formulation expresse, il n'y a quand même pas de doute sur la volonté du constituant. C'est le type de *trust* le plus classique.

La deuxième sous-catégorie est celle des « *implied trusts* ». Ceux-ci sont fondés sur la présomption de l'intention du *settlor*. Cette présomption est, par nature, réfutable. Le sort de la qualification dépendra, si nécessaire, de l'intervention du juge.

¹⁴⁴³ À propos de la « doctrine cy-près », v. not. DUKEMINIER, SITKOFF, et LINDGREN. *Wills, trusts, and estates*, *op. cit.*, p. 760 à 776. *Adde* n. 790 et n. 1387, *supra*.

¹⁴⁴⁴ À la différence de la fiducie nommée en droit français, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans. V. C. civ., art. 2018, 2°. Égal. n° 43, *supra*.

¹⁴⁴⁵ V. n° 272 s., *supra*.

¹⁴⁴⁶ Elle vise tous les cas où un rapport de droit est créé sous le contrôle d'une ou de plusieurs personnes physiques, dans lequel une ou plusieurs personnes détiennent des biens en contrepartie de la responsabilité de les administrer et de les protéger au profit d'une ou de plusieurs personnes.

Enfin, la dernière sous-catégorie est dénommée « *constructive trust* ». Elle impose à une personne la responsabilité¹⁴⁴⁷ de détenir des biens au profit du *beneficiary*, quelle que soit l'intention réelle des parties.

Cette triple déclinaison du *trust* s'articule autour de la volonté du constituant. À la grande différence de la fiducie nommée, un *trust* peut être créé par la seule manifestation de volonté d'une personne. Cela engendre des utilisations très exotiques et incidemment une supériorité fonctionnelle claire. Dans l'hypothèse où des sommes ont été indûment perçues, un *constructive trust* pourra ainsi être reconnu par le juge afin de faciliter la répétition de l'indu¹⁴⁴⁸.

Au travers de toutes ces formes classiques, le *trust* permet de répondre à de très nombreuses finalités (B).

B. L'impossible recensement de l'ensemble des finalités du *trust*

339. Il est impossible de dénombrer précisément et définitivement l'ensemble des finalités possibles d'un *trust*, même en se limitant au seul domaine des relations entre personnes physiques. Pourtant, de nombreuses tentatives de classement ont été faites. Au début des années mille neuf cent soixante-dix déjà, un auteur recensait vingt-six finalités possibles¹⁴⁴⁹. La reprise en détail de toutes ces finalités n'a pas d'intérêt dans le cadre de cette étude. En revanche, il est intéressant d'évoquer les quatre grandes catégories recouvertes. Ainsi, un *trust* classique peut être constitué (1) au profit du constituant, des membres de sa famille, et toutes les autres personnes physiques bénéficiaires pouvant être identifiées¹⁴⁵⁰ ; (2) dans l'intérêt général ou d'un nombre substantiel de personnes physiques¹⁴⁵¹ ; (3) au

¹⁴⁴⁷ *Fiduciary duties*.

¹⁴⁴⁸ Avec les intérêts. V. not. BARRIÈRE. *La réception du trust*, *op. cit.*, spéc. n° 268 et n. 859 ; E. VON CAEMMERER. « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause ». *RID comp.*, 1966, vol. 18, n° 3, p. 573 à 592, spéc. p. 575

¹⁴⁴⁹ Pour avoir un aperçu de toutes ces différentes finalités, v. W. F. FRATCHER. « Trust ». *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, n° 11, Vol. 6 sur 17, p. 3 à 5.

¹⁴⁵⁰ « *Those for the benefit of the settlor, members of his family, and other identifiable human donee beneficiaries* » : *ibid.*, p. 5

¹⁴⁵¹ « *Charitable - for the benefit of the general public or a substantial segment of it* » : REBOUL et SOMMER. « Fasc. 2 : Trust », *op. cit.*, n° 1.

profit de bénéficiaire(s) non-personne(s) physique(s) et hors intérêt général (ex. pierre tombale, messes, chiens, chevaux, tennis)¹⁴⁵² ; ou encore (4) au profit des personnes physiques dans le cadre d'une transaction commerciale¹⁴⁵³.

En matière patrimoniale, la forme la plus fréquemment utilisée est celle de l'*express trust*. Il s'agit alors d'une manifestation claire de la volonté du *settlor* de prendre des mesures relatives à son patrimoine. Cette volonté sera matérialisée dans un acte¹⁴⁵⁴ dans lequel il convient de faire figurer la mission, les obligations et les pouvoirs du *trustee*. Il est parfois également accompagné d'une lettre d'intention¹⁴⁵⁵ qui expliquera la démarche du *settlor*. Aucun formalisme n'est cependant exigé. D'un point de vue fonctionnel, l'*express trust* est avant tout un mécanisme de protection de la fortune privée¹⁴⁵⁶. Il peut permettre la gestion du patrimoine familial, l'organisation d'investissements, la gouvernance d'entreprise, la transmission d'entreprise ou encore l'optimisation fiscale. À ce titre, son domaine de prédilection demeure les successions et libéralités ainsi que les régimes matrimoniaux¹⁴⁵⁷.

Depuis quelques dizaines d'années, une évolution notable des finalités du *trust* peut être observée. Les finalités « traditionnelles » sont de moins en moins importantes. Le modèle du *trust* testamentaire se marginalise progressivement au profit de finalités purement économiques et financières (§2).

§2. Les finalités « modernes » en matière économique et financière

340. L'utilisation du *trust* en matière économique et financière, c'est-à-dire au-delà de la sphère personnelle de la personne physique, remonte à la fin du XIX^{ème}

¹⁴⁵² « *Those for the benefit of non-charitable purposes without reference to identifiable human beings (e.g., tombstone, masses, dogs, horses, tennis)* » : FRATCHER. « Trust », *op. cit.*

¹⁴⁵³ « *Commercial - for the benefit of identifiable human beings incident to a business transaction* » : *ibid.*

¹⁴⁵⁴ *Trust deed.*

¹⁴⁵⁵ *Letter of wishes.*

¹⁴⁵⁶ « *The express trust as a mechanism for protecting private wealth* » : P. MCLOUGHLIN, C. RENDELL. *Law of trusts*. Londres : Macmillan Press, 1992, XXV-319 p. (Macmillan professional masters), spéc. p. 107 s.

¹⁴⁵⁷ Le *trust* ayant également vocation à jouer le rôle que joue du contrat de mariage en droit français.

siècle aux États-Unis. Le *trust* se développe alors comme un mode d'organisation entrepreneuriale (A). Cette pratique amènera des abus qui seront sanctionnés par un changement de la loi américaine. Désormais, cette pratique organisationnelle s'avère moins importante et le *trust* est davantage utilisé comme un véhicule d'investissement (B).

A. Le *business trust* comme mode d'organisation entrepreneuriale

341. Avant l'essor du droit des sociétés, les entreprises américaines de très grande envergure s'organisaient fréquemment sous la forme de *business trusts*. L'exemple le plus emblématique de cette période est celui de la *Standard Oil Company* de John D. Rockefeller¹⁴⁵⁸. En 1879, elle a été la première entreprise à s'organiser sous forme de *trust* et non sous forme de société¹⁴⁵⁹. Ce choix s'explique alors par la volonté d'échapper aux contraintes et lourdeurs du droit des sociétés¹⁴⁶⁰. Dans le cas de Rockefeller, il s'agissait particulièrement d'échapper aux dispositions en vigueur dans l'Ohio¹⁴⁶¹. Celles-ci interdisaient aux sociétés de détenir des actions ou des parts dans d'autres sociétés. Grâce à l'ingéniosité de son conseil¹⁴⁶², la *Standard Oil of New Jersey* contournait l'interdiction en devenant *trustee* de la majorité des droits sociaux des sociétés-cibles. C'est sur la base de cette stratégie juridique, séparant le pouvoir sur le plan économique de la propriété sur le plan juridique, que Rockefeller a pu acquérir la majorité des sociétés de

¹⁴⁵⁸ John Davison Rockefeller Sr. (1839-1937) était un homme d'affaires et philanthrope américain. Il est le co-fondateur de la compagnie pétrolière *Standard Oil Company*. Il est connu pour avoir été l'une des plus grandes fortunes mondiales de l'époque avec Andrew Carnegie (1835-1919), et le premier américain dans l'histoire dont le patrimoine a dépassé le milliard de dollars (1,5 milliards de dollars selon sa déclaration d'impôt de 1918). Pour ses détracteurs en revanche, à la différence de Carnegie qui incarne l'immigrant pauvre réalisant le rêve américain, Rockefeller est l'archétype du « baron voleur » dont le comportement a nécessité la mise en place de règles anti-concurrence et d'une taxation sur les très hauts revenus. V. n. 1463, *infra*.

¹⁴⁵⁹ V. not. C. CHAMPAUD. « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ? ». In : *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles : Larcier, 2009, p. 77, spéc. p. 90 s.

¹⁴⁶⁰ À cette époque par ex., le droit des sociétés en vigueur dans l'État du Massachussets interdisait aux sociétés de détenir des biens immobiliers (« *corporate ownership of real estate was prohibited* ») : DUKEMINIER, SITKOFF, et LINDGREN. *Wills, trusts, and estates, op. cit.*, p. 536.

¹⁴⁶¹ Le siège social de la *Standard Oil* était alors basé à Cleveland.

¹⁴⁶² Samuel Calvin Tate Dodd (1836-1907) était un avocat américain inscrit au barreau de Pennsylvanie.

raffinage concurrentes ainsi que des compagnies de chemin de fer¹⁴⁶³. En comparaison avec le droit des sociétés, le droit des *trusts* laissait aux entrepreneurs beaucoup de liberté dans la gestion de leurs affaires¹⁴⁶⁴.

342. Au cours du XX^{ème} siècle, les dispositions *antitrust*, associées à une certaine libéralisation du droit des sociétés, ont engendré un essor de la société comme mode d'organisation de l'entreprise aux dépens du *trust*. Malgré la suprématie de la forme sociétaire pour l'organisation classique d'une entreprise, le *trust* est demeuré un rouage important de l'économie moderne. Ainsi, ses applications patrimoniales classiques n'ont pas disparu et sont d'ailleurs toujours fréquemment utilisées aujourd'hui. Toutefois, si leur importance en nombre demeure, leur part en valeur a fortement décru.

Dorénavant, le *trust* est surtout un véhicule d'investissement et d'ingénierie financière (B).

B. Le *business trust* comme véhicule d'ingénierie financière

343. Depuis la fin du XX^{ème} siècle, l'écrasante majorité de la valeur pécuniaire mise en *trust* aux États-Unis l'est dans des *trusts* financiers. Avec la dématérialisation des titres et l'augmentation de l'importance des valeurs mobilières, le *business trust* a supplanté le *trust* à vocation personnelle (à toute le moins en en valeur). Dorénavant, environ 90% de la richesse mise en *trust* l'est à

¹⁴⁶³ À son apogée, la *Standard Oil* contrôlait près de 90 % de tout le pétrole des États-Unis. Cette pratique du *trust* sera à l'origine de la naissance du droit de la concurrence américain avec le Sherman Antitrust Act 1890 (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7). Cette loi précise alors que « Tout contrat, toute opération sous la forme d'un *trust* ou autre, ou tout complot, restreignant l'activité économique ou le commerce entre les divers États, ou avec les nations étrangères, doit être déclarée illégal » (« *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal* »). Ce qui explique pourquoi, aux États-Unis, le droit de la concurrence est dénommé *antitrust law* et non *competition law* (qui serait la formulation la plus adéquate).

¹⁴⁶⁴ La société française Schlumberger donne un autre exemple de l'intérêt de recourir à un *trust* dans la conduite des affaires. Comme la législation américaine lui empêchait de concourir à certains marchés militaires car elle relevait d'intérêts étrangers à ceux des États-Unis, un *trust* a été institué afin de pouvoir accueillir, en toute indépendance et donc en toute légalité, les activités militaires du groupe en Amérique du nord.

des fins financières¹⁴⁶⁵. De par sa flexibilité, c'est le véhicule juridique privilégié pour les fonds communs de placement et de la titrisation d'actifs¹⁴⁶⁶. L'intérêt du *trust* est qu'il ne sera pas soumis aux mêmes contraintes capitalistiques ou comptables que d'autres véhicules d'investissement. Par ailleurs, la législation fédérale américaine impose parfois son recours, comme dans le cas des fonds de pension salariés¹⁴⁶⁷.

Il faut bien noter que dans ses principales applications économiques et financières, le *business trust* prend la forme d'un *express trust*. Il sert alors de « véhicule d'appropriation et de gestion des biens¹⁴⁶⁸ ». Mais le *business trust* peut également s'entendre des *trusts* constitués par une entreprise ou un groupe d'entreprises pour leur propre compte¹⁴⁶⁹ ou encore d'un *unit trust*, c'est-à-dire d'un véhicule d'investissement collectif proche des SICAV¹⁴⁷⁰. L'ingénierie bancaire et financière s'est particulièrement intéressée au *trust* en le transformant en instrument de sécurisation d'opération de financement bancaire, en structure de reconditionnement de titre subordonné à durée indéterminée (TSDI)¹⁴⁷¹ ou encore en véhicule de défaillance¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁵ D. HAYTON. « Exploiting the Inherent Flexibility of Trusts ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 319, spéc. p. 336. Selon l'administration fiscale américaine, en 2007, les *trusts* financiers ont rapporté à leurs bénéficiaires environ 142,5 milliards de dollars, et ont fait l'objet d'honoraires facturés par les *trustees* à hauteur de 37 milliards de dollars : DUKEMINIER, SITKOFF, et LINDGREN. *Wills, trusts, and estates, op. cit.*

¹⁴⁶⁶ Il peut par exemple s'agir d'*investment trusts*, de *mutual funds*, de *real estate investment trust*, d'*Oil & gas Royalty Trust*, d'*asset securitization*, de *corporate trusts* ou encore de *regulatory compliance trust*. V. J. H. LANGBEIN. « The Secret Life of the Trust : The Trust as an Instrument of Commerce ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 169. Par ailleurs, la pratique du CDO (*collateralized debt obligation*) était, avant la crise financière de 2008, la technique de titrisation synthétique la plus utilisée. Le CDO acquiert des actifs appelés « *collateral* » qui sont le plus souvent des obligations à haut rendement (*high yield bonds*) ou des prêts : T. GRANIER, C. JAFFEUX. *La titrisation : aspects juridiques et financier*. 2^e éd. Paris : Economica, 1997, 266 p. (Collection Gestion. Série Politique générale, finance et marketing), spéc. p. 191. Avant la L. n° 2003-706, *op. cit.*, le CDO ne pouvait être utilisé en droit français et était donc réalisé au travers d'un SPV (*special purpose vehicle*), généralement constitué sous la forme d'un *trust* de droit anglais ou de l'État de New York : A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN. « 289-95 - Notion de financements structurés ». *Lamy dr. sûr*.

¹⁴⁶⁷ LANGBEIN. « The Secret Life of the Trust », *op. cit.*

¹⁴⁶⁸ M. CANTIN CUMYN. « Rapport général ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 11, spéc. p. 13.

¹⁴⁶⁹ Notamment en vue de gérer l'épargne salariale. Il s'agit alors d'un *trust* « pension de retraite » (*pension trust*).

¹⁴⁷⁰ V. n° 270 s., *supra*.

¹⁴⁷¹ Puisque la durée y est indéterminée, le remboursement se fait au gré de l'émetteur. Généralement

Tandis que les finalités classiques du *trust* s'inscrivaient dans les rapports patrimoniaux entre personnes physiques, l'objectif principal étant alors la gestion et la préservation du patrimoine familial, en matière économique et financière, les buts recherchés se multiplient : créer une masse séparée de biens, mettre en place des sûretés, éluder le lien contractuel¹⁴⁷³ ou encore opérer un transfert de propriété.

344. Pour autant, la simplicité du *trust* s'illustre encore aujourd'hui à l'égard du droit des sociétés. C'est par exemple le cas dans la gestion des relations entre les parties au *trust* et les tiers avec lesquels ils peuvent traiter. Ces relations ne peuvent pas facilement être aménagées par contrat. Le recours à un *trust* permettra aux parties de cloisonner discrètement des actifs vis-à-vis de créanciers. L'attrait du *trust* réside alors dans sa faculté de séparer le droit de propriété sans recourir au contrat. En outre, la liberté rédactionnelle offerte par le *trust* permet une flexibilité dans la structure organisationnelle que même les droits des sociétés les moins contraignants ne peuvent offrir¹⁴⁷⁴. Ainsi, aux États-Unis, le *trust* constitué dans l'état du Massachusetts demeure une alternative crédible à la forme sociétaire¹⁴⁷⁵.

Enfin, il convient de préciser qu'il n'existe pas à proprement parler de catégorie dénommée *business trust* ou *commercial trust*. Il s'agit simplement d'un *trust* utilisé dans un contexte financier¹⁴⁷⁶, et plus généralement dans la vie des affaires. Mais les applications du *business trust* ne sont limitées (paraît-il) que par l'imagination des praticiens¹⁴⁷⁷, de telle sorte qu'il se modernise sans cesse.

utilisés dans des montages impliquant l'État ou des grandes entreprises publiques, les TSDI ne s'utilisent quasiment plus.

¹⁴⁷² Pour une approche de ces différentes pratiques, v. not. D. GUTMANN, A. REYGROBELLET. « Fiducie et trust ». In : *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, Paris : Dalloz, 2009, p. 1221, spéc. 78.61 à 78.151.

¹⁴⁷³ Ce qui présente un intérêt en particulier pour les créanciers.

¹⁴⁷⁴ H. HANSMANN, U. MATTEI. « The Functions of Trust Law : a Comparative Legal and Economic Analysis ». *N.Y.U. L. Rev.*, 1998, vol. 73, p. 434.

¹⁴⁷⁵ Sur la question de savoir quelle forme juridique est la plus avantageuse pour investir ou mener des activités économiques aux États-Unis, tant sur le plan civil que fiscal (*state and federal income*), v. B. P. ELY, C. R. GRISSOM. *Choice of Entity : Legal Considerations of Selection*. Arlington : Bureau of National Affairs, 2001, (Corporate practice series, n° 50-4th), spéc. J, 2 sur le *Massachusetts trust*.

¹⁴⁷⁶ Traduction plus fidèle de l'expression « *commercial trust* ».

¹⁴⁷⁷ Expression utilisée égal. à propos de la fiducie. V. n. 458, *supra*. Le parallèle avec la fiducie ne profite toutefois pas à cette dernière.

345. Sur le plan international, le *trust* est aujourd'hui le véhicule par excellence de l'opération fiduciaire. Sa réalité contemporaine s'articule autour des deux sphères que constituent l'ingénierie patrimoniale, pratique ancienne mais toujours d'actualité, et l'ingénierie financière¹⁴⁷⁸, pratique plus récente mais aujourd'hui incontournable¹⁴⁷⁹. À la différence de la fiducie nommée, le *trust* se caractérise par un équilibre entre ces deux sphères qui épousent parfaitement les spécificités entrepreneuriales. Cette supériorité du *trust* apparaît tout autant dans le caractère foncièrement souple du mécanisme que dans la perception de cette même souplesse par les acteurs économiques¹⁴⁸⁰.

La fiducie nommée, qui était censée être le concurrent ou le pendant du *trust*, n'a pas achevé cet équilibre. Lors des travaux relatifs à la fiducie, le législateur français semble au contraire s'être concentré sur les opportunités financières, au détriment des aspects personnels et patrimoniaux. Or, la dialectique entrepreneuriale consiste justement à articuler ces deux mondes. Par ailleurs, même sur le seul plan financier, la fiducie française ne se distingue pas comme un outil susceptible d'attirer à lui seul des opérations juridiques sur le sol national. Cette carence au niveau international se couple avec les insuffisances évoquées sur le plan national. La fiducie y est une technique qui n'est pas dénuée d'intérêt mais qui demeure élitiste en ce qu'elle ne prospère véritablement que dans des schémas complexes relevant de l'ingénierie juridique et financière.

¹⁴⁷⁸ La défaisance au travers d'un *trust* a été qualifiée de « perle de l'ingénierie financière » : HIRIGOYEN. « Ingénierie financière et finance d'entreprise », *op. cit.*, spéc. p. 57-58.

¹⁴⁷⁹ Ainsi, la littérature comparative sur le *trust*, vieille d'une centaine d'années environ, s'est progressivement concentrée sur quatre thèmes. À l'origine, il était principalement question d'une approche fonctionnelle du *trust* afin de découvrir à quoi il pouvait servir. Puis, la littérature s'est développée autour de la recherche de solutions permettant de résoudre les conflits de lois devant les juges nationaux. Ensuite, il y eut un vif intérêt pour les comparaisons entre les différentes formes du *trust* selon les juridictions, accompagnées de tentatives d'unification. Enfin, la doctrine contemporaine se concentre désormais principalement sur la pratique du *trust* dans le contexte financier. V. GRAZIADEI, MATTEI, et SMITH. *Commercial trusts in European private law*, *op. cit.*, spéc. p. 6 s. V. égal. les études chiffrées en la matière : R. H. SITKOFF, M. SCHANZENBACH. « Jurisdictional Competition for Trust Funds : An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes ». *Yale L.J.*, 2005, vol. 115, p. 359.

¹⁴⁸⁰ Il ne faut jamais dénigrer, ni minorer, l'influence de la perception dans les comportements humains, notamment en matière patrimoniale. Toutefois, la question peut se poser de savoir si ce n'est pas plutôt la souplesse du *Common Law* plus que celle du *trust* qui apparaît propice à l'activité entrepreneuriale. Par ailleurs, il convient de nuancer cette perception, car la liberté dont sont affublés les droits anglo-américains est souvent synonyme de formalisme contractuel. Cette précaution formelle s'avère nécessaire pour encadrer tout ce que la loi ne prévoit pas. Mais pour ce qui concerne spécifiquement le *trust*, sa qualité d'acte unilatéral le protège le plus souvent d'une lourdeur excessive.

Aussi, une rénovation de la confiance apparaît indispensable (Chapitre 2).

Chapitre 2. L'intérêt d'une fiducie rénovée

346. En comparaison avec le *trust*, la fiducie « à la française » apparaît toujours inachevée¹⁴⁸¹. Conçue sans égard pour l'entrepreneur, son champ d'application réel demeure assez limité¹⁴⁸². Selon les termes d'un auteur, la loi du 19 février 2007 serait même un « texte complexe et bourré de réticences ou d'intentions cachées¹⁴⁸³ ». Son acception essentiellement économique, sinon financière, aussi attrayante soit-elle, explique ses incohérences juridiques et fonctionnelles. La loi de 2008¹⁴⁸⁴ et l'ouverture de la fiducie aux personnes physiques auraient pu être annonciatrices de la mise à disposition pleine et entière de la fiducie aux entrepreneurs. Malheureusement, cela n'a pas été le cas. Compte-tenu de sa suprématie structurelle sur la fiducie nommée, la solution pourrait-elle simplement être l'intégration du *trust* dans l'ordre juridique interne ? Après tout, la compatibilité d'une fiducie avec le droit français était contestée avant d'être une réalité. De plus, le *trust* a été « greffé¹⁴⁸⁵ » avec succès dans plusieurs juridictions de droit civil¹⁴⁸⁶. Enfin, le régime fiscal de la fiducie nommée n'est pas sans rappeler la distinction sur laquelle repose le *trust*¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸¹ V. not. G. BLANLUET, J.-P. LE GALL. « La fiducie, une œuvre inachevée. Commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007 ». *JCP E*, 2007, 2059 ; G. BLANLUET, J.-P. LE GALL. « La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 ». *JCP G*, 2007, I.169 ; BARRIÈRE. « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *op. cit.*

¹⁴⁸² En ce sens, v. égal. BARRIÈRE. « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 », *op. cit.*, n° 8 : « La loi du 19 février 2007 (...) n'a qu'un champ d'application restreint, ce qui limitera d'autant le recours à ce mécanisme. Interdiction de la fiducie-libéralité, obligation pour le constituant d'être une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés, obligation pour le fiduciaire d'être un établissement de nature bancaire. Cet instrument, de fait, ne servira qu'aux entreprises, et encore, seulement à une partie d'entre elles ».

¹⁴⁸³ CHAMPAUD et DANET. « Fiduciaire. Qualités et compétences professionnelles pour l'exercice des fonctions de fiduciaire. Loi du 19 février 2007. Réserve aux financiers. Exclusion des juristes », *op. cit.*

¹⁴⁸⁴ L. n° 2008-776, *op. cit.*

¹⁴⁸⁵ Sur la notion de « greffe juridique », v. C. VALCKE. « La greffe juridique en droit comparé ». In : *3ème congrès de l'AHJUCAF. Internalisation du droit, internalisation de la justice*, Ottawa : Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, juin 2010, p. 86 à 95. Adde U. MATTEI. « Efficiency in legal transplants : an essay in comparative law and economics ». *International Review of Law and Economics*, 1994, vol. 14, n° 1, p. 3 19 ; A. WATSON. *Legal transplants : an approach to comparative law*. Athens/Londres : University of Georgia Press, 1993, XVI-121 p.

¹⁴⁸⁶ Y compris dans des juridictions de droit civil, comme au Luxembourg ou en Italie. V. n° 4 et 332,

Clairement, ce n'est pas le choix du législateur. Dans l'hexagone, le *trust* demeure précédé d'une mauvaise réputation. En dépit de tous ses attraits fonctionnels¹⁴⁸⁸, il fait l'objet en droit interne d'un traitement particulièrement contraignant. La liberté individuelle qu'il porte ne sied guère aux pouvoirs publics français, qui préfèrent le neutraliser et ainsi priver les entrepreneurs nationaux de ses utilités (Section 1). En conséquence, une bonne politique commanderait au législateur de proposer une véritable alternative. En ce sens, le législateur dispose d'un large éventail de possibilités pour rééquilibrer le régime de la fiducie au profit de l'entrepreneur (Section 2).

Section 1. Une carence : la neutralisation du *trust* en droit français

347. Compte tenu de sa nature protéiforme¹⁴⁸⁹, il est communément admis qu'« aucun texte ne peut envisager tout le contenu, ni tous les effets¹⁴⁹⁰ » du *trust*. Or, c'est notamment du fait de cette extrême souplesse que le *trust* doit sa réputation¹⁴⁹¹ (que celle-ci soit bonne ou mauvaise). Interrogé sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière¹⁴⁹² ainsi que sur le projet de loi organique relatif au procureur de la République financier¹⁴⁹³, un député déclarait que « la constitution de *trusts* participe à des phénomènes massifs d'évasion fiscale. Selon *Transparency International France*, 80 % des flux illicites mondiaux liés à l'évasion fiscale transiteraient par des *trusts*¹⁴⁹⁴ ». Au-delà de la véracité des chiffres et du principe

supra.

¹⁴⁸⁷ Entre propriété économique, qui est sous « contrôle », et propriété juridique, qui est transmise. V. n° 207 s., *supra*. Adde en matière civile et fiscale : G. BLANLUET. *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*. Paris : LGDJ, 1999, IX-493 p.

¹⁴⁸⁸ La lecture de certains arguments déployés par les pouvoirs publics donne parfois l'impression que c'est même à cause de ces attraits que le *trust* est considéré comme dangereux.

¹⁴⁸⁹ V. n° 323 s., *supra*.

¹⁴⁹⁰ BÉRAUDO. *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, *op. cit.*, n° 2.

¹⁴⁹¹ REBOUL et SOMMER. « Fasc. 2 : Trust », *op. cit.*, n° 1.

¹⁴⁹² Qui mènera à la L. n° 2013-1117, *op. cit.*

¹⁴⁹³ Qui mènera à la Loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier (JO 7 décembre 2013, p. 19939, texte n° 2).

¹⁴⁹⁴ *Première séance du mardi 5 novembre 2013 : Lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière - Procureur de la République financier*. Paris : Assemblée Nationale, Travaux

même visant à tenir un mécanisme juridique responsable de comportements illicites, ces propos illustrent l'enracinement de la défiance des responsables publics à l'encontre de ce mécanisme juridique pourtant courant¹⁴⁹⁵. Cela est d'autant plus dommageable que le *trust* a démontré depuis de nombreuses années son utilité, tant dans le domaine des affaires que du patrimoine personnel des entrepreneurs¹⁴⁹⁶. La particularité de ces derniers apparaît une nouvelle fois ignorée par les pouvoirs publics.

L'existence d'un mécanisme juridique, quel qu'il soit, n'est pas problématique en tant que telle¹⁴⁹⁷. Il appartient simplement aux pouvoirs publics d'offrir l'encadrement normatif adéquat pour limiter (à défaut d'éradiquer) des pratiques excessives ou frauduleuses. Jusqu'à présent, le législateur français ne s'est pas véritablement intéressé à la question sur le plan civil (§1). En revanche, il s'est montré beaucoup plus prompt à légiférer sur le plan fiscal. En conséquence, il a neutralisé l'intérêt du *trust* pour les entrepreneurs en France (§2).

en séance, XIV^{ème} législature, 2013, Compte-rendu intégral.

¹⁴⁹⁵ Ces propos sont d'autant plus croustillants que la conversation au cours de laquelle ils ont été prononcés concernait le comportement frauduleux d'un ancien député et ministre délégué chargé du budget. Par ailleurs, ledit comportement, si tant est qu'il puisse être imputé au véhicule juridique plutôt qu'à la personne qui le met en œuvre, a été découvert au travers d'un simple registre public des *trusts* en Suisse. Un bien simple remède pour un mal qui est parfois présenté comme tellement profond ! À ce titre, le Parlement européen a adopté une directive prévoyant des règles plus strictes en matière de blanchiment d'argent afin de lutter contre l'évasion fiscale et le financement du terrorisme. Une des mesures prévues par cette quatrième directive anti-blanchiment vise à contraindre pour la première fois les États membres de l'UE à tenir des registres centraux reprenant les informations liées aux propriétaires « effectifs » finaux de sociétés et autres entités légales, ainsi que de fiducies (ou *trusts*) : Dir. (UE) 2015/849, *op. cit.*

¹⁴⁹⁶ V. n° 334 s., *supra*.

¹⁴⁹⁷ Le *trust* est parfois associé à l'évasion, voire à la fraude fiscale. Il convient de rappeler que la notion d'évasion fiscale désigne des comportements qui consistent à « délocaliser » certains revenus ou certains bénéfices vers des États où l'imposition est plus clémente. La notion de fraude fiscale en revanche, fait référence au non-respect pur et simple des obligations qui incombent au contribuable. Par extension, cela s'entend également des comportements visant à ne pas respecter l'esprit de la loi fiscale, en profitant par exemple d'un régime avantageux alors que le motif dudit régime n'est pas rempli. Or, il s'avère que d'une part, l'évasion fiscale n'est pas illégale, et que d'autre part, il est ridicule d'associer systématiquement un mécanisme juridique aux finalités aussi variées que le *trust* à un comportement antisocial. D'ailleurs, nombre des fraudeurs fiscaux utilisent des structures *offshore*, généralement basées au Panama ou dans les îles Vierges britanniques, sans que celles-ci soient nécessairement d'inspiration fiduciaire. Ce sont très souvent de simples structures sociétaires. Pour autant, le droit des sociétés n'est pas (et à raison) accusé d'engendrer intrinsèquement la fraude.

§1. Le traitement civil du trust

348. Historiquement, le droit français ne dispose pas plus de *trust* que de fiducie¹⁴⁹⁸. Mais alors que le chemin de croix de la fiducie a finalement connu un dénouement favorable, le *trust* demeure le mal-aimé des pouvoirs publics. Le principe de non-reconnaissance du *trust* valablement constitué à l'étranger est ainsi affirmé avec force et constance depuis des années (A).

Pour autant, malgré les efforts et l'intransigeance des pouvoirs publics, la France n'est pas isolée du reste du monde. Aussi, la jurisprudence a dû assumer un rôle essentiel dans le dénouement de situations présentant cet élément d'extranéité (B).

A. La non-reconnaissance du *trust*

349. En ce qui concerne la reconnaissance du *trust* en droit français, la situation est très claire depuis que le législateur refuse de reconnaître les apports du droit international privé conventionnel (1). De même, il ne faut pas voir dans l'instauration de la fiducie nommée, une réception indirecte du *trust* (2).

1. L'apport limité du droit international privé conventionnel

350. Le droit international privé conventionnel repose grandement, en matière de *trust*, sur les travaux de la Conférence de La Haye en droit international privé¹⁴⁹⁹. Cette organisation intergouvernementale a pour objectif l'unification progressive des normes de droit international privé. La quinzième session de la Conférence a abouti à la rédaction de la Convention de La Haye du premier juillet 1985¹⁵⁰⁰. Celle-ci ne visait pas à instaurer le *trust* dans le droit interne des pays

¹⁴⁹⁸ Pour une tentative d'explication, v. not. V. BOLGÁR. « Why No Trusts in the Civil Law ? ». *Am. J. Comp. L.*, 1953, vol. 2, n° 2, p. 204 à 219.

¹⁴⁹⁹ *The Hague Conference on Private International Law (HCCH). Conférence de La Haye de droit international privé*. In : *Site officiel de l'Organisation mondiale pour la coopération transfrontalière en matière civile et commerciale*.

¹⁵⁰⁰ Conv. La Haye 1er Juillet 1985, *op. cit.* Celle-ci a été abondamment commentée : v. not. J.-P. BÉRAUDO. « La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ». *Travaux du Comité français de DIP*, 1986, p. 21 à 39 ; D. HAYTON. « The Hague Convention on Trusts : A Little is Better than Nothing but Why so Little ? ». *J.C.T.P.*, 1994, p. 23 ; A. DYER. « International Recognition and Adaptation of Trusts : The Influence of The Hague Convention ».

signataires, mais à doter ces pays de règles leur permettant d'appliquer de manière uniforme et cohérente les effets du *trust*. Il y a donc des avantages tant pour les droits connaissant le *trust* que pour ceux l'ignorant. Pour les premiers, la Convention assure une reconnaissance du mécanisme tel qu'il a été conçu et voulu par les personnes concernées. Pour les seconds, la Convention fournit des règles remplissant un vide juridique et permettant ainsi d'éviter le recours à des techniques parfois aléatoires¹⁵⁰¹, sources d'insécurité.

351. Sur le plan de la méthode, la Convention propose d'abord une définition du *trust*, puis détermine la loi applicable. Pour commencer, son article 2 prévoit une définition de la situation dans laquelle elle s'applique, c'est-à-dire de ce qu'il convient d'entendre par « *trust* » : « Aux fins de la présente Convention, le terme 'trust' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant -par acte entre vifs ou à cause de mort- lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ».

Ce *trust* « international » présente trois caractéristiques. Premièrement, les biens qui le constituent forment « une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ». Deuxièmement, le titre de propriété relatif à ces biens « est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ». Troisièmement, c'est le trustee qui « 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 (...) par la loi ». À ce titre, la Convention de La Haye définit le plus simplement possible le *trust*¹⁵⁰². En théorie, cette définition pourrait concerner les différentes fiducies civilistes¹⁵⁰³. Toutefois,

Vand. J. Transnat'l L., octobre 1999, vol. 32, p. 989 ; C. REYMOND. « Trust et fiducie, une distinction estompée par la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ». In : *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage : mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris : Litec, 2004, p. 343 ; WITZ. « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust », *op. cit.* Pour une analyse accessible et détaillée, v. spéc. C. JAUFFRET-SPINOSI. « La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985) ». *JDI*, 1987, vol. 1141987, n° 1, p. 23 à 73.

¹⁵⁰¹ Essentiellement l'assimilation à une catégorie juridique du *for*.

¹⁵⁰² D'ailleurs, la Convention ne mentionne aucunement la distinction entre *legal* et *equitable ownership* qui est propre au *trust*. Cependant et paradoxalement, cela ne veut pas dire que cette distinction soit nécessaire à la définition d'un *trust*. Sur ce point, v. not. BARRIÈRE. *La réception du trust*, *op. cit.*, spéc. n° 227.

¹⁵⁰³ Cette possibilité a fortement été débattue en doctrine. Pour une vision expansionniste, v. not. *ibid.*, n° 234-235. Pour une opinion contraire, v. FAMILY. « L'acte de fiducie (Étude de droit interne et de droit international privé) », *op. cit.*, spéc. n° 569. En ce qui concerne la fiducie nommée, la question ne relève

en pratique, elle ne concerne que les *express trust*, c'est-à-dire ceux qui sont élaborés volontairement par une personne physique ou morale¹⁵⁰⁴. Par ailleurs, l'existence d'un lien entre le constituant et le patrimoine fiduciaire, de même qu'entre le *trustee* et le bénéficiaire, n'est pas un obstacle à l'existence d'un *trust*.

Pour finir, la Convention dispose que la loi applicable est celle qui a été choisie par le constituant¹⁵⁰⁵. À défaut d'un tel choix ou si jamais le constituant a désigné un droit qui ne dispose pas du *trust*¹⁵⁰⁶, il convient de choisir la loi avec laquelle le *trust* présente « les liens les plus étroits¹⁵⁰⁷ ». Par conséquent, ce dernier « sera reconnu en tant que *trust*¹⁵⁰⁸ » et ne sera pas traduit aléatoirement en une catégorie du *for*.

352. Le comportement du Gouvernement français à la Conférence s'est avéré ambigu. En effet, après avoir participé aux travaux avec les autres pays membres, la France a bien signé le texte final le 26 novembre 1991. À ce moment, aucune réserve n'a été apportée sur le contenu de la Convention. Pourtant, à ce jour, celle-ci n'est toujours pas ratifiée¹⁵⁰⁹. Il est vrai qu'au moment de la signature, il était déjà question d'instaurer une fiducie en droit français¹⁵¹⁰. Aussi, la non-ratification de la Convention était alors expliquée par l'attente du vote concernant la fiducie¹⁵¹¹. Bien

évidemment pas du droit international privé français.

¹⁵⁰⁴ « La Convention ne s'applique qu'aux *trusts* créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit » : art. 3, Conv. La Haye 1er Juillet 1985, *op. cit.*

¹⁵⁰⁵ « 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 » : art. 6, *ibid.*

¹⁵⁰⁶ « 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 » : art. 6, al. 2, *ibid.*

¹⁵⁰⁷ Il s'agit d'analyser un faisceau d'indices, notamment les objectifs du *trust* et les endroits où ceux-ci doivent être accomplis, le lieu d'administration du *trust* désigné par le constituant, le lieu de situation des biens du *trust*, le lieu de résidence ou d'établissement du *trustee* : art. 7, al. 2, *ibid.*

¹⁵⁰⁸ Art. 11, al. 1, *ibid.*

¹⁵⁰⁹ La France n'est pas le seul État dans cette situation puisque les États-Unis et Chypre l'ont également signée sans la ratifier, tandis que la République Populaire de Chine ne l'a même pas signée alors qu'elle est membre de la Conférence depuis le 3 juillet 1987. V. *État présent des membres de l'Organisation*. [En ligne]. Disponible sur : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=59.

¹⁵¹⁰ Not. Proj. L. n° 2583 de 1992, *op. cit.*, p. 2. V. n° 15, *supra*.

¹⁵¹¹ « La France, soucieuse notamment de mieux résoudre les problèmes de droit international privé qui se posent lorsque les juridictions françaises sont confrontées à un *trust* comportant un élément français, a participé à l'élaboration de cette Convention et l'a signée. À ce jour, cette Convention a été ratifiée par trois États, le Royaume-Uni, l'Italie et l'Australie, et est entrée en vigueur entre eux le 1er janvier 1992. L'autorisation de la ratifier ne pourra être demandée au Parlement que lorsque le contrat de fiducie sera

que peu convaincante en soi¹⁵¹², cette justification pouvait être entendue. Toutefois, dès lors que les différents projets d'instauration d'une fiducie nommée en droit français ont été mis de côté, le refus français ne tenait plus. En réalité, les pouvoirs publics craignaient que le *trust* ne « cannibalise » le droit français au détriment des acteurs économiques nationaux. Il est pour le moins savoureux que le législateur ait préféré priver les français de l'apport d'un mécanisme qui a montré son utilité partout dans le monde, au motif que cela risquerait de se faire à leur détriment¹⁵¹³.

De même que le *trust* ne bénéficie pas en droit interne des apports de la Convention de La Haye de 1985, il ne bénéficie pas non plus de la fiducie nommée. Au contraire, celle-ci a été conçue comme son concurrent direct¹⁵¹⁴ (2).

2. La non-réception du *trust* au travers de la fiducie nommée

353. Nombreux sont les observateurs qui espéraient voir en la loi n° 2007-211 instaurant la fiducie nommée, l'introduction cachée du *trust* en droit français. Pourtant, malgré l'inspiration claire que le *trust* représente, il n'est pas possible de tirer une telle conclusion. Le mécanisme français présente de trop nombreuses différences avec le dispositif anglo-américain pour pouvoir en conclure la réception indirecte de celui-ci.

introduit dans le droit français » : « Le projet de loi instituant la fiducie (Ass. nat. n° 2583) », *op. cit.*

¹⁵¹² La position du législateur, visant à ne reconnaître le *trust* en droit français que si un mécanisme interne (la fiducie) existait déjà, peut s'expliquer dans une logique de compétition entre États et systèmes de droit. En effet, malgré une ratification, le *trust* ne serait toujours pas instauré en droit français puisque la Convention ne vise qu'à reconnaître pleinement les *trusts* constitués à l'étranger. En revanche, ce positionnement ne prend aucunement en compte le fait que les tribunaux tendaient déjà à reconnaître les effets spécifiques du *trust*. V. n° 354 s., *infra*.

¹⁵¹³ Cette crainte constante s'est une nouvelle fois révélée lors de l'instauration de la fiducie nommée en droit français. En effet, le Gouvernement utilisera peu ou prou la même argumentation qu'il utilisait en l'absence de fiducie interne, afin de justifier l'absence de décision en faveur de la ratification de la Convention : « La décision de ratifier cette convention nécessite une réflexion approfondie qui doit être menée en considération de l'adoption le 19 février 2007 de la loi n° 2007-211 instituant la fiducie, dont les éléments constitutifs sont proches de ceux envisagés pour le *trust* dans cette convention. Il convient en effet de veiller à ce qu'une telle ratification n'emporte pas reconnaissance en France, sans aucun contrôle, de patrimoines d'affectation, créés selon un droit étranger, qui échapperaient aux mesures de transparence imposées aux fiducies françaises et qui pourraient ainsi concurrencer sérieusement cette nouvelle institution. La ratification de la convention risquerait également d'encourager les délocalisations de patrimoines et de rendre plus délicate la lutte contre le blanchissement et les fraudes, puisque les *trusts* constitués à l'étranger devraient être reconnus en droit interne » : Rép. min. n° 55 (JO Sénat Q, 24 janv. 2008, p. 160).

¹⁵¹⁴ V. n° 69 s., *supra*.

Il est pourtant vrai que *trust* et fiducie sont proches, notamment d'un point de vue fonctionnel. Ce sont tous les deux des mécanismes d'affectation patrimoniale jouant autour de trois fonctions : celle de constituant (*settlor*), celle de fiduciaire (*trustee*) et celle de bénéficiaire (*beneficiary*). Les deux ne bénéficient également pas de la personnalité juridique¹⁵¹⁵. Cependant, des différences persistent, tant sur le plan conceptuel, que sur la nature de la propriété dont il est question.

Tout d'abord, à la différence de la fiducie nommée¹⁵¹⁶, le *trust* n'est pas un contrat. C'est une situation de fait, un « arrangement de propriété¹⁵¹⁷ ». Il repose sur plusieurs constantes juridiques et engendre des conséquences qui sont encadrées par l'existence de droits et obligations respectives pour les personnes concernées¹⁵¹⁸. Dans les cas les plus courants, celui de l'*express trust*, le *trust* est un acte unilatéral¹⁵¹⁹. Ensuite, et cela est loin d'être négligeable, le *trust* est beaucoup plus souple quant aux fonctions intéressées par l'opération¹⁵²⁰. Outre le fait que le *trustee* peut être une personne physique sans aucune qualification professionnelle préalable¹⁵²¹, le *trust* ne pose pas d'interdiction de principe au cumul des fonctions. Les possibilités envisageables, de même que les finalités possibles, vont donc bien au-delà de celles offertes par la fiducie nommée. Ainsi, une même personne peut-elle envisager d'être à la fois *settlor*, *trustee* et *beneficiary*¹⁵²².

Par ailleurs, les effets du *trust* ne font (eux) pas l'objet de véritable incertitude. En effet, sur le plan théorique, la distinction fondamentale entre la fiducie et le *trust* ne repose ni sur les modalités de chaque mécanisme, ni sur leur philosophie qui peut être proche, mais sur la nature de la propriété sur laquelle ils se basent. Le *trust* repose sur un dédoublement clair du droit de propriété entre

¹⁵¹⁵ Même si quelques États confèrent la personnalité juridique aux *trusts* constitués sous l'empire de leur législation : LE GALL. « Le nouveau régime fiscal français des trusts : une copie à revoir », *op. cit.*, n° 8.

¹⁵¹⁶ Même si le législateur s'est employé à différencier l'opération fiduciaire et le contrat de fiducie. Cela est d'autant plus vrai qu'en pratique, la fiducie nommée est le plus souvent un contrat accepté dès l'origine par le bénéficiaire, soit pour sécuriser l'opération, soit pour que celle-ci puisse bénéficier du régime de la neutralité fiscale.

¹⁵¹⁷ TRIPET. *Trusts patrimoniaux anglo-saxons*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵¹⁸ En particulier les *Fiduciary duties* qui incombent au *trustee*.

¹⁵¹⁹ Mais cela n'est aucunement systématique. V. n° 324 s., *supra*.

¹⁵²⁰ V. n° 137 s., *supra*.

¹⁵²¹ À la différence du fiduciaire sous la fiducie nommée, v. spéc. n° 153 s., *supra*.

¹⁵²² Cela est même très fréquent en matière patrimoniale.

legal et equitable ownership. Il confère au bénéficiaire un droit réel sur les biens qui va au-delà d'un simple droit de créance. Le *trustee*, lui, se voit surtout conféré des obligations envers le *beneficiary* : ce sont les fameuses *fiduciary duties*.

Au contraire, l'existence éventuelle d'une « propriété juridique du bien (transférée au fiduciaire) » et d'une « propriété économique (conservée par le constituant) » ne trouve pas véritablement d'écho en droit français¹⁵²³. Cette question de la nature exacte de la propriété fiduciaire telle qu'induite par la loi n° 2007-211 ne fait pas encore totalement consensus¹⁵²⁴. À ce titre, le démembrement de la propriété dans les systèmes juridiques de *Common Law* est par nature propice au *trust*, au contraire de l'absolutisme du droit de propriété en droit civil français. De fait, le *trust* est, dans les pays de l'anglosphère, une véritable institution¹⁵²⁵. Son antériorité et son importance font que sa place dépasse largement celle laissée à la fiducie nommée. D'ailleurs, c'est ce succès du *trust* qui était la raison principale ayant poussé le législateur à instaurer une fiducie en droit français.

À défaut de réception directe ou indirecte, la question du traitement du *trust* en France se limite aux seuls mécanismes constitués à l'étranger. C'est au juge qu'est incombé la responsabilité d'y répondre, à l'orée des différentes affaires dont il a été saisi (B).

¹⁵²³ Malgré les tentatives de certains auteurs : v. not. N. LERÈGLE, A. DELOISON. « La fiducie-sûreté ». *JCP E*, 2011, 166. L'analyse distinguant propriété juridique et propriété économique avait pourtant fait l'objet de nombreux travaux, en particulier à l'occasion des différents projets de loi instaurant la fiducie au tournant des années 1990. V. BARRIÈRE. *La réception du trust*, *op. cit.*, n° 420 ; BLANLUET. *Essai sur la notion de propriété économique*, *op. cit.*, spéc. n° 96 ; GRIMALDI. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*

¹⁵²⁴ Pour un panorama des opinions doctrinales en la matière, v. ARSAC. *La propriété fiduciaire*, *op. cit.*, spéc. n° 196 s. Il faut rappeler que dans le cadre de cette thèse, la position retenue est celle selon laquelle la propriété du fiduciaire n'est pas la propriété issue de l'article 544 du Code civil. Le constituant use de son droit absolu afin de transférer (pour une durée limitée) la propriété au fiduciaire. La propriété est alors retenue. Le fiduciaire aura tous les pouvoirs que le contrat de fiducie lui conférera et, selon la finalité de l'opération, vocation ou non à en jouir *in fine* tel un véritable propriétaire. V. n° 45 s., *supra*.

¹⁵²⁵ Pris au sens du Doyen Hauriou, à savoir (pour le droit privé) rendant compte d'un phénomène qui « par contraste avec les instruments techniques habituellement utilisés (contrat, obligations, etc.), se caractérise par l'accent mis sur le facteur de durée (...), le rôle spécifique des volontés des participants à la fondation et à la vie de l'institution » : V° Institution, 6, CORNU. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

B. L'apport essentiel de la jurisprudence

354. À défaut d'être consacré en droit français, le *trust* n'est pas un inconnu. Sans forcément être confrontés à des situations aussi extrêmes que celle de la famille Wildenstein¹⁵²⁶, les tribunaux français ont souvent eu l'occasion de se prononcer sur des contentieux relatifs à des *trusts*. Depuis de très nombreuses années, principalement à l'occasion de règlements successoraux ou d'opérations immobilières, le juge a été saisi de la question de la validité des effets d'un *trust* en France¹⁵²⁷. Il apparaît que ce n'est que progressivement que la jurisprudence a reconnu ses spécificités (1). Toutefois, des incertitudes demeurent en fonction des domaines juridiques concernés (2).

1. Une reconnaissance progressive de la spécificité des *trusts*

355. La doctrine a analysé une évolution de la jurisprudence en schématisant l'existence de trois périodes se chevauchant partiellement¹⁵²⁸.

La première, qualifiée de « période des tentatives d'assimilation », recouvre la fin du XIX^{ème} et le début du XX^{ème} siècle. Le juge, qui doit qualifier un mécanisme étranger, ne peut alors se référer à une catégorie du *for* puisque le *trust* n'existe pas

¹⁵²⁶ Les Wildenstein sont marchands d'art depuis la fin du XIX^{ème} siècle. La fortune familiale, souvent estimée à plus de 5 milliards d'euros, est disséminée dans de très nombreux *trusts* constitués dans le monde entier. L'objectif de ces constitutions était de mettre la fortune familiale à l'abri de la curiosité du public, mais également des autorités fiscales et même de certains membres de la famille. Plusieurs procédures judiciaires ont été ouvertes en France, tant sur le plan civil, fiscal que pénal, à propos des successions de Daniel Wildenstein (1917-2001) et de son fils, Alec (1940-2008). Sur le plan civil, les litiges concernent pour l'essentiel les droits de leurs épouses en secondes noces respectives. En effet, les autres héritiers s'opposent à ce que les biens mis en *trusts* soient comptabilisés dans les différentes successions afin de les faire échapper au principe de la réserve héréditaire du droit français. Or, tant que la succession du père n'est pas réglée, celle du fils ne peut l'être également. Mais le véritable nœud du problème est l'évaluation du patrimoine total de la famille depuis la fin du XIX^{ème} siècle, c'est-à-dire au décès du patriarche, Nathan Wildenstein (1851-1934). Les différentes procédures civiles sont pour le moment bloquées car le notaire désigné comme expert par la Cour d'appel de Paris n'obtient pas des héritiers Wildenstein, les informations permettant d'identifier tous les *trusts* constitués par Nathan, Georges (1862-1963), Daniel puis Alec. Sur le plan fiscal, Guy Wildenstein, second fils de Daniel, est mis en examen avec les héritiers de son frère pour fraude fiscale et blanchiment aggravé. Deux personnes morales sont également poursuivies : la *Northern Trust Fiduciary Services* et la *Royal Bank of Canada Trust*. L'administration fiscale évalue le préjudice à environ un demi milliard d'euros. Cette situation extrême, rocambolesque même, est la quintessence de ce qui est reproché au *trust* par les pouvoirs publics français et justifiant (à tort) une mauvaise réputation. Sur le sujet, v. réc. C. DUMONT-BEGHI. *Les milliards cachés des Wildenstein*. Paris : L'Archipel, 2016, 267 p.

¹⁵²⁷ Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, il est question d'au moins une centaine de *trusts* testamentaires et de plusieurs *trusts inter vivos* par an.

¹⁵²⁸ TRIPET. *Trusts patrimoniaux anglo-saxons*, op. cit., p. 13 s. Cette classification est souvent reprise par le reste de la doctrine. V. not. BARRIÈRE. *La réception du trust*, op. cit., n° 138 s

en droit français¹⁵²⁹. Naturellement, il cherche à « traduire » le *trust* dans les concepts adjacents du droit civil. En conséquence, l'originalité du *trust* s'efface devant l'impérieuse nécessité de dégager des règles juridiques internes propices à la résolution des problèmes posés. Les solutions trouvées s'avèrent alors particulièrement instables, allant de la dénonciation de certains *trusts* comme des mécanismes contraires à l'ordre public¹⁵³⁰, à l'admission complète et entière de la validité des effets de certains autres¹⁵³¹. Mais même dans ce dernier cas, l'assimilation à une catégorie du *for* donne lieu à des solutions très variables. Donnant un bel aperçu de la souplesse du *trust* et de la pluralité des finalités qu'il peut remplir, le juge a pu y reconnaître tout à la fois un legs, une donation¹⁵³², un contrat de mariage, un mandat¹⁵³³, une société¹⁵³⁴ ou encore la mise en place d'un exécuteur testamentaire¹⁵³⁵.

Aucune de ces qualifications ne permet de refléter pleinement les caractéristiques d'un *trust*. Aussi, les juges ont-ils commencé à modifier leur méthode. C'est la deuxième période identifiée, celle du « respect de la spécificité du *trust*¹⁵³⁶ ». Elle correspond, lors de la première partie du XX^{ème} siècle, à la prise en

¹⁵²⁹ « *We conclude that in several cases the civil law has no substitute for trust, because it would be contrary to its policy to sanction their results* » (Nous en concluons que, dans plusieurs cas, le droit civil n'a pas de substitut au *trust*, parce que cela serait contraire à son ordre public de mettre en œuvre ses effets) : P. LÉPAULLE. « Civil Law Substitutes For Trusts ». *Yale L.J.*, 1927, vol. 36, n° 8, p. 1126 à 1147, spéc. p. 1147.

¹⁵³⁰ V. not. T. civ. de la Seine, 9 mars 1895 (substitution prohibée) ; T. civ. de la Seine, 28 juin 1901 (mandataire tentant de rendre des biens inaliénables) ; CA Paris, 27 janvier 1904 (id.) ; CA Paris, 18 février 1909 (interposition prohibée à l'art. 911 anc.) ; CA Paris, 18 avril 1929 (contraire à la libre circulation des biens). V. TRIPET. *Trusts patrimoniaux anglo-saxons, op. cit.*, p. 13 s.

¹⁵³¹ V. not. T. civ. de la Seine, 10 décembre 1880 ; T. civ. de la Seine, 16 mai 1906 (mandat) ; CA Paris, 7 août 1883 (fidéicommiss) ; T. civ. de la Seine, 5 mars 1897 (exécution testamentaire). Égal. TRIPET. *Trusts patrimoniaux anglo-saxons, op. cit.*

¹⁵³² Avec ou sans charge.

¹⁵³³ V. not. T. civ. de la Seine, 10 décembre 1880, JDI 1881. 434 ; Cass. civ., 19 février 1908, JDI 1912, p. 243 ; Journ. sociétés 1909, p. 200.

¹⁵³⁴ V. not. la société Edsaco, *trust* immatriculé à Jersey : Cass. crim. 16 janvier 2013, n° 11-83.689, Bull. crim. n° 7855.

¹⁵³⁵ V. not. T. civ. de la Seine, 8 août 1888, JDI 1889. 635 ; Cass. crim., 4 juin 1941, DC 1942. 4, obs. Nast ; JCP 1942. II. 2017, obs. Maury ; S. 1944. I. 133, obs. Batiffol ; Civ. 1ère, 3 nov. 1983, Rev. crit. DIP 1984. 336, obs. M. Revillard ; JDI 1985. 115, obs. B. Ancel.

¹⁵³⁶ TRIPET. *Trusts patrimoniaux anglo-saxons, op. cit.*, p. 14. V. égal. Conclusions T. civ. de la Seine, 22 décembre 1926, Revue critique DIP 1927, 70, p. 81 : « Le contrat de *trust* est un contrat *sui generis*, dont on ne peut pas dire d'une façon absolue qu'il est ou qu'il n'est pas valable en France. La solution peut varier avec chaque espèce. Chaque *trust* doit être analysé et apprécié séparément. Ce qu'il faut rechercher, c'est si les effets qu'il est appelé à produire sont ou non contraires à l'ordre public national ».

compte progressive de la loi d'origine du *trust* dans l'analyse de celui-ci. L'objectif visé par le juge était alors de ne plus recourir à des qualifications erronées¹⁵³⁷.

La troisième période correspond quant à elle à la position contemporaine de la jurisprudence. Elle consacre la reconnaissance entière de la spécificité du *trust*. La Cour d'Appel de Paris¹⁵³⁸ a posé le principe en ces termes :

« La convention de *trust*, au moyen de laquelle ont été réalisées des libéralités à cause de mort, constitue un contrat synallagmatique relevant non de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est à dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer ». Malgré des critiques légitimes sur le recours à la notion de contrat synallagmatique, cet arrêt est d'importance en ce qu'il pose pour la première fois le principe de l'assujettissement du *trust* à la loi d'autonomie. À savoir que le *trust* doit pouvoir bénéficier de la règle de conflit de lois en vertu de laquelle les conventions sont soumises, sur le fond, aux conditions prévues par la loi à laquelle les parties se sont explicitement ou implicitement référées. Ainsi, le *trust* constitué à l'étranger peut-il s'émanciper de loi française dans la mesure où ses dispositions ne sont pas contraires à l'ordre public français¹⁵³⁹.

¹⁵³⁷ V. not. T. civ. des Alpes-Maritimes, 22 février 1928 reconnaissant que le *trustee* pouvait avoir des pouvoirs plus larges que l'exécuteur testamentaire, par ex. en aliénant des immeubles. Égal. T. civ. du Mans, 20 novembre 1934 se référant au régime matrimonial anglais pour faire prévaloir un *trust* marital anglais contre la loi immobilière française.

¹⁵³⁸ CA Paris, 10 janvier 1970, Courtois c/ cts de Ganay, Rev. crit. 1971, 518, n. Droz ; JDI 916, n. Derrupe. Solution confortée dans l'arrêt Caron : Cass. civ. 1ère, 20 mars 1985, Caron c/ Odell, n° 82-15.033, Bull. civ. I, n° 103. JurisData n° 1985-701544 ; Rev. crit. DIP 1986, p. 66, n. Y. Lequette. La jurisprudence a utilisé le principe général *Fraus omnia corrumpit* pour annuler des montages sociétaires qui reposent sur une intention de fraude à l'égard des droits d'autrui. C'était notamment le cas de droits issus de la loi successorale française, fraudés par l'apport d'un immeuble situé en France à une société dont les actions furent ensuite remises en *trust*. Afin de mieux censurer cette utilisation frauduleuse d'un *trust*, la Cour en a d'abord admis la spécificité des effets : « L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 permet à l'héritier français de prélever, sur les biens de la succession situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés à l'étranger dont il est exclu, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales, et ce droit de prélèvement peut s'exercer sur les biens donnés, situés en France et qui, selon le droit français, auraient pu faire l'objet d'une action en réduction pour atteinte à la réserve si l'ensemble de la succession avait été régi par la loi française. En l'espèce, ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui, pour écarter le droit de prélèvement de l'héritière française sur une partie d'un immeuble situé en France, n'a pas recherché, ainsi qu'elle y était invitée, si les ayants droit défendeurs avaient réellement effectué des apports représentant la valeur de leur part, à la société de droit américain, propriétaire de l'immeuble ou si, au contraire, ils n'avaient pas bénéficié d'une donation déguisée, ce qui aurait ouvert l'exercice de son droit de prélèvement à la demanderesse ».

¹⁵³⁹ En particulier, en matière successorale, la réserve héréditaire. Tout le travail du juge consistera alors à déterminer les limites de l'ordre public national puisqu'il n'en existe pas de définition légale. Au contraire, différentes sortes d'ordre public coexistent à l'appréciation du juge : économique, social, monétaire, processuel, pénal, fiscal, moral, civil, etc.

Néanmoins, cette évolution, positive dans le sens d'une reconnaissance de l'originalité du *trust*, n'empêche pas qu'une certaine incertitude demeure quant à sa qualification (2).

2. Une incertitude résiduelle quant à la qualification des trusts

356. La qualification en droit français d'une opération étrangère pourrait faire l'objet d'une forme d'automatisme. À un mécanisme particulier correspondrait systématiquement une analyse connue en droit français. Le problème, en ce qui concerne le *trust*, demeure la grande versatilité de celui-ci. Compte tenu de sa grande plasticité, il se retrouve dans des situations très variées qui imposent des analyses parfois radicalement opposées. Cela va de la qualification fiscale d'organisme sans but lucratif¹⁵⁴⁰ au rôle d'un État dans la constitution d'un *trust*¹⁵⁴¹.

Aussi, en matière successorale, une décision de la Cour de cassation avait fait grand bruit, en qualifiant un *trust* irrévocable et discrétionnaire, de donation indirecte¹⁵⁴². Interrogés quant à l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un *trust* entre vifs dans l'affaire Zieseniss, les juges ont considéré que le *trust* réalisait « une donation indirecte par l'intermédiaire du *trustee* ». Celle-ci doit

¹⁵⁴⁰ CAA Versailles, 6ème ch., 16 mai 2013, n° 12VE030005, min. c/ Fondation Wellcome Trust, RDF 2013, n° 42, comm. 486, concl. J.-É. Soyez, n. G. Goulard. La Cour administrative d'appel a pris en compte le caractère désintéressé de la gestion du *trust*, et donc son caractère non-lucratif, pour assimiler objectivement la situation du *Wellcome Trust* à celle des grandes fondations françaises. En conséquence, celui-ci ne pouvait pas faire l'objet d'un traitement fiscal discriminant. La Cour « s'est épargné le ridicule qu'il y aurait eu à dénier le caractère d'organisme non lucratif à l'une des œuvres caritatives les plus importantes et les plus respectées du monde. (...) Il n'en demeure pas moins qu'elle a pris une position contraire à celle qu'expose l'administration fiscale dans son instruction (...) (BOI-IS-CHAMP-10-50-10-40), voire à la loi (...). Il en découle, si l'on suit la Cour, que le droit français n'est pas encore tout à fait conforme au droit de l'Union, ce qui n'est pas impossible ».

¹⁵⁴¹ CA Paris, 17 février 2011, *Dallah Real Estate*, Rev. arb. 2011, p. 286 ; Cah. arb. 2011, p. 470. Il était question de l'extension à un État non signataire d'une convention d'arbitrage, de la clause d'arbitrage conclue par un organisme qui dépend de cet État. La Cour d'appel de Paris a jugé dans l'affaire *Dallah Real Estate* que « L'État qui a créé un *trust* ayant la personnalité morale pour s'occuper d'un projet et qui, parallèlement et après la disparition de ce *trust*, continue de s'impliquer dans l'exécution du contrat et se comporte comme si le contrat litigieux était le sien, sans qu'il soit fait état d'actes accomplis par le *trust*, partie signataire, et qui, lors des négociations précontractuelles s'était déjà comporté ainsi, confirme que la création du *trust* était purement formelle, et qu'il était la véritable partie à l'opération économique » : B. DERAÏNS. « Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. - Chronique des sentences arbitrales ». *JDI*, octobre 2011, n° 4, chr. 11.

¹⁵⁴² Cass. civ. 1ère, 20 février 1996, n° 93-19855, cts Zieseniss, Bull. civ. I, n° 93 ; D. 1996, p. 360 ; JCP G 1996.II.22467, n. M. Béhar-Touchains ; Rép. Defrénois 1997, art. 36457 et 36532, n. Th. Vignal ; RTD civ. 1996.454, obs. J. Patarin ; Rev. crit. DIP 1996.696, n. G. Droz ; Y. Lequette, D. 1996, chr. p. 231

alors prendre date au jour du décès du donateur¹⁵⁴³ au travers de l'appréhension des biens par le bénéficiaire¹⁵⁴⁴. Cette analyse a été contestée par une partie de la doctrine pour laquelle un *trust* irrévocable ne pouvait constituer, ni un legs, ni une donation au sens du droit civil français. Certains auteurs ont rappelé que l'acceptation du créancier, condition essentielle de la qualification de donation, n'existait pas¹⁵⁴⁵. D'autres ont considéré que la transmission du *trust* pouvait constituer une mutation à titre gratuit *sui generis* ou encore que les dispositions du Code général des impôts étaient inapplicables¹⁵⁴⁶.

Il est vrai que ces analyses ne manquent pas d'arguments. Mais l'essentiel était ailleurs. C'était la première fois que la Cour reconnaissait le *trust* comme tel et en admettait ainsi la validité, alors qu'il était soumis à un droit étranger et que la succession était régie par la loi française¹⁵⁴⁷. À cette occasion, la Cour de cassation a remis en cause l'analyse de la Cour d'appel¹⁵⁴⁸ qui, au regard du caractère révocable du *trust*, l'avait assimilé à un legs¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴³ En l'espèce, une donatrice.

¹⁵⁴⁴ « Lors de la constitution du *trust*, le 11 mai 1953, Marie-Louise Larue s'est dépouillée d'un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le *trustee* de le remettre au jour de sa mort aux bénéficiaires désignés par elle à cette date ; cette opération (...) a réalisé une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour » : Cass. civ. 1ère, 20 févr. 1996, Zieseniss, *op. cit.*

¹⁵⁴⁵ J.-P. LE GALL, G. BLANLUET. « Le *trust* au pied du mur ». *JCP E*, 2005, n° 36, 1297, p. 11 à 17, spéc. n° 8-9 : « Dans le cas d'un *trust* irrévocable, l'objection, il est vrai, tombe. Mais, même dans ce cas, la qualification de donation sous condition suspensive de l'acceptation du bénéficiaire doit être rejetée. On ne peut en effet ériger en condition suspensive d'un contrat, donc d'une donation, l'acceptation, c'est-à-dire le consentement du créancier. Si la donation n'est pas acceptée, elle est inexistante. L'acte n'est alors qu'éventuel car il manque à sa formation un élément essentiel ».

¹⁵⁴⁶ B. HATOUX. *RJF*, 4/06, obs., n° 471. Cette position, affirmée au demeurant de manière très forte, ne manquait pas de cohérence. Dans la mesure où le CGI ne pose aucun principe général de taxation des mutations, son article 750 ter ne semble en effet viser que les cas où l'impôt peut être perçu. C'est-à-dire, en l'espèce, en cas de donation et de décès. Une solution contraire serait alors en contradiction avec le principe de la légalité tel que garanti par l'article 34 de la Constitution. Toutefois, elle présente le désavantage de ne pas rapporter de subsides aux services de l'État.

¹⁵⁴⁷ J.-P. BÉRAUDO. « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 123, spéc. n° 37 s.

¹⁵⁴⁸ CA Paris, 28 septembre 1993.

¹⁵⁴⁹ En vertu de l'article 923 du Code civil, « Les legs sont réduits avant les donations (...), quand bien même le testament serait antérieur à la donation, car ils n'ont d'effet qu'au jour du décès, que si donc le bien légué figurait encore dans le patrimoine du disposant ; ce qu'impose aussi l'irrévocabilité des donations ». V. not. Cass. civ. 1ère, 12 novembre 1998, Bull. civ. I, n° 314 ; D. 1999. 325, n. J.-P. Langlade-O'Sughrue ; JCP G 1999. I. 9, n° 11, obs. R. Le Guidec ; RTD civ. 1999.680, obs. J. Patarin : « Vu les articles 894 et 923 ; il résulte de ces textes qu'un legs, qui ne prend effet qu'au décès du testateur, doit être réduit avant une donation qui, même dépourvue de date certaine (il s'agissait d'un don manuel constaté par acte sous seing privé), a dessaisi le disposant de son vivant ». MALAURIE. *Les successions*,

Alors même que le législateur refuse encore aujourd'hui de le reconnaître en droit français, les juges se sont échinés à respecter au plus près la volonté des constituants ainsi que les spécificités des mécanismes qu'ils ont mis en place. Cependant, les solutions jurisprudentielles demeurent, par nature, incertaines. Au contraire, l'administration fiscale fait preuve depuis longtemps d'une réelle constance et d'un certain pragmatisme dans le traitement du *trust* (§2).

§2. Le traitement fiscal du *trust*

357. Pendant longtemps, le législateur n'a porté que peu d'intérêt au *trust*. Il s'agissait là d'un mécanisme juridique étranger et son inexistence en droit interne coupait court à toute velléité de réflexion. Son étude se limitait alors aux travaux précurseurs de Lépaulle¹⁵⁵⁰. Progressivement, quelques textes sont venus répondre de manière éparse à des questions isolées. Mais cela n'en constituait pas pour autant un régime spécifique (A). Ce n'est qu'avec l'instauration de la fiducie nommée qu'une telle réflexion s'est précipitée. Afin de favoriser la nouvelle fiducie nommée, certains auteurs ont vu dans le régime fiscal du *trust* un moyen de « tuer¹⁵⁵¹ » la pratique du *trust* en France (B).

A. L'absence initiale de régime spécifique

358. Avant 2011, quelle que soit la situation en cause et qu'importe l'impôt concerné, le droit français ne disposait que de très peu de textes traitant de la fiscalité du *trust* constitué à l'étranger (1). En dépit de l'absence d'un ensemble cohérent de règles spécifiques, l'administration fiscale s'est montrée très encline à la taxation. Cette démarche énergique a engendré un recours de plus en plus fréquent au juge pour essayer de mieux dessiner le sort fiscal des *trusts* en France (2).

les libéralités, *op. cit.*, n° 654.

¹⁵⁵⁰ V. not. P. LÉPAULLE. « Trusts and Civil Law ». *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1933, vol. 15, n° 1, p. 18 à 35 ; LÉPAULLE. *Traité théorique et pratique des trusts*, *op. cit.* ; P. LÉPAULLE. *The resident of France in face of the trust problem...* [s.l.] : Gale, 1931, 36 p. (Proceedings / American Foreign Law Association ; 11) ; P. LÉPAULLE. « An Outsider's view point of the nature of trusts ». *Cornell L. Q.*, 1928, vol. 14, p. 52 à 61 ; P. LÉPAULLE. « De la nature du « trust » ». *JDI*, 1927, vol. 54, p. 966 à 982 ; LÉPAULLE. « Civil Law Substitutes For Trusts », *op. cit.*

¹⁵⁵¹ V. not. F. TRIPET. « Loi du 29 juillet 2011 : c'est le trust qu'on assassine ! ». *Gaz. Pal.*, 24 novembre 2011, n° 328, p. 6.

1. Les rares dispositions initiales

359. Avant l'instauration d'un régime spécifique, peu de textes traitaient de l'imposition du *trust* en France. Celui-ci n'était d'ailleurs pas plus défini en matière fiscale qu'en matière civile. Toutefois, il était notamment possible de s'appuyer sur une réponse ministérielle¹⁵⁵², une instruction sur une convention franco-américaine¹⁵⁵³ et quelques articles du Code général des impôts pour examiner la question. Mais comme l'indique un auteur, « le marché [était] vite fait et la besace [était] légère¹⁵⁵⁴ ».

À défaut de le définir ou d'expliquer ce qu'il faut en comprendre, deux articles du CGI mentionnaient déjà le *trust*. Pour ce qui est de l'impôt sur le revenu, l'article 120, 9^o¹⁵⁵⁵ prévoit que sont considérés comme des revenus imposables, « Les produits des 'trusts' quelle que soit la consistance des biens composant ces trusts ». Le champ d'application de cet article demeure cependant incertain. La notion de produits doit-elle comprendre les revenus mobiliers capitalisés ou seulement distribués ? D'ailleurs, qui doit être redevable de l'imposition ? En réalité, cet article vise à simplifier les règles d'assiette des produits versés par un *trust* à une personne physique. L'administration n'est pas tenue de rechercher ou de prouver leur nature ou leur origine : ce sont des revenus de capitaux mobiliers¹⁵⁵⁶. Cette indistinction nie donc la nature des biens détenus par le *trust* et peut empêcher l'application d'un régime de faveur¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵² Rép. min. du 7 octobre 1970 (n. admin. 7G-14.70 du 2 décembre 1970).

¹⁵⁵³ Note du 25 mars 1981 de la Direction générale des Impôts relative aux conventions internationales destinées à éviter la double imposition en matière d'impôts directs sur le revenu et la fortune. Problèmes relatifs à la convention du 28 juillet 1967 entre la France et les États-Unis d'Amérique, modifiée par les avenants du 12 octobre 1970 et du 24 novembre 1978 (BOGDI 14 B-2-81), *RDF 13 Avril 1981*, n° 16, instr. 6880.

¹⁵⁵⁴ J.-P. LE GALL. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en France ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 333, spéc. p. 336.

¹⁵⁵⁵ Art. 1, Loi n° 75-1347 du 31 décembre 1975 modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales en vue de supprimer les rémunérations allouées sous forme de tantièmes (JORF 4 janvier 1976, p. 187). Cette disposition date « d'une loi de 1936 visant à permettre d'imposer des trusts constitués à l'étranger par des résidents français pour accueillir un portefeuille de valeurs mobilières » : LE GALL. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en France », *op. cit.*, p. 335.

¹⁵⁵⁶ BZOWSKI. « L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2011, 564 p., spéc. p. 321 s.

¹⁵⁵⁷ Par ex., l'exonération de plus-value pour durée de détention en matière immobilière.

L'article 238 bis-0, I du CGI¹⁵⁵⁸ est le pendant de l'article précédent. Il précise quant à lui qu'une entreprise qui transfère à l'étranger des éléments de son actif dans « un *trust* ou dans une institution comparable, en vue de les gérer dans son intérêt ou d'assumer pour son compte un engagement existant ou futur, comprend dans son résultat imposable les résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition de ces actifs ou des biens acquis en remploi¹⁵⁵⁹ ». L'imposition sera due que le transfert se fasse de manière directe ou indirecte, par l'entreprise elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers.

360. À cela faut-il ajouter trois articles du même Code qui visent indirectement le *trust*. Ainsi, l'article 123 bis du CGI¹⁵⁶⁰, sous l'inspiration du dispositif anti-évasion prévu à l'article 209 B, précise qu'une personne physique domiciliée en France est directement imposable sur les revenus perçus par une fiducie ou une « institution comparable » si sa participation dépasse un certain seuil¹⁵⁶¹. La question de savoir si cette disposition vise le *trust* demeure¹⁵⁶².

Était également incertaine, l'application aux *trusts* de l'article 990 D du CGI. Celui-ci prévoit une taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles situés en France, ou sur la valeur vénale des titres de sociétés à prépondérance immobilières pour la valeur représentative des immeubles situés en France. Cette taxe est due quand l'immeuble en question n'est pas utilisé à des fins commerciales et est détenu par

¹⁵⁵⁸ Art. 55 (V), Loi de finances rectificative pour 1992 (n° 92-1476 du 31 décembre 1992) (JO n° 3, 4 janvier 1993, p. 17).

¹⁵⁵⁹ J.-P. LE GALL. « La « butte témoin » de la fiducie. L'article 55 de la loi de finances rectificatives pour 1992. Une réglementation ou une prohibition ? ». *RDF*, 1993, n° 5, act. 100003.

¹⁵⁶⁰ Décret n° 99-382 du 18 mai 1999 portant incorporation au Code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce Code (JO n° 115, 20 mai 1999, p. 7426). Il fait suite à la Loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999 (JO n° 303, 31 décembre 1998, p. 20050).

¹⁵⁶¹ CGI, art. 123 bis, 1, al. 1 : « Lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10 % au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable, établi ou constitué hors de France et soumis à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement lorsque l'actif ou les biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable sont principalement constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants ».

¹⁵⁶² C'est en tout cas la position constante de l'administration fiscale : §8 et §9, Instr. 7 Q-1-08, *op. cit.*, *RDF* 2009, n° 37, instr. 13956 - sur l'art. 990 D ; Instruction du 16 janvier 2007 (BOI 4 H-1-97), *RDF* 2007, n° 6, instr. 13647 - sur l'art. 209 B ; §32, Instruction du 18 février 2000 (BOI 5 1-1-00), *RDF* 2000, n° 11, instr. 12415 - sur l'art. 123 bis.

une entité située dans un pays n'ayant pas signé de convention fiscale avec la France.

361. À l'aide de ces quelques textes, l'administration devait analyser les spécificités de chaque *trust* afin de déterminer son traitement fiscal. Cela consistait en l'étude des modalités de constitution et de fonctionnement de la situation juridique. Dans le cas d'un *trust* révocable ou constitué à cause de mort, l'administration considérait que les biens composant le *trust* n'étaient censés n'avoir jamais quitté le patrimoine du *settlor*. Par conséquent, il convenait de taxer ce dernier sur les droits de mutation à titre gratuit. De même, les biens en question entraient en compte dans le calcul de la valeur net taxable à l'ISF¹⁵⁶³.

Ainsi, il existait autant de solutions que d'utilisations du *trust*. Des principes jurisprudentiels ont néanmoins pu être dégagés (2).

2. La démarche du juge fiscal

362. Le juge français est saisi de questions en matière de droits de mutation et d'impôts directs, lorsque les constituants ou les bénéficiaires sont des résidents français, mais aussi lorsque tout ou partie des actifs concernés se situent sur le territoire national.

Ainsi, les juridictions tendent à exonérer d'ISF le bénéficiaire d'un *trust* discrétionnaire et irrévocable. Dans un arrêt commenté¹⁵⁶⁴, le TGI de Nanterre a estimé qu'il appartenait à l'administration d'apporter la preuve selon laquelle le contribuable disposait de « droits réels représentant une valeur patrimoniale » sur

¹⁵⁶³ « La valeur d'un portefeuille de titres détenu par un *trust* américain régi par la législation de l'État de New York doit être incluse dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune dû par la constituante, dès lors que l'acte de *trust* prévoit que du vivant du constituant les *trustees* devront détenir les biens dans le *trust* à son bénéfice et lui payer les revenus en provenant ainsi que tout montant du principal, le cas échéant, sans limitation de montant, qu'il pourra demander à tout moment par écrit, que la constituante pouvait révoquer la Convention à tout moment et rentrer en possession des biens confiés, ou exiger que tout ou partie du portefeuille soit liquidé, pour en percevoir le prix, ou même que les titres lui soient remis ce dont il résulte qu'elle avait le droit de jouir et de disposer des titres confiés » : Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20.219, n° 325 FS-PB, d'Elbée, RJF 7/09 n° 701. Sur les pratiques fiscales en la matière, v. par ex. BZOWSKI. « L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété », *op. cit.* ; S. LE NORMAND. « Droit et fiscalité du transfert temporaire de valeurs mobilières ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 2011, 496 p.

¹⁵⁶⁴ TGI Nanterre, 2ème ch., 4 mai 2004, n° 03-9350. V. comm. LE GALL et BLANLUET. « Le *trust* au pied du mur », *op. cit.*

les actifs du *trust*. C'est à cette seule condition que le bénéficiaire d'un *trust* peut être redevable de l'ISF.

En matière de droits de mutation, la question qui a été posée au juge était celle de savoir si la mutation d'actifs du *trust* rendait exigibles les droits de mutation en France. Pour ce qui concerne le *trust* testamentaire et révocable, les droits seront immanquablement réclamés par l'administration fiscale. En revanche, la solution n'est plus si certaine lorsque le *trust* est irrévocable. La Cour de cassation penche actuellement en faveur de la perception de droits de succession en qualifiant le *trust* irrévocable de donation indirecte ayant pris effet au décès du *settlor*¹⁵⁶⁵.

Malgré ces maigres indications jurisprudentielles, la fiscalité du *trust* demeure source d'incertitude. La pratique du mécanisme anglo-américain apparaît alors peu probable, car trop risquée, pour l'immense majorité des entrepreneurs français. Aussi, la mise en place d'un régime fiscal propre aux *trusts* semblait être de bon augure (B).

B. L'adoption d'un régime fiscal spécifique

363. S'il convient généralement de se réjouir de l'adoption d'un régime juridique visant à sortir de l'ambiguïté, la loi de finances de 2011 a surtout provoqué l'ire des praticiens. Le contexte particulier dans lequel elle a été adoptée (1), explique sans aucun doute la sévérité dont le législateur a fait preuve dans l'adoption d'un régime fiscal spécifique au *trust* (2).

1. Le contexte de l'adoption

364. À l'occasion du Conseil des ministres du 11 mai 2011, un projet de taxation des *trusts* a refait son apparition. Depuis longtemps, le législateur visait à fiscaliser

¹⁵⁶⁵ « Après avoir relevé que le constituant d'un *trust* s'était défait irrévocablement de la propriété des biens portés par le *trustee* pour le compte des bénéficiaires désignés, lesquels avaient acquis cette propriété à la clôture du *trust* provoquée par son décès, la Cour d'appel en a déduit, à bon droit, répondant aux conclusions prétendument délaissées, qu'était ainsi caractérisée une mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du *trust* » : Cass. com. 15 mai 2007, n° 05-18.268, S P+B+I+R, Tardieu de Maleissye Leconte, Bull. civ. IV, n° 131. Juris-Data n° 2007-038952. L'arrêt confirme ainsi la décision d'appel : CA Rennes, 4 mai 2005, n° 03-4727, DSF du Finistère c/ Cts Tardieu de Maleissye.

la détention et la transmission des biens détenus en *trust*¹⁵⁶⁶. En revanche, si la création d'un régime spécifique était plutôt attendue voire réclamée, la tonalité particulièrement offensive de la loi fut particulièrement surprenante pour une partie de la doctrine et de nombreux praticiens. La fin des *trusts* constitués par des résidents français a même été annoncée¹⁵⁶⁷ ! Il est vrai que le régime instauré par la loi n° 2011-900¹⁵⁶⁸ est particulièrement sévère. Il ne sera cependant pas assoupli mais seulement complété par la loi n° 2013-1117¹⁵⁶⁹.

365. La loi n° 2011-900 est marquée par le contexte particulier dans lequel elle a été élaborée. En 2008, un fichier contenant les noms de plusieurs milliers d'« évadés fiscaux français » est volé en Suisse. Ces révélations déclenchent une affaire médiatique et politique très virulente¹⁵⁷⁰, et vont pousser à la création d'une cellule administrative d'accueil pour les résidents français désireux de régulariser leur situation fiscale auprès de l'administration française, à raison des avoirs non déclarés détenus dans des paradis fiscaux¹⁵⁷¹. Les nombreuses demandes de régularisation ont alors renforcé¹⁵⁷² l'analyse de l'administration selon laquelle les *trusts* constituent un instrument récurrent d'évasion fiscale « en masquant l'identité des bénéficiaires de ces *trusts*, derrière leurs *trustees*, propriétaires apparents de leurs actifs¹⁵⁷³ ».

En réalité, à l'image des sociétés, les *trusts* sont des outils qui peuvent servir des activités plus ou moins louables. C'est à la loi qu'il appartient d'interdire les mauvaises pratiques¹⁵⁷⁴. Pourtant, le comportement du législateur français donne

¹⁵⁶⁶ La première version de la loi de Finances rectificative pour 2009, qui comprenant un volet relatif au *trust*, avait été révisée.

¹⁵⁶⁷ N. DUCROS. « La fin des *trusts* constitués par des résidents français est annoncée ». *L'AGEFI*, 3 juin 2011.

¹⁵⁶⁸ Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 (JO 30 juillet 2011, p. 12969), *NOR BCRX1110529L*.

¹⁵⁶⁹ L. n° 2013-1117, *op. cit.*

¹⁵⁷⁰ Avec notamment la tenue de plusieurs sommets internationaux.

¹⁵⁷¹ La fameuse « cellule de régularisation » de Bercy.

¹⁵⁷² Si cela était encore possible.

¹⁵⁷³ LE GALL. « Le nouveau régime fiscal français des *trusts* : une copie à revoir », *op. cit.*, n° 1. *Adde* n° 347, *supra*.

¹⁵⁷⁴ « *Trusts, like companies, knives and chain-saws can be used for 'good' or 'bad' purposes : that is a fact of life, and general provisions of the law can tackle uses for 'bad' purposes* » (« Les '*trusts*' à l'image des sociétés, couteaux et tronçonneuses, peuvent être utilisés à de 'bonnes' ou de 'mauvaises' fins : c'est la vie, et il appartient à la loi d'encadrer ces finalités nuisibles » : HAYTON. « Exploiting the

l'impression qu'il ne souhaite pas se pencher sur le problème, sinon par l'angle fiscal. Le régime fiscal du *trust* en France, qu'il s'agisse de l'ancien (un peu) ou du nouveau (beaucoup), révèle une obsession pour l'assimilation du *trust* avec la seule pratique du *trust incorporation*. Celle-ci correspond à l'activité d'une société dont l'objet unique est d'enregistrer les *trusts* dans un paradis fiscal. Le schéma classique est celui d'une société aux îles Vierges qui crée ensuite une société dans un pays, puis un autre, le tout avec des comptes domiciliés dans un autre paradis fiscal¹⁵⁷⁵.

L'objectif des pouvoirs publics étant de « tarir tout attrait résiduel¹⁵⁷⁶ » du *trust*, la nouvelle loi fiscale peut être qualifiée de répressive (2).

2. La sévérité des dispositions

366. Pour la première fois, une définition générale du *trust* est instaurée en droit français. L'article 792-0 bis (I, 1.) du CGI¹⁵⁷⁷ précise qu'il s'agit de :

« L'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ».

Cette définition, qui n'a de portée qu'en matière fiscale¹⁵⁷⁸, reprend la trame élaborée à l'occasion de la Convention de La Haye de 1985¹⁵⁷⁹. Si la démarche visant à apporter une définition à un mécanisme étranger est louable, la méthode semble cavalière car ladite définition n'apporte pas de réelle précision sur ce qu'il convient d'entendre par *trust*¹⁵⁸⁰.

Inherent Flexibility of Trusts », *op. cit.*, p. 336.

¹⁵⁷⁵ Généralement la Suisse, avant que les dispositions relatives au secret bancaire et à la coopération entre États n'évoluent. Cette pratique est dénommée « round trip » afin d'illustrer un montage fiscal faisant le tour du monde sans que cela corresponde à la réalité physique des biens affectés.

¹⁵⁷⁶ HINFRAY et MIALHE. « La fiducie et son régime fiscal », *op. cit.*, spéc. n. 36.

¹⁵⁷⁷ L. n° 2011-900, *op. cit.*, art. 14 (V).

¹⁵⁷⁸ « Pour l'application du présent Code (...) » : art. 792-0 bis, I, 1, *ab init.*

¹⁵⁷⁹ Ce qui rend encore moins justifiable la non-ratification de celle-ci par la France.

¹⁵⁸⁰ Ne sont ainsi pas compris dans cette définition, les *trusts* constitués par une entreprise ou un groupe d'entreprises pour son propre compte et répondant à la définition des OPCVM de la Dir. (UE) 2009/65/CE, *op. cit.* Sont également exclus, les *trusts* dont le constituant ne répond pas à la définition de celui-ci donnée par le CGI. Sont enfin exclus les *trusts* constitués par des salariés afin de gérer leurs

Par ailleurs, la loi donne également une définition du constituant afin de coller à la réalité économique et non juridique¹⁵⁸¹.

367. La fiscalité applicable dépend de la nature des éléments en question. Il peut s'agir de transmissions réalisées à titre gratuit via un *trust*, de la simple détention de patrimoine au travers d'un *trust* ou encore de l'impôt sur le revenu dû sur les produits distribués par un *trust*. La position de l'administration fiscale quant à l'imposition des biens et droits placés dans un *trust* repose sur l'article 885 G ter concernant l'ISF, l'article 990 J concernant les prélèvements *sui generis* ainsi que les articles 750 ter, 752 et 792-0 bis pour les DMTG¹⁵⁸².

L'article 14 de la loi de finances rectificative pour 2011¹⁵⁸³ s'intéresse à la détention et à la transmission des biens qui sont placés dans un *trust*, ainsi qu'aux produits qui sont distribués. Il s'agit avant tout d'imposer les actifs du *trust* à chaque stade de leur mutation, en cas de décès du constituant initial ainsi que ses bénéficiaires successifs réputés, selon le nouveau texte, devenir de nouveaux constituants. L'objectif des nouvelles dispositions¹⁵⁸⁴ est ainsi de percevoir les droits de mutation à titre gratuit pour les constituants qui résident en France ainsi que pour les non-résidents affectant des actifs situés en France¹⁵⁸⁵.

Par ailleurs, la loi de 2011 a instauré un prélèvement spécifique sur les actifs composant le *trust* lorsque ceux-ci n'ont pas été déclarés sur la base de l'ISF du constituant. À défaut, lorsque ce dernier en est redevable, un prélèvement spécifique équivalent au taux le plus élevé du barème de l'ISF serait réclamé, soit au constituant, soit au bénéficiaire.

droits à pension : Instruction du 4 avril 2015 (BOI-DJC-TRUST-2015-03-04). Il semble qu'une légère incertitude persiste quand aux institutions voisines soumises au nouveau régime fiscal, en particulier le *Stiftung*, qui est un type de fondation du Liechtenstein permettant d'atteindre des résultats similaires au *trust* en matière d'optimisation fiscale.

¹⁵⁸¹ CGI, art. 792-0 bis, I, 2 : le constituant du *trust* est « soit la personne physique qui l'a constitué, soit, lorsqu'il a été constitué par une personne physique agissant à titre professionnel ou par une personne morale, la personne physique qui y a placé des biens et droits ». L'application de cette définition est limitée aux dispositions du CGI relatives aux droits d'enregistrement, à l'ISF et au prélèvement *sui generis* prévu à l'article 990 J du CGI.

¹⁵⁸² C. GÉRAUD. « Trusts. - Aspects civils (droit international privé) et fiscaux ». *Rev. fisc. not.*, novembre 2011, n° 11, étude 19.

¹⁵⁸³ L. n° 2011-900, *op. cit.*

¹⁵⁸⁴ Égal. applicables aux donations.

¹⁵⁸⁵ Et ainsi fiscaliser la pratique des *trusts* « dynastiques », en vertu de laquelle des actifs composant un *trust*, pouvaient être transmis de génération en génération, hors droits de mutation à titre gratuit.

Enfin, l'article 14 de la loi a également mis en place des obligations déclaratives spécifiques dont les modalités ont été précisées par un décret du 14 septembre 2012¹⁵⁸⁶. La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a modifié l'article 1649 AB du CGI¹⁵⁸⁷.

368. Il est dorénavant institué un « registre public des trusts » qui recense impérativement « les trusts déclarés, le nom de l'administrateur, le nom du constituant, le nom des bénéficiaires et la date de constitution du trust¹⁵⁸⁸ ». À l'occasion des débats sur cette loi, s'il en était encore besoin, le Gouvernement a réitéré sa défiance vis-à-vis du trust en faisant un lien quasi-systématique avec la fraude fiscale et même le crime organisé¹⁵⁸⁹. À ce titre, le scandale dit « Panama papers¹⁵⁹⁰ » est intéressant. Les contempteurs du trust ne manqueront pas d'y voir la preuve que ce dernier facilite la mise en place de schémas d'évasion fiscale. Les autres remarqueront au contraire, qu'au-delà des pratiques légales d'optimisation fiscale, la multiplication des sociétés-écrans dans les pays à la fiscalité arrangeante suffit à faciliter la fraude dès lors que l'échange d'information entre juridictions demeure imparfait.

¹⁵⁸⁶ Décret n° 2012-1050 du 14 septembre 2012 relatif aux obligations déclaratives des administrateurs de trusts (JO 15 septembre 2012, p. 14746), NOR EFIE1229648D.

¹⁵⁸⁷ L. n° 2013-1117, *op. cit.*, art. 11, 2°.

¹⁵⁸⁸ CGI, art. 1649 AB, al. 2. À noter que l'administrateur est soumis à la déclaration de constitution, de modification et d'extinction des trusts, de leurs modalités de fonctionnement ainsi que de leur valorisation au 1^{er} janvier de chaque année des droits, biens et produits capitalisés les composant. Or, à compter du 1^{er} janvier 2014, il est obligatoire d'utiliser les imprimés établis par l'administration (Imprimés n° 2181 TRUST1 et 2181 TRUST2), ainsi que d'utiliser la langue française pour les remplir : Décret n° 2013-949 du 23 octobre 2013 modifiant les articles 344 G sexies et 344 G septies de l'annexe III au Code général des impôts relatifs aux obligations déclaratives des administrateurs de trusts (JORF n° 0249, 25 octobre 2013, p. 17460, texte n° 5).

¹⁵⁸⁹ « La fraude fiscale sophistiquée se caractérise notamment par le recours à des dispositifs situés à l'étranger, par l'utilisation de structures juridiques complexes et opaques, telles que les trusts, par la multiplication et l'émiettement des protagonistes et par l'utilisation de techniques complexes (serveurs de données informatiques à l'étranger, données dématérialisées et cryptées, utilisation de cartes de téléphone prépayées, utilisation de cartes de crédit adossées à une banque *offshore*). Le recours à ces techniques, couramment utilisées par la grande criminalité, est facilité par la dématérialisation et la mondialisation, qui permettent une plus grande réactivité des réseaux de fraude en fluidifiant leurs circuits, complexifiant dans le même temps la tâche des services d'enquête et d'établissement de la preuve » : Observations du Gouvernement sur la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (JORF n° 0284, 7 décembre 2013, p. 19968, texte n° 10), NOR CSCL1328431X.

¹⁵⁹⁰ En avril 2016, un consortium international de journalistes d'investigation (*Consortium of Investigative Journalists - ICIJ*) révèle au grand public la fuite de plus de onze millions de documents confidentiels. L'affaire concerne les actionnaires de plus de deux cent mille sociétés *offshore*, tous clients du cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca.

En réalité, une analyse *a priori* de la nature frauduleuse ou non des instruments juridiques n'a effectivement pas de sens. La seule question pertinente est celle de l'opacité dans laquelle s'exerce la détention de valeurs mobilières. Ce problème est d'ailleurs soulevé de longue date par une partie de la doctrine¹⁵⁹¹. En ce sens, il faut se réjouir que le Gouvernement ait enfin adopté un décret¹⁵⁹² définissant les modalités de mise en œuvre du « registre public des trusts ». L'annexe II du CGI s'est ainsi vue gratifiée des articles 368 à 368 C¹⁵⁹³. Sous la responsabilité de la DGFIP, le registre permettra d'alimenter une « Base nationale des données patrimoniales » regroupant les informations relatives à l'identification des trusts, mais également des constituants, des bénéficiaires et des administrateurs, dès lors qu'au moins un de ces derniers a son domicile fiscal en France ou que le trust comprend un bien ou un droit qui y est situé. La bonne surprise du décret est que le registre est accessible à tous et par voie électronique¹⁵⁹⁴. Il est à espérer que ces mesures de transparence seront de nature à améliorer (un peu) la perception des trusts en France¹⁵⁹⁵.

Tandis que la fiducie nommée demeure principalement un outil d'ingénierie juridique et financière, le trust a conservé son attrait patrimonial personnel malgré le développement exorbitant des applications financières¹⁵⁹⁶. Il est donc particulièrement dommage que l'attrait du trust soit mis à mal par le traitement contraignant imposé par le législateur français. En écho aux motifs ayant poussé l'instauration d'une fiducie nommée en droit français¹⁵⁹⁷, l'incertitude inhérente à la reconnaissance du trust, associée au régime fiscal nouvellement adopté, trahit la volonté de réduire à la portion congrue toute velléité d'utilisation du trust en France. En introduisant des règles propres aux DMTG et à l'ISF, ainsi que de nouvelles obligations déclaratives astreignantes à la charge et sous la responsabilité

¹⁵⁹¹ V. par ex. A. COURET. « Actionnaires non résidents et détention de titres sur des places étrangères : la question de l'identification de l'actionnaire réel ». *Dr. et patr.*, 2000, n° 82, p. 103.

¹⁵⁹² Décret n° 2016-567 du 10 mai 2016 relatif au registre public des trusts (JORF n° 0109, 11 mai 2016, texte n° 25), *NOR FCPE1414439D*.

¹⁵⁹³ Dans la Section I du Chapitre I^{er} de la Troisième partie du Livre I^{er}, intitulée : « Registre public des trusts ».

¹⁵⁹⁴ CGI, ann. II, art. 638 A, I.

¹⁵⁹⁵ À noter que plusieurs pays du G7 envisagent la création d'un registre public commun pour les trusts et sociétés-écrans.

¹⁵⁹⁶ V. n° 334 s., *supra*.

¹⁵⁹⁷ V. n° 64 s., *supra*.

du trustee, la loi du 29 juillet 2011 est le bras armé principal de ces attaques. Cet acharnement, au-delà même de son bien-fondé, est d'autant plus dommageable qu'il accentue une sorte de dichotomie entre les acteurs économiques. Il y a d'un côté ceux qui auront les moyens matériels et financiers de délocaliser leurs activités, et ceux qui ne le pourront pas. De surcroît, la dégradation de l'intérêt du trust pour les entrepreneurs français ne garantit aucunement le succès de la fiducie en son régime actuel.

Pourtant, sauf retournement improbable, le trust ne devrait pas bénéficier d'un meilleur traitement dans les années à venir. À défaut de trust en droit français, la fiducie pourrait enfin devenir le substitut qu'elle n'a jamais été. Pour cela, l'objectif d'offrir une fiducie équilibrée à destination de l'entrepreneur doit être clairement posé (Section 2).

Section 2. Un objectif : une fiducie équilibrée au service de l'entrepreneur

369. Le législateur peut dessiner le futur de la fiducie nommée de deux manières différentes¹⁵⁹⁸. Dans une première hypothèse, il ne prévoit aucune modification du régime consacré en 2007 et stabilisé en 2009. Tout au plus se limite-t-il à des modifications d'ordre technique. Dans ce cas, la fiducie restera un mécanisme dont l'intérêt et la pratique émergent principalement des interstices du droit bancaire et financier, notamment en matière de sûretés complexes. Elle conservera alors sa vocation de mécanisme supplétif, c'est-à-dire pouvant être utilisé lorsque tous les autres sont insatisfaisants. Cette évolution (très probable) consacrerait le caractère dérogoire de la fiducie en droit français¹⁵⁹⁹, mais également les limites de sa portée économique¹⁶⁰⁰.

Dans la seconde hypothèse en revanche, le législateur prendrait le risque d'intervenir en profondeur afin de développer la pratique fiduciaire. Ce faisant, il disposerait d'une alternative : totalement libéraliser le régime de la fiducie afin que

¹⁵⁹⁸ *A contrario*, nul ne peut prévoir avec exactitude les évolutions pratiques. Peut-être la fiducie prospérera dans une niche encore inexploitée.

¹⁵⁹⁹ Sur le caractère dérogoire de la fiducie, v. n° 78 et 79, *supra*.

¹⁶⁰⁰ Déjà soupçonnée par la doctrine : C. CHAMPAUD, D. DANET. « La fiducie entrepreneuriale. Contenu de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Limites du champ d'application juridique de la nouvelle institution. Portée économique ». *RTD com.*, 2007, p. 734.

les acteurs économiques y trouvent eux-mêmes des applications selon leurs besoins (§1) ; ou bien identifier précisément une carence du droit français que la fiducie serait susceptible de minorer et instaurer une fiducie spéciale à cette fin (§2).

§1. La libéralisation du régime de la fiducie

370. Avant la loi n° 2007-211, tout un chacun pouvait exposer le régime juridique dont il estimait qu'une fiducie devrait être gratifié, ainsi que les domaines où celle-ci serait la plus utile. La doctrine s'est fait fort d'explorer cette possibilité en proposant des fiducies « doctrinales¹⁶⁰¹ ». Mais depuis qu'une fiducie nommée a été intégrée au droit français, les réflexions en la matière s'expriment inmanquablement au travers d'une modification du régime existant. Dans l'optique d'une libéralisation, ces modifications viseraient avant tout deux dispositions qui sont centrales dans la limitation du périmètre pratique de la fiducie¹⁶⁰². Il s'agit, d'une part, de l'encadrement des finalités de la fiducie avec la prohibition de l'intention libérale (A) et, d'autre part, de la limitation de l'accès aux fonctions constitutives de la fiducie (B).

A. La libéralisation des finalités

371. Le premier véritable frein à l'équilibre de la fiducie nommée se situe au niveau des finalités évoquées par la loi. Alors que le législateur semblait vouloir privilégier un régime unique¹⁶⁰³, la prohibition initiale de la fiducie-libéralité¹⁶⁰⁴ a empêché la réunion des trois finalités classiques d'une fiducie : sûreté, gestion, transmission¹⁶⁰⁵. En plus d'une certaine incohérence sur la méthode, le refus d'intégrer l'intention libérale est d'autant plus contestable qu'il s'oppose à tout ce que l'opération fiduciaire est depuis le droit romain : un mécanisme patrimonial

¹⁶⁰¹ Comme en témoignent les nombreux travaux s'attachant à étudier la fiducie alors qu'elle ne faisait encore l'objet d'aucune consécration légale en droit français. V. spéc. WITZ. *La Fiducie en droit privé français, op. cit.* ; BARRIÈRE. *La réception du trust, op. cit.* ; KUHN. « Le patrimoine fiduciaire », *op. cit.*

¹⁶⁰² La limite de la fiducie nommée relative à l'étanchéité du patrimoine fiduciaire ne sera ici pas retenue. Il est vrai que la question de sa transformation en un véritable patrimoine d'affectation (et non simplement un patrimoine affecté) pourrait être soulevée. Toutefois, cela reviendrait à poser une nouvelle fois la sempiternelle question de la théorie de l'affectation en droit français. V. n° 48 s., *supra*.

¹⁶⁰³ Avant de se raviser et d'édicter des dispositions propres à la finalité de sûreté. V. n° 198 s., *supra*.

¹⁶⁰⁴ C. civ., art. 2013. V. n° 201 s., *supra*.

¹⁶⁰⁵ Sur la relativité de cette nomenclature concernant la fiducie nommée, v. n° 87 s., *supra*.

personnel¹⁶⁰⁶ (1). Par ailleurs, le droit français connaît depuis 2006 des libéralités successives qui, tant par leur exemple que par leurs limites, ouvrent la voie à la finalité de libéralité (2).

1. L'équilibre à atteindre

372. Tandis que le *trust* prospère dans le cadre patrimonial et familial, et s'est récemment développé en matière d'ingénierie financière¹⁶⁰⁷, la fiducie nommée a été principalement conçue comme un mécanisme financier. Le législateur, laissant de côté la question des applications patrimoniales et personnelles, a été « obnubilé par l'utilisation dans le domaine des affaires de la séparation des patrimoines et de la protection d'un bénéficiaire¹⁶⁰⁸ ».

En accord avec son régime actuel, la fiducie peut tout de même servir à l'organisation du patrimoine familial. Mais pour le moment, les schémas pratiques se limitent essentiellement à l'organisation de l'actionnariat dans les sociétés cotées et non cotées¹⁶⁰⁹, de la gestion des titres sociaux au sein d'une même famille¹⁶¹⁰, voire à la sécurisation de la mise en œuvre d'un schéma organisationnel particulier¹⁶¹¹. Ce type de schéma reste donc rare car complexe à mettre en place ainsi qu'à faire fonctionner¹⁶¹². Surtout, il ne permet aucunement de gratifier les membres de la famille ou les proches.

¹⁶⁰⁶ V. n° 12 s., *supra*.

¹⁶⁰⁷ V. n° 334 s., *supra*.

¹⁶⁰⁸ RAYNOUARD et MILLAR. « Regards croisés sur les utilités du trust et de la fiducie », *op. cit.*

¹⁶⁰⁹ En tant qu'outil de dessaisissement temporaire en cas de franchissement de seuil notamment : N. PICARROUGNE, É. DHENNEQUIN. « La fiducie comme outil d'organisation de l'actionnariat ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 66 à 70.

¹⁶¹⁰ Sur ce point, la fiducie est effectivement un mécanisme efficace de mise en œuvre et d'exécution d'un pacte d'actionnaires : R. DAMMANN, G. PODEUR. « Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires ». *Bull. Joly Sociétés*, août 2008, p. 652 ; P. MOREL. « La fiducie, outil idéal pour sécuriser l'exécution des pactes d'actionnaires ». *Revue Banque*, 2009, n° 716, p. 55 et 56 ; C. GERSCHEL et al. « La gestion des clauses d'inaliénabilité contenues dans un pacte d'actionnaires ». *Dr. sociétés*, Août 2011, form. 2 ; S. SCHILLER. « La fiducie : un excellent moyen de sécuriser les pactes d'actionnaires ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 71 à 78.

¹⁶¹¹ La fiducie peut servir d'alternative à la holding et au pacte d'actionnaires. Le pacte extrastatutaire souffre en effet de ses qualités contractuelles : effet relatif des conventions et résolution du préjudice (en cas de non-respect) par des dommages-intérêts seulement. Aussi, les actionnaires peuvent-ils s'entendre pour transférer à un fiduciaire les droits de vote attachés aux parts sociales. Ce schéma assure une certaine stabilité dans l'exécution des engagements pris. V. PICARROUGNE et DHENNEQUIN. « La fiducie-gestion, un outil pour le banquier privé français ? », *op. cit.*, spéc. n° 17 s.

¹⁶¹² Ce schéma peut être intéressant pour les entreprises familiales organisées autour de plusieurs

373. À titre de comparaison —bien qu'ils n'aient pas abouti— les travaux des années mille neuf cent quatre-vingt-dix¹⁶¹³ présentaient le mérite de montrer le visage d'une fiducie au service de l'entreprise, mais également au service du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Plus exactement, le projet était rédigé de manière suffisamment ouverte pour que la finalité de libéralité soit envisageable. Une telle fiducie réaliserait un transfert de propriété vers un fiduciaire qui prendrait la charge de l'administration des éléments transmis au profit d'un tiers bénéficiaire, et serait astreint au retransfert *in fine* desdits éléments au bénéficiaire. Plus encore, le régime proposé présumait son caractère gratuit dès qu'il y avait transmission¹⁶¹⁴. L'équilibre achevé permettait ainsi d'envisager une pratique fiduciaire plus importante.

En la matière, le législateur pourrait s'inspirer de son propre travail en matière de libéralité graduelle (2).

2. L'apport de la fiducie-libéralité

374. La suppression de la nullité d'ordre public en cas d'intention libérale dans l'opération de fiducie rapprocherait en effet cette dernière des libéralités successives, en particulier la donation graduelle¹⁶¹⁵, qui est une véritable fiducie-libéralité innommée¹⁶¹⁶.

génération et branches distinctes car un problème de la liquidité des titres se pose si la *holding* familiale n'est pas cotée. Les associés sont alors à la recherche de liquidités, notamment en échangeant les titres entre eux. Or, la *holding* familiale est par nature illiquide. La fiducie permet en revanche une grande liberté contractuelle. Ainsi, par un pacte d'actionnaires, peut être mise en place une sorte de « marché privé » de titres qui sont échangeables dans des conditions déterminées (par ex. une fois par an, une fois par mois, en continu). La règle de valorisation des titres suit l'article 1843-4 C. civ. : « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du Tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ». La valorisation entre offre et demande est faite une fois l'an, par un expert, au niveau de la société opérationnelle (sous la *holding*) et en prenant en compte les stocks options des dirigeants, ainsi qu'en appliquant une décote sur les titres de la *holding* (compte tenu de l'absence de liquidité). Le patrimoine fiduciaire peut être constitué des titres ou seulement des honoraires du fiduciaire ainsi que des frais de rechargement (dans cette optique, le rechargement est particulièrement intéressant). La fiducie est alors une alternative au mandat. Le fiduciaire gère la bourse en confrontant les offres d'achat et les offres de vente, et en notifiant les parties. Pour les actionnaires, l'intérêt est de ne pas faire intervenir un tiers dans la *holding*, même une simple Caisse de rachat. Or, à la différence du mandat, la gestion concurrente n'est pas possible. La gestion des titres est donc totalement externalisée, sans que le conseil d'administration de la *holding* n'intervienne.

¹⁶¹³ V. n° 15 et 16, *supra*.

¹⁶¹⁴ Déjà : BERGER. « Fiducie et transmission des entreprises », *op. cit.*, spéc. p. 4.

¹⁶¹⁵ À noter qu'une partie de la doctrine envisage plutôt le rapprochement de la fiducie-libéralité avec le

Cependant, la donation graduelle pose une réelle difficulté pratique en ce qu'elle engendre une inaliénabilité pour le premier institué. Ce dernier se trouve effectivement dans l'obligation de conserver en nature et ne pourra donner ce qu'il a reçu qu'au moment de sa mort. Or, il peut parfaitement arriver que l'entrepreneur ne dispose pas de successeurs familiaux et/ou préfère passer la main à d'autres personnes, comme des cadres dirigeants par exemple¹⁶¹⁷. La limitation à cause de mort apparaît alors très critiquable puisqu'elle fige la gestion de l'entreprise dans le temps.

Par conséquent, l'abrogation de l'article 2013 du Code civil apparaît comme un remède souhaitable¹⁶¹⁸. La fiducie deviendrait alors à la fois un outil de gestion et un mécanisme de transmission à titre gratuit. L'obstacle de la réserve héréditaire qui est parfois évoqué ne résiste pas longtemps à l'analyse. D'une part, celle-ci connaît déjà des limites et des charges hors l'éventualité d'une fiducie-libéralité¹⁶¹⁹. D'autre part, le modèle du *trust* démontre l'absence d'incompatibilité de principe de l'opération fiduciaire avec la réserve¹⁶²⁰. Encore faut-il que cela soit correctement prévu par la loi¹⁶²¹.

Les praticiens ont ainsi proposé d'assouplir le dispositif en consacrant la possibilité d'autoriser la subrogation dans les libéralités graduelles¹⁶²². L'obligation

modèle du *trust* lorsque le *trustee* est un professionnel chargé d'administrer la succession au profit des héritiers. Il est vrai que le législateur pourrait également aborder la question du sort de la fiducie après le décès du constituant. L'intention libérale s'exprime en effet au travers du legs. Le législateur devrait alors modifier l'article 2029 du Code qui édicte que seule une fiducie conclue à titre de sûreté survit au décès du constituant. En ce sens, la fiducie-libéralité se substituerait alors au mandat à effet posthume et à l'exécution testamentaire. V. not. AUBRY. « Le patrimoine d'affectation », *op. cit.*, spéc. n° 451.

¹⁶¹⁶ V. n° 307 s., *supra*.

¹⁶¹⁷ Pendant que la famille régénère des successeurs capables de diriger lorsque les héritiers directs ne sont ni capables, ni intéressés par la reprise (sans pour autant être protégés par des mesures judiciaires). V. le cas Pierre Fabre, n° 277, *supra*.

¹⁶¹⁸ Égal. en ce sens : BLANLUET et LE GALL. « La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 », *op. cit.* ; WITZ. « Fiducie : Intro. et const. », *op. cit.*, spéc. n° 31 ; D. LOUIS-CAPORAL. « La fiducie-libéralité ». *RTD civ.*, 2016, p. 49. *Contra* CROCQ. « Le cœur du dispositif fiduciaire », *op. cit.*

¹⁶¹⁹ V. n° 285, spéc. n. 1156, *supra*.

¹⁶²⁰ Par ex. CA Paris, 10 janv. 1970, de Ganay, *op. cit. Adde.* n. 1538, *supra*. L'exemple québécois rappelle en revanche que la liberté de tester est le meilleur moteur de la conclusion de fiducies : MORIN. « Les patrimoines affectés en droit québécois », *op. cit.*, spéc. p. 111.

¹⁶²¹ D'aucuns pourraient estimer que la fin de la prohibition de la fiducie-libéralité serait l'occasion d'apporter une définition juridique de la notion d'intention libérale. Cependant, cela n'est pas nécessaire à la libéralisation des finalités de la fiducie nommée.

¹⁶²² En ce sens, v. la Proposition n° 1 de la Troisième commission, *Propositions du 108ème congrès des 23-26 septembre 2012*. Montpellier : Notaires de France, 2012.

de conservation serait affectée dans son contenu mais pas dans son principe puisqu'elle se reporterait sur le bien subrogé. De même, l'obligation de transmettre en nature au second gratifié subsisterait au travers le bien subrogé. Si la libéralité graduelle peut être assouplie en ce sens, une fiducie-libéralité pourrait aisément remplir les mêmes utilités et en être le réceptacle. Sur le plan fiscal, il suffirait de calquer son régime sur celui de la libéralité graduelle¹⁶²³.

Au-delà de la seule finalité libérale, la fiducie nommée pourrait également bénéficier d'une libéralisation de l'accès à ses fonctions constitutives (B).

B. La libéralisation de l'accès aux fonctions constitutives

375. La seconde limite à l'équilibre de la fiducie nommée est l'encadrement de la fonction de fiduciaire. Tant que l'accès à cette fonction centrale de la fiducie sera réduit à quelques professions énumérées¹⁶²⁴, le développement de la fiducie restera limité. Deux possibilités sont alors envisageables.

Premièrement, le législateur ouvre la fonction de fiduciaire à de nouveaux professionnels, voire crée une nouvelle profession de fiduciaire¹⁶²⁵. Toutefois, sans changement corrélatif sur le fond¹⁶²⁶, il est peu probable que l'offre crée la demande. L'efficacité de la mesure serait donc limitée.

Deuxièmement, le législateur décide de libéraliser entièrement la fonction de fiduciaire. Une telle hypothèse permettrait au constituant de confier la charge de fiduciaire à une personne en qui il a vraiment confiance, c'est-à-dire un proche qui soit issu de la famille ou non. De fait, la question de la rémunération du fiduciaire entrera moins voire pas du tout en ligne de compte, ne constituera plus un obstacle pratique à la conclusion de fiducie. En ce sens, tant que l'accès à la position de

¹⁶²³ CGI, art. 784 C.

¹⁶²⁴ V. n° 153 s., *supra*.

¹⁶²⁵ C'était la proposition de l'avant-projet de loi Champaud sur la fiducie-entreprise. Il prévoyait d'ouvrir la qualité de fiduciaire, dans le seul cadre d'une fiducie-entreprise, à toute personne ayant exercé « durant dix années, au moins, des fonctions de chef d'entreprise, de Président et/ou de directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société en commandite ou d'une SARL ». De plus, il aurait fallu qu'ils ne fassent pas l'objet d'une interdiction d'exercice, qu'ils jouissent de l'intégralité de leurs droits civils et civiques, et qu'ils n'aient jamais été condamnés pour des faits d'escroquerie, d'abus de confiance, de vol, de recel ou de délinquance économique quelconque. V. Annexe n°7 : Avant-projet de loi relatif à la fiducie-entreprise (2011).

¹⁶²⁶ V. n° 374, *supra*.

fiduciaire ne sera pas entièrement libéralisé¹⁶²⁷, la fiducie demeurera un parent pauvre du *trust*¹⁶²⁸. Ce simple changement est d'autant plus envisageable qu'il s'inscrirait dans la droite ligne de l'élargissement progressif que le législateur a déjà consacré en la matière¹⁶²⁹.

376. Toutefois, il est difficile d'imaginer que le législateur libéralise totalement la fonction de fiduciaire. Autant la question de l'intention libérale semble pouvoir cheminer vers un aboutissement satisfaisant, autant cela paraît douteux pour cette question-ci. En effet, le problème de la responsabilité du fiduciaire non-professionnel ainsi que de la prise d'assurances ne pourrait être solutionné différemment que par un alourdissement du dispositif général. Il est vrai que le contrôle de l'activité du fiduciaire non-professionnel pourrait bénéficier de la nomination d'un tiers protecteur. Mais si celui-ci s'avère être un professionnel, les gains espérés concernant l'activité du fiduciaire seraient réduits à néant. Aussi, tout aussi intéressante qu'elle soit, cette possibilité ne semble pas pouvoir s'inscrire dans la philosophie de la fiducie nommée (même renouvelée) en droit français¹⁶³⁰. Il est en effet à craindre qu'une libéralisation, même si elle émane du législateur, exacerbe un autre point noir de la pratique fiduciaire : l'incertitude fiscale. Ainsi, il aurait fort à parier que les nouveaux schémas « libéralisés » seraient accueillis avec circonspection de la part de l'administration fiscale.

En réalité, alors que les possibilités de rénovation sont parfois présentées comme très nombreuses par la doctrine, les pistes réelles sont plus tenues qu'il n'y paraît. Compte-tenu de l'hostilité de l'environnement administratif et légal, une fiducie renouvelée ne peut véritablement s'envisager qu'avec la bienveillance des pouvoirs publics. Il apparaît plus sûr politiquement et juridiquement d'envisager d'institutionnaliser la fiducie en promulguant des fiducies spéciales (§2).

¹⁶²⁷ V. égal. les conséquences indirectes de l'encadrement de l'accès à la fonction de fiduciaire, n° 48, *supra*.

¹⁶²⁸ Cela est vrai sur le fond, mais en pratique, la plupart des *trustees* est constituée de professionnels.

¹⁶²⁹ À l'instar de la libéralisation effectuée pour la fonction de constituant et bien au-delà du premier degré de libéralisation déjà atteint avec l'avocat-fiduciaire : n° 144, 145 et 165 s. *supra*.

¹⁶³⁰ Sauf en cas d'évolution de celle-ci, notamment sous un mouvement de libéralisation. V. n° 370 s., *supra*.

§2. L'institutionnalisation de la fiducie

377. À rebours de sa tentative initiale de promouvoir un régime unique, le législateur pourrait plus aisément opter pour une forme d'institutionnalisation de la fiducie nommée¹⁶³¹. En se nourrissant des insuffisances de son régime général (A), le législateur pourrait consacrer des fiducies spéciales à destination de l'entrepreneur (B).

A. Les insuffisances du régime général de la fiducie

378. Même en cas de libéralisation des deux dispositions précitées dans l'espoir d'élargir le périmètre la fiducie, deux reproches principaux pourraient toujours être valablement avancés à son encontre.

Premièrement, son statut demeure incertain. Dans le Code civil, la fiducie nommée apparaît à la fois comme une opération et un contrat. Certains y voient même une véritable institution¹⁶³², à l'instar du *trust*. Même s'il n'est pas pertinent de mettre sur un même plan l'opération fiduciaire en droit français et dans les pays de l'anglosphère, la question se pose de savoir si la fiducie ne devrait pas, afin de donner sa pleine mesure, être institutionnalisée. À l'instar du mariage, institution dont seuls certains aspects (patrimoniaux) sont réglés par voie contractuelle, la fiducie nommée gagnerait en force et en visibilité dans le paysage économique et juridique français. Pour le moment, sa nature *sui generis* pose des questions auxquelles le législateur ne donne pas de réponse satisfaisante. Il est vrai que les conditions dans lesquelles le texte a été adopté, après une longue gestation et une opposition ancienne au sein de certaines administrations, expliquent sans doute en grande partie pourquoi une réforme d'une telle ampleur n'était pas envisageable au moment de son adoption¹⁶³³. Près de dix années plus tard, la situation a changé. L'obstacle initial a été levé et la fiducie serait prête à être réformée.

¹⁶³¹ V. not. J. ROCHFELD. « La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses ». *RTD civ.*, 2007, p. 412.

¹⁶³² Compte-tenu de son caractère *sui generis* et de l'impact qu'elle pourrait avoir sur la nature même d'un droit aussi fondamental que le droit de propriété, le statut de la fiducie nommée pourrait dépasser celui d'un simple contrat spécial et se voir qualifiée d'« institution ». D'ailleurs, le terme se retrouve à multiple reprise dès le rapport de Richemont : DE RICHEMONT. *Rapp. prop. L. Marini, op. cit.* Cette remarque vaut également pour la doctrine qui peut tout à la fois parler d'« opération », d'« institution », de « concept » ou encore simplement de « mécanisme ».

¹⁶³³ D'autant que le vote de la loi a été initié à l'aune d'un changement politique inopiné.

Par ailleurs, il est regrettable que la loi soit restée muette quant à la définition de notions aussi essentielles que celle de patrimoine ou de propriété fiduciaire. La rénovation de la fiducie serait l'occasion idéale pour régler une bonne fois pour toutes ces interrogations. Cela pourrait simplement passer par une confirmation de l'état du droit¹⁶³⁴.

Pareillement, la forme contractuelle —habituellement attachée à la fiducie dans sa forme civiliste— peut encore faire l'objet de véritables interrogations. Puisqu'elle demeure largement dans les mains du constituant¹⁶³⁵, ne faut-il alors pas y voir une preuve selon laquelle la fiducie nommée a vocation, en vérité, à être bien plus qu'un contrat spécial¹⁶³⁶ ? Toutes ces incertitudes sont porteuses d'insécurité juridique et portent préjudice à la pratique de la fiducie nommée, y compris pour les entrepreneurs.

379. Deuxièmement, le régime contractuel de la fiducie nommée trahit constamment la peur d'une sorte d'effet de « boîte de pandore ». La recherche d'un bon équilibre entre le principe nouveau de l'opération fiduciaire et son encadrement n'est évidemment pas blâmable. Au contraire. Mais les différents arbitrages de la loi révèlent une pusillanimité certaine de la part du législateur. Pour ce qui concerne l'entrepreneur en particulier, la loi a rapidement évolué tant les dispositions initiales étaient restrictives. En fait, lors de la création de la fiducie, la préoccupation principale du législateur n'a pas été de répondre à des problématiques précises, par exemple celle de l'entrepreneur et de la transmission d'entreprise, mais simplement de limiter à tout prix les dérives éventuelles ou

¹⁶³⁴ En se référant par ex. au projet Capitant et son article 519 : v. n° 241, *supra*.

¹⁶³⁵ Un auteur n'y voit même qu'un « contrat d'apparence ». Il est vrai que la fiducie demeure très attachée à la seule volonté du constituant. L'article 2028 précise ainsi que le constituant peut révoquer la fiducie tant que celle-ci n'a pas été acceptée par le bénéficiaire. En revanche, la fiducie nommée est intangible dès lors que le bénéficiaire l'a accepté, sauf décision de justice ou accord du bénéficiaire. Or, si la fiducie était un contrat classique, ce n'est qu'avec l'accord du cocontractant (le fiduciaire) qu'un *mutuus dissensus* (Lat. sign. « Dissentiment mutuel ») pourrait survenir. Sauf à considérer que l'accord du fiduciaire est sous-entendu dans la mesure où il exerce une mission que le constituant lui confié. Quoiqu'il en soit, la fixation du contrat par l'acceptation du bénéficiaire fait penser au régime des libéralités puisque la fiducie nommée demeure entre les mains du constituant, à l'image d'une disposition de volonté unilatérale. C'est aussi pour cette raison qu'il convient de distinguer fonctions et contractants dans le temps. V. not. LIBCHABER. « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie) », *op. cit.*, n° 17.

¹⁶³⁶ Égal. en ce sens : L. KACZMAREK. « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération ». *D.*, 2009, p. 1845 spéc. n° 2 : « Au-delà d'un accord de volontés, [la fiducie] représente en effet une relation juridique impliquant trois qualités (mais pas nécessairement trois personnes). Ce qui caractérise la fiducie est en effet un lien, plutôt qu'un support. L'opération affecte ainsi, au-delà des parties au contrat, constituant et fiduciaire, d'autres intervenants, notamment le bénéficiaire et les divers créanciers ».

supposées du mécanisme nouveau. Cette démarche est surprenante puisqu'elle traduit une certaine défiance à l'égard d'un dispositif que le législateur élabore lui-même. Cela explique également pourquoi les dispositions relatives à la fiducie constituent un texte bancal qu'il a fallu rapidement modifier. En conséquence, il n'est pas étonnant de constater une absence d'utilité pratique pour la vaste majorité des acteurs économiques français. Quid de l'objectif initial annoncé d'attractivité du droit français ?

Au seul risque de rigidification, la consécration de fiducies spéciales s'avère être la meilleure solution pour conjuguer la singularité de l'opération fiduciaire avec une meilleure sécurité juridique. Pour ce faire, à rebours de l'approche initiale du législateur qui laissait planer une incertitude quant aux utilités pratiques de la fiducie, il apparaît nécessaire de définir un objectif précis. C'est dans le domaine d'une thématique défailante en droit français, la transmission d'entreprise, qu'une telle fiducie spéciale apporterait le plus à l'économie française et aux entrepreneurs (B).

B. L'opportunité d'une fiducie spéciale

380. Tandis que la finalité la plus courante de la fiducie, celle de sûreté, pose inexorablement la question du bon équilibre entre créanciers et débiteurs¹⁶³⁷, la question de la pérennité entrepreneuriale ne devrait pas faire l'objet d'une telle controverse. L'entreprise, communauté humaine —c'est-à-dire imparfaite par nature— doit pouvoir subsister au-delà de la seule personne de l'entrepreneur (1). Des entreprises ne devraient pas disparaître en raison de difficultés juridiques liées à une transmission ou l'organisation d'une succession¹⁶³⁸. Il convient donc de trouver des solutions pragmatiques. C'était justement l'objet du groupe de travail informel réuni autour du Professeur Claude Champaud. La fiducie-entreprise proposée permettrait d'assurer la pérennité de l'entreprise familiale en dépit des insuffisances propres à la famille (2). Mais il semble qu'une fiducie rénovée au service de considérations entrepreneuriales, devrait encore servir de véhicule de

¹⁶³⁷En ce sens, « N'y a-t-il pas l'illusion finale d'une activité entrepreneuriale sans risque, ce dernier devant être supporté par la collectivité par le biais de fonds ou d'assurances ? » : D. LEGAIS. « Garanties susceptibles d'être proposées à l'entrepreneur individuel ». *RD bancaire et financier*, 2008, n° 6, comm. 173, *in fine*.

¹⁶³⁸V. spéc. C. CHAMPAUD. « Le syndrome de la tante Adèle (Conte moral sur la perversité du droit) ». In : *Drôle(s) de droit(s) : mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, Paris : Dalloz, 1999, p. 21.

libéralité. Pour ce faire, il conviendrait, après avoir abrogé l'article 2013 du Code civil, d'en encadrer les conséquences en droit des successions (3).

1. La question de la pérennisation des entreprises

381. Contrairement à certaines apparences, la France constitue un environnement très favorable à la création d'entreprise grâce —notamment— à la qualité de l'enseignement supérieur, au dynamisme de la démographie, aux infrastructures et aux nombreuses aides publiques en ce sens. En revanche, l'écosystème français s'avère beaucoup moins performant quant à la pérennisation de ces entreprises. Pourtant, le passage de l'entrepreneuriat vers l'entreprise familiale¹⁶³⁹ constitue une étape essentielle du renforcement du tissu économique national. C'est en préservant le lien entre propriété et direction (qui caractérise l'entrepreneur au-delà du fondateur), que les PME deviennent au fil des générations, les ETI synonymes de dynamisme économique et d'emploi.

La question de la transmission d'entreprise est donc importante, tant pour l'entrepreneur qui y verra une concrétisation patrimoniale et personnelle, que pour les parties prenantes (salariés, fournisseurs, etc.) et l'environnement socio-économique général. Alors que la prise en compte des spécificités des entreprises familiales et patrimoniales est un domaine mature dans certaines disciplines¹⁶⁴⁰, cela n'est pas véritablement le cas en droit¹⁶⁴¹, les spécificités juridiques étant

¹⁶³⁹ V. n° 28 s., *supra*.

¹⁶⁴⁰ Notamment en finance, en histoire, en sociologie ou encore en management. V. par ex. : W. S. SCHULZE et al. « Agency Relationships in Family Firms : Theory and Evidence ». *Organization Science*, 2001, vol. 12, n° 2, p. 99 à 116 ; R. C. ANDERSON, D. M. REEB. « Founding-Family Ownership and Firm Performance : Evidence from the S&P 500 ». *J. Finance*, juin 2003, vol. LVIII, n° 3, p. 1301 à 1328 ; M. LYAGOUBI, L. MAHÉRAULT. « Les comportements financiers des entreprises moyennes en France : une étude empirique sur une période de cinq ans de cotation ». *La Revue du Financier*, 1 avril 2003, n° 140 ; H. BERGHOFF. « The End of Family Business? The Mittelstand and German Capitalism in Transition, 1949-2000 ». *The Business History Review*, 2006, vol. 80, n° 2, p. 263 à 295 ; M. BERTRAND, A. SCHOAR. « The Role of Family in Family Firms ». *The Journal of Economic Perspectives*, Spring 2006, vol. 20, n° 2, p. 73 à 96 ; Z. FERNANDEZ, M. J. NIETO. « Impact of ownership on the international involvement of SMEs ». *Journal of International Business Studies*, mai 2006, vol. 37, n° 3, p. 340 à 351 ; K. FOGEL. « Oligarchic family control, social economic outcomes, and the quality of government ». *Journal of International Business Studies*, 2006, vol. 37, n° 5, p. 603 à 622 ; B. VILLALONGA, R. AMIT. « How Do Family Ownership, Control and Management Affect Firm Value? ». *JFE*, mai 2006, vol. 80, n° 2, p. 385 à 417.

¹⁶⁴¹ Malgré les efforts d'une partie de la doctrine en la matière. V. par ex. D. DANET, A. LIGER. *Entreprises patrimoniales et familiales : Actes du Séminaire sur l'Entreprise familiale (Janvier à Décembre 2008)*. Rennes : RJO, 2009, 214 p. (ISSN 0990-1027) ; D. DANET, A. LIGER. *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*. Rennes : RJO, 2011, 240 p. (Actes du Cycle de conférences (Janvier à Juin 2011) ; ISSN 0990-1027).

éclatées dans des domaines variés¹⁶⁴². Pourtant, le point de convergence de toutes ces entités économiques est le lien patrimonial que conserve la direction opérationnelle. C'est ce lien qui explique des pratiques plus efficaces et plus vertueuses¹⁶⁴³. Aussi, une des priorités du législateur français devrait être le maintien de ce lien ou l'établissement rapide d'un nouveau lors de la transmission de l'entreprise.

La question fait régulièrement l'objet de rapports¹⁶⁴⁴ qui pointent du doigt l'absence d'un « environnement juridique et fiscal clair, sécurisé et qui soit le plus neutre possible quant à la réalisation de la transmission¹⁶⁴⁵ ». Bien évidemment, il est possible de transmettre son entreprise avec succès sans la fiducie. Il est encore possible d'utiliser efficacement la fiducie en la couplant avec d'autres mécanismes¹⁶⁴⁶. Néanmoins, cette pratique supplétive (à d'autres outils juridiques) consacre l'inadéquation du régime actuel de la fiducie. Sa nature profonde est celle d'un mécanisme souple qui peut s'adapter à la volonté des parties dans chaque transmission. Il serait quand même plus simple et plus efficace de ne recourir qu'à un seul mécanisme juridique (comme une fiducie spéciale) pour sécuriser et optimiser fiscalement la transmission.

S'il n'est pas nouveau de proposer des fiducies spéciales¹⁶⁴⁷, la tentation d'instaurer une fiducie spéciale au service de la transmission d'entreprise demeure

¹⁶⁴² « Le constat est vite fait : nous sommes en présence de deux objets de normes, l'entreprise et la famille, qui sont en constants et étroits rapports ; nous sommes aussi en présence de deux droits, qui ont respectivement l'entreprise et la famille pour objet, et qui se construisent dans l'ignorance quasi-totale de l'autre » : H. LÉCUYER. « Entreprise et famille ». *Gaz. Pal.*, 19 mai 2011, n° 138-139, p. 51.

¹⁶⁴³ V. n° 29 et spéc. n. 202, *supra*.

¹⁶⁴⁴ Encore récemment : F. DOMBRE-COSTE. *Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostic et propositions*. Paris : Rapport remis le 7 juillet 2015 à la demande du Premier Ministre, à Emmanuel Macron, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique et Martine Pinville, Secrétaire d'État chargée du Commerce, de l'Artisanat, de la Consommation, et de l'Économie sociale et solidaire, 7 juillet 2015, 95 p. ; O. MELLERIO. *Transmission de l'entreprise familiale*. Paris : Rapport à Hervé Novelli, Secrétaire d'État chargé du Commerce, de l'Artisanat des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation, octobre 2009, 174 p.

¹⁶⁴⁵ DOMBRE-COSTE. *Favoriser la transmission d'entreprise*, *op. cit.*, spéc. p. 21

¹⁶⁴⁶ Not. la société civile qui permet de s'affranchir de certaines limites de la fiducie : révocation possible à tout moment par le constituant avant acceptation par le bénéficiaire (art. 2028, al. 1), terme de la fiducie au décès du constituant (art. 2030), ou encore impossibilité de porter sur les biens d'un mineur (art. 408-1). En ce sens, v. S. LEROND, S. NAULEAU. « Fiducie et société civile : des outils complémentaires ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 62 à 65.

¹⁶⁴⁷ En ce sens, v. une proposition de fiducie-titrisation : PAPAÏS. « Titrisation et fiducie », *op. cit.*, p. 331 s.

grande. Cette possibilité pourrait se nourrir de l'avant-projet de fiducie-entreprise datant de 2011 (2).

2. L'apport de l'avant-projet de fiducie-entreprise

382. Mandaté par Hervé Novelli, alors secrétaire d'État¹⁶⁴⁸, un groupe de travail informel présidé par Claude Champaud visait à élaborer un avant-projet de loi relatif à la « fiducie-entreprise¹⁶⁴⁹ ». L'objectif des travaux était de proposer un dispositif permettant de pérenniser les entreprises familiales, avec en ligne de mire le modèle allemand du *Mittelstand*¹⁶⁵⁰. Pour cela, l'entreprise devait être privilégiée en tant qu'unité pleinement inscrite dans son environnement socio-économique.

D'un point de vue technique, l'avant-projet proposait de créer un article 2011-1 instituant la fiducie comme réceptacle d'un « fonds entrepreneurial¹⁶⁵¹ ». L'idée était alors de briser le lien avec la famille lorsque celui-ci menaçait la pérennité de l'entreprise. Sans toucher au principe de la réserve, la fiducie-entreprise permettrait d'externaliser la gestion quotidienne de l'entreprise pendant une durée plus ou moins longue. Sans reposer sur des mécanismes totalement inconnus du droit français, à l'instar des hypothétiques pro-personnalité¹⁶⁵² ou pluri-personnalité¹⁶⁵³, la fiducie-entreprise propose une solution intermédiaire

¹⁶⁴⁸ Chargé du Commerce, de l'Artisanat, des PME, du Tourisme, des Services et de la Consommation.

¹⁶⁴⁹ V. C. CHAMPAUD. « La fiducie-entreprise ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 199. *Adde* Annexe n°7 : Avant-projet de loi relatif à la fiducie-entreprise (2011).

¹⁶⁵⁰ C'est-à-dire un tissu d'entreprises familiales indépendantes et non cotées (*Kleine und Mittlere Unternehmen : KMU*).

¹⁶⁵¹ Prop. d'art. 2011-1 : « Lorsque la fiducie est constituée dans le but de devenir une structure juridique d'entreprise sous la forme d'un patrimoine affecté à la fiducie-entreprise alors créée, cette affectation est réalisée par un acte de transfert fiduciaire dit acte constitutif. Celui-ci opère transfert des droits et obligations attachés à l'exploitation du fonds entrepreneurial en cause et le cas échéant, des droits réels portant sur des biens mobiliers ou immobiliers appartenant au constituant et affectés par ce dernier à l'exploitation de l'entreprise fiduciée et qu'il désire transférer passivement ou activement à la fiducie-entreprise ainsi créée ». V. C. CHAMPAUD. « Projet de loi sur la fiducie-entreprise ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 227.

¹⁶⁵² Proposition notariale, la pro-personnalité visait à doubler la personnalité juridique de la personne physique d'une personnalité professionnelle. V. « Tout individu jouit d'une personnalité spécifique pour l'exploitation de son patrimoine professionnel ». Son corollaire en matière de sûreté viserait que « le gage s'étend à raison de la personnalité dont procède la dette » : D. FROGER et al. *Propriétés incorporelles. 105ème Congrès des Notaires de France à Lille (17-20 mai 2009)*. Malesherbes : Notaires de France, mars 2009, 1252 p. *Adde* É. DUBUISSON. « La non-adoption de la propersonnalité ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 75.

¹⁶⁵³ V. C. DE LA RIVIÈRE. « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 190, p. 63.

originale. Elle l'est d'autant plus que la fiducie-entreprise peut être créée par un acte unilatéral de l'entrepreneur¹⁶⁵⁴.

383. Transcendant les limites du cadre contractuel, la fiducie-entreprise se rapprocherait du *trust* sur ce point. L'intérêt est alors double. Sur un plan pratique, la fiducie-entreprise permettrait d'anticiper et d'adapter la gouvernance de l'unité économique aux spécificités de chaque situation économique et à la volonté de l'entrepreneur organisant la transmission. Le dispositif serait en ce sens largement supérieur au mandat à effet posthume¹⁶⁵⁵. Sur un plan théorique, elle permettrait de reconnaître l'importance du lien, propre à l'entrepreneur, entre propriété et direction. Ce faisant, l'intérêt général de la société et de ses parties prenantes primait sur les intérêts particuliers des héritiers éventuels. En plus de faciliter les transmissions lors du départ de l'entrepreneur, cette proposition aurait donc consacré la vision humaniste de la doctrine de l'entreprise en droit français¹⁶⁵⁶. Cela aurait constitué une forme d'aboutissement pour l'École de Rennes qui tisse depuis longtemps des liens entre les sciences juridiques et les sciences de gestion¹⁶⁵⁷.

Néanmoins, il est à regretter que l'avant-projet ne franchisse pas le Rubicon en proposant d'intégrer à l'opération, la possibilité de transmission à titre gratuit. En effet, selon l'avant-projet, l'article 2013 ne serait pas abrogé mais seulement complété par des dispositions visant, dans le cadre d'une fiducie-entreprise, « les œuvres d'intérêt général ou les collectivités locales instituées parties prenantes ». Clairement, il s'agit là d'une référence au montage élaboré par le groupe Fabre pour enraciner l'entreprise dans son environnement socio-économique régional¹⁶⁵⁸. Mais la fiducie semble pouvoir offrir plus qu'un succédané de l'entreprise personnelle à

¹⁶⁵⁴ Prop. d'art. 2012 : « La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Dans les cas prévus à l'article 2011 ci-dessus la fiducie peut procéder d'un acte unilatéral. Toute fiducie doit être expresse. Néanmoins, tout juge peut tirer telles conséquences de droit qu'il convient, d'une situation de fait qu'il requalifie en fiducie ».

¹⁶⁵⁵ Alors que le périmètre du mandat à effet posthume semble plus large que celui de la fiducie puisque même le majeur protégé pour y recourir sous conditions (v. n° 112 et n° 295 s., *supra*), son efficacité paraît moindre : durée plus limitée, pouvoirs exclusifs mais forcément limités à l'administration (même si la doctrine propose des remèdes partiels comme l'écriture d'une clause d'inaliénabilité : v. LOUIS-CAPORAL. « La fiducie-libéralité », *op. cit.*).

¹⁶⁵⁶ Sur ce point, v. not. I. TCHOTOURIAN. « Doctrine de l'entreprise et école de Rennes : La dimension sociétale, politique et philosophique des activités économiques affirmée - Présentation d'un courant de pensée au service de l'homme ». In : *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Bruxelles : Larcier, 2013, p. 131 à 174.

¹⁶⁵⁷ V. *ibid.* Adde n. 126 et 204.

¹⁶⁵⁸ V. n° 277, *supra*.

responsabilité limitée (EPRL) infructueusement portée par le rapport Champaud à la fin des années mille neuf cent soixante-dix¹⁶⁵⁹.

Si l'avant-projet de fiducie-entreprise permet de tirer un voile entre l'entreprise et la famille afin que celle-ci ne mette pas en cause la pérennité de l'unité économique, une fiducie rénovée pourrait permettre de servir également de support apaisé de la transmission. Pour cela, il conviendrait également d'abroger la prohibition de l'intention libérale¹⁶⁶⁰ et d'encadrer la fiducie-libéralité qui en résulterait (3).

3. L'encadrement de la fiducie-libéralité

384. Tant sur un plan civil que fiscal, la seule abrogation de l'article 2013 du Code civil ne sera pas suffisante pour assurer la sécurité juridique de la fiducie-libéralité. Le régime général de la fiducie devra donc faire l'objet de dispositions spéciales à l'instar de la fiducie-entreprise.

D'un point de vue civil tout d'abord, l'article 2012 du Code civil prévoit que la fiducie ne peut être créée que par la loi ou par contrat. En l'état, l'article ne s'oppose pas à la validité d'une fiducie-libéralité tant que celle-ci s'entend entre vifs. À défaut, dans le cadre d'une fiducie-transmission à cause de mort, il conviendrait de modifier le Code civil. Une formulation plus simple que celle prévue par l'avant-projet sur la fiducie-entreprise prévoirait simplement que la fiducie peut être établie « par acte unilatéral en cas de libéralité ». Afin d'éviter un contentieux similaire à celui qui existe en matière de *trust*, il pourrait être envisagé d'imposer la forme authentique comme pour le mandat à effet posthume.

Corrélativement, il sera nécessaire de modifier les articles 2029 et 2030 du Code civil pour encadrer les conséquences du décès du constituant. Pour le premier, il conviendrait d'ajouter que le contrat de fiducie peut prévoir expressément la survie de la fiducie au-delà du décès du *de cuius*. Pour le second article, il conviendrait d'ajouter que dans un tel cas, le décès du constituant n'impose pas le retour des éléments constitutifs du patrimoine fiduciaire dans la

¹⁶⁵⁹ CHAMPAUD. « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier l'EPRL », *op. cit.*

¹⁶⁶⁰ V. n° 374, *supra*.

succession, mais le transfert direct au bénéficiaire¹⁶⁶¹. Il s'agirait là de nouvelles dispositions spéciales, propres à la fiducie-libéralité, qu'il conviendrait également d'articuler avec les règles d'imputation du droit des successions¹⁶⁶².

D'un point de vue fiscal, la constitution d'une fiducie-libéralité devrait bénéficier de la neutralité de droit commun. Pour autant, les sanctions prévues par le CGI devront être abrogées¹⁶⁶³. Par ailleurs, la fiscalité prenant en France des proportions démesurées dans la gouvernance entrepreneuriale¹⁶⁶⁴, il serait de très bon aloi de gratifier d'un régime fiscal de faveur, la conclusion d'une fiducie spéciale visant la transmission d'entreprise. Il serait ainsi judicieux de promouvoir un dispositif similaire au pacte Dutreil. La fiducie servirait alors de support progressif de transmission aux héritiers ou successeurs non-familiaux.

¹⁶⁶¹ Sur le traitement fiscal envisageable, v. n° 374, *supra*.

¹⁶⁶² Sachant que le principe de réduction en valeur facilite désormais la démarche : C. civ., art. 922. V. en ce sens la proposition d'un auteur : LOUIS-CAPORAL. « La fiducie-libéralité », *op. cit.*

¹⁶⁶³ En part. l'article 792 bis.

¹⁶⁶⁴ En ce sens, v. A. LIGER. *La Gestion fiscale des PMI, un mythe : le lien fiscalité-financement*. Paris : LGDJ, 1988, 300 p. (Bibliothèque de science financière, XXVII).

CONCLUSION GÉNÉRALE

385. Au terme de cette étude croisant droit et sciences de gestion, la fiducie apparaît plus que jamais comme un mécanisme dont la vocation est de servir l'entrepreneur. Pour arriver à une telle conclusion, une grande part du mystère qui entourait l'entrepreneur et l'opération fiduciaire a du être dissipée.

En droit français, cette dernière prend la forme d'un contrat nommé *sui generis* intitulé « fiducie ». Cette « fiducie nommée » est censée trouver ses racines dans des pratiques remontant au droit romain. Mais l'idée selon laquelle il existerait une fiducie dont les caractéristiques sont —sinon immuables— au moins naturelles, doit cependant être battue en brèche. L'histoire du droit français et le principe de réalité enseignent au contraire que le droit est avant tout ce que le législateur a déterminé ou accepté qu'il soit. À l'origine, le législateur a rédigé les articles 2011 et suivants du Code civil afin de concurrencer le *trust* issu des pays de l'anglosphère. Conçue comme un instrument de compétitivité économique, la fiducie a été dotée d'un régime s'affranchissant de principes traditionnels du droit français, en particulier l'unité du patrimoine. Cette acception économique du droit présente l'avantage d'un certain pragmatisme.

Corrélativement, elle souffre de sa singularité qui rend plus difficile son articulation avec les autres dispositions qui constituent le corpus juridique interne. Or, c'est justement ce caractère dérogatoire qui constitue l'intérêt de l'opération fiduciaire. Du droit romain aux droits contemporains, ses différents avatars ont prospéré (et prospèrent toujours) en tant qu'alternatives crédibles aux rigidités des environnements normatifs dans lesquels ils s'inscrivent. Au travers de la fiducie, les entrepreneurs peuvent ainsi espérer échapper à la rigueur des dispositions du droit français, tant dans leur sphère personnelle que professionnelle. De par ses effets en terme de rétention et d'affectation, la fiducie est ainsi susceptible de constituer un véhicule privilégié de l'expression de la volonté individuelle de l'entrepreneur.

386. Voulue comme un « *trust* à la française », la fiducie a été péniblement adaptée au droit français. Depuis les oppositions théoriques quant à son instauration jusqu'aux craintes fiscales et successorales quant à son application, elle a suivi un cheminement particulièrement tortueux. Jonchée de renoncements, son instauration demeure controversée. À défaut de constituer un aboutissement satisfaisant et à la hauteur des ambitions affichées, le régime de la fiducie nommée

renvoie constamment l'observateur aux conditions de son adoption. Issue d'une loi d'opportunité, la fiducie demeure, malgré les améliorations subséquentes, un mécanisme marginal du droit français. Cela pourrait se comprendre et s'apprécier compte-tenu de sa nature *sui generis*. Toutefois, le régime de la fiducie nommée trahit surtout une suspicion latente des pouvoirs publics à l'encontre même du dispositif adopté. En ce sens, la prohibition de la fiducie-libéralité demeure la plus grande limite du régime de la fiducie nommée pour l'entrepreneur. Mais le traitement fiscal de la fiducie nommée apparaît également comme un véritable obstacle, sur le plan pratique cette fois-ci. En effet, en faisant preuve de rigidité quant à l'attribution du bénéfice de la neutralité fiscale de l'opération, l'administration fait peser une véritable incertitude sur son coût total. Cette mauvaise volonté rend périlleux le recours à la fiducie et ne facilite donc évidemment pas son développement.

387. L'ensemble des problématiques exposées, en sus de caractériser l'entrepreneur, fait apparaître toute la contradiction du régime fiduciaire. Malgré une nature foncièrement attrayante et des visées clairement économiques, le dispositif adopté souffre de restrictions trop importantes pour pouvoir véritablement sortir d'une forme de marginalité.

L'étude de la fiducie à l'aune de la condition de l'entrepreneur permet de mettre en perspective les intentions du législateur avec la réalité de son œuvre, notamment au regard des alternatives issues des droits anglo-américains. La problématique liant l'entrepreneur et la fiducie présente le grand avantage d'apporter un éclairage nouveau sur la question fiduciaire mais également sur le travail du législateur. C'est notamment le cas de son rapport à la liberté (économique) et à une forme de Colbertisme latent. Au travers de l'exemple fiduciaire, le législateur s'est en effet montré plus soucieux de limiter les abus que pourrait entraîner la pratique fiduciaire que de s'assurer de l'utilité des finalités qu'elle pouvait poursuivre.

À défaut de proposer une solution à toutes les problématiques juridiques de l'entrepreneur, la « belle fiduciaire » fait toujours rêver. Au service de celui-ci, cette beauté aux mille visages pourrait pourtant revêtir ses plus beaux atours. Las, le législateur français ne l'a pas entendu ainsi et n'a pas donné sa pleine mesure à la fiducie. Pis, le législateur apparaît mal à l'aise avec l'existence même de

l'entrepreneur, qui demeure une sorte de « bête noire » juridique. S'il est vrai que sa nature protéiforme et changeante rend difficile son intégration dans l'ordonnancement juridique interne, cela est problématique car son rôle est essentiel à la bonne organisation et au financement (direct et indirect) de la vie en société. Aussi, le potentiel encore inexploité de la fiducie questionne en profondeur le rapport du droit français à l'économie et à des acteurs économiques qui tendent à être négligés. Consécutivement et d'une manière plus générale, les présents travaux ouvrent de nouvelles pistes de réflexion quant à la manière de traiter juridiquement l'activité économique. Les passerelles entre droit et gestion fournissent à cette fin des possibilités infinies.

Bibliographie

I-Traités, manuels et ouvrages spéciaux

- En langue française
- En langue anglaise

II-Thèses

III-Monographies, contributions et chapitres de livre

- En langue française
- En langue anglaise

IV-Articles, notes, études et rapports

- En langue française
- En langue anglaise

V-Jurisprudence

- Juridictions françaises
- Autres juridictions

VI-Lois, règlements et textes officiels

- Textes européens et internationaux
- Préambule de la Constitution française
- Lois françaises
- Règlements français
- Autres textes français
- Chine
- États-Unis
- Japon
- Liban
- Luxembourg
- Québec
- Royaume-Uni

VII-Divers

I - TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES SPÉCIAUXEn langue française

- AGUESSEAU Henri-François, PARDESSUS Jean-Marie. *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*. Paris : Fantin et compagnie, 1819, 618 p., Vol. XII
- AIM Roger. *L'essentiel de la théorie des organisations*. Paris : Gualino, 2013, 148 p. ISBN : 978-2-297-03178-3
- AMBLARD Colas. *Fonds de dotation : une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*. Rueil-Malmaison : Lamy, 2010, 264 p. (Axe droit)
- ANSAULT Jean-Jacques, D'AVOUT Louis, BINCTIN Nicolas, COCHET Dorothee, TRÉMEAU Isabelle. *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*. Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, ISBN : 978-2-7110-1918-2
- AUBRY Charles, RAU Charles Frédéric, ZACHARIÄ Karl Salomo. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*. 4^e éd. Paris : Marchal & Billard, 1878 1869, (8 volumes)
- AUBRY Charles, RAU Charles Frédéric, ZACHARIÄ Karl Salomo. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ. Tome sixième*. 4^e éd. Paris : Marchal & Billard, 1873, 745 p.
- AYNÈS Laurent, CROCO Pierre. *Les sûretés : la publicité foncière*. 4^e éd. Paris : Defrénois, 2009, X-411 p. (Droit civil), ISBN : 978-2-85623-164-7
- BACHET Daniel. *Les fondements de l'entreprise : construire une alternative à la domination financière*. Paris : Éditions de l'Atelier, 2007, 255 p. ISBN : 978-2-7082-3953-1
- BADRE M. A. *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*. Paris : Rousseau, 1932, 212 p.
- BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, GAUDEMET Jean. *Introduction historique au droit : XIIIe-XXe siècles*. Paris : LGDJ, 2010, 484 p. (Manuel), ISBN : 978-2-275-03406-5
- BATAILLE Laure. *L'essentiel sur l'entreprise : droit, économie, gestion*. Paris : Ellipses, 2009, 190 p.
- BEAULNE Jacques. *Droit des fiducies*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998, XI-345 p. ISBN : 978-2-89127-433-3
- BÉRAUDO Jean-Paul. *Les trusts anglo-saxons et le droit français*. Paris : LGDJ, 1992, (Droit des affaires), ISBN : 2-275-00628-1

- BERGER-TARARE Célia. *Le fiduciaire défaillant : regards croisés en droit des biens et droit des obligations*. Issy-les-Moulineaux Cedex : LGDJ, 2015, 543 p. (Bibliothèque de droit privé, 563), ISBN : 978-2-275-04666-2
- BLANLUET Gauthier. *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*. Paris : LGDJ, 1999, IX-493 p. ISBN : 978-2-275-01801-0
- BOURNOIS Frank, DUVAL-HAMEL Jérôme, ROUSSILLON Sylvie, SCARINGELLA Jean-Louis. *Comités exécutifs : voyage au cœur de la dirigeance*. Paris : Eyrolles-Éditions d'organisation, 2007, XIV-862 p. ISBN : 978-2-212-53801-4
- BOUTIRON Xavier, CASTANET Pierre-Jacques, LÉCUYER Hervé, MARÉCHAL Claude. *L'entrepreneur et ses patrimoines*. Paris : Lextenso, 2012, 401 p. (Les Intégrales, 6), ISBN : 978-2-35971-017-5
- BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. *Droit civil : les obligations*. 13^e éd. Paris : Sirey, 2012, X-1028 p. ISBN : 978-2-247-12088-8
- BUREAU Paul. *Le homestead. L'insaisissabilité de la petite propriété foncière*. Paris : Rousseau, 1895, XII-391 p.
- CABRILLAC Michel. *Droit des sûretés*. 9^e éd. Paris : Litec, 2010, 848 p. (Manuel), ISBN : 9782711011537
- CABRILLAC Rémy. *Droit des obligations*. 11^e éd. Paris : Dalloz, 2014, VII-419 p. ISBN : 978-2-247-13683-4
- CAESAR Julius, HIRTIUS Aulus, CONSTANS Léopold-Albert. *Guerre des Gaules*. Paris : Société d'édition « Les Belles lettres », 1926, XXXIII-327 p.
- CALLENS Stéphane ; UZUNIDIS Dimitri (dir.). *Gouvernance : exercices de pouvoir*. Paris : L'Harmattan, 2009, 248 p. (Marché et organisations, 9), ISBN : 978-2-296-06915-2
- CANTIN CUMYN Madeleine, TETTENBORN Andrew, FLANNIGAN Robert, DE WAAL M. J. *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*. Bruxelles : Bruylant, 1999, 362 p. ISBN : 2-8027-1309-4
- CARBONNIER Jean, CATALA Pierre, MORIN Georges, DE SAINT-AFFRIQUE Jean. *Des libéralités : une offre de loi*. Paris : Defrénois, 2003, 203 p. ISBN : 978-2-85623-057-2
- CARON Christophe, LÉCUYER Hervé. *Le droit des biens*. Paris : Dalloz, 2002, 138 p. ISBN : 2-247-04977-X
- CATALA Pierre. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*. Paris : Documentation française, 2006, 207 p. (Rapport), ISBN : 2-11-006132-4

- CATRY Bernard, BUFF Airelle. *Le gouvernement de l'entreprise familiale*. Paris : Publi-union, 1996, 250 p. ISBN : 2-85790-104-6
- CHAMPAUD Claude. *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*. Bruxelles : Larcier, 2011, 365 p. (Droit, Management et Stratégies), ISBN : 978-2-8044-4751-9
- CHAMPAUD Claude. *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*. Bruxelles : Larcier, 2013, 251 p. (Droit, Management et Stratégies), ISBN : 978-2-8044-5728-0
- CHAUFFAUT Delphine ; LENSING-HEBBEN Caroline ; NOYA Antonella (dir.). *L'entrepreneuriat social en France : réflexions et bonnes pratiques*. Paris : La Documentation Française, 2013, 160 p. (Centre d'analyse stratégique, 56), ISBN : 978-2-11-009501-5
- CIORAN Emil. *Aveux et anathèmes*. Paris : Gallimard, 1987, 145 p. ISBN : 2-07-070830-6
- CORBISIER Isabelle. *La société : contrat ou institution ? Droits étasunien, français, belge, néerlandais, allemand et luxembourgeois*. Bruxelles : Larcier, 2011, 733 p. (Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg), ISBN : 978-2-8044-4885-1
- CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. 9^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2011, XXX-1095 p. ISBN : 978-2-13-058911-2
- DANET Didier, LIGER Armel. *Entreprises patrimoniales et familiales : Actes du Séminaire sur l'Entreprise familiale (Janvier à Décembre 2008)*. Rennes : RJO, 2009, 214 p. (ISSN 0990-1027)
- DANET Didier, LIGER Armel. *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*. Rennes : RJO, 2011, 240 p. (Actes du Cycle de conférences (Janvier à Juin 2011) ; ISSN 0990-1027)
- DAVID René. *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*. Paris : LGDJ, 1950, VI-556 p.
- DAVID René. *Les Grands systèmes de droit contemporains : droit comparé*. Paris : Dalloz, 1964, 630 p.
- DUCHANGE Grégoire. *Le concept d'entreprise en droit du travail*. 1^{re} éd. Neuilly-sur-Seine : LexisNexis : Planète social, 2014, 300 p. (Diffusion), ISBN : 978-2-7110-2150-5
- DUMONT-BEGHI Claude. *Les milliards cachés des Wildenstein*. Paris : L'Archipel, 2016, 267 p. ISBN : 978-2-8098-1816-1
- DUVAL-HAMEL Jérôme ; GAUDEMET Antoine (dir.). *Paroles de praticiens. Entrepreneuriat, management et droit : en hommage au Professeur Michel Germain*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2015, 199 p. ISBN : 979-10-90429-62-8

- DUVERGIER Jean-Baptiste. *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État*. 2^e éd. Paris : A. Guyot et Scribe, 1834, 372 p. (de 1788 à 1830 inclusivement), Vol. 5
- DUVERGIER Jean-Baptiste. *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État*. 2^e éd. Paris : A. Guyot et Scribe, 1834, Vol. 33
- DUVERGIER Jean-Baptiste. *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État*. Paris : Charles Noblet, 1867, 555 p., Vol. 67
- DUVERGIER Jean-Baptiste, PLAISANT Isidore. *Pasinomie, ou Collection complète des lois, décrets, arrêtés et règlements généraux qui peuvent être invoqués en Belgique*. Bruxelles : Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1834, 714 p., Vol. 5
- FASQUELLE Daniel, FASQUELLE-LEONETTI Marie-Alice, BERTREL Jean-Pierre, BERTREL Marina, DELGA Jacques, BIEN Fabrice, COLLARD Christophe, ROQUILLY Christophe, BONNEAU Thierry, DUPUIS Michel, GUÉRY Gabriel, WALTER Roland, MÉDINA Annie, VALLENS Jean-Luc, FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre, FERRY-MACCARIO Nicole. *Droit de l'entreprise*. 16^e éd. Rueil-Malmaison : Wolters Kluwer France, 2012, 2107 p. ISBN : 978-2-7212-1565-9
- FAYOL Henri. *Administration industrielle et générale : prévoyance, organisation, commandement, coordination, contrôle*. Paris : Dunod & Pinat, 1917, 174 p. (Bulletin de la Société de l'industrie minérale. ISSN 0366-3329)
- FROGER Didier, COIFFARD Didier, DEJOIE Antoine, PHAN THANH Frédéric, CLERGET Emmanuel, GASSELIN Colette, MAZAN Jean-Yves, SAMSON Rémy, SAVARY Olivier, DUBUISSON Étienne. *Propriétés incorporelles. 105ème Congrès des Notaires de France à Lille (17-20 mai 2009)*. Malesherbes : Notaires de France, mars 2009, 1252 p.
- GAÏUS. *Institutes*. Paris : Les Belles Lettres, 1950, XVII-194 p.
- GATTAZ Yvon. *La Réhabilitation mondiale des entreprises patrimoniales*. Paris : Palais de l'Institut, 1999, 16 p. (ISSN 0768-2050, 11)
- GATTAZ Yvon. *Évolution du droit de propriété et entreprise patrimoniale : actes du Colloque jeudi 5 Juin 2003 à la Fondation Singer-Polignac*. Paris : Fondation Singer-Polignac, 2003, 97 p.
- GHESTIN Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris : LGDJ, 2006, X-944 p. ISBN : 2-275-03069-7
- GLANSDORFF François. *Mandat et fiducie*. Bruxelles : Bruylant, 2013, 238 p. (Répertoire pratique du droit belge), ISBN : 978-2-8027-3713-1

- GOUTHIÈRE Bruno, LOPATER Claude, BLANDIN Anne-Lyse. *La fiducie : mode d'emploi (régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux)*. Levallois-Perret : F. Lefebvre, 2009, 405 p. (Dossiers pratiques Francis Lefebvre, ISSN 1159-8700)
- GRANIER Thierry, JAFFEUX Corynne. *La titrisation : aspects juridiques et financier*. 2^e éd. Paris : Economica, 1997, 266 p. (Collection Gestion. Série Politique générale, finance et marketing), ISBN : 978-2-7178-3199-3
- GRIMALDI Michel. *L'intention libérale*. Montréal : Éditions Thémis, 2004, VIII-30 p. (Conférences Roger-Comtois, Chaire du notariat), ISBN : 978-2-89400-189-9
- GUINCHARD Serge. *L'affectation des biens en droit privé français*. Paris : LGDJ, 1976, XXII-429 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 145), ISBN : 2-275-01398-9
- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry. *Lexique des termes juridiques*. Paris : Dalloz, 2011, 918 p. ISBN : 978-2-247-10762-9
- HALPÉRIN Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris : PUF, 2001, 384 p. ISBN : 2-13-051581-9
- HALPÉRIN Jean-Louis. *Histoire du droit des biens*. Paris : Economica, 2008, 370 p. ISBN : 978-2-7178-5547-0
- HILAIRE Jean. *Le droit, les affaires et l'histoire*. Paris : Economica, 1995, X-369 p. ISBN : 2-7178-2907-5
- JAMIN Christophe ; MAZEAUD Denis (dir.). *La nouvelle crise du contrat*. Paris : Dalloz, 2003, 260 p. (Thèmes & commentaires), ISBN : 978-2-247-05070-3
- JEULIN Isabelle. *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*. Paris : LGDJ, 2007, 428 p. (Bibliothèque de droit privé, 487), ISBN : 978-2-275-03236-8
- KENYON-ROUVINEZ Denise, WARD John L. *Les entreprises familiales*. Paris : Cairn, 2010, (Que sais-je ?), ISBN : 978-2-13-054607-8, disponible sur : <http://www.cairn.info/les-entreprises-familiales--9782130546078.htm>
- LAMÈTHE Didier, SAINTE FARE GARNOT Rémy, LE CARPENTIER Pascal, DE CLERCQ Guildo. *L'entreprise et le droit comparé : colloque... Paris, le 25 novembre 1994*. Paris : Société de Législation Comparée, 1995, 227 p. ISBN : 2-908199-06-8
- LANDRIEUX-KARTOCHIAN Sophie. *Théorie des organisations*. Paris : Gualino-Lextenso, 2010, 159 p. (Fac universités. Série Mémentos), ISBN : 978-2-297-00374-2
- LARROUMET Christian. *Les biens droits réels principaux*. 5^e éd. Paris : Economica, 2006, 635 p. (Droit civil), Vol. 2, ISBN : 978-2-7178-5243-1

- LÉPAULLE Pierre. *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*. Paris : Rousseau, 1932, VII-463 p.
- LÉPAULLE Pierre. *La notion de « trust » et ses applications dans les divers systèmes juridiques*. Rome : Éditions Unidroit, 1951, 12 p.
- LÉVY Jean-Philippe, CASTALDO André. *Histoire du droit civil*. 2^e éd. Paris : Dalloz, 2010, XIII-1619 p. (Précis Droit privé), ISBN : 978-2-247-08567-5
- LEWKOWICZ Gregory, XIFARAS Mikhaïl. *Repenser le contrat*. Paris : Dalloz, 2009, 305 p. ISBN : 978-2-247-08411-1
- LOISEL Antoine. *Institutes coutumières, ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences & proverbes tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*. Paris : H. Le Gras, 1637, 164 p.
- MACQUERON Jean. *Histoire des obligations : Le droit romain*. Aix-en-Provence : Faculté de droit et de science politique, 1971, 498 p. (Publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine. Série mémoires et travaux 1)
- MALAURIE Philippe. *Les successions, les libéralités*. Paris : Defrénois, 2010, XIV-573 p. (Droit civil), ISBN : 978-2-85623-175-3
- MALAURIE Philippe, BRENNER Claude. *Les successions, les libéralités*. 6^e éd. Issy-les-Moulineaux : Lextenso éditions, LGDJ, 2014, XIV-657 p. (Droit civil), ISBN : 978-2-275-04083-7
- MINTZBERG Henry. *Le management : voyage au centre des organisations*. 2^e éd. Paris : Éditions d'organisation, 2007, 703 p. ISBN : 978-2-7081-3093-7
- MORAND-DEVILLER Jacqueline ; BONICHOT Jean-Claude (dir.). *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*. Paris : IRJS Éditions, 2010, 417 p. (Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 22), ISBN : 2-9534539-3-8
- MORTIER Renaud ; SÉRANDOUR Yolande (dir.). *Le risque entrepreneurial*. Paris : LexisNexis, 2015, XIX-399 p. ISBN : 978-2-7110-2364-6
- MORVAN Patrick. *Le principe de droit privé*. Paris : LGDJ Diffuseur Panthéon-Assas, 1999, 788 p. (Droit privé), ISBN : 978-2-913397-06-4
- NERRIÈRE Jean-Paul. *Parlez globish ! don't speak English...* Paris : Eyrolles, 2004, 287 p. ISBN : 2-7081-3109-5
- PASTRÉ Olivier. *Économie d'entreprise*. Paris : Economica, 2012, 243 p. ISBN : 978-2-7178-6127-3

- PÉRINET-MARQUET Hugues (dir.). *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Paris : Litec, 2009, VIII-148 p. (Carré droit), ISBN : 978-2-7110-1338-8
- PERRIN Julien. *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg : étude de droit comparé et de droit international privé*. Genève : Droz, 2006, XXIX-356 p. (Comparativa), ISBN : 2-600-00777-6
- PETITJEAN Michel. *Essai sur l'histoire des substitutions : du IXe au XVe siècle dans la pratique et la doctrine spécialement en France méridionale*. Dijon : Centre de recherches historiques, 1975, 579 p. (Publications du Centre de recherches historiques de la Faculté de droit et de science politique. ISSN 0337-7989 ; 1)
- PETIT Nicolas. *Droit européen de la concurrence*. Paris : Montchrestien, 2013, 684 p. ISBN : 978-2-7076-1768-2
- PLANE Jean-Michel. *Théorie et management des organisations*. Paris : Dunod, 2012, VIII-293 p. (Management sup), ISBN : 978-2-10-057401-8
- PLANIOL Marcel. *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des facultés de droit*. 6ème éd. Paris : LGDJ, 1901 1900
- PLANIOL Marcel, RIPERT Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris : LGDJ, 1934
- PRÜM André, WITZ Claude, AYNÈS Laurent, HAYTON David. *Trust et fiducie : la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise (actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003)*. Paris : Montchrestien, 2005, VIII-274 p. (Grands colloques), ISBN : 2-7076-1411-4
- ROCHFELD Judith. *Cause et type de contrat*. Paris : LGDJ, 1999, IX-632 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 311), ISBN : 2-275-01757-7
- ROJOT Jacques. *Théorie des organisations*. Paris : Eska, 2005, 541 p. ISBN : 978-2-7472-0740-9
- ROSSIGNOL Jean-Luc, COURET Alain, TALY Michel. *La gouvernance juridique et fiscale des organisations*. Paris : Éditions Tec & Doc, 2010, XVIII-400 p. ISBN : 978-2-7430-1247-2
- SAVAGE Valentin. *La fiducie sur parts et actions de sociétés : aspects juridiques et fiscaux*. Bruxelles : Larcier, 2015, 104 p. ISBN : 978-2-8044-7698-4
- SCHILLER Sophie. *Droit des biens*. 6^e éd. Paris : Dalloz, 2013, VI-353 p. ISBN : 978-2-247-13108-2

- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF Hans Albrecht. *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*. Paris : LGDJ, 1977, 136 p. ISBN : 2-275-01245-1
- SEGRESTIN Blanche, HATCHUEL Armand. *Refonder l'entreprise*. Paris : Seuil, 2012, 119 p. (La République des idées), ISBN : 978-2-02-106428-5
- SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. *Annuaire de législation française*. Paris : LGDJ, 1906, 425 p. (ISSN 1245-5369), Vol. A25 / 53
- TERRÉ François, LEQUETTE Yves, GAUDEMET Sophie. *Droit civil. Les successions, les libéralités*. Paris : Dalloz, 2014, 1184 p. ISBN : 978-2-247-12480-0
- TERRÉ François, SIMLER Philippe. *Droit civil : les biens*. 7^e éd. Paris : Dalloz, 2006, VIII-852 p. ISBN : 978-2-247-06833-3
- TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil : les obligations*. Paris : Dalloz, 2009, 1542 p. ISBN : 978-2-247-08042-7
- THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure, TOMASIN Daniel. *L'unité du patrimoine : essai critique*. Paris : Defrénois, 2007, VII-541 p. (Doctorat et notariat), ISBN : 978-2-85623-118-0
- TIRARD Jean-Marc (dir.). *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*. Genève : Academy & Finance, 2008, 473 p. ISBN : 978-2-9700602-0-8
- TOUR-SARKISSIAN Paul. *Trusts américains et pratique notariale française*. Paris : Defrénois-Lextenso, 2013, 359 p. ISBN : 978-2-85623-209-5
- TRIPET François. *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*. Paris : Litec, 1989, 259 p. ISBN : 978-2-7111-0949-4
- VERNIMMEN Pierre, QUIRY Pascal, LE FUR Yann. *Finance d'entreprise*. 10^e éd. Paris : Dalloz, 2011, XV-1191 p. ISBN : 978-2-247-10905-0
- WICKER Guillaume. *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*. Paris : LGDJ, 1997, XIV-441 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 253), ISBN : 978-2-275-01513-2
- WITZ Claude (dir.). *Les opérations fiduciaires : pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international*. Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984. Paris : FEDUCI/LGDJ, 1985, IX-494 p. (ISSN 0757-6668), ISBN : 2-275-00929-9
- WITZ Claude (dir.). *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse (Colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises, 29 novembre 1990)*. Paris : Joly Éditions, 1991, 111 p. (Juridictionnaires, 4 bis), ISBN : 978-2-907512-09-1

BIBLIOGRAPHIE

- ZENATI Frédéric, REVET Thierry. *Les biens*. 3^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2008, 759 p. (Droit fondamental. Classiques), ISBN : 978-2-13-056287-0
- L'entreprise et ses partenaires : 79^{ème} Congrès des Notaires de France à Avignon (8-11 mai 1983). Paris : Litec, 1983, 1245 p.
- *Le patrimoine au XXI^e siècle : 96^{ème} Congrès des notaires de France, Lille, 28-31 mai 2000*. Paris : Association congrès des notaires de France, 2000, 1004 p. ISBN : 978-2-7111-3224-9

En langue anglaise

- ATTENBOROUGH Frederick Levi. *The laws of the earliest English kings*. Cambridge : Cambridge University Press, 1922, XII-256 p.
- BAKER John Hamilton. *An introduction to English legal history*. Boston/Londres : Butterworths, 1990, XLIX-673 p. ISBN : 978-0-406-53101-8
- BANGS John Kendrick. *Uncle Sam, trustee*. New York : Riggs Publishing Company, 1902, XV-342 p.
- BARNARD Chester Irving. *The functions of the executive*. Cambridge : Harvard University Press, 1950, 334 p.
- BARRETT Thomas S., LIVERMORE Putnam. *The conservation easement in California*. Covelo : Island Press, 1983, XIII-173 p. ISBN : 978-0-933280-19-9
- BERLE Adolf Augustus, MEANS Gardiner Coit. *The modern corporation and private property*. New York : Macmillan Co., 1932, XVI-396 p.
- BODENHEIMER Edgar, OAKLEY John B, LOVE Jean C. *An introduction to the Anglo-American legal system : readings and cases*. St. Paul : West Group, 2001, XVII-232 p. ISBN : 978-0-314-24733-9
- BYRD B. Sharon. *Introduction to Anglo-American Law & Language*. 2^e éd. Munich : Beck, 2001, 367 p. ISBN : 3-406-47290-7
- CLARK Colin. *The conditions of economic progress*. Londres : Macmillan Co., 1940
- CUNNINGHAM Jack R. *Trust and fiduciary law one day workshop*. Lexington : Office of Continuing Legal Education, University of Kentucky College of Law, 1997

- DUKEMINIER Jesse, SITKOFF Robert H., LINDGREN James. *Wills, trusts, and estates*. 8^e éd. New York : Aspen Publishers, 2009, 1072 p. ISBN : 978-0-7355-7996-5
- ELY Bruce P, GRISSOM Christopher R. *Choice of Entity: Legal Considerations of Selection*. Arlington : Bureau of National Affairs, 2001, (Corporate practice series, n° 50-4th)
- FRANKEL Tamar. *Fiduciary law*. New York/Oxford : Oxford University Press, 2011, XIX-313 p. ISBN : 978-0-19-975027-6
- FREEMAN R. Edward. *Strategic management : a stakeholder approach*. Boston : Pitman, 1984, 276 p. (Pitman series in business and public policy), ISBN : 0-273-01913-9
- GALBRAITH John Kenneth. *The New Industrial State*. 1^{re} éd. Boston : Houghton Mifflin, 1976, XIV-427 p.
- GRAZIADEI Michele, MATTEI Ugo, SMITH Lionel D. *Commercial trusts in European private law*. Cambridge/New York : Cambridge University Press, 2005, ISBN : 978-0-511-13518-7
- GRIFFITH William Downes, LOVELAND Richard. *The Supreme Court of Judicature acts, 1873, 1875, & 1877 : The Appellate Jurisdiction Act, 1876. And the rules, orders, and costs thereunder*. Londres : Stevens and Haynes, 1877, XI- 829 p.
- HAYTON David John. *Modern International Developments in Trust Law*. Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, X-346 p. ISBN : 90-411-9706-0
- HAYTON David John, MATTHEWS Paul, MITCHELL Charles. *Underhill and Hayton law relating to trusts and trustees*. 18^e éd. Londres : LexisNexis, 2010, CCXV-1429 p. ISBN : 1-4057-5604-7
- HELMHOLZ Richard, ZIMMERMANN Reinhard. *Itinera Fiducia*. Berlin : Duncker & Humblot, 1998, 544 p. (Comparative studies in Continental and Anglo-American legal history, Bd. 19), ISBN : 3-428-09614-2
- HEMPEL Marc. *Global English : English is changing the world - In what way is the world changing the English language and the way it will be taught ?*. Munich : GRIN Verlag, 2009, 18 p. ISBN : 978-3-640-53708-2
- HUMPHREY Seth King. *The Indian dispossessed*. New York : Young People's Missionary Movement of the United States and Canada, 1905, 298 p.
- KEMPIN Frederick G. *Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell*. 3^e éd. St. Paul : West Pub. Co, 1990, 323 p. (Nutshell series), ISBN : 0-314-74708-7

- LANGBEIN John H, LERNER Renée Lettow, SMITH Bruce P. *History of the common law : the development of Anglo-American legal institutions*. Austin/New York : Wolters Kluwer Law & Business/Aspen Publishers, 2009, XXVII-1141 p. ISBN : 978-0-7355-6290-5
- LÉPAULLE Pierre. *The resident of France in face of the trust problem...* Gale, 1931, 36 p. (Proceedings / American Foreign Law Association ; 11), ISBN : 978-1-287-34773-6
- LUPOI Maurizio. *Trusts : a comparative study*. Cambridge/New York : Cambridge University Press, 2000, XXX-400 p. (Cambridge studies in international and comparative law), ISBN : 0-521-62329-4
- MAINE Henry Sumner. *Dissertations on early law and custom, chiefly selected from lectures delivered at Oxford*. Londres : J. Murray, 1883, VII-402 p.
- MAITLAND Frederic William. *Equity : a course of lectures*. 2ème éd. révisée. Cambridge : Cambridge University Press, 1949, XXIV-343 p.
- MARKLEW Victoria. *Cash, crisis, and corporate governance : the role of national financial systems in industrial restructuring*. Ann Arbor : University of Michigan Press, 1995, 260 p. ISBN : 978-0-472-10504-5
- MARTÍNEZ-TORRÓN Javier. *Anglo-American Law and Canon Law : Canonical Roots of The Common Law Tradition*. Berlin : Duncker & Humblot, 1998, 195 p. (Comparative studies in Continental and Anglo-American legal history, Bd. 18), ISBN : 3-428-09414-X
- McCRUM Robert. *Globish : how the English language became the world's language*. New York : W.W. Norton & Company, 2010, XII-331 p. ISBN : 978-0-393-06255-7
- McGOVERN William M, KURTZ Sheldon F. *Principles of wills, trusts, and estates*. St. Paul : Thomson/West, 2005, XI-512 p. ISBN : 0-314-15617-8
- McLOUGHLIN Patrick, RENDELL Catherine. *Law of trusts*. Londres : Macmillan Press, 1992, XXV-319 p. (Macmillan professional masters), ISBN : 0-333-54232-0
- MILSOM Stroud Francis Charles. *Historical foundations of the Common Law*. Londres : Butterworths, 1969, XIV-466 p. ISBN : 0-406-62500-X
- O'BRIEN Bruce R. *God's peace and king's peace : the laws of Edward the Confessor*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1999, 305 p. (The Middle Ages series), ISBN : 978-0-8122-3461-9
- PARKER David B., MELLOWS Anthony R., OAKLEY A. *Parker and Mellows : the modern law of trusts*. 7^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 1998, IV-799 p. ISBN : 0-421-63000-0

- ROSCH Eleanor ; LLOYD Barbara B. (dir.). *Cognition and categorization*. Hillsdale : Lawrence Erlbaum Associates, 1978, VIII-328 p. ISBN : 978-0-89859-433-1
- SCHUMPETER Joseph Alois. *The nature and essence of economic theory*. Réédition. New Brunswick : Transaction Publishers, 2010, XXVI-464 p.
- SCOTT Austin Wakeman, FRATCHER William Franklin, ASCHER Mark L., SCOTT Austin Wakeman. *Scott and Ascher on trusts*. 5^e éd. New York : Aspen Publishers, 2006, 6387 p. ISBN : 978-0-7355-6190-8
- SMITH Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Londres : George Routledge, 1776, XVI-780 p.
- SMITH Gordon. *Recent developments in corporate fiduciary law*. Minneapolis : University of Minnesota Law School, 2005
- STEVENSON Angus ; WAITE Maurice (dir.). *Concise Oxford English dictionary*. 12^e éd. New York/Oxford : Oxford University Press, 2011, 1682 p. ISBN : 978-0-19-960108-0
- SWANTON Michael James (dir.). *The Anglo-Saxon chronicle*. New York : Routledge, 1998, 363 p. ISBN : 0-415-92129-5
- THOMAS Geraint, HUDSON Alastair. *The law of trusts*. New York/Oxford : Oxford University Press, 2010, CCXIV-1681 p. ISBN : 0-19-955028-X
- UNDERHILL Arthur. *A Concise Explanation of Lord Birkenhead's Act : The Law of Property Act, 1922 in Plain Language*. Londres : Butterworths, 1922, XII-131 p.
- VERSTEEG Russ. *Early Mesopotamian law*. Durham : Carolina Academic Press, 2000, 228 p. ISBN : 978-0-89089-977-9
- WATSON Alan. *Legal transplants : an approach to comparative law*. Athens/Londres : University of Georgia Press, 1993, XVI-121 p. ISBN : 978-0-8203-1532-4
- *Restatement of the Law, Third, Trusts : General Principles*. St. Paul : American Law Institute, 2003-2012, 4 Vol. ISBN : 0-314-10645-6

II - THÈSES

- ANSAULT Jean-Jacques. *Le cautionnement réel*. Paris : Defrénois-Lextenso, 2009, XVI-692 p. (Doctorat & notariat, 40), ISBN : 978-2-85623-176-0
- ARSAC Antoine. *La propriété fiduciaire : nature et régime*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, 325 p. (Droit des affaires), ISBN : 978-2-275-04759-1
- AUBRY Marie-Christine. « Le patrimoine d'affectation ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris-Nord, 2010, 540 p.
- AUMAÎTRE Théophile. « Des diverses espèces de fidéicommiss en droit romain. Des Substitutions prohibées en droit français ». Thèse de doctorat. Poitiers : Université de Poitiers. Faculté de Droit, 1869, 115 p.
- BARRIÈRE François. *La réception du trust au travers de la fiducie*. Paris : Litec, 2004, X-604 p. (Bibliothèque de droit de l'entreprise, ISSN 0150-7451, 66), ISBN : 2-7110-0568-2
- BENOIT-CATTIN Albert. « Des substitutions fidéicommissaires en droit romain ». Thèse de doctorat. Grenoble : Université de Grenoble. Faculté de droit, 1879, 210 p.
- BERLIOZ Pierre. *La notion de bien*. Paris : LGDJ, 2007, X-596 p. (Bibliothèque de droit privé, 489), ISBN : 978-2-275-03259-7
- BZOWSKI. « L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2011, 564 p.
- CAILLEMER Robert. « Origines et développement de l'exécution testamentaire (époque franque et moyen âge) ». Thèse de doctorat. Lyon : Université de Lyon, 1901, 740 p.
- CHADELAT Jean. « Histoire de l'ordonnance de la marine du mois d'Août 1681 ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris, 1951, 265 p.
- CHAMPAUD Claude. « Le pouvoir de concentration de la société par actions ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes, 1961, 349 p.
- CLOÏTRE Morgane. « L'unité économique et sociale ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 2013, 335 p.
- COLASSON Frédéric. « Le patrimoine professionnel ». Thèse de doctorat. Limoges : Université de Limoges, 2004, 418 p.
- CUIF Pierre-François. « Le contrat de gestion ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Sorbonne, 2001, 731 p.
- DAUCHEZ Corine. « Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2013, 386 p.

- DELECOURT Benoist. « Les contrats civils appliqués aux actions ». Thèse de doctorat. Lille : Université Lille 2 - Droit et Santé, 2010, 596 p.
- DESPAX Michel. *L'entreprise et le droit*. Paris : LGDJ, 1957, IX-443 p. (Bibliothèque de droit privé, ISSN 0520-0261, 1)
- DUEDRA Marion. « Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : essai d'une comparaison ». Thèse de doctorat. Toulouse : Université Toulouse 1 Capitole, 2012, 462 p.
- FAMILY Roxana. « L'acte de fiducie (Étude de droit interne et de droit international privé) ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2000, 569 p.
- FARHI Sarah. « La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté ». Thèse de doctorat. Nice : Université Nice Sophia Antipolis, 2013
- FOSSET Henri. « Des fidéicommiss en droit romain et des substitutions prohibées en droit français ». Thèse de doctorat. Douai : Université de France. Académie de Douai. Faculté de Droit, 1878, 256 p.
- FRANÇOIS Jérôme. « Les opérations juridiques triangulaires attributives : stipulation pour autrui et délégation de créance ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 1994
- FIX Christian. « Die Fiducie-Sûreté : eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht ». Thèse de doctorat. Strasbourg : Université de Strasbourg, 2014, XXIII-387 p. (Résumé disponible en français)
- GAZIN Henri. « Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique ». Thèse de doctorat. Dijon : Université de Bourgogne, 1910, 509 p.
- GENTILHOMME Rémy. « Démembrement de propriété et société civile ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 1997, 300 p.
- GÉNY François. « Étude sur la fiducie (droit romain) ; De la responsabilité des locataires envers le bailleur en cas d'incendie de la chose louée (droit français) ». Thèse de doctorat. Nancy : Université de Nancy, 1885, 122-9 p.
- GLARD Isidore. « Droit romain : de la fiducie. Droit français : de la condition des meubles en droit international privé ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes, 1894
- GUEDJ Valérie. « Essai sur le régime juridique des fondations ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 1999, 545 p.
- HABERT Christelle. « La prévoyance en assurance vie ». Thèse de doctorat. Orléans : Université d'Orléans, 2005, 521 p.

- JACQUELIN René. « Droit romain : de la Fiducie. Droit français : de la Juridiction administrative dans le droit constitutionnel ». Paris : Université de France, 1891, 511 p.
- JACQUEMAIRE Numa. « Des Fidécimmis : droit romain ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris. Faculté de Droit, 1885, 216 p.
- KOSTIC Gaël. « L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé ». Thèse de doctorat. Paris : Université Paris V Descartes, 1997, 476 p.
- KUHN Céline. « Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Sorbonne, 2003, 479 p.
- LABELLE-PICHEVIN Fabienne. « La société, technique d'organisation du patrimoine ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 2003, 620 p.
- LARROUMET Christian. « Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé ». Thèse de doctorat. Bordeaux : Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1968, 586 p.
- LE NORMAND Sabrina. « Droit et fiscalité du transfert temporaire de valeurs mobilières ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes 1, 2011, 496 p.
- LIGER Armel. *La Gestion fiscale des PMI, un mythe : le lien fiscalité-financement*. Paris : LGDJ, 1988, 300 p. (Bibliothèque de science financière, XXVII), ISBN : 2-275-00830-6
- MANOLESCU Camélia. « Le trust en droit anglais ». Paris : Université Panthéon-Assas, 1997, 424 p.
- METTETAL-FRESNEL Florence. « La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 1995, 286 p.
- OLIVIER Laurent-Pierre. « Du fidécimmis de famille : droit romain ». Thèse de doctorat. Lyon : Université de Lyon, 1882, 257 p.
- PAILLUSSEAU Jean. « La Société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise ». Thèse de doctorat. Rennes : Université de Rennes, 1965, VIII-295 p.
- PAPAÏS Laury. « Titrisation et fiducie ». Thèse de doctorat. Toulouse : Université Toulouse 1 Capitole, 2012, 687 p.
- PAPANDRÉOU Marie-France. « Fondements du droit anglais des biens ». Thèse de doctorat. Strasbourg : Université Robert Schuman, 1996, 930 p.
- PERCEROU Roger. « La Personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris, 1951

- POMADE Adélie. « La société civile et le droit de l'environnement ». Thèse de doctorat. Orléans : Université d'Orléans, 2009, 619 p.
- PONCET Joseph. « Des fidéicommiss en droit romain ». Thèse de doctorat. Paris : Université de Paris. Faculté de Droit, 1874, 157 p.
- SANCHEZ DE LOZADA Louis. « Trusts exprès privés anglo-américains, fidéicommiss latino-américains et la fiducie française ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2012, 669 p.
- SICARD Germain. « Les moulins de Toulouse au Moyen-Âge : aux origines des sociétés anonymes ». Thèse de doctorat. Toulouse : Université de Toulouse, 1952, 701 p.
- TAISNE Jean-Jacques. « La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle ». Thèse de doctorat. Lille : Université Lille 2 - Droit et Santé, 1977, 613-XXVII p.
- TARCHICHI ABOU CHAHINE Mariam. « Les Garanties fiduciaires ». Thèse de doctorat. Clermont-Ferrand : Université de Clermont I, 2009, 352 p.
- VAN STEENLANDT Philippe. « La généralisation de la cession fiduciaire de créance ». Thèse de doctorat. Paris : Université Panthéon-Assas, 2015, 610 p.
- WITZ Claude. *La Fiducie en droit privé français*. Paris : Economica, 1981, 351 p.

III - MONOGRAPHIES, CONTRIBUTIONS ET CHAPITRES DE LIVRE

En langue française

- AUGUSTIN Jean-Marie. « Construire le mythe du temps : les substitutions fidéicommissaires et les majorats ». In : *Le temps et le droit*, Nice : Éd. Serre, 2002, p. 63 à 72, ISBN : 2-86410-364-8
- BARREAU Catherine. « Pérennisation des entreprises personnelles et séparation patrimoniale ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 25
- BARRIÈRE François. « Charitable trusts anglo-américains et fondations françaises ». In : *Fondation et trust dans la protection du patrimoine en droit français et droit comparé*, Montréal/Paris : L'Harmattan, 1999, p. 89 à 102, ISBN : 2-7384-8718-1
- BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, COLIN Maurice. « Des donations entre vifs et des testaments ». *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris : Larose, 1896, 3^e éd, Vol. 2, p. 908
- BÉRAUDO Jean-Paul. « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 123, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- BERGER Pierre. « La responsabilité de l'avocat-fiduciaire ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 39, ISBN : 978-2-247-09055-6
- BICHERON Frédéric. « L'utilisation du mandat en droit de la famille ». In : *Le mandat: un contrat en crise ?*, Paris : Economica, 2011, p. 97, ISBN : 978-2-7178-5988-1
- BOUTEILLE Magali. « La fiducie, un potentiel inexploité ? ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 189
- CANTIN CUMYN Madeleine. « Rapport général ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 11, ISBN : 2-8027-1309-4
- CANTIN CUMYN Madeleine. « La fiducie du Québec, un modèle imitable ? ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 83, ISBN : 978-2-9700602-0-8

- CERLES Alain. « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? ». In : *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Paris : Banque éditeur, 2000, p. 39, ISBN : 2-86325-312-3
- CHAMPAUD Claude. « Le syndrome de la tante Adèle (Conte moral sur la perversité du droit) ». In : *Drôle(s) de droit(s) : mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, Paris : Dalloz, 1999, p. 21, ISBN : 978-2-247-03566-3
- CHAMPAUD Claude. « Concept et statut des entreprises familiales, Le fait et le droit ». In : *Entreprises patrimoniales et familiales*, Rennes : RJO, 2009, p. 5
- CHAMPAUD Claude. « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ? ». In : *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles : Larcier, 2009, p. 77, ISBN : 978-2-8044-1655-3
- CHAMPAUD Claude. « La fiducie-entreprise ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 199
- CHAMPAUD Claude. « Projet de loi sur la fiducie-entreprise ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 227
- CHARLIN Jacques. « La fiducie-libéralité, essai de synthèse en vue d'un contrat ». In : *Les opérations fiduciaires : pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international*, Paris : FEDUCI/LGDJ, 1985, p. 136, ISBN : 2-275-00929-9
- COMBRET Jacques. « Le mandat à effet posthume : de quelques questions pratiques autour du mandat à effet posthume ». In : *La disparition du chef d'entreprise*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 87 à 97, ISBN : 978-2-7110-1586-3
- CROCQ Pierre. « Propriété fiduciaire, propriété unitaire ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 9, ISBN : 978-2-247-09055-6
- DELPERIER Jean-Marie. « La fiducie-sûreté ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 129
- DEMOGUE René. « La fiducie en droit moderne ». In : *Rapports préparatoires à la Semaine internationale de droit*, Tours : Impr. Deslis, 1937
- FLOUR Jacques. « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme ». In : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, Paris : LGDJ, 1950, p. 93 s.
- GODIN Robert. « Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 155, ISBN : 2-8027-1309-4

- GODON L. « Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes ». In : *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 433
- GOURIO Alain. « La fiducie-sûreté : utilité et avenir ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 71, ISBN : 978-2-247-09055-6
- GRIMALDI Michel. « Les donations à terme ». In : *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, ISBN : 2-7111-3288-9
- GRIMALDI Michel. « La propriété fiduciaire ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 5, ISBN : 978-2-247-09055-6
- GRIMALDI Michel. « Le mandat à effet posthume ». In : *La disparition du chef d'entreprise*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 77 à 85, ISBN : 978-2-7110-1586-3
- GUTMANN Daniel, REYGROBELLET Arnaud. « Fiducie et trust ». In : *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, Paris : Dalloz, 2009, p. 1221, ISBN : 978-2-247-07859-2
- HADDAD Élie. « Les substitutions fidéicommissaires dans la France d'Ancien Régime : droit et historiographie ». In : *Mélanges de l'École française de Rome. Italie et Méditerranée modernes et contemporaines 124/2*, Rome : École Française de Rome, 2013, ISBN : 978-2-7283-0977-1, disponible sur : <https://mefrim.revues.org/690#abstract>
- IMBERT Jean. « Aperçu historique sur les fondations en droit français ». In : *Le Droit des fondations en France et à l'étranger*, Paris : La Documentation Française, 1989, p. 21 à 37
- KROLOP Kaspar, BITTLINGER Marion. « La société unipersonnelle et l'idée d'un patrimoine d'affectation en Allemagne ». In : *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Toulouse : PUSS, 2009, p. 267, ISBN : 978-2-915699-71-5
- LÉCUYER Hervé. « L'irrévocabilité des donations ». In : *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 405, ISBN : 2-7111-3288-9
- LE GALL Jean-Pierre. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en France ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 333, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- MALLET-BRICOUT Blandine. « Fiducie et propriété ». In : *Christian Larroumet : liber amicorum*, Paris : Economica, 2009, p. 297 à 327, ISBN : 978-2-7178-5796-2

- MORIN Chritine. « Les patrimoines affectés en droit québécois : fiducie et droit des successions ». In : *Les patrimoines affectés : actes du colloque du 27 avril 2012*, Toulouse : PUSS, 2013, p. 109, ISBN : 978-2-36170-059-1
- NORMAND Sylvio. « La notion de modalité de la propriété ». In : *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec : Presses de l'Université Laval, 2006, ISBN : 2-7637-8295-7
- OBERSON Xavier. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Suisse ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 219, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- ODY Baptiste. « De l'acception du trust dans l'instauration de la fiducie en France ». In : *Pérennisation des entreprises patrimoniales : L'apport de la fiducie*, Rennes : RJO, 2011, p. 171 à 186
- ODY Baptiste. « Le concept d'entreprise patrimoniale ». In : *Dynamiques sociales et entreprises patrimoniales et familiales : regards croisés Europe / Maghreb*, Rennes : RJO, 2012, p. 13 à 31
- PAILLUSSEAU Jean. « Qu'est-ce que l'entreprise ? ». In : *L'Entreprise : nouveaux apports*, Paris : Economica, 1987, ISBN : 2-7178-1206-7
- PANICO Paolo. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Italie ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 193, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- PIEDELIÈVRE Stéphane. « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? ». In : *La fiducie dans tous ses états*, Paris : Dalloz, 2011, p. 75, ISBN : 978-2-247-09055-6
- POTTAGE Alain. « Common Law ». *Encyclopædia Universalis*, Paris : Encyclopædia Universalis, 2008, disponible sur : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/common-law/#>
- REYMOND Claude. « Trust et fiducie, une distinction estompée par la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ». In : *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage : mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris : Litec, 2004, p. 343, ISBN : 978-2-7110-0341-9
- SACE Jean. « Réflexions sur la révocation des donations ». In : *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles : Larcier, 2005, p. 477, ISBN : 2-8044-1934-7
- SCHAFFNER Jean. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies au Luxembourg ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 173, ISBN : 978-2-9700602-0-8

- SCHMIDT Dominique. « Le rapport sur les conditions de fonctionnement du conseil ». In : *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris : Dalloz, 2006, p. 502, ISBN : 2-7110-0803-7
- SCHMIDT Joanna. « L'entreprise incomprise ». In : *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 985 à 992
- SIMLER Philippe. « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions ». In : *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt : liber amicorum*, Paris : Joly, 2005, p. 449, ISBN : 2-907512-84-6
- STORCK Michel. « De la nature juridique des fonds communs de placement ». In : *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz, LGDJ, 2009, p. 511, ISBN : 978-2-275-03353-2
- TCHOTOURIAN Ivan. « Doctrine de l'entreprise et école de Rennes : La dimension sociétale, politique et philosophique des activités économiques affirmée - Présentation d'un courant de pensée au service de l'homme ». In : *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Bruxelles : Larcier, 2013, p. 131 à 174, ISBN : 978-2-8044-5728-0
- TERRÉ François. « Les principes généraux du droit ». In : *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris : Economica, 2004, p. 171 à 180, ISBN : 2-7178-4970-X
- THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure. « Patrimoine ou patrimoines ? ». In : *Les patrimoines affectés : actes du colloque du 27 avril 2012*, Toulouse : PUSS, 2013, p. 13 à 33, ISBN : 978-2-36170-059-1
- TISSERAND-MARTIN Alice. « La protection légale du logement familial ». In : *De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009, p. 829, ISBN : 978-2-247-08353-4
- TREBULLE François Guy. « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel ». In : *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris : Litec, 2007, p. 659, ISBN : 978-2-7110-0573-4
- TUNC André. « États-Unis d'Amérique (Le territoire et les hommes) : Le droit ». *Encyclopædia Universalis*, Paris : Encyclopædia Universalis, [s.d.], disponible sur : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/etats-unis-d-amerique-le-territoire-et-les-hommes-le-droit/#3>
- USUNIER Laurence. « Concurrence normative en Europe et stratégies juridiques en droit international privé ». In : *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles : Larcier, 2009, p. 433, ISBN : 978-2-8044-1655-3

- VALCKE Catherine. « La greffe juridique en droit comparé ». In : 3ème congrès de l'AHJUCAF. *Internalisation du droit, internalisation de la justice*, Ottawa : Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, juin 2010, p. 86 à 95, disponible sur : <http://www.ahjucaf.org/la-greffe-juridique-en-droit.html>
- VOGEL Louis. « L'économie, serviteur ou maître du droit ? ». In : *Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq*, Paris : Litec, 2004, p. 605 à 614, ISBN : 978-2-7110-0455-3
- WHITAKER G. Warren. « Le régime fiscal des trusts et des fiducies aux États-Unis ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 245, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- WITZ Claude. « Rapport introductif - Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe ». In : *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse (Colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises, 29 novembre 1990)*, Paris : Joly Éditions, 1991, p. 9, ISBN : 978-2-907512-09-1
- WITZ Claude. « Les caractères distinctifs de la fiducie ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 61, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- YOLKA Philippe. « Personnalité publique et patrimoine ». In : *La personnalité publique : actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : LexisNexis Litec, 2007, p. 35, ISBN : 978-2-7110-0971-8

En langue anglaise

- ARAI Makoto. « The Law of Trusts and the Development of Trust Business in Japan ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 63, ISBN : 90-411-9706-0
- BLACKIE John W.G. « Trusts in the Law of Scotland ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 117, ISBN : 2-8027-1309-4
- BRAUN Alexandra. « Italy : the Trust Interno ». In : *The International Trust*, Bristol : Jordan Publishing Ltd, 30 novembre 2011, p. 787 à 817, ISBN : 1-84661-272-1

- CÁMARA LAPUENTE Sergio. « Trusts in Spanish Law ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 191, ISBN : 2-8027-1309-4
- CANTIN CUMYN Madeleine. « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries ». In : *Re-imagining the trust : trusts in civil law*, Cambridge/New York : Cambridge University Press, 2012, p. 6 à 28, ISBN : 978-1-107-01132-8
- DEGUILHEM Randi. « The Waqf in the City ». In : *The city in the Islamic world*, Leiden/Boston : Brill, 2008, p. 923, ISBN : 978-90-04-16240-2
- DE WAAL M. J. « The Trust in South African Law ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 87, ISBN : 2-8027-1309-4
- DOGAUCHI Hiroto. « Trusts in the Law of Japan ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 105, ISBN : 2-8027-1309-4
- FRATCHER William F. « Trust ». *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, n° 11, Vol. 6 sur 17
- GRAZIADEI Michele. « Trusts in Italian Law ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 265, ISBN : 2-8027-1309-4
- HAYTON David. « Exploiting the Inherent Flexibility of Trusts ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 319, ISBN : 90-411-9706-0
- HAYTON David J. « Principles of European Trust Law ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 19, ISBN : 90-411-9706-0
- HONORÉ Tony. « Trusts : The Inessentials ». In : *Rationalizing property, equity and trusts : essays in honour of Edward Burn*, Londres : LexisNexis, 2003, p. 7, ISBN : 0-406-96440-8
- KOPPENOL-LAFORCE M.E., KOTTENHAGEN R.J.P. « The Institution of the Trust and Dutch Law ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 289, ISBN : 2-8027-1309-4
- KÖTZ Hein. « Trusts in Germany ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 175, ISBN : 2-8027-1309-4
- LANGBEIN John H. « The Secret Life of the Trust : The Trust as an Instrument of Commerce ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 169, ISBN : 90-411-9706-0

- LAWSON Frederick H, BEEKHUIS Jacob H, KNAPP Victor, BENTSI-ENCHILL Kwamena, ANDERSON J. Norman D, DERRETT J. Duncan M, SMITH T. B. « Structural Variations in Property Law ». *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, n° 2, Vol. 6 sur 17
- SONNEVELDT Frans. « The tax treatment of the trust and of the fiducie in the Netherlands ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 305, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- TETTENBORN Andrew. « The Trust in Business : Property and obligation in England ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 35, ISBN : 2-8027-1309-4
- THÉVENOZ Luc, DUNAND Jean-Philippe. « The Swiss Fiducie : A Subtle Conceptual Blend of Contract and Property ». In : *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 309, ISBN : 2-8027-1309-4
- DU TOIT François. « Jurisprudential milestones in the development of trust law in South Africa's mixed legal system ». In : *The worlds of the trust*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 257 s., ISBN : 978-1-107-03243-9
- WATERS Donovan W. M. « The Protector : New Wine in Old Bottles ». In : *Trends in contemporary trust law*, New York/Oxford : Clarendon Press/Oxford University Press, 1996, p. 63 à 122, ISBN : 0-19-826286-8
- WATERS Donovan W. M. « The Use of the Trust in Canada Today ». In : *Modern International Developments in Trust Law*, Boston/La Hague/Londres : Kluwer Law International, 1999, p. 103, ISBN : 90-411-9706-0
- WATERS Donovan W. M. « The distinctive characteristics of the Anglo-Saxon trust ». In : *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 Juin 2007*, Genève : Academy & Finance, 2008, p. 23, ISBN : 978-2-9700602-0-8
- YAHAYA Nurfadzilah. « British colonial law and the establishment of family waqfs by Arabs in the Straits Settlements, 1860–1941 ». In : *The worlds of the trust*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 167, ISBN : 978-1-107-03243-9

IV - ARTICLES, NOTES, ÉTUDES ET RAPPORTS

En langue française

- ADELLE Jean-François, PAPER Xavier. « La fiducie dans les financements d'infrastructures ». *Revue Banque*, septembre 2011, n° 739
- ALBIGES Christophe. « La constitution de la fiducie ». *Dr. et patr.*, 2008, vol. 1, n° 171, p. 46
- ALLOUCHE José, AMANN Bruno. « L'entreprise familiale : un état de l'art ». *Finance, Contrôle, Stratégie*, mars 2000, vol. 3, n° 1, p. 33 à 79
- ANSAULT Jean-Jacques. « La fiducie-sûreté ressuscitée ! ». *Journ. sociétés*, 1 mai 2009, n° 65, p. 22 à 36
- ANSAULT Jean-Jacques. « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 192, p. 52 à 66
- AYNÈS Augustin. « Fiducie immobilière : belle endormie ». *JCP N*, -03-25, n° 12, p. 37, 1106
- AYNÈS Laurent, THÉRY Philippe, SAINT-ALARY Bertrand, LEPELTIER Daniel. « Le renouveau de l'hypothèque (Dossier) ». *Dr. et patr.*, mai 2007, n° 159, p. 40 s.
- BAFFOY Gérard. « La société civile : un trust à la française ». *Rev. fisc. not.*, 2007, étude 15
- BARRIÈRE François. « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (1ère partie) ». *Bull. Joly Sociétés*, 2007, 119, p. 440
- BARRIÈRE François. « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence ». *JCP E*, 2007, 2053
- BARRIÈRE François. « Éclairage. La masse, cette personne morale sans patrimoine. Brèves observations à l'aune de l'avant-projet de réforme de droit des biens ». *Bull. Joly Sociétés*, 1 juillet 2009, n° 7, p. 646
- BARRIÈRE François. « Fiducie ». *Rép. civ. Dalloz*, janvier 2013
- BASDEVANT François. « La transparence des rémunérations des mandataires sociaux de sociétés cotées ». *RTDF*, 2006, 75
- BASDEVANT François. « Le règlement intérieur du conseil d'administration ». *RTDF*, 2008, n° 1, p. 56

- BASTIEN Hervé. « Le bien de famille insaisissable. Politique et législation de la petite propriété sous la IIIe République ». *Études rurales*, 1988, vol. 110, n° 1, p. 377 à 389
- BATIFFOL Henri. « La crise du contrat et sa portée ». *APD*, 1968, t. XIII, p. 13 à 30
- BÉDARIDE Bruno. « Plaidoyer pour l'utilisation urgente de la fiducie-sûreté pour refinancer l'immobilier d'entreprise ». *RD bancaire et financier*, février 2012, étude 2
- DE BELVAL Bertrand, JOLY Pierre-Yves. « Quelques observations sur l'avocat et la fiducie ». *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2010, n° 47, p. 90
- BÉNABENT Alain. « La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire) ». *JCP N*, 1993, I. 275
- BÉRAUDO Jean-Paul. « La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ». *Travaux du Comité français de DIP*, 1986, p. 21 à 39
- BERGEAL Catherine. *Fonds de dotation*. Paris : Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Direction des affaires juridiques, décembre 2010, Numéro spécial, *Courr. jurid. financ. ind.* ISSN 1621-0263, 124 p. Disponible sur : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/fondsdedotation/pdf/cjfi-special-fonds-de-dotation.pdf
- BERGER Pierre. « Fiducie et transmission des entreprises ». *Banque et droit*, février 1991, n° 15, p. 3
- BERGER Pierre. Rapport sur l'avant-projet de décision à caractère normatif concernant les règles spécifiques à l'activité de l'avocat fiduciaire. Paris : CNB, 13 mars 2009, 10 p. Disponible sur : www.cnb.avocat.fr/attachment/132394/
- BERGER Pierre. « L'avocat fiduciaire ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2009, n° 60, p. 69
- BÉTEILLE Laurent, LAMURE Élisabeth, MARINI Philippe. Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie. Paris : Sénat, Commission spéciale, 24 juin 2008, 710 p. N° 413, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/I07-413-1/I07-413-1.html>
- BEYNEIX Isabelle. « Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique ». *LPA*, 19 septembre 2011, n° 186, p. 17
- BLANCK-DAP Martine, RAVET Yves-Marie. « La fiducie comme mode d'organisation des opérations immobilières ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 44 à 51

- BLANLUET Gauthier, LE GALL Jean-Pierre. « La fiducie, une œuvre inachevée. Commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007 ». *JCP E*, 2007, 2059
- BLANLUET Gauthier, LE GALL Jean-Pierre. « La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 ». *RDF*, 2007, étude 676
- BLANLUET Gauthier, LE GALL Jean-Pierre. « La fiducie, une œuvre inachevée. - Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 ». *JCP G*, 2007, I.169
- BOISMAIN Corinne. « Réponses aux critiques de Doing business : le juge français face au juge américain ». *Gaz. Pal.*, 23 juillet 2013, p. 17
- BOUDOT Michel. « Bien de famille ». *Rép. civ. Dalloz*, janvier 2013
- BOUTEILLE Magali. « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété ». *Rev. Lamy dr. civ.*, septembre 2010, n° 3950
- BOUTEILLER Patrice. « Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie ». *JCP E*, 2007, 1404, n° 13
- BOUTON Daniel (dir.). *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*. Paris : MEDEF ; AFEP-AGREF, 23 septembre 2002, 24 p. Disponible sur : http://www.ecgi.org/codes/documents/rapport_bouton.pdf
- BOUTONNET Mathilde, MEKKI Mustapha. « Environnement et conservation easements. - Pour une transposition en droit français ? ». *JCP G*, 24 septembre 2012, n° 39, 1023
- BROWN Neville L, WESTON C. A. « Fasc. 2 : Grande-Bretagne. - Droit anglais. - Donations. Successions. Trusts. - Droit international privé ». *J.-Cl. not. rép.*, mai 2008, V° Législation comparée
- BRUGUIÈRE Jean-Michel, FAGES Bertrand, BELLIVIER Florence, CABRILLAC Rémy. « Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ? (Dossier) ». *Dr. et patr.*, 2005, n° 133, p. 63
- BRUN Thierry, TESTON Benoît. « La fiducie comme véhicule d'externalisation d'un patrimoine immobilier ». *Actualité de la fiducie*, février 2010, n° 1, disponible sur : <http://www.jeantet.fr/espace-presse/>
- BRUN Thierry, TESTON Benoît. « Le registre national des fiducies ». *Actualité de la fiducie*, mars 2010, n° 2, disponible sur : <http://www.jeantet.fr/espace-presse/>
- BRUN Thierry, TESTON Benoît. « Un exemple de fiducie : la sécurisation des paiements dus au titre d'un PSE ». *Actualité de la fiducie*, juillet 2010, n° 6, disponible sur : <http://www.jeantet.fr/espace-presse/>

- BRUN Thierry, TESTON Benoît. « Un exemple de fiducie : comment rompre un lien capitalistique de façon non définitive ? ». *Actualité de la fiducie*, décembre 2010, n° 7, disponible sur : <http://www.jeantet.fr/espace-presse/>
- BRUN Thierry, TESTON Benoît. « Un nouveau schéma fiduciaire innovant ». *Actualité de la fiducie*, octobre 2012, vol. 16, disponible sur : <http://www.jeantet.fr/espace-presse/>
- VON CAEMMERER Ernst. « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause ». *RID comp.*, 1966, vol. 18, n° 3, p. 573 à 592
- CANTIN CUMYN Madeleine. « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue de civiliste d'outre-Atlantique ». *D.*, 1992, 117
- CASSAGNABÈRE Caroline. « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois ». *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, vol. 92, n° 4846
- CASTÉLAN Bruno, RAMOND Olivier. « Fiducie, potentiel de compétitivité pour l'industrie immobilière ? ». *Réflexions immobilières*, 2013, n° 63, p. 43
- CATALA Pierre. « Prospective et perspectives en droit successoral ». *JCP N*, 29 juin 2007, n° 26, 1206
- CATHIARD Catherine, SAINTOURENS Bernard, LEMERCIER Anne. « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions ». *Act. prat. et ingén. soc.*, avril 2009, n° 104, p. 3
- CATOIRE Stéphane, BERTIN Arthur. « Cas pratiques fiduciaires ». *Dr. et patr.*, septembre 2013, n° 228, p. 34
- CÉNAC Pierre, CASTÉLAN Bruno. « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille ». *JCP N*, 2009, 1218, p. 11 à 17
- CÉNAC Pierre, CASTÉLAN Bruno, BERTHEUIL-DESFOSSÉS Diane. « Dossier Fiducie ». *JCP N*, 2009, 1218 s., p. 11 à 43
- CERLES Alain. « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? ». *RD bancaire et financier*, 2007, sept. - oct., p. 29
- CHAMPAUD Claude. « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier l'EPRL ». *RTD com.*, 1979, p. 579
- CHAMPAUD Claude. « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français ». *RD aff. int.*, 1991, p. 689
- CHAMPAUD Claude. « La genèse du projet ». *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 3

- CHAMPAUD Claude, DANET Didier. « Fiduciaire. Qualités et compétences professionnelles pour l'exercice des fonctions de fiduciaire. Loi du 19 février 2007. Réserve aux financiers. Exclusion des juristes ». *RTD com.*, 2007, p. 737
- CHAMPAUD Claude, DANET Didier. « Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de substitution fidéicommissaire ». *RTD com.*, 2007, p. 728
- CHAMPAUD Claude, DANET Didier. « La fiducie entrepreneuriale. Contenu de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Limites du champ d'application juridique de la nouvelle institution. Portée économique ». *RTD com.*, 2007, p. 734
- CHAMPAUD Claude, SERLOOTEN Patrick, SYNVEY Hervé, GAUDEMET Antoine, LUCAS François-Xavier, ZOLYNSKI Célia. « EIRL - Actes du colloque du 22 octobre 2010, Rennes (Dossier) ». *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 3 à 56
- CLÉMENT Jean-Michel, HOUILLON Philippe. Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises. Paris : Assemblée Nationale, 20 février 2013, 161 p. N° 737, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i0737.pdf>
- CORNU-THENARD Émilie. « La réparation du dommage environnemental ». *Rev. jur. env.*, 2008, p. 175
- COURET Alain. « Actionnaires non résidents et détention de titres sur des places étrangères : la question de l'identification de l'actionnaire réel ». *Dr. et patr.*, 2000, n° 82, p. 103
- COURET Alain, DONDERO Bruno. « Le cumul d'un mandat social d'administrateur et d'un contrat de travail dans la SA : apport de la loi Warsmann II ». *Gaz. Pal.*, mai 2012, p. 5
- CROCO Pierre. « Sûretés et garanties. Le principe de spécialité des sûretés réelles -- chronique d'un déclin annoncé ». *Dr. et patr.*, 2001, n° 92, p. 58
- CROCO Pierre. « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés ». *D.*, 2007, I. 1354
- CROCO Pierre. « Le cœur du dispositif fiduciaire ». *Rev. Lamy dr. civ.*, août 2007, n° 40, p. 61
- CROCO Pierre. « Transparence et patrimoines d'affectation ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 26 à 29
- DAMMANN Reinhard, ALBERTINI André. « L'avocat face à la fiducie ». *JCP G*, 10 octobre 2011, p. 15

- DAMMANN Reinhard, PODEUR Gilles. « Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires ». *Bull. Joly Sociétés*, août 2008, p. 652
- DANET Didier. « Misère de la corporate governance ». *RID éco.*, 2008, t. XXII, 4, p. 407 à 433
- DARROIS Jean-Michel (dir.). *Rapport sur les professions du droit*. Paris : Mission confiée par le Président de la République, mars 2009, 169 p. Disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rap_com_darrois_20090408.pdf
- DEBLOCK Christian, FONTAN Jean-Marc, DENIS Henri, BOUTILLIER Sophie, UZUNIDIS Dimitri, GISLAIN Jean-Jacques, DANNEQUIN Fabrice, MOUSSALY Omer, ÜLGEN Faruk, LA SERNA Carlos A, BRUNELLE Dorval. « Innovation et développement chez Schumpeter ». *Revue Interventions économiques*, 2012, n° 46
- DECHEIX Pierre. « La fiducie, mode de transmission de l'entreprise ? ». *LPA*, mai 1990, n° 56, p. 18
- DELFOSSE Alain. « Loi de finances rectificative pour 2011. - Présentation schématique et non exhaustive de certaines dispositions ». *JCP N*, 2011, 1233
- DERAÏNS Bertrand. « Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. - Chronique des sentences arbitrales ». *JDI*, octobre 2011, n° 4, chr. 11
- DERGATCHEFF Claire. « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg ». *JCP E*, 2007, 2060
- DESBUQUOIS Jean-François, RAVET Yves-Marie, ANDRÉANI Marielle, LECLÈRE Patrick, LETELLIER Hugues, TANDEAU DE MARSAC Silvestre. « Fiducie et famille (Dossier) ». *AJ fam.*, avril 2015, p. 195 à 211
- DOMBRE-COSTE Fanny. *Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostic et propositions*. Paris : Rapport remis le 7 juillet 2015 à la demande du Premier Ministre, à Emmanuel Macron, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique et Martine Pinville, Secrétaire d'État chargée du Commerce, de l'Artisanat, de la Consommation, et de l'Économie sociale et solidaire, 7 juillet 2015, 95 p. Disponible sur : http://www.economie.gouv.fr/files/rapport_transmission_entrepreneuriale_08072015.pdf
- DOM Jean-Philippe. « La fiducie-gestion et le contrat de société : éléments de comparaison ». *Rev. sociétés*, 2007, 481
- DONDERO Bruno. « Les golden hellos : le salut impossible ? ». *Bull. Joly Sociétés*, 2008, 514
- DROSS William. « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-elle ? ». *RTD civ.*, 2011, p. 25 à 44

- DUBUISSON Étienne. « La non-adoption de la propersonnalité ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 75
- DUBUISSON Étienne. « Fasc. 952-1 : Entreprise. –Entrepreneur à responsabilité limitée (EIRL). - Constitution du patrimoine affecté ». *J.-Cl. ent. ind.*, 16 mars 2015
- DUCROS Nicolas. « La fin des trusts constitués par des résidents français est annoncée ». *L'AGEFI*, 3 juin 2011, disponible sur : <http://www.agefi.fr/articles/la-fin-des-trusts-constitues-par-des-residents-francais-est-annoncee-1181170.html>
- DUMONT Gérard-François. « Globalisation, internationalisation, mondialisation : des concepts à clarifier ». *Géostratégiques*, février 2001, n° 2, p. 5 à 22
- DUPICHOT Philippe. « Opération fiducie sur le sol français ». *JCP E*, 2007, act. 121
- DUPICHOT Philippe. « La fiducie-sûreté en pleine lumière. - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 ». *JCP N*, 2009, 1138
- EMERICH Yaëll. « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens ». *RID comp.*, 2009, vol. 1, p. 49 à 71
- FERRY Claude J. « Fiducie et procédures collectives ». *RD bancaire et bourse*, 1992, p. 182
- FILLE-LAMBIE Olivier, LAISNEY Louis-Jérôme. « La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués ? ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 192, p. 76 à 82
- FRANÇOIS Bénédicte. « Fiducie ». *Rép. sociétés Dalloz*, juin 2013
- FRÉMEAUX Nicolas, LETRURCO Marion. « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France ». *Économie et Statistique*, 2013, n° 462-463, p. 125 à 151
- FRÉMEAUX Philippe. *L'évaluation de l'apport de l'économie sociale et solidaire*. Paris : Rapport de mission à Monsieur Benoît Hamon, Ministre délégué en charge de l'Économie sociale et solidaire et de la Consommation, septembre 2013, 43 p. Disponible sur : <http://www.economie.gouv.fr/files/rapport-fremeaux-ess.pdf>
- GAINNIER Bernard. *L'entreprise familiale, un modèle durable - Étude Family Business Survey - France*. Paris : PricewaterhouseCoopers, mars 2011, 36 p. Disponible sur : <http://www.pwc.fr/dev/telechargement2.php?id=3624>
- GARRON Frédéric. « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales ». *Rev. sociétés*, 2004, p. 795 à 823

- GATTAZ Yvon. *Atouts et handicaps des Entreprises Patrimoniales*. Paris : 21 octobre 2001, Leçon inaugurale du DESS Droit du Patrimoine Professionnel, 18 p. Disponible sur : http://www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/gattaz/entreprises-patrimoniales.pdf
- GENTILHOMME Rémy. « Les donations complexes ». *JCP N*, 17 novembre 2006, 1353
- GENZMER Erich. « La genèse du fidéicommiss comme institution juridique ». *RHD*, 1962, p. 319
- GÉRAUD Cécile. « Trusts. - Aspects civils (droit international privé) et fiscaux ». *Rev. fisc. not.*, novembre 2011, n° 11, étude 19
- GERMAIN Michel, MAGNIER Véronique, NOURY Marie-Aude. « La gouvernance des sociétés cotées ». *JCP E*, 21 novembre 2013, n° 47, 1638
- GERSCHEL Christophe, KHAU CASTELLE Karine, RIZO-SANCHEZ Séverine, MATHEY Nicolas. « La gestion des clauses d'inaliénabilité contenues dans un pacte d'actionnaires ». *Dr. sociétés*, Août 2011, form. 2
- GHESTIN Jacques. « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle ». *JCP G*, 9 septembre 2013, p. 929
- GOBIN Alain. « Cas d'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine privé ». *LPA*, 1991, n° 107, p. 12
- GOBIN Alain. « De l'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine professionnel ». *LPA*, 24 avril 1991, n° 49, p. 32
- GOBIN Alain. « Fiducies sans la fiducie ». *JCP N*, 4 novembre 1994, 101109, n° 44
- GOUTEYRON Adrien. *Rapport fait au nom de la commission des finances*. Paris : Sénat, 7 juillet 2010, 710 p. N° 620, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/I09-620/I09-620.html>
- GRIMALDI Michel. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre ». *Rép. Defrénois*, 15 septembre 1991, n° 17, 35085, p. 897
- GRIMALDI Michel. « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre ». *Rép. Defrénois*, 30 septembre 1991, n° 18, 35094, p. 961
- GRIMALDI Michel. « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille ». *Rép. Defrénois*, 15 juin 1994, n° 11, 35841, p. 737 à 756
- GRIMALDI Michel. « L'exécuteur testamentaire ». *Rép. Defrénois*, 2000, art. 37086

- GRIMALDI Michel (dir.). *Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés*. Paris : Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 28 mars 2005, 20 p. Disponible sur : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/05400_0230.pdf
- GRIMALDI Michel. « L'introduction de la fiducie en droit français ». *HCLR*, 30 juin 2011, n° 2, disponible sur : <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=309>
- GRIMALDI Michel. « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire ». *HCLR*, 31 décembre 2014, n° 7, disponible sur : <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=515>
- GRIMALDI Michel, DAMMANN Reinhard. « La fiducie sur ordonnances ». *D.*, 2009, p. 670
- GUÉRIN Étienne. « Mandats conventionnels et risques patrimoniaux du chef d'entreprise : un rendez-vous en demi-teinte ». *Gaz. Pal.*, 24 septembre 2013, n° 267, p. 21
- DE GUILLENCHMIDT Jacqueline. « La France sans la fiducie ». *RJ com.*, 1991, p. 49
- DE GUILLENCHMIDT Jacqueline, CHAPELLE André. « Trusts, business trusts et fiducie ». *LPA*, 25 juin 1990, n° 76, p. 4
- DE GUILLENCHMIDT Jacqueline, PEZARD Alice, CHARLIN Jacques, DE FOUCAUD Alain, CERLES Alain, WITZ Claude. « Spécial : Fiducie (Dossier) ». *RD bancaire et bourse*, 1990, n° 19, p. 105 à 124
- GUILMOIS Laurent. « L'assurance-vie au service du droit de la famille ». *JCP N*, 2 mai 2014, n° 18, 1177
- GUY Marcel. « Le Code civil du Québec : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir ». *R.D.U.S.*, 1993, vol. 23, p. 453 à 492
- HATOUX Bernard. *RJF*, 4/06, obs., n° 471
- HINFRAY Antoine, MIALHE Vincent. « La fiducie et son régime fiscal ». *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2014, n° 168, p. 13
- HIRIGOYEN Gérard. « Ingénierie financière et finance d'entreprise ». *REDEE*, 1992, vol. 1, n° 1, p. 51
- HOHL Bertrand. « Une seule fiducie, ça suffit ! ». *Le barreau de France*, juillet 2005, n° 329, p. 8 à 9
- HOHL Bertrand. « Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie ». *JCP E*, 2007, 2052
- HOOREBEKE Delphine Van. « Proposition de mesure de la performance des normes de comportement organisationnelles à l'atteinte d'un service à la clientèle authentique ». *La RSG*, 2008, vol. 1, n° 229, p. 21 à 27

- HOUILLON Philippe. *Rapport d'information sur les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux et des opérateurs de marchés*. Paris : Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, 109 p. N° 1798, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i1798.pdf>
- HOVASSE Henri, DESLANDES Michel, GENTILHOMME Rémy. « Actions de préférence dans la transmission familiale de l'entreprise ». *Act. prat. et ingén. soc.*, 2006, n° 85, p. 5
- HOVASSE Suzanne. « Commentaire de la loi du 17 décembre 2007 relative à la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance-vie non réclamés ». *JCP N*, 22 février 2008, n° 8, p. 25 à 28
- JACOMIN Christophe. « L'agent des sûretés au service du syndicat bancaire ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2012, vol. 93, n° 4662, p. 27
- JADAUD Bernard. « La donation à terme ». *JCP N*, 20 janvier 2006, n° 3, 1024
- JADAUD Bernard. « Le régime juridique de la fiducie ». *LPA*, 10 juin 2009, n° 115, p. 4
- JALLAMION Carine. « L'apport des notaires dans l'émergence et la formulation des contrats innomés ». *Rép. Defrénois*, 30 octobre 2013, n° 20, p. 1032
- JAUFFRET-SPINOSI Camille. « La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985) ». *JDI*, 1987, vol. 1141987, n° 1, p. 23 à 73
- KACZMAREK Laurent. « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération ». *D.*, 2009, p. 1845
- KLING Didier (dir.). *Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires – Réactions de la CCIP à l'avant-projet Catala*. Paris : Synthèse du rapport de Monsieur Didier Kling au nom de la Commission du Droit de l'Entreprise, 19 octobre 2006, 61 p. Disponible sur : http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/wysiwyg/PDF/reforme-droit-des-contrats-kli0610_synth.pdf
- KUHN Céline. « La mission du fiduciaire ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 52
- KULLMAN Jérôme. « Assurance de personnes (Vie - Prévoyance) ». *Rép. civ. Dalloz*, avril 2015
- LAGARDE Xavier. « Observations critiques sur la reconnaissance du formalisme ». *JCP G*, 1999, I. 170
- LAGARDE Xavier. « Sur l'utilité de la théorie de la cause ». *D.*, 2007, p. 740
- LAPRADE Frank Martin. « La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers ». *Bull. Joly Sociétés*, 2008, 542

- LARROUMET Christian, ELLAND-GOLDSMITH Michael, GOLDSMITH Jean-Claude. « La fiducie, une révolution dans notre droit (Dossier) ». *Banque et droit*, décembre 1990, n° 14, p. 239 à 247
- LARROUMET Christian, MONDOLONI Dominique. « Stipulation pour autrui ». *Rép. civ. Dalloz*, mars 2010
- LASBORDES-DE VIRVILLE Victoire. « La cession de créance à titre de garantie ». *RD bancaire et financier*, janvier 2009, n° 1, dossier 3
- LEOVICI Séverine. « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 190, p. 49
- LE CANNU Paul. « Les brumes de l'article L. 225-35 – Attributions générales du conseil d'administration de la société anonyme ». *Rev. sociétés*, 2010, 17
- LE CORRE Pierre-Michel. « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté ». *Gaz. Pal.*, 20 octobre 2015, n° 293, p. 7
- LE CORRE Pierre-Michel. « L'insaisissabilité légale de la résidence principale : quid novi, quid boni ? ». *Gaz. Pal.*, 20 octobre 2015, n° 293, p. 3
- LÉCUYER Hervé. « Entreprise et famille ». *Gaz. Pal.*, 19 mai 2011, n° 138-139, p. 51
- LÉCUYER Hervé. « Mandat à effet posthume aux fins de gérer le capital d'une holding et action en révocation du mandat ». *Bull. Joly Sociétés*, 1 novembre 2015, n° 11, p. 574
- LEFÈVRE Antoine. *Avis n° 162 déposé le 21 novembre 2013*. Paris : au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances pour 2014, adopté par l'Assemblée Nationale, 21 novembre 2013, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/a13-162-8/a13-162-81.pdf>
- LE GALL Jean-Pierre. « Premières réflexions sur l'avant-projet de loi relatif à la fiducie ». *RDF*, 27 mars 1991, n° 13, 100011
- LE GALL Jean-Pierre. « La « butte témoin » de la fiducie. L'article 55 de la loi de finances rectificatives pour 1992. Une réglementation ou une prohibition ? ». *RDF*, 1993, n° 5, act. 100003
- LE GALL Jean-Pierre. « De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale ». *JCP E*, 2007, 2058
- LE GALL Jean-Pierre. « Le nouveau régime fiscal français des trusts : une copie à revoir ». *RDF*, 1 décembre 2011, n° 48, étude 604
- LE GALL Jean-Pierre, BLANLUET Gauthier. « Le trust au pied du mur ». *JCP E*, 2005, n° 36, 1297, p. 11 à 17

- LEGEAIS Dominique. « Garanties susceptibles d'être proposées à l'entrepreneur individuel ». *RD bancaire et financier*, 2008, n° 6, comm. 173
- LEGEAIS Dominique. « Fiducie ». *RD bancaire et financier*, janvier 2009, n° 1, comm. 23
- LENOUVEL Henri. « La société civile, technique de gestion du patrimoine de la personne vulnérable ». *Dr. et patr.*, avril 2006, p. 36
- LÉPAULLE Pierre. « De la nature du « trust » ». *JDI*, 1927, vol. 54, p. 966 à 982
- LERÈGLE Nicolas, DELOISON Arnaud. « La fiducie-sûreté ». *JCP E*, 2011, 166
- LEROND Sylvie, NAULEAU Samuel. « Fiducie et société civile : des outils complémentaires ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 62 à 65
- LETELLIER Hugues. « La refonte de l'exécution testamentaire : participation au débat sur une offre de loi ». *LPA*, 2 mai 2005, p. 5
- LETELLIER Hugues. « Un nouveau régime matrimonial à la disposition de tous les couples : le régime commun franco allemand ». *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2010, n° 212, p. 24
- LETELLIER Hugues. « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 52 à 54
- LETELLIER Hugues. « Avocat fiduciaire et majeur vulnérable : proposition de formulation d'acte ». *AJ fam.*, avril 2015, p. 206 à 209
- LIBCHABER Rémy. « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie) ». *Rép. Defrénois*, 2007, 38631
- LIBCHABER Rémy. « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (2e partie) ». *Rép. Defrénois*, 2007, 38639
- LIPIETZ Alain. *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale*. Paris : Rapport relatif à la lettre de mission du 17 septembre 1998 adressée par Madame Aubry, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, septembre 2000, 159 p. Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004001813/0000.pdf>
- LOUIS-CAPORAL Delphine. « La fiducie-libéralité ». *RTD civ.*, 2016, p. 49
- LUCAS François-Xavier. « Les dangers de l'EURL ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 80
- LUCAS François-Xavier. « L'EURL en difficulté ». *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 39
- LUCAS François-Xavier, LETELLIER Hugues. « Défense et illustration de l'EURL ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 67

- LYAGOUBI Myriam, MAHÉRAULT Loïc. « Les comportements financiers des entreprises moyennes en France : une étude empirique sur une période de cinq ans de cotation ». *La Revue du Financier*, 1 avril 2003, n° 140
- MALAURIE Philippe. « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions ». *Rép. Deffrénois*, 2005, art. 38298
- MALLET-BRICOUT Blandine. « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? ». *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 79
- MALLET-BRICOUT Blandine. « Le fiduciaire propriétaire ? ». *JCP N*, 2010, 1073
- MANIÈRE Philippe. « Comment bien payer les dirigeants d'entreprise ? ». *Amicus Curiae*, juillet 2007, disponible sur : <http://www.institutmontaigne.org/fr/publications/comment-bien-payer-les-dirigeants-dentreprise>
- MARINI Philippe. *Proposition de loi instituant la fiducie n° 178 présenté au Sénat*. Paris : Sénat, 8 février 2005, disponible sur : <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>
- MARINI Philippe. « La fiducie, enfin ! ». *JCP E*, 2007, 2050
- MARINI Philippe. *Proposition de loi visant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises*. Paris : Sénat, 27 mai 2009, n° 442, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/I08-442/I08-442.html>
- MARTIN Gilles J, RACINE Jean-Baptiste. « Fasc. 10 : Contrats et obligations. – Objet du contrat ». *J.-Cl. civil*, 10 juin 2013
- MAYAUX Luc. « Assurance-vie : les audaces tranquilles du législateur, Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 ». *JCP G*, 2008, n° 3, I, 106, p. 13
- MAZEAUD Denis. « La cause, une notion dans le vent... ». *D.*, 2013, p. 686
- MEKKI Mustapha. « Le patrimoine aujourd'hui ». *JCP N*, 2011, 1327
- MELLERIO Olivier. *Transmission de l'entreprise familiale*. Paris : Rapport à Hervé Novelli, Secrétaire d'État chargé du Commerce, de l'Artisanat des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation, octobre 2009, 174 p. Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000584.pdf>
- MIGNAULT P. B, FARIBAULT M. « Review of : Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec ». 1938, 2 2 U.T.L.J., p. 423 et 424

- MOHAMED SOIHILI Thani. Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures,. Paris : Sénat, 15 janvier 2014, 198 p. N° 288, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/I13-288/I13-2881.pdf>
- MONTÉLAN Thierry. « Un progrès social spectaculaire : la protection légale du patrimoine personnel ». *Gaz. Pal.*, 20 octobre 2015, n° 293, p. 5
- MOREAU Caroline. *Statistique sur la profession d'avocat*. Paris : Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, novembre 2012, 45 p.
- MOREL Paul. « La fiducie, outil idéal pour sécuriser l'exécution des pactes d'actionnaires ». *Revue Banque*, 2009, n° 716, p. 55 et 56
- MORTIER Renaud. « La donation avant cession in extenso ». *Rev. fisc. not.*, décembre 2013, n° 12, étude 30
- MORTIER Renaud, LE MENTEC Franck. « Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 82
- NEAU-LEDUC Philippe. « La neutralité fiscale au service de la fiducie ». *RD bancaire et financier*, mai 2007, n° 3, prat. 3, p. 72
- NICOLAS Véronique. « Assureur, cherche désespérément tiers bénéficiaires de contrats d'assurance vie, à propos de la loi du 17 décembre 2007 (deuxième partie) ». *Dr. famille*, 2008, n° 2, Étude 8, p. 24
- NICOLAS Véronique. « Assureur, cherche désespérément tiers bénéficiaires de contrats d'assurance vie (première partie) ». *Dr. famille*, 2008, n° 1, comm. 18, p. 30
- NIEBLER Angelika. *Rapport sur les entreprises familiales en Europe*. Bruxelles : Commission Européenne, 1 juillet 2015, Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, 29 p. N° 2014/2210 (INI), disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0223+0+DOC+XML+V0//FR>
- NOTTÉ Gérard. « Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie ». *JCP N*, 13 février 2009, n° 7, act. 187
- OLLARD Romain. « La fiducie : aspects de droit pénal ». *RSC*, 2011, p. 545
- PANDO Annabelle. « Une association pour promouvoir la fiducie en France ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 18 et 19
- PANDO Annabelle. « L'association des fiduciaires veut promouvoir la fiducie en France ». *LPA*, 7 mars 2012, n° 48, p. 3

- PAPANDRÉOU Marie-France. « Droit des trusts et droit des biens ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mars 2006, n° 25, p. 57
- PÉRINET-MARQUET Hugues (dir.). *Avant-projet de réforme du droit des biens*. Paris : Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 15 mai 2009, 30 p. Disponible sur : <http://www.henricapitant.org/node/70>
- PERROTIN Frédérique. « Un outil méconnu, la fondation actionnaire ». *LPA*, 28 octobre 2013, n° 215, p. 4
- PEYROT Aude. « La fiducie en droit suisse ». *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2010, n° 47, p. 94
- PICARROUGNE Nathalie, DHENNEQUIN Éric. « La fiducie-gestion, un outil pour le banquier privé français ? ». *Act. prat. et strat. patri.*, 2011, n° 1, p. 43
- PICARROUGNE Nathalie, DHENNEQUIN Éric. « La fiducie comme outil d'organisation de l'actionnariat ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 66 à 70
- PIEDELIÈVRE Stéphane. « Déclaration d'insaisissabilité ». *Rép. com. Dalloz*, avril 2015
- PIERRE Jean-Luc. « Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ? ». *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 95
- PRIEUR Jean. « Les limites de l'EIRL ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 78
- PRIGENT Stéphane. « Premiers pas en fiducie dans le code Civil. Étude de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 ». *AJDI*, 2007, études, p. 280
- PUIG Pascal. « La fiducie et les contrats nommés ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 68
- RAOUL-CORMEIL Gilles, VEAUX-FOURNERIE Paulette, VEAUX Daniel. « Fasc. 20 : Successions – Pacte sur succession future ». *J.-Cl. civil*, 9 mai 2011
- RAVET Yves-Marie, ANDRÉANI Marielle. « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse ? ». *Dr. et patr.*, septembre 2013, n° 228, p. 38
- RAVET Yves-Marie, ANDRÉANI Marielle. « La fiducie, un outil au service de l'entreprise familiale ». *AJ fam.*, avril 2015, p. 200 à 202
- RAYNOUARD Arnaud, MILLAR Colin. « Regards croisés sur les utilités du trust et de la fiducie ». *Act. prat. et strat. patri.*, 2011, n° 1, p. 35
- REBOUL John W., SOMMER Elisabeth. « Fasc. 2 : États-Unis d'Amérique.- Trusts.- Successions. - Conflits de lois ». *J.-Cl. not. rép.*, novembre 1997, V° Législation comparée

- REVET Thierry, PUIG Pascal, KUHN Céline, LEROY Michel, MORTIER Renaud, LE MENTEC Franck. « Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire (Dossier) ». *Dr. et patr.*, 2008, n° 171, p. 45 à 91
- REVET Thierry, DE ROUX Xavier, PRIEUR Jean, LUCAS François-Xavier, LETELLIER Hugues, DUBUISSON Étienne, TANDEAU DE MARSAC Silvestre, SCHILLER Sophie, THÉRY Philippe, SÉNÉCHAL Marc. « Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL - Dossier) ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 54 à 97
- DE RICHEMONT Henri. *Rapport sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie*. Paris : Sénat, Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, 11 octobre 2006, 253 p. N° 11, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/I06-011/I06-0111.pdf>
- RIPERT Georges, MACKAAY Ejan, PÉRÈS Cécile, ATIAS Christian, ROUSSEAU Stéphane, BERNARD Alain, LAITHIER Yves-Marie. « L'analyse économique du droit ». *HCLR*, 30 décembre 2010, n° 1, disponible sur : http://henricapitantlawreview.org/edito_revue.php?id=18&lateral=18
- DE LA RIVIÈRE Christophe. « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité ». *Dr. et patr.*, 2010, n° 190, p. 63
- ROBÉ Jean-Philippe. « L'entreprise en droit ». *Dr. et Soc.*, 1995, vol. 29, n° 1, p. 117 à 136
- ROCHFELD Judith. « La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses ». *RTD civ.*, 2007, p. 412
- DE ROUX Xavier. *Rapport sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie*. Paris : Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 1 février 2007, n° 3655, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r3655.pdf>
- SAINSAULIEU Renaud. « Dirigeance d'entreprise ». *Revue Sociologies Pratiques*, 1998
- SAINTOURENS Bernard. « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques ». *Rev. sociétés*, 2001, 515
- SAUVAGE François. « À propos de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie encadrée par la loi du 17 décembre 2007 ». *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, n° 47, p. 47
- SAUVAGE François. « Exécution testamentaire ». *Rép. civ. Dalloz*, 2011
- SCHILLER Sophie. « La fiducie : un excellent moyen de sécuriser les pactes d'actionnaires ». *Dr. et patr.*, mars 2012, n° 212, p. 71 à 78

- SCHILLER Sophie, CATOIRE Stéphane, BERTIN Arthur, RAVET Yves-Marie, ANDRÉANI Marielle, TANDEAU DE MARSAC Silvestre, LETELLIER Hugues. « Retour sur des utilisations réussies de la fiducie (Dossier) ». *Dr. et patr.*, septembre 2013, n° 228, p. 33 à 46
- SCHOEN Nicole. « Répertoire des entreprises contrôlées majoritairement par l'État au 31 décembre 2014 ». *Insee Résultats*, février 2016, n° 83, Économie, disponible sur : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=if53
- SÉNÉCHAL Marc. « Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives ». *Dr. et patr.*, avril 2010, n° 191, p. 89
- DE SILGUY Stéphanie. « La fiducie : une réussite ? ». *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2013, vol. 104, n° 5106, p. 59
- SIMLER Philippe. « Patrimoines et patrimoine : polysémie du concept ». *RDI*, 2009, p. 441
- SOUSI Blanche. « La fiducie. Contributions à l'avant-projet de loi ». *RD bancaire et bourse*, 1990, n° 21, p. 176 à 178
- SUR Pierre-Olivier. « La quadruple fusion et après... ». *Gaz. Pal.*, 30 octobre 2013, n° 304, p. 13
- SYLVESTRE Stéphane. « La rémunération d'activité des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme ». *Bull. Joly Sociétés*, 2008, 532
- TCHERNONOG Viviane ; DE NERVAUX Laurence (dir.). *Les fonds et fondations en France de 2001 à 2014*. Paris : Observatoire de la Fondation de France ; Bureau des associations et fondations du ministère de l'Intérieur, 2014, 40 p. Disponible sur : <http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-fonds-et-fondations-en-france/panoramas-des-fonds-et-fondations-depuis-2005/les-fonds-et-fondations-de-2001-a-2014-en-france/view>
- THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure. « Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine ». *Rev. Lamy dr. civ.*, juin 2010, n° 3864, p. 65
- TOLEDO-WOLFSOHN Anne-Marie. « 289-95 - Notion de financements structurés ». *Lamy dr. sûr.*
- TRIPET François. « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? ». *Gaz. Pal.*, octobre 2006, n° 294, p. 6
- TRIPET François. « Loi du 29 juillet 2011 : c'est le trust qu'on assassine ! ». *Gaz. Pal.*, 24 novembre 2011, n° 328, p. 6
- UETTWILLER Jean-Jacques. « Avocat et fiducie ». *Dr. et patr.*, mars 2009, n° 179, p. 26

- USUNIER Laurence. « Le rapport Doing Business 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats ». *RDC*, 1 avril 2012, n° 2, p. 575
- VALUET Jean-Paul. « Le bureau de l'assemblée générale des actionnaires ». *Rev. sociétés*, 2012, 543
- DE VAUPLANE Hubert. « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier ». *JCP E*, 2007, 2051
- VAUVILLÉ Frédéric. « Communauté : la conclusion d'un contrat de fiducie est soumise à cogestion ». *RJPF*, novembre 2008, n° 10, p. 20
- VIÉNOT Marc (dir.). *Le conseil d'administration des sociétés cotées*. Paris : Association Française des Entreprises Privées ; Conseil National du Patronat Français, juillet 1995, 24 p. Disponible sur : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot1_fr.pdf
- VIÉNOT Marc (dir.). *Rapport du Comité sur le gouvernement d'entreprise*. Paris : Association Française des Entreprises Privées ; Mouvement des Entreprises de France, juillet 1999, 24 p. Disponible sur : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf
- WITZ Claude. « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust ». *D.*, 2007, I. 1369
- WITZ Claude. « Fasc. unique : Droit de gage général ». *J.-Cl. civil*, 8 octobre 2009
- WITZ Claude. « Fasc. 10 : Fiducie : Introduction et constitution ». *J.-Cl. not. rép.*, octobre 2012, V° Fiducie
- WITZ Claude. « Fasc. 20 : Fiducie : Effets et extinction ». *J.-Cl. not. rép.*, octobre 2012, V° Fiducie

- Avis de la Commission des affaires culturelles. Paris : Sénat, 1987, n° 237
- « Texte de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie ». *RD bancaire et bourse*, 1990, n° 19, p. 122
- *De la sécurité juridique*. Paris : Conseil d'État, 1991, EDCE, La Documentation française, n° 43
- « Communiqué de la Chancellerie. Projet de loi relatif à la fiducie ». *JCP E*, 1992, bloc note 11
- « Projet de loi relatif à la fiducie ». *JCP G*, 1992, act. 100123
- « Le projet de loi instituant la fiducie (Ass. nat. n° 2583) ». *RDF*, 25 mars 1992, n° 13, 100006

- « La fiducie. Exposé des motifs du projet de loi ». *Bull. Joly Sociétés*, 1 avril 1992, n° 4, p. 380
- *Rendre plus attractif le droit des fondations*. Paris : La Documentation Française, 1997, Les études du Conseil d'État, 279 p.
- *L'influence internationale du droit français*. Paris : La Documentation Française, 2001, Les études du Conseil d'État, 159 p.
- *Rapports « Doing business » de la Banque Mondiale - Les droits de tradition civiliste en question*. Paris : Société de Législation Comparée, 2006, 2 vol., disponible sur : <http://www.henricapitant.org/node/74> ; <http://www.henricapitant.org/node/75>
- *Sécurité juridique et complexité du droit*. Paris : Conseil d'État, 2006, EDCE, La Documentation française, 400 p.
- « L'État baptise la première fiducie ». *Rev. Lamy dr. aff.*, 2008, 1527
- Rapport final du groupe d'experts - Vue d'ensemble des questions pertinentes pour les entreprises familiales : recherche, réseaux, mesures stratégiques et études existantes. Bruxelles : Commission Européenne, novembre 2009, Direction générale entreprises et industrie, 5 p. Disponible sur : http://ec.europa.eu/entreprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/family_business_expert_group_summ_fr.pdf
- « Actualité et avenir de la déclaration d'insaisissabilité ». *J.-Cl. ent. ind.*, 2011, Fasc. 510, 138
- *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*. Paris : OCDE, 2012, Volumes I et II (maj le 22 juillet 2010)
- *Propositions du 108ème congrès des 23-26 septembre 2012*. Montpellier : Notaires de France, 2012, disponible sur : <http://2012.congresdesnotaires.fr/l-ouvrage-du-108eme-congres>
- *La fiducie en action - Actes du Colloque*. Paris : Comité de Droit Financier - Paris EUROPLACE, 7 février 2012, 48 p.
- *Tracfin - Rapport annuel d'analyse et d'activité 2012*. Paris : Ministère de l'économie et des finances, juillet 2012, 120 p.
- Première séance du mardi 5 novembre 2013 : Lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière - Procureur de la République financier. Paris : Assemblée Nationale, Travaux en séance, XIVème législature, 2013, Compte-rendu intégral, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2013-2014/20140049.asp>

- *Rapport sur l'instauration d'une mention de spécialisation intitulée Droit des modes amiables de résolution des différends*. Paris : CNB, 2013, Assemblée Générale des 13 et 14 décembre 2013, 3 p. Disponible sur : http://cnb.avocat.fr/docs/formation/CNB-RP2013-12-14_FOR_Specialisation-Modes-amiables-de-resolution-des-differends_Ruetsch-P.pdf
- *Doing Business 2015 - au-delà de l'efficience*. Washington : Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, 2014, 12ème éd., 318 p. Disponible sur : <http://français.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>
- *Cartographie des directions juridiques 2014*. Paris : Cabinet Lexqi Conseil, juin 2014, 4ème éd., 36 p. Disponible sur : http://www.cercle-montesquieu.fr/docs/2014164919_Cartographie2014.pdf
- *IMD world competitiveness yearbook*. Lausanne : IMD Business School, 2015, n° 2002253215 (DLC), disponible sur : <http://www.imd.org/wcc/news-wcy-ranking>
- *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*. Paris : AFEP-MEDEF, novembre 2015, 41 p. Disponible sur : http://www.ifa-asso.com/fileadmin/user_upload/Code_de_gouvernement_dentreprise_novembre_2015.pdf

En langue anglaise

- ALEXANDER Gregory S. « Trust Protectors : Who Will Watch the Watchmen ? ». *Cardozo L. Rev.*, 2006, vol. 27, p. 2807
- ANDERSON Ronald C, REEB David M. « Founding-Family Ownership and Firm Performance : Evidence from the S&P 500 ». *J. Finance*, juin 2003, vol. LVIII, n° 3, p. 1301 à 1328
- AUSNESS Richard C. « The Role Of Trust Protectors In American Trust Law ». *RPTE L.J.*, 2010, vol. 45, n° 2, p. 319
- BERGHOFF Hartmut. « The End of Family Business? The Mittelstand and German Capitalism in Transition, 1949-2000 ». *The Business History Review*, 2006, vol. 80, n° 2, p. 263 à 295
- BERTRAND Marianne, SCHOAR Antoinette. « The Role of Family in Family Firms ». *The Journal of Economic Perspectives*, Spring 2006, vol. 20, n° 2, p. 73 à 96
- BOLGÁR Vera. « Why No Trusts in the Civil Law ? ». *Am. J. Comp. L.*, 1953, vol. 2, n° 2, p. 204 à 219

BIBLIOGRAPHIE

- COASE Ronald H. « The nature of the firm ». *Economica*, novembre 1937, vol. 4, n° 16, p. 386 à 405
- DIMAGGIO Paul J, POWELL Walter W. « The Iron Cage Revisited : Institutional isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields ». *American Sociological Review*, 1983, vol. 48, n° 2, p. 147 à 160
- DUCKWORTH Antony. « Protectors-Fish or Fowl ? Parts 1 and 2 ». *P.C.B.*, (1996) 3 & 4 P.C.B. 169, 245
- DYER Adair. « International Recognition and Adaptation of Trusts : The Influence of The Hague Convention ». *Vand. J. Transnat'l L.*, octobre 1999, vol. 32, p. 989
- FAMA Eugene F, JENSEN Michael C. « Separation of Ownership and Control ». *J.L. & Econ.*, juin 1983, vol. 26, n° 2, p. 301 à 325
- FERNANDEZ Zulima, NIETO Maria Jesus. « Impact of ownership on the international involvement of SMEs ». *Journal of International Business Studies*, mai 2006, vol. 37, n° 3, p. 340 à 351
- FISS Peer C, ZAJAC Edward J. « The Diffusion of Ideas over Contested Terrain : The (Non)adoption of a Shareholder Value Orientation among German Firms ». *Administrative Science Quarterly*, 2004, n° 49, p. 501–534
- FOGEL Kathy. « Oligarchic family control, social economic outcomes, and the quality of government ». *Journal of International Business Studies*, 2006, vol. 37, n° 5, p. 603 à 622
- FRANKEL Tamar. « Fiduciary law ». *Cal. L. Rev.*, mai 1983, vol. 71, n° 3
- HANSMANN Henry, MATTEI Ugo. « The Functions of Trust Law : a Comparative Legal and Economic Analysis ». *N.Y.U. L. Rev.*, 1998, vol. 73, p. 434
- HAYTON David. « The Hague Convention on Trusts : A Little is Better than Nothing but Why so Little ? ». *J.C.T.P.*, 1994, p. 23
- HAYTON David. « English Fiduciary Standards and Trust Law ». *Vand. J. Transnat'l L.*, 1999, vol. 32, p. 555
- HAYTON David. « The Nature and the Constitution of Trusts : The Scottish Law Commission's Proposals ». *Edinburgh L. Rev.*, 2007, vol. 11, p. 270
- HAYTON David. « Liability of Trustees to Third Parties : The Scottish Law Commission's Proposals ». *Edinburgh L. Rev.*, 2008, vol. 12, p. 446 à 451
- JENSEN Michael C, MECKLING William H. « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure ». *JFE*, 1976, vol. 3, n° 4, p. 305 à 360

- KENESSEY Zoltan. « The Primary, Secondary, Tertiary and Quaternary Sectors of the Economy ». *The Review of Income and Wealth*, décembre 1987, p. 359 à 386
- LE BRIS David, GOETZMANN William N, POUGET Sébastien. « The Development of Corporate Governance in Toulouse : 1372-1946 ». *NBER*, juillet 2015, Working paper n° 21335
- LEE Rebecca. « Conceptualizing the Chinese Trust ». *Int'l & Comp. L.Q.*, 2009, vol. 58, n° 3, p. 655 à 669
- LÉPAULLE Pierre. « Civil Law Substitutes For Trusts ». *Yale L.J.*, 1927, vol. 36, n° 8, p. 1126 à 1147
- LÉPAULLE Pierre. « An Outsider's view point of the nature of trusts ». *Cornell L. Q.*, 1928, vol. 14, p. 52 à 61
- LÉPAULLE Pierre. « Trusts and Civil Law ». *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1933, vol. 15, n° 1, p. 18 à 35
- LUPOI Maurizio. « The Shapeless Trust ». *Trusts & Trustees*, 1995, vol. 1, n° 3, p. 15
- LUPOI Maurizio. « Country Report : Italy ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 4
- MAKDISI John A. « The Islamic Origins of the Common Law ». *N.C. L. Rev.*, 1999, vol. 77, p. 1635
- MARSH Ian, BEN-JACOB Michael. « Go Offshore to Avoid Trust Transparency ? ». *Tr. & Est. L.J.*, mars 2004, vol. 143, n° 3, p. 29
- MATTEI Ugo. « Efficiency in legal transplants : an essay in comparative law and economics ». *International Review of Law and Economics*, 1994, vol. 14, n° 1, p. 3-19
- MILO David W. « Country Report : The Netherlands ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 31
- PARTSCH Thibaut, HOUET Jeremie. « Country Report : Luxembourg ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 62
- PAUL Alison. « Scottish trusts - Their origins and peculiarities ». *Off. Invest. Mag.*, janvier 2002, n° 122
- P. H. H. « Trusts - Act 107 of 1920 - Validity of Premature Termination ». *La. L. Rev.*, janvier 1941, vol. 3, n° 2, p. 465 à 467
- SCHOENBLUM Jeffrey A. « The role of the legal doctrine in the decline of the islamic waqf : a comparison to the trust ». *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 32, p. 1191

- SCHULZE William S, LUBATKIN Michael H, DINO Richard N, BUCHHOLTZ Ann K. « Agency Relationships in Family Firms : Theory and Evidence ». *Organization Science*, 2001, vol. 12, n° 2, p. 99 à 116
- SITKOFF Robert H. « Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency ». *SSRN eLibrary*, 11 décembre 2003, disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=470061
- SITKOFF Robert H. « The Economic Structure of Fiduciary Law ». *SSRN eLibrary*, 10 mars 2011, disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1782999#
- SITKOFF Robert H., SCHANZENBACH Max. « Jurisdictional Competition for Trust Funds : An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes ». *Yale L.J.*, 2005, vol. 115, p. 359
- STANGLER Dane, KONCZAL Jared. *Give Me Your Entrepreneurs, Your innovators : Estimating the Employment Impact of a Startup Visa*. Kansas City : Ewing Marion Kauffman Foundation, février 2013, 12 p. Disponible sur : http://stage2013.kauffman.org/~media/kauffman_org/research%20reports%20and%20covers/2013/02/startup_visa_impact_final.pdf
- STERK Stewart E. « Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty ». *Cardozo L. Rev.*, 2006, vol. 27, p. 2761
- VILLALONGA Belén, AMIT Raphael. « How Do Family Ownership, Control and Management Affect Firm Value? ». *JFE*, mai 2006, vol. 80, n° 2, p. 385 à 417
- WACHTERHAUSER Kier B., SCHROEDER Nancy Lynn, CHODOS Rafael, DEMOTT Deborah A. « Symposium The role of fiduciary law and trust in the twenty-first century : a conference inspired by the work of Tamar Frankel ». *B.U. L. Rev.*, 2011, vol. 91, n° 3
- WISON David W, LÓPEZ NAGAI Caroline. « Country Report : Switzerland ». *Colum. J. Eur. L. F.*, 2012, vol. 18, p. 26
- ZEKOLL Joachim. « The Louisiana Private-Law System : the Best of Both Worlds ». *Tul. Eur. & Civ. L.F.*, 1995, vol. 10, p. 2

V - JURISPRUDENCE

Juridictions françaises

- T. civ. de la Seine, 10 décembre 1880
- T. civ. de la Seine, 10 décembre 1880 : *JDI* 1881. 434
- CA Paris, 7 août 1883
- T. civ. de la Seine, 8 août 1888 : *JDI* 1889. 635
- T. civ. de la Seine, 9 mars 1895
- T. civ. de la Seine, 5 mars 1897
- Cass. req., 10 février 1897 : *DP* 1898, 1, p. 519
- T. civ. de la Seine, 28 juin 1901
- CA Paris, 27 janvier 1904
- T. civ. de la Seine, 16 mai 1906
- Cass. civ., 19 février 1908 : *JDI* 1912, p. 243 ; *Journ. sociétés* 1909, p. 200
- CA Paris, 18 février 1909
- Cass. req., 12 décembre 1911 : *DP* 1913, I, p. 129
- Cass. req. 3 août 1915, n° 00-02378, Clément-Bayard
- T. civ. de la Seine, 22 décembre 1926 : *Revue critique DIP* 1927, 70, p. 81
- T. civ. des Alpes-Maritimes, 22 février 1928
- CA Paris, 18 avril 1929
- T. civ. du Mans, 20 novembre 1934
- Cass. req. 9 avril 1941 : *RTD civ.* 1942. 92, obs. Savatier ; *JCP* 1942. II. 2033, n. Voirin ; *S.* 1941. 1. 125
- Cass. crim., 4 juin 1941 : *DC* 1942. 4, obs. Nast ; *JCP* 1942. II. 2017, obs. Maury ; *S.* 1944. 1. 133, obs. Batiffol
- Cass. civ. 28 janvier 1954 : *D.* 1954. 217, n. G. Levasseur ; *Dr. soc.* 1954. 161, n. P. Durand
- Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1956 : *D.* 1956. 749, n. Radouant

- Cass. civ. 1ère, 20 janvier 1958 : *JCP G 1959, II, 11136, n. Voirin*
- CA Rennes, 16 janvier 1967 : *RTD civ. 1967, p. 425, obs. R. Savatier*
- CA Paris, 10 janvier 1970, Courtois c/ cts de Ganay : *Rev. crit. 1971, 518, n. Droz ; JDI 916, n. Derrupe*
- Cass. civ. 1ère, 8 janvier 1975, n° 73-11.648 : *JCP N 1976, II, 18240, obs. H. Thuillier ; Rép. Defrénois 1975, art. 30907, p. 524, obs. A. Ponsard*
- TGI Orléans, 8 janvier 1980, Veuve Bocquet Rigou c/ Centre immobilier orléanais, n° 261/77 : *D. 1980, p. 176, n. Y. Guyon*
- Cass. civ. 1ère, 23 avril 1981 : *Bull. civ. 1981, I, n° 133*
- Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC : *Rec. Cons. const., p. 18 ; D. 1983, p. 169, n. Hamon*
- Civ. 1ère, 3 nov. 1983 : *Rev. crit. DIP 1984. 336, obs. M. Revillard ; JDI 1985. 115, obs. B. Ancel*
- Cass. civ. 1ère, 2 mai 1984 : *Bull. civ. I, n° 143*
- Cass. civ. 1ère, 20 mars 1985, Caron c/ Odell, n° 82-15.033 : *Bull. civ. I, n° 103. JurisData n° 1985-701544 ; Rev. crit. DIP 1986, p. 66, n. Y. Lequette*
- Cass. civ. 1ère, 1 mars 1988, n° 86-17.492 : *Bull. 1988, I, n° 56, p. 37*
- CA Paris, 28 septembre 1993
- Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994 : *JCP G 1995, I, 3876, obs. R. Le Guidec ; Rép. Defrénois 1995, art. 35967, p. 51, obs. X. Savatier ; D. 1995, somm. p. 50, obs. M. Grimaldi ; JCP N 1999, p. 1732, chr. R. Le Guidec, n° 6*
- Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC : *JO 6 août 1994, p. 11482 ; Rec. Cons. const., p. 117*
- Cass. civ. 1ère, 4 janvier 1995, n° 93-18.769 : *Bull. civ. I n° 4 : D. 1995, somm. p. 328, obs. M. Grimaldi ; JCP G 1996, I, 3921, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 1996, p. 932, obs. F. Zénati*
- Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1995, n° 93-12.099 : *D. 1996, jur. p. 24, n. Arrault et Delmas Saint-Hilaire ; JCP G 1995, II, 22529, n. Vignal ; Rép. Defrénois 1995, art. 36160, p. 1109, obs. Grimaldi ; RTD civ. 1995, p. 418, obs. Patarin*
- Cass. civ. 2ème, 29 mars 1995, n° 93-18.769 : *Bull. civ. II, n° 115 ; D. 1995. Somm. 330, obs. Grimaldi ; RTD civ. 1996. 420, obs. Zenati*
- Cass. civ. 1ère, 20 février 1996, n° 93-19855, cts Zieseniss : *Bull. civ. I, n° 93 ; D. 1996, p. 360 ; JCP G 1996.II.22467, n. M. Béhar-Touchains ; Rép. Defrénois 1997, art. 36457 et 36532, n. Th. Vignal ; RTD civ. 1996.454, obs. J. Patarin ; Rev. crit. DIP 1996.696, n. G. Droz ; Y. Lequette, D. 1996, chr. p. 231*

- Cass. com. 9 avril 1996 : Bull. 1996 IV, numéro 116, p. 99
- Cass. civ. 1ère, 28 avril 1998, n° 96-10.333 : Bull. civ. 1998, I, n° 153, p. 101 ; Rép. Defrénois 1998, art. 36837, n. S. Hovasse-Banguet ; JCP G 1998, II, 1012, n. J. Bigot ; RTD com. 1998, p. 113, n. S. Rezel ; BGFE 3/98, p. 6, comm. R. Beauvais
- Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC : JO 14 juin 1998, p. 9033, Recueil, p. 258
- Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC : JO 14 juin 1998, p. 9033, disponible sur : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/81132dc.htm
- Cass. civ. 1ère, 12 novembre 1998 : Bull. civ. I, n° 314 ; D. 1999. 325, n. J.-P. Langlade-O'Sughrue ; JCP G 1999. I. 9, n° 11, obs. R. Le Guidec ; RTD civ. 1999.680, obs. J. Patarin
- Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC : JO 24 décembre 2000, p. 20576
- Cass. com. 9 mai 2001, Tran Kuoc Lang c/ BNP : JCP E 2001, n° 42
- Cass. com., 29 mai 2001 : JCP G 2001, I, 360, obs. R. Le Guidec ; RJPF 2001, p. 42, n. J. Casey
- TGI Nanterre, 2ème ch., 4 mai 2004, n° 03-9350
- Cass. civ. 1ère, 15 juin 2004, n° 01-17.807 : *inédit*
- Cass., ch. mixte, 23 novembre 2004 : Bull. n° 5, 6, 7 et 8 ; BICC n° 613, p. 17, rapport de Mme Crédeville et avis de M. de Goutte
- CA Rennes, 4 mai 2005, n° 03-4727, DSF du Finistère c/ Cts Tardieu de Maleissye
- Cass. com. 15 mai 2007, n° 05-18.268, S P+B+I+R, Tardieu de Maleissye Leconte : Bull. civ. IV, n° 131. *Juris-Data n° 2007-038952*
- Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20.219, n° 325 FS-PB, d'Elbée : RJF 7/09 n° 701
- Cons. const., 14 octobre 2009, n° 2009-589 : JO 20 octobre 2009, p. 17412, texte n° 2 ; Rec. Cons. Const., p. 173
- Cass. civ. 1ère, 12 mai 2010, n° 09-10.556 (bull.)
- Cass. civ. 3ème, 10 novembre 2010, n° 09-70.549 : AJDI 2011. 308, obs. Prigent
- CA Paris, 17 février 2011, Dallah Real Estate : Rev. arb. 2011, p. 286 ; Cah. arb. 2011, p. 470
- Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-15.482

BIBLIOGRAPHIE

- Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-67492 : CSBP août 2011, p. 220, A 54, n. F.-J. Pansier
- CA Versailles, 15 septembre 2011, n° 09/09309
- Cass. com., 21 février 2012, n° 11-10.553
- Cass. com. 13 mars 2012, n° 11-15438 : *FS-PB. Bull. 2012, IV, n° 53*
- Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012, n° 11-15.151, 365, SARL Carrosserie Labat c/ Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles Centre Atlantique : *JurisData n° 2012-005074*
- Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC : *JO 15 mai 2012, p. 9096*
- Cass. com. 27 novembre 2012, n° 11-17.185 : *Bull. 2012, IV, n° 213*
- Cons. const., 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC
- Cass. com., 18 décembre 2012, n° 12-40.076, QPC, FS-D, Heguy c/ Bro Rodde : *JurisData n° 2012-029878 ; Dr. sociétés n° 3, mars 2013, comm. 54*
- Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-24.305 : *Bull. 2012, IV, n° 233 ; D. 2013, p. 288, n. Favario T. « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant »*
- Cass. crim. 16 janvier 2013, n° 11-83.689 : *Bull. crim. n° 7855*
- Cons. const., 17 janvier 2013, n° 2012-660 DC : *JO 19 janvier 2013, p. 1327, texte n° 2*
- Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-16.035 : *F-P+B*
- CAA Versailles, 6ème ch., 16 mai 2013, n° 12VE030005, min. c/ Fondation Wellcome Trust : *RDF 2013, n° 42, comm. 486, concl. J.-É. Soyez, n. G. Goulard*
- Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-317 QPC : *JO 29 mai 2013, p. 8854*
- Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC
- Cass. civ. 2ème, 6 février 2014, n° 13-11.331 : *Bull. 2014, II, n° 36*
- Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2014, n° 13-18.583
- Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-11949, D : *Rép. Defrénois 15 oct. 2015, p. 979, n° 120w0, n. C. Lebel ; 30 mars 2016 n° 6, p. 282 n. F. Vauvillé*
- Cass. civ. 1ère, 10 juin 2015 n° 14-10.377, n° 648 : *FS-PB ; Gaz. Pal., 2 juil. 2015, n° 183, p. 24*

Autres juridictions

- Jane Tyrrel's case (1558) 2 Dyer 155a
- Earl of Oxford's case (1615) 1 Ch Rep 1, (1615) 21 ER 485
- Wright v Atkyns (1823) Turn. & R. 143, 157
- Knight v Knight (1840) 49 ER 58, (1840) 3 Beav 148
- Tito v Waddell (No. 2) [1977] Ch 106-227, per Megarry VC
- CEDH, 5ème sect., 6 déc. 2012, n° 12323/11, Michaud c/ France :
JurisData n° 2012-027926

VI - LOIS, RÈGLEMENTS ET TEXTES OFFICIELS

Textes européens et internationaux

- Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Paris, 20.III.1952), disponible sur : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/005.htm>
- Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes (Ann. de la résolution 2222-XXI de l'Assemblée générale des Nations Unies) – adopté le 19 décembre 1966, ouvert à la signature le 27 janvier 1967, entré en vigueur le 10 octobre 1967
- Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195 du 29.7.1980, p. 35 à 37)
- Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (rev. 1er janvier 1992), *Conférence de La Haye de droit international privé*, disponible sur : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=59
- Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JO L 386, 30.12.1989, p. 1 à 13)
- Règlement (CEE) n° 696/93 du Conseil du 15 mars 1993 relatif aux unités statistiques d'observation et d'analyse du système productif dans la Communauté (JO L 76, 30 mars 1993, p. 1)
- Traités et principes des Nations Unies relatifs à l'espace extra-atmosphérique : texte des traités et des principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies. Vienne : Nations Unies, 2002, Bureau des affaires spatiales, 64 p. Disponible sur : <http://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11F.pdf>
- Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), *Kyoto, 11 décembre 1997 (entrée en vigueur le 16 février 2005)*, disponible sur : <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>

- Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (JO L 309/15 du 25.11.2005)
- Directive 2009/65/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JO L 302, 17.11.2009, p. 32)
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO C 326 du 26.10.2012, p. 391-407), disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 326, 26 octobre 2012, p. 0047 - 0390)
- Directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions-Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (JO L 257, 28.8.2014, p. 186 à 213)
- Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JO L 141 du 5.6.2015, p. 73-117)

Préambule de la Constitution française

- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

Lois françaises

- Loi du 20 mai 1802 du 30 Floréal An X relative à la traite des nègres et au régime des colonies
- Loi 1803-05-03 promulguée le 13 mai 1803
- Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804
- Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
- Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804
- Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804
- Loi du 17 mai 1826 sur les substitutions (VIII, Bull. XC n° 3028)
- Loi du 12-13 mai 1835 sur les majorats (IX, Bull. CXXXVIII, n° 308)
- Loi du 7-11 mai 1849 sur les majorats et les substitutions (X, Bull. CLX, n° 1299)
- Loi du 22 juillet 1867 relative à la contrainte par corps (XI, Bull. MDVIII, n° 15, 306)
- Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (JO 2 juillet 1901, p. 4025)
- Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce
- Loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable (JO 13 juillet 1909, p. 7566)
- Loi du 7 mars 1925 - Institution des sociétés à responsabilité limitée (JO 8 mars 1925, p. 2382)
- Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée (JORF 19 février 1938, p. 2058)
- Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux (JO 14 juillet 1965, p. 6044)
- Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail (JORF 3 juillet 1966, p. 5652)
- Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (JORF 26 juillet 1966, p. 6402)
- Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (JO 30 novembre 1966, p. 10451)

- Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs (JO 4 janvier 1968, p. 114)
- Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (JO 5 janvier 1972, p. 131)
- Loi n° 75-1347 du 31 décembre 1975 modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales en vue de supprimer les rémunérations allouées sous forme de tantièmes (JORF 4 janvier 1976, p. 187)
- Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le Titre IX du Livre III du Code civil (JORF 5 janvier 1978, p. 179)
- Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier (JO 14 juillet 1979, p. 1836), abrogée
- Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises (JO 3 janvier 1981, p. 150)
- Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (JO 12 juillet 1985, p. 7862)
- Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs (JO 26 décembre 1985, p. 15111)
- Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (JO 24 juillet 1987, p. 8255), NOR ECOX8700093L
- Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances (JORF 31 décembre 1988, p. 16736), NOR ECOX8800123L
- Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales (mod. par L. n° 2001-420 NRE), NOR JUSX9000026L
- Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens (JORF n° 169, 23 juillet 1992, p. 9887), NOR JUSX8900011L
- Loi de finances rectificative pour 1992 (n° 92-1476 du 31 décembre 1992) (JO n° 3, 4 janvier 1993, p. 17)
- Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (dite Toubon) (JORF n° 180, 5 août 1994, p. 11392)

- Loi n° 94-126 du 11 février 1994 (dite Madelin) relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (JORF n° 37, 13 février 1994, p. 2493), NOR COMX9300154L
- Loi n° 96-590 du 2 juillet 1996 relative à la « Fondation du patrimoine » (JORF n° 153, 3 juillet 1996, p. 10002)
- Loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999 (JO n° 303, 31 décembre 1998, p. 20050)
- Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche (JO n° 160, 13 juillet 1999, p. 10396)
- Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (JO 16 novembre 1999, p. 16959)
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO n° 113, 16 mai 2001, p. 7776), NOR ECOX0000021L
- Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière (JO n° 177, 2 août 2003, p. 13220, texte n° 3), NOR ECOX0200186L
- Loi n° 2003-709 du 1 août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations (JO n° 0177, 2 août 2003, p. 13277, texte n° 6), NOR ECOX8700093L
- Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 (dite Dutreil) pour l'initiative économique (JO n° 179, 5 août 2003, p. 13449)
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JORF n° 59, 10 mars 2004, p. 4567), NOR JUSX0300028L
- Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux (JO n° 90, 15 avril 2006, p. 5682)
- Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO n° 145, 24 juin 2006, p. 9513), NOR JUSX0500024L
- Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (JO 21 février 2007, p. 3052)
- Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (JO n° 56, 7 mars 2007, p. 4325)
- Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés (JO 18 décembre 2007, p. 20358)
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (LME) de modernisation de l'économie (JO 5 août 2008, p. 12471)

- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO 13 mai 2009, p. 7920)
- Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers (JORF n° 0243, 20 octobre 2009, p. 17410, texte n° 1)
- Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (JO n° 0137, 16 juin 2010, p. 10984, texte n° 1)
- Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière (JO 23 octobre 2010, p. 18984)
- Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 (JO 30 juillet 2011, p. 12969), *NOR BCRX1110529L*
- Loi n° 2011-1117 du 19 septembre 2011 de finances rectificative pour 2011 (JO n° 0218, 20 septembre 2011, p. 15688)
- Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles (JO n° 0289, 14 décembre 2011, p. 21105, texte n° 1)
- Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens (JORF n° 0263, 13 novembre 2013, p. 18407, texte n° 1), *NOR RDFX1309049L*
- Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (JO n° 284, 7 décembre 2013, p. 19941, texte n° 4)
- Loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier (JO 7 décembre 2013, p. 19939, texte n° 2)
- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JO n° 0065, 18 mars 2014, p. 5400)
- Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives (JORF n° 0295, 21 décembre 2014, p. 21647, texte n° 1), *NOR EINX1412185L*
- Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JO n° 40, 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1), *NOR JUSX1326670L*
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (dite Macron) pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (JO n° 0181, 7 août 2015, p. 13537)
- Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (JO n° 0301, 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1)

Règlements français

- Ordonnance du 25 août 1539 enregistrée au Parlement de Paris le 06-09-1539 sur le fait de la justice (Ord. 1539-08-25 Recueil Isambert, t. XII, p. 600)
- Édit du Roi de 1673 servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail, disponible sur : <http://partages.univ-rennes1.fr/files/partages/Recherche/Recherche%20Droit/Laboratoires/CHD/Textes/Ordonnance1673.pdf>
- Édit du Roi portant règlement pour l'étude du Droit Canonique & Civil (dit Édit de Saint-Germain de 1679), disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8601607t>
- Ordonnance du 31 juillet 1681 de la Marine relative à la police des ports, côtes et rivages de la mer (Ord. 1681-08-00 Recueil Isambert, t. XIX p. 283)
- Ordonnance de Louis XV, sur les substitutions, donnée au camp de la Commanderie du Vieux-Jonc, au mois d'août 1747 (Ord. d'Aguesseau, *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol. XII, p. 476)
- Décret des 14-15 novembre 1792 qui abolit les substitutions (L. 12, 111 ; B. 25, 115)
- Décret du 24 août 1793 qui supprime la caisse d'escompte et différentes autres associations (L. 15, 523 ; B. 33, 226)
- Décret du 4 février 1794 du 16 Pluviôse An II qui abolit l'esclavage des nègres dans les colonies, disponible sur : <http://artflsrv02.uchicago.edu/cgi-bin/philologic/getobject.pl?c.1:162.baudouin0314>
- Décret du 1er mars 1808 concernant les majorats (IV, Bull. CLXXXVI, n° 3207)
- Décret du 1er mars 1808 concernant les titres (IV, Bull. CLXXXVI, n° 3206)
- Ordonnance du Roi du 18-29 août 1815 sur les majorats (VII, Bull. XVIII, n° 87)
- Ordonnance du Roi du 25 août-18 septembre 1817 sur la formation des majorats à instituer par les pairs (VII, Bull. CLXXI, n° 2686)
- Ordonnance du Roi du 10 février-13 août 1824 qui porte qu'à l'avenir les titres accordés par sa majesté seront personnels, et ne deviendront héréditaires qu'après l'institution d'un majorat, fixe le revenu des majorats de vicomte et de marquis hors de la pairie, etc. (VII, Bull. DCLXXXVIII, n° 17, 462)

- Ordonnance du Roi du 6-17 avril 1830 qui détermine la forme dans laquelle seront exécutées les ordonnances relatives aux transmissions de pairies hors de la ligne directe (VIII, Bull. CCCXLVIII, n° 13, 884)
- Décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises (JORF 19 février 1938, p. 2058)
- Décret du 26 mars 1910 portant règlement pour l'exécution de la loi du 12 juillet 1909, sur la constitution d'un bien de famille insaisissable (DP 1910. 4. 47)
- Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprises (JO 23 février 1945, p. 954)
- Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le Code de procédure pénale (JORF n° 0300, 24 décembre 1958, p. 11711)
- Décret du 9 janvier 1969 sur la reconnaissance d'utilité publique à la fondation de France (JO 15 janvier 1969, p. 500)
- Décret n° 76-666 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances (Première partie : Législative) (JO 21 juillet 1976, p. 4341)
- Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le Titre IX du Livre III du Code civil (JORF 7 juillet 1978, p. 2701)
- Décret n° 78-705 du 3 juillet 1978 modifiant et complétant le décret n° 67-237 du 23-03-1967 relatif au registre du commerce et modifiant certaines mesures de publicité (JORF 7 juillet 1978, p. 2706)
- Note du 25 mars 1981 de la Direction générale des Impôts relative aux conventions internationales destinées à éviter la double imposition en matière d'impôts directs sur le revenu et la fortune. Problèmes relatifs à la convention du 28 juillet 1967 entre la France et les États-Unis d'Amérique, modifiée par les avenants du 12 octobre 1970 et du 24 novembre 1978 (BOGDI 14 B-2-81), *RDF 13 Avril 1981, n° 16, instr. 6880*
- Décret n° 91-1005 du 30 septembre 1991 pris pour l'application de la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat relatives aux fondations (JORF n° 230, 2 octobre 1991, p. 12836), *NOR INTA9100400D*
- Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat (JO n° 0277, 28 novembre 1991, p. 15502), *NOR JUSX9110304D*
- Décret n° 99-382 du 18 mai 1999 portant incorporation au Code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce Code (JO n° 115, 20 mai 1999, p. 7426)

BIBLIOGRAPHIE

- Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'action sociale et des familles (JORF n° 0297, 23 décembre 2000, p. 20471)
- Règlement jeu de La Française des jeux dénommé Euro Millions (JO 27 janvier 2004, n° 22, p. 1909, texte n° 39), NOR ECOZ0499003X
- Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (JO 16 juillet 2005, p. 11688), NOR JUSC0520196D
- Décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et modifiant le Code monétaire et financier (partie réglementaire) (JO 27 juin 2006, p. 9625)
- Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (JO n° 71, 24 mars 2006, p. 4475), NOR JUSX0600032R
- Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession (JO n° 303 31 décembre 2006, p. 20368), NOR JUSC0620985D
- Décret n° 2007-725 du 7 mai 2007 relatif à la déclaration d'existence de la fiducie prévue à l'article 223 VH du Code général des impôts et modifiant l'annexe III à ce Code (JO 8 mai 2007, p. 8157)
- Décret n° 2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du Code civil (JORF n° 110, 12 mai 2007, p. 8689, texte n° 35), NOR INTA0752062D
- Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique (JO 20 décembre 2008, p. 19544)
- Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté (JO 19 décembre 2008, p. 19462)
- Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers (JO n° 7, 9 janvier 2009, p. 570)
- Ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière (JO n° 0019, 23 janvier 2009, p. 1431, texte n° 14)
- Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie (JO 31 janvier 2009, p. 1854)
- Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation (JO n° 0138, 17 juin 2009, p. 9860)

- Décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats (JO 26 décembre 2009, p. 22310)
- Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance (JO 22 janvier 2010, p. 1392), *NOR ECEX0929065R*
- Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies » (JO 4 mars 2010, p. 4442)
- Ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010 créant un Livre IX du Code rural relatif à la pêche maritime et à l'aquaculture marine (JO 7 mai 2010, p. 8304), *NOR AGRS1007353R*
- Décret n° 2011-922 du 1er août 2011 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs (JORF n° 0178, 3 août 2011, p. 13261, texte n° 28)
- Ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs (JORF n° 0177, 2 août 2011, p. 13106, texte n° 5)
- Décret n° 2011-1319 du 18 octobre 2011 relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire des avocats (JO 20 octobre 2011, p. 17716)
- Décret n° 2012-101 du 26 janvier 2012 relatif aux intermédiaires en opérations de banque et en services de paiements (JO 28 janvier 2012, p. 1649), *NOR EFIT1111223D*
- Décret n° 2012-1050 du 14 septembre 2012 relatif aux obligations déclaratives des administrateurs de trusts (JO 15 septembre 2012, p. 14746), *NOR EFIE1229648D*
- Décret n° 2013-949 du 23 octobre 2013 modifiant les articles 344 G sexies et 344 G septies de l'annexe III au Code général des impôts relatifs aux obligations déclaratives des administrateurs de trusts (JORF n° 0249, 25 octobre 2013, p. 17460, texte n° 5)
- Ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière (JO 21 février 2014, p. 3022), *NOR EFIT1327482R*
- Décret n° 2015-49 du 22 janvier 2015 relatif aux fonds de dotation (JORF n° 0020, 24 janvier 2015, p. 1073, texte n° 24), *NOR EINM1424867D*
- Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille (JO n° 0240, 6 octobre 2015, p. 19304, texte n° 10), *NOR JUSC1518093R*

- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO n° 0035, 11 février 2016, texte n° 26), *NOR JUSC1522466R*
- Décret n° 2016-257 du 3 mars 2016 relatif aux attributions du Ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes (JORF n° 0054, 4 mars 2016, texte n° 51)
- Ordonnance n° 2016-312 du 17 mars 2016 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs (JORF n° 0066, 18 mars 2016, texte n° 12), *NOR FCPT1531173R*
- Décret n° 2016-567 du 10 mai 2016 relatif au registre public des trusts (JORF n° 0109, 11 mai 2016, texte n° 25), *NOR FCPE1414439D*

Autres textes français

- Arrêt du Conseil qui autorise une Compagnie d'assurance sur la vie, et contre l'incendie, *Versailles, 3 novembre 1787*
- Circulaire du 15 juin 1910 relative à l'application de la loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable (JO 17 juin 1910, p. 5189)
- Rép. min. du 7 octobre 1970 (n. admin. 7G-14.70 du 2 décembre 1970)
- Avis relatif à la comptabilisation de l'opération d'in-substance defeasance du 15 décembre 1988, *Conseil National de la Comptabilité, document n° 76*
- Avant-projet de loi relatif à la fiducie, *(au 1er Juillet 1991)*
- Arrêté du 30 septembre 1991 relatif à la terminologie économique et financière (JO Loi et décrets 11 octobre 1991, p. 13345), *NOR ECOZ9100039A*
- Projet de loi instituant la fiducie déposé le 20 février 1992 devant l'Assemblée Nationale, n° 2583, (et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république)
- Rép. min. n° 21563 (JO Sénat 18 février 1993, p. 289)
- Instruction du 18 février 2000 (BOI 5 1-1-00)
- Projet de loi portant réforme des successions et des libéralités de M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, déposé à l'Assemblée Nationale, n° 2427 (*rectifié*), *menant à loi 23 juin 2006*

- Travaux parlementaires, Séance du 17 octobre 2006 (compte rendu intégral des débats) (JO Sénat - 2006. – n° 82 S., C.R.), disponible sur : <http://www.senat.fr/seances/s200610/s20061017/s20061017.pdf>
- Proposition de loi adoptée par le Sénat et transmis à l'Assemblée nationale le 18 octobre 2006 (n° 3385), *Première lecture*, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion3385.asp>
- Instruction du 18 décembre 2006 (BOI 4 H-5-06), *NOR BUD F 06 10049 J*
- Instruction du 16 janvier 2007 (BOI 4 H-1-97)
- Proposition de loi adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 7 février 2007 (Texte n° 677), *Première lecture*, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/ta/ta0677.asp>
- Rép. min. n° 55 (JO Sénat Q, 24 janv. 2008, p. 160), disponible sur : <http://www.senat.fr/questions/base/2007/qSEQ070600055.html>
- Avis n° 2008-03 du 7 février 2008 relatif au traitement comptable des opérations de fiducie, *Conseil National de la Comptabilité*, disponible sur : http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/Normes%20francaises/Avis/2008/Avis_2008/avis2008-03.pdf
- CRC n° 2008-01 du 3 avril 2008 relatif au traitement comptable des opérations de fiducie modifiant le règlement n° 99-03 du Comité de la réglementation comptable relatif au plan comptable général (Abrogé)
- Instruction du 7 août 2008 (BOI 7 Q-1-08)
- Décision du 24 avril 2009 portant réforme du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée) (JO 12 mai 2009, p. 7875, texte n° 8), *NOR JUSC0909711S*
- Rép. min. n° 26231, dite « Bacquet » (JO 29 juin 2010, p. 7283), disponible sur : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-26231QE.htm>
- Question n° 111079 de Mme Lebranchu Marylise au Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État (JO 16 juin 2011, p. 6171), disponible sur : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-111079QE.htm>
- Arrêté du 28 décembre 2011 fixant la liste des mentions de spécialisation en usage dans la profession d'avocat (JORF n° 0301, 29 décembre 2011, p. 22577, texte n° 24), *NOR JUSC1130802A*
- Liste des accords relatifs à l'échange de renseignements en matière fiscale signés par la France en vigueur au 1er juin 2012 BOFiP-Impôts, *BOI-ANNX-000307-20120912*, disponible sur : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2510-PGP.html?identifiant=BOI-ANNX-000307-20120912>

- ANNEXE - INT - Liste des conventions fiscales conclues par la France BOFiP-Impôts, BOI-ANNX-000306-20130923, disponible sur : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2509-PGP.html?identifiant=BOI-ANNX-000306-20130923>
- Rép. min. dite « Belot », n° 11747 (JOAN, 29 octobre 2013, p. 11317)
- Observations du Gouvernement sur la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (JORF n° 0284, 7 décembre 2013, p. 19968, texte n° 10), NOR CSCL1328431X
- Règlement ANC n° 2014-03 relatif au plan comptable général (Règl. homologué par arrêté du 8 septembre 2014 publié au JO 15 octobre 2014)
- Instruction du 4 avril 2015 (BOI-DJC-TRUST-2015-03-04), disponible sur : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/7886-PGP.html?identifiant=BOI-DJC-TRUST-20150304>
- Projet de loi de finances pour 2016 n° 3096, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 30 septembre 2015, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3096.asp>
- Compte rendu du Conseil des ministres du 10 février 2016 (Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve d'obligations), disponible sur : <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-02-10>
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF n° 0035, 11 février 2016, texte n° 25)
- Rép. min. n° 78192 (JOAN 23 février 2016, p. 1648), disponible sur : <http://www2.assemblee-nationale.fr/questions/detail/14/QE/78192>

Chine

- Trust law of the People's Republic of China, Ord. n° 50 de 2001

Japon

- Trusts Act 1922 (Shintaku Ho - Act n° 512)

États-Unis

- Sherman Antitrust Act 1890 (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7)
- La. Act. 107 of 1920, repealed by La. Act 7 of 1935 (3 E. S.) [Dart's Stats. (1939) § § 9815-9822].
- La. Act 81 of 1938 [Dart's Stats. (1939) § § 9850.1-9850.1011. 3.]
- Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act 2006, *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, disponible sur : http://www.uniformlaws.org/shared/docs/prudent%20mgt%20of%20institutional%20funds/upmifa_final_06.pdf

Liban

- Loi n° 520 du 6 juin 1996 « Développement du Marché Financier et des Contrats Fiduciaires », disponible sur : www.bdl.gov.lb/laws/download/35/fr

Luxembourg

- 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 immobiliers (Mém. n° 124 du 03 septembre 2003, p. 2620), disponible sur : <http://www.legilux.public.lu/rgl/2003/A/2620/1.pdf>
- Loi du 27 juillet 2003 Trust, contrats fiduciaires, droits réels immobiliers (Mém. A n° 124 du 03/09/2003), disponible sur : <http://eli.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2003/07/27/n4>

Québec

- Acte concernant la fiducie, S.Q. 1879, c. 29
- L.Q. 1991, c. 64

Royaume-Uni

- Laws in Wales Act 1535 c. 26 (Regnal. 27 Hen 8)
- Statute of Uses 1535 (27 Hen 8 c 10)
- Statute of Wills 1540 (32 Hen. 8, c. 1)
- Laws in Wales Act 1542 c. 26 (Regnal. 34 and 35 Hen 8)
- Charitable Uses Act 1601 (43 Elizabeth I, c. 4)
- Union with Scotland Act 1706 c. 11 (Regnal. 6 Ann)
- Court Of Session Act 1830 c. 69 (Regnal. 11 Geo 4 and 1 Will 4)
- Supreme Court of Judicature Act 1873 (36 & 37 Vict c. 66)
- Supreme Court of Judicature Act 1875 (38 & 39 Vict c. 77)
- Law of Property Act 1922 (Chapter 16, 12 & 13 Geo. 5)
- Trustee Act 1925 c. 19 (Regnal. 15 and 16 Geo 5)

VII - DIVERS

- BERDAH Alain, NOGUEROLLES Jean-Michel. *L'avocat fiduciaire : une révolution professionnelle ?*. In : Association des Avocats Praticiens en Droit des Affaires (AAPDA), disponible sur : http://www.avocats-droit-affaires.com/documents_aapda.htm

- Association des Avocats Fiduciaires. In : Site officiel de l'AFIDU, disponible sur : <http://www.afidu.fr>
- Association française des entreprises privées. In : Site officiel de l'AFEP, disponible sur : <http://www.afep.com>
- Association Française des Fiduciaires. In : Site officiel de l'AFF, disponible sur : <http://asso-aff.org>
- Conférence de La Haye de droit international privé. In : Site officiel de l'Organisation mondiale pour la coopération transfrontalière en matière civile et commerciale, disponible sur : <https://www.hcch.net>
- *Démographie - Nombre de mariages - France métropolitaine*. In : INSEE, disponible sur : <http://www.insee.fr/fr/bases-de-donnees/bsweb/serie.asp?idbank=000436388>
- *État présent des membres de l'Organisation*. Disponible sur : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=59
- Institut national de la statistique et des études économiques. In : Site officiel de l'INSEE, disponible sur : <http://www.insee.fr>
- La fiducie : une révolution patrimoniale. In : Association des Avocats Praticiens en Droit des Affaires (AAPDA), disponible sur : http://www.avocats-droit-affaires.com/documents_aapda.htm
- *L'avocat « fiduciaire »*. In : Union des Jeunes Avocats de Paris (UJA), disponible sur : http://www.uja.fr/L-avocat-fiduciaire_a451.html
- *PV de l'Assemblée Générale du 8 avril 2013*. In : Site officiel de l'AFF, disponible sur : http://www.asso-aff.org/sites/default/files/Assembl%C3%A9e_Generale_AFF.pdf
- *The 2015 Global 100 : Most Revenue*. In : The American Lawyer, disponible sur : <http://www.americanlawyer.com/id=1202651156795>

Index alphabétique

NB : Les numéros renvoient à ceux des paragraphes et des notes (*en italique*)

A

Acceptation économique : 124

Acte authentique : 215, 225-226 / *n. 331, 1042, 1052*

Acte- unilatéral

- fidéicommiss : 11
- fiducie (prohibition) : 106, 195
- fiducie-entreprise : 382
- fiducie-libéralité : 384
- *trust* : 327, 353

Affectation : 241 s.

Afrique du Sud : 332

Agence (Théorie de l') : 24-25, 27 / *n. 10*

Agent des sûretés : v. Syndication bancaire

Allemagne : 332 / *n. 10, 36-37, 399, 1007, 1217, 1388*

AMF : 160 / *n. 1098, 1100*

Analyse fonctionnelle : 238

Anglo-saxon :

- définition : 7-8
- influence : 67, 70-73
- *trusts* : 204, 321, 329

Anglosphère :

- concurrence : 385
- définition : 3
- étendue : 8, 73, 95, 332-333, 353
- opération fiduciaire : 378

Anstalt : 4

Anticipation :

- fiducie : 95
- rétention : 287 s.

Assiette :

- garantie fiduciaire : 105

Assurance-vie :

- acceptation : 284
- assiette : 285
- régime : 181, 227, 278, 281-285

Australie : 332 / *n. 1393, 1511*

Avocat

- fiduciaire : 164, 167, 169-170, 173
- régime : 30, 119, 161, 163-175, 187, 318

B

Bien

- immeuble : *n. 850, 1336*
- meuble : 287

Blanchiment : 16, 156, 160, 164, 168, 224, 230, 233

Bourse : 28, 179, 199

C

Caisse des règlements pécuniaires des avocats : v. CARPA

Canada : 332

Cantonement du risque : 243, 251, 265, 269, 277, 315

Capacité : 9, 12, 68, 107-112, 119, 124, 136, 245, 269, 274, 276, 317, 321

CARPA : 174

Cause : 129 s.

Cession de créances professionnelles : 313

Chine : 332 / n. 27, 1096, 1418, 1509

CNB : 164-165

Collateralized debt obligation : n. 1466

Common Law : 4-5, 7-9, 184, 293, 321-322, 327, 353

Compétitivité : 16, 69, 87, 385

Conflit d'intérêt : 103, 169, 186

Conseil National des Barreaux : v. CNB

Consentement : 107, 119-122, 124, 215

Contrat

- nommé : 18, 86, 139, 385 / n. 120

- spéciaux : 18

Corporate governance : 27, 29 / n. 182-184, 187-188, 371, 979

Coûts de transaction (Théorie) : 24-25

Crédit-bail : n. 685, 849, 1314

Crypto-fiducie : 239

Cy-près (cy pres) : v. *Trust*

D

Dailly : v. Cession de créances professionnelles

Déclaration notariée d'insaisissabilité : v. DNI

Défaisance : 62, 71, 90, 212, 343

Démembrement de propriété

- *abusus* : 46

- *fructus* : 46, 304

- *usufruit* : 304, 322 / n. 242, 1161, 1258-1266

- *usus* : 46, 304

Dirigeance : 27 / n. 189

DNI : 255-259, 264

Droit anglais : 5-9, 71, 219, 330

Droit comparé : 78 / n. 11, 126, 1108, 1424-1425, 1485

Droit de mutations :

- assiette : 304

- régime : 306, 367-368

Droit des contrats (Réforme) : n. 120, 441, 505, 519-526, 535, 546-547, 573-579, 593-597, 609, 613, 881

Droit international privé : 2-3, 69, 323, 328, 333, 349-350

Droit islamique : 332

DTMG : v. Droits de mutation

Dutreil (Pacte) : 304 / n. 202, 1028

E

École de rennes : 383 / *n.* 126, 204, 1656

Économie : 19, 23, 66-68, 242-243, 275, 342, 382 s.

Écosse : 7, 332

EIRL : 252, 260-264

Entrepreneur :

- définition : 19 s.
- entreprise : 20 s.
- risque (acceptation) : 20
- risque : 246 / *n.* 965

Entreprise

- définition : 20 s.
- familiale : 28-29, 380-381
- individuelle à responsabilité limitée : v. EIRL
- patrimoniale : *n.* 196, 201

Environnement normatif : 27, 30, 385

Equity : 8-9 / *n.* 9, 12, 60, 1216, 1404, 1417

Espagne : 332 / *n.* 198

Établissements bancaires et financiers : 85

États-Unis : 8, 28, 73, 277, 332, 340-344

EURL : 247-251, 261-262

Évaluation : 40, 102, 208, 263, 317

Exécuteur testamentaire : v. Exécution testamentaire

Exécution testamentaire : 290-296, 300, 355

F

Famille : 28 s. / *n.* 195

FIA : 270

Fidéicommis

- acte unilatéral : 11
- régime : 11-13, 293

Fiducia :

- *cum amico* : 12-14, 87 / *n.* 90, 101
- *cum creditor* : 12-14, 87 / *n.* 89
- droit romain : 11-14
- régime : 87, 134, 319, 332

Fiduciaire

- pouvoirs : 98, 224 / *n.* 287

Fiduciary duties : 353 / *n.* 945, 1399, 1447, 1518

Fiducie.

- entreprise : 380-384
- finalité : 87 s.
- gestion : 87, 94, 204, 211
- libéralité : 83, 202, 204-205, 308, 370-371, 374, 383-386
- revitalisation : *n.* 1330
- sûreté : 17, 55, 87, 92-93, 198-200, 211, 222, 310 s
- transmission : 94, 200, 202, 205, 384

Fiducie (Contrat de)

- acceptation du bénéficiaire : 122, 181
- acte authentique : 225-227
- acte unilatéral (prohibition) : 106, 195
- capacité : 108 s.
- cause : 129 s.
- consentement : 120 s.
- erreur : 121
- objet : 126 s.

Finalité

- complémentaire : 87, 90, 98
- de principe : 87

Finance : 16, 70, 85, 160, 233, 268, 275-276, 309-310, 317-318, 343, 367

Fiscalité

- fiducie : 9-10, 143, 205, 212, 285, 358, 362, 364, 367-368
- impôt revenus : 22, 138, 359, 367 / *n. 34, 104, 221, 328, 343, 841, 1251, 1332*
- impôt sociétés : 138, 142, 145, 147, 361-362, 367-368 / *n. 841*
- locale : 211
- mutations : v. Droit de mutations
- neutralité : 143, 206, 208-212, 386 / *n. 1158, 1516*
- paradis- : 365
- transparence : 143, 206, 209-210
- *trust* : 357, 365

Fonction

- bénéficiaire : 49, 122, 177-179, 181, 199
- constituant : 108, 140-142, 145, 149, 152, 177, 181, 190, 375
- définition : 137
- fiduciaire : 96, 103, 109, 118-119, 152, 155-156, 158-161, 163-165, 169, 173, 199, 316, 318, 375-376

Fondation : 7, 9, 142, 273-277

Fonds commun

- de placement : 279-281 / *n. 679, 1136, 1590*
- de titrisation : 279-281

Fonds d'investissements alternatifs :
v. FIA

Fonds de dotation : 36, 274-275, 319

Fonds entrepreneurial : 382

Forum shopping : 67-68

Fraude : 67, 83, 93, 138-139, 156, 168, 213, 224, 230, 262, 347, 367-368

Fusion-acquisition : v. M&A

G

Gage général (Droit de-) :

- créanciers : 38, 40, 44, 242, 261, 287
- régime : 75-77, 242, 263

Gage-espèce

- assiette : 312

Gestion de patrimoine : 89, 162, 183, 264, 267-268, 285

Gouvernement d'entreprise :

v. *Corporate governance*

Grefe juridique : *n. 1485*

H

Habilitation familiale : *n. 550, 1229*

Holding : 277 / *n. 73, 1215, 1611-1612*

Homestead : *n. 1017*

I

Impôt sur le revenu : v. Fiscalité

Impôts sur les sociétés : v. Fiscalité

Indivision : 226-227, 268, 271, 280

Ingénierie juridique et financière : 33, 238, 345, 368

Ingénierie patrimoniale : 33, 277, 345

Instigateur : 122, 178-179 / *n. 638*

Intention libérale : 130, 197, 203, 205, 284, 370-371, 374, 376, 383 / *n. 671, 1293, 1299*

Irlande : n. 49, 57, 351, 1393

IS : v. Impôts sur les sociétés

Italie : 4, 332 / n. 1008, 1251, 1393, 1486, 1511

J

Japon : 332 / n. 10

Juridiction : 1, 3, 6-9, 46, 277, 293, 296, 328, 330, 332-333, 346, 362, 368 / n. 92, 350, 764, 777, 1024, 1387, 1479, 1511

L

Label (trust) : 329 / n. 1082

Legs de residuo : 306-307

Libéralité

- contractuelle : 85-86, 98, 100, 105, 197, 223, 294 / n. 1612
- graduelle : 305-308, 373-374, 377
- résiduelle : 14, 51-52, 195, 237, 305-308 / n. 830, 1209
- spéciales : 288, 300
- successives : 301, 304-305, 371, 374 / n. 1295

Liquidation judiciaire : 151, 256 / n. 1064

Logorrhée législative : n. 213

Louisiane : 332

Luxembourg : 4, 155, 162, 332

M

M&A : n. 1130

Mainmorte : n. 285, 866

Manager : 25, 30

Mandat

- à effet posthume : 293-296, 300, 308, 383-384 / n. 830, 1170, 1615
- de protection future : 296, 298-300
- général : 98

Mécanisme fiduciaire : 37, 69-70, 85, 154, 163-164, 321 / n. 830, 1424-1425

N

Neutralité fiscale : v. Fiscalité

Notariat : 163-164, 187, 226, 263

O

OPC : v. Organisme de placement collectif

OPCVM : v. Organisme de placement collectif

Opération complexe : 211, 317
- retournement : 368 / n. 1333

Opération fiduciaire :
- définition : 2 s.

Organisme de placement collectif
- catégorie : 270
- valeurs mobilières : 270-271

P**Pacte d'actionnaires** : *n. 1610-1611***Patrimoine**

- affecté : 38, 44, 51, 98, 104, 240, 246, 260, 264, 284, 286, 324, 326
- d'affectation : 39-44, 77, 79, 98, 145, 241, 248-250, 259, 280, 306
- professionnel : 136, 164, 201, 240, 260-263, 334
- unicité : 77-78 / *n. 1653*
- unité : 40, 75-79, 239-266, 385 / *n. 395, 396, 403, 407*

Pays de Galles : 7, 332-333**Pays-Bas** : 332**Personnalité**

- juridique : 43, 77, 142, 242-243, 265-266, 277-278, 353 / *n. 1652*
- morale : 110, 243-249, 261, 271-280, 329 / *n. 19, 127, 146, 1541*
- pro-personnalité : 382
- pluri-personnalité : 382 / *n. 1653*

Philanthropie : 266, 271-277 / *n. 959***Portage** : 90 / *n. 1314***Procédure collective** :

- période suspecte : 150-152, 200
- redressement judiciaire : 102, 151 / *n. 1318, 1320*
- régime : 149-150, 256, 259, 262, 315-316 / *n. 389, 1318, 1320*

Professions réglementées : 156, 160-164**Propriété**

- économique : 50, 207, 246, 353 / *n. 1487*
- fiduciaire : 44-51, 84, 300, 353, 378
- régime : 6, 9, 25, 47-49, 54, 98, 322, 344, 353
- valeur constitutionnelle : 46, 86 / *n. 213, 451*

Q**Quasi-fiducie** : 86, 239-240, 284, 289, 308**Quasi-usufruit** : 304 / *n. 1162***Québec** : *n. 2, 9, 17, 464, 1244, 1412***R****Redressement judiciaire** : v. Procédure collective**Registre national des fiducies** : v. RNF**Registre public des trusts** : 368 / *n. 1495***Règlement intérieur national** : v. RIN**Réméré (Vente à-)** : 312**Rémunération** :

- agent : 25-26
- fiduciaire : 48, 97-100, 300, 376

Résidence :

- fiducie : 138, 156
- principale de l'entrepreneur : 253, 255-259

Rétention : 33, 38, 51, 100, 238 s., 287 s., 385**RIN** : 164**RNF** : 228, 232-235**Royaume-Uni** : *n. 24, 60, 351, 373, 1393, 1511*

S

SARL : 247

SASU : 250-251

Sauvegarde de justice : 113 / n. 461, 1229

Sciences de gestion : 19, 30, 383, 385

SICAV : 269-271, 279, 343

Siège social : 138 / n. 351, 921, 1461

Société

- à responsabilité limitée : v. SARL
- civile : 245, 268-269, 285 / n. 463, 1646
- commerciale : 246, 250 / n. 146
- d'investissement à capital variable : v. SICAV
- par actions simplifiée unipersonnelle : v. SASU
- unipersonnelle : 251 / n. 399, 991, 1008, 1058
- pluripersonnelles : 243, 246

Special purpose vehicle : 281 / n. 1466

SPV : v. *Special purpose vehicle*

Stakeholderism : 29

Stiftung : n. 1580

Stipulation pour autrui : 137, 181, 284-285 / n. 754

Substitution

- fidéicommissaire : 14-15, 80-83, 307 / n. 396, 991, 1251
- vulgaire : 81

Succession

- acceptation à concurrence de l'actif net : 78

Suisse : 155, 162, 332, 365 / n. 10, 705, 1217, 1393, 1495, 332

Sûreté :

- critique : n. 1334
- définition : 55 s.
- finalité : 16
- pour l'entrepreneur : 311 s.
- régime : 49, 53 s.
- réelle : 12, 312 / n. 884
- réforme : 17
- spécialité (principe) : n. 290

Syndication bancaire

- agent des sûretés : 317, n. 474
- régime : 144, 317 / n. 474

T

Théorie de l'agence : v. Agence

Tiers protecteur : 163, 176, 184-193, 220-221, 376 / n. 571, 742, 986

Titrisation : 144, 279, 281, 343 / n. 370, 680, 1647

Transfert fiduciaire

- assiette (universalité) : 52 s., 128, 218, 237

Transmission d'entreprise :

95, 379, 381, 384 / n. 1206

Transparence fiscale : v. Fiscalité

Treuhand : 4 / n. 1302

Trust

- acceptation : 356
- acte unilatéral : 327, 353
- *certainties* : n. 1373
- *cy-près* : 337 / n. 790, 1387, 1443
- *protector* : 186, 191-192 / n. 945
- groupes de juridictions : 332
- régime fiscal : 357, 365

Trust (types)

- *business trust* : 341-344 / n. 108, 813
- *commercial* : 344 / n. 78, 1405, 1476, 1479
- *complex* : n. 1365
- *financiers* : 343 / n. 1465
- *discretionary* : n. 760, 790, 1363
- *express* : 338, 343, 351, 353 / n. 1456
- *grantor* : n. 1360
- *inter vivos* : 323 / n. 1527
- *irrevocable* : n. 1362
- *living* : n. 1362
- *private* : 336, 338 / n. 1415
- *public* : 336-338
- *revocable* : n. 1360
- *shapeless* : 328
- *simple* : n. 1364
- *spendthrift* : n. 1366
- *testamentary* : n. 1361

Trustee : 153, 163-164, 184-186, 192, 324 s.

U

Unicité : v. Patrimoine

Uniform trust code : n. 765, 778

Unité : v. Patrimoine

Usufruit : v. Démembrement

V

Vote (droit de-) : 28, 205, 271, 352

Vulnérable (Personne-) : 143, 299 / n. 432, 1161, 1242, 1297, 1672

Z

Zweckvermögen : 78

Table des matières

Remerciements.....	III
Sommaire	V
Table des abréviations et locutions.....	VII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
La fiducie et le droit international privé	3
La fiducie et le droit civil en France	16
L'entrepreneur en France.....	23
La fiducie et l'entrepreneur en France	40
PARTIE I. LE PARADOXE INITIAL DE LA FIDUCIE POUR L'ENTREPRENEUR	45
Titre I. Une nature attrayante pour les acteurs économiques	49
Chapitre 1. Une opération innovante.....	53
Section 1. La consécration d'un transfert <i>sui generis</i>	54
§1. Le double attrait fonctionnel du transfert fiduciaire	55
A. Le patrimoine fiduciaire : un patrimoine affecté.....	56
1. Les caractères du patrimoine d'affectation	56
2. Les caractères du patrimoine fiduciaire.....	59
B. La propriété fiduciaire : une propriété retenue	61
1. Les attributs du propriétaire ordinaire.....	62
2. Les attributs du propriétaire fiduciaire.....	64
§2. L'universalité de l'assiette du transfert fiduciaire	67
A. La formulation extensive du législateur.....	68
1. Une formulation inhabituelle	68
2. Une formulation visant l'universalité.....	70
B. Des incertitudes résiduelles	72
1. Les éléments futurs	73
2. Les éléments conditionnels	75
Section 2. La remise en cause d'un statu quo.....	78
§1. Ambition initiale du législateur.....	78
A. Une visée économique.....	79
1. La prééminence de l'analyse économique du droit	79
2. Les limites de l'analyse économique du législateur	82
B. Une méthode ambivalente	83
1. La concurrence du <i>trust</i>	84
2. Le refus de l'harmonisation.....	86
§2. Incidences de la fiducie nommée.....	87
A. Quant à la responsabilité patrimoniale de l'entrepreneur	88

1.	Une contrainte théorisée : l'unité du patrimoine.....	88
2.	Une visée pratique : le caractère dérogatoire de la fiducie.....	90
B.	Quant à la pérennisation du patrimoine de l'entrepreneur	93
1.	Une contrainte théorisée : la prohibition des substitutions	93
2.	Une visée pratique : l'assouplissement de l'ordre public successoral.....	96
Chapitre 2. Un véhicule contractuel		101
Section 1.	La liberté contractuelle sous la fiducie.....	102
§1.	La libre détermination des finalités.....	104
A.	Une finalité de principe.....	105
1.	La finalité de gestion en matière civile.....	105
2.	La finalité de gestion dans le domaine des affaires	107
B.	Des finalités complémentaires.....	109
1.	La finalité de sûreté	109
2.	La finalité de transmission.....	111
§2.	La libre détermination de la mission du fiduciaire.....	112
A.	Les pouvoirs du fiduciaire.....	112
1.	Étendue des pouvoirs	113
2.	Contrepartie financière des pouvoirs.....	114
B.	La responsabilité du fiduciaire	116
1.	Étendue des obligations du fiduciaire	116
2.	Mise en œuvre de la responsabilité du fiduciaire	118
Section 2.	La mise en œuvre du droit des contrats.....	119
§1.	Les dispositions relatives aux parties au contrat de fiducie.....	121
A.	La capacité des parties au contrat de fiducie.....	121
1.	Les personnes morales	122
2.	Les personnes physiques.....	124
a.	Le constituant personne physique.....	125
b.	Le fiduciaire personne physique.....	128
B.	Le consentement des parties au contrat de fiducie	129
1.	Les dispositions relevant du droit commun.....	129
2.	Les spécificités de la fiducie nommée.....	131
§2.	Les dispositions relatives au contenu du contrat de fiducie.....	132
A.	L'objet certain du contrat de fiducie.....	132
1.	Les deux facettes de l'objet	132
2.	L'application des exigences de droit commun.....	133
B.	La cause licite du contrat de fiducie	135
1.	Une condition traditionnelle	136
2.	Une condition réformée	137
Titre II. Un régime inadapté aux spécificités entrepreneuriales		143

Chapitre 1. Des modalités d'accès trop restrictives pour l'entrepreneur	147
Section 1. Au niveau des fonctions primaires	148
§1. La fonction de constituant	150
A. La nature des constituants	150
1. La limitation initiale à certaines personnes morales	151
2. La libéralisation attendue	153
B. Les spécificités propres aux constituants	155
1. L'existence d'un régime de communauté	155
2. L'ouverture d'une procédure collective	157
§2. La fonction de fiduciaire	159
A. Les établissements financiers réglementés	162
1. Les établissements relevant du Code monétaire et financier	162
2. Les établissements visés par le Code des assurances	164
B. Les professions réglementées	165
1. Les professions réglementées écartées	165
2. L'exception de l'avocat-fiduciaire	169
a. La conciliation de l'activité d'avocat avec la mission de fiduciaire	169
b. L'ajout de conditions préalables spécifiques	173
Section 2. Au niveau des fonctions secondaires	176
§1. La fonction de bénéficiaire	176
A. La notion de bénéficiaire	177
1. La distinction entre bénéficiaire et instigateur de la fiducie	177
2. La qualité de bénéficiaire et de tiers	179
B. Le cumul des fonctions	180
1. Les cumuls théoriques	180
2. Les cumuls effectifs	181
§2. La fonction de tiers protecteur	182
A. Principe de la fonction de tiers protecteur	182
1. L'accès à la fonction de protecteur	183
2. Les caractères de la nomination	185
B. Les limites de la fonction de protecteur	186
1. Une assimilation imparfaite au protector	186
2. Un signe de défiance	187
Chapitre 2. Des modalités d'encadrement peu attractives pour l'entrepreneur	191
Section 1. Des limites de fond dommageables	191
§1. L'encadrement des finalités	192
A. L'encadrement de la fiducie-sûreté	192
1. L'insuffisance du régime initial	193

2.	L'apport des dispositions spécifiques	194
B.	L'encadrement de la fiducie-transmission	195
1.	La prohibition de l'intention libérale	196
2.	La légalité de la fiducie-transmission sans intention libérale.....	199
§2.	Une fiscalité problématique.....	200
A.	La possibilité d'une neutralité fiscale	200
1.	L'entrepreneur-constituant agissant à titre professionnel	201
2.	L'entrepreneur-constituant agissant à titre personnel.....	203
B.	La relativité de la neutralité fiscale.....	204
1.	La remise en cause de la transparence fiscale.....	204
2.	Le caractère d'exception de la neutralité fiscale.....	205
Section 2.	Des rigidités formelles.....	206
§1.	La nécessité d'un acte instrumentaire	207
A.	Les mentions impératives de l'acte.....	207
1.	Des mentions détaillées	208
a.	Les mentions génériques.....	208
b.	Les mentions spécifiques à la finalité de sûreté	211
2.	La nullité encourue.....	212
B.	L'établissement d'un acte authentique	214
1.	Les deux hypothèses	214
2.	Les réticences du législateur	215
§2.	L'exigence d'une procédure spéciale	215
A.	La publicité de l'opération de fiducie	216
1.	L'enregistrement et la publicité foncière.....	216
2.	La déclaration d'existence.....	217
B.	L'inscription au registre national des fiducies	218
1.	L'objet du registre	218
2.	Les insuffisances du registre	219
<u>PARTIE II. L'APPORT VÉRITABLE DE LA FIDUCIE POUR L'ENTREPRENEUR</u>		223
Titre I. <i>De lege lata</i> : une pratique marginale		227
Chapitre 1. L'affectation au service de l'entrepreneur		233
Section 1. L'affectation comme technique de cantonnement du risque		234
§1. Les personnes morales.....		236
A. Les sociétés pluripersonnelles		237
1. Sociétés pluripersonnelles et personnalité morale		237
2. Sociétés pluripersonnelles et fiducie		240
B. Les sociétés unipersonnelles.....		241
1. La consécration de l'EURL		242
a. Le refus du patrimoine d'affectation		242

b.	Le recours à la forme sociétaire	243
2.	La normalisation des sociétés unipersonnelles	244
§2.	Les mécanismes d'insaisissabilité.....	245
A.	L'insaisissabilité de biens immobiliers déterminés.....	246
1.	Le bien de famille	246
2.	La résidence principale.....	247
a.	La DNI.....	248
b.	La protection légale	251
B.	L'insaisissabilité du patrimoine professionnel	253
1.	Principe de l'EIRL	253
2.	EIRL et fiducie	255
Section 2.	L'affectation comme technique de gouvernance patrimoniale.....	257
§1.	Les structures dotées de la personnalité juridique	257
A.	Les mécanismes de nature sociétaire.....	258
1.	Les sociétés civiles.....	258
2.	Les SICAV	261
B.	Les mécanismes de nature philanthropique.....	263
1.	L'influence de la pratique anglo-américaine	263
2.	La pérennisation familiale au travers de l'affectation philanthropique	266
§2.	Les structures dépourvues de personnalité juridique	268
A.	Les fonds communs.....	268
1.	Les fonds communs de placement.....	269
2.	Les fonds communs de titrisation	270
B.	L'assurance-vie	271
1.	L'évolution de l'assurance-vie.....	271
2.	La pratique de l'assurance-vie.....	273
Chapitre 2.	La rétention au service de l'entrepreneur.....	279
Section 1.	La rétention comme modalité d'anticipation.....	279
§1.	Au travers de mandats spéciaux.....	281
A.	La rétention malgré le décès de l'entrepreneur	282
1.	L'exécution testamentaire.....	282
2.	Le mandat à effet posthume.....	285
B.	La rétention malgré l'incapacité de l'entrepreneur	288
1.	Les solutions <i>a minima</i>	288
2.	Le mandat de protection future.....	289
§2.	Au travers de libéralités spéciales.....	292
A.	Les libéralités grevées.....	293
1.	Les libéralités avec conditions et charges.....	293
2.	Les donations avec réserve d'usufruit	294
B.	Les libéralités successives.....	296

TABLE DES MATIÈRES

1. Les libéralités résiduelles.....	296
2. Les libéralités graduelles.....	298
Section 2. La rétention comme modalité du crédit.....	301
§1. La multitude des sûretés réelles.....	301
§2. L'élitisme de la fiducie-sûreté.....	304
A. Une supériorité de principe	304
B. Un apport pratique limité aux opérations complexes	306
Titre II. <i>De lege ferenda</i> : un potentiel certain.....	311
Chapitre 1. Le modèle du <i>trust</i>	315
Section 1. Des attributs singuliers et flexibles	315
§1. Une plasticité intrinsèque	316
A. La simplicité du <i>trust</i>	317
B. La Convention de La Haye relative au <i>trust</i>	320
§2. Une expansion constante.....	322
A. Une diffusion progressive	322
B. Une adaptabilité certaine.....	326
Section 2. Un équilibre entre finalités patrimoniales et financières	327
§1. Les finalités « traditionnelles » en matière patrimoniale	327
A. Les deux grandes catégories de <i>trust</i>	328
1. Les <i>public trusts</i>	328
2. Les <i>private trusts</i>	329
B. L'impossible recensement de l'ensemble des finalités du <i>trust</i>	330
§2. Les finalités « modernes » en matière économique et financière	331
A. Le <i>business trust</i> comme mode d'organisation entrepreneuriale	332
B. Le <i>business trust</i> comme véhicule d'ingénierie financière	333
Chapitre 2. L'intérêt d'une fiducie rénovée.....	339
Section 1. Une carence : la neutralisation du <i>trust</i> en droit français.....	340
§1. Le traitement civil du <i>trust</i>	342
A. La non-reconnaissance du <i>trust</i>	342
1. L'apport limité du droit international privé conventionnel	342
2. La non-réception du <i>trust</i> au travers de la fiducie nommée.....	345
B. L'apport essentiel de la jurisprudence.....	348
1. Une reconnaissance progressive de la spécificité des <i>trusts</i>	348
2. Une incertitude résiduelle quant à la qualification des <i>trusts</i>	351
§2. Le traitement fiscal du <i>trust</i>	353
A. L'absence initiale de régime spécifique	353
1. Les rares dispositions initiales	354
2. La démarche du juge fiscal.....	356
B. L'adoption d'un régime fiscal spécifique	357
1. Le contexte de l'adoption.....	357

2. La sévérité des dispositions.....	359
Section 2. Un objectif : une fiducie équilibrée au service de l'entrepreneur	363
§1. La libéralisation du régime de la fiducie	364
A. La libéralisation des finalités	364
1. L'équilibre à atteindre.....	365
2. L'apport de la fiducie-libéralité	366
B. La libéralisation de l'accès aux fonctions constitutives	368
§2. L'institutionnalisation de la fiducie	370
A. Les insuffisances du régime général de la fiducie.....	370
B. L'opportunité d'une fiducie spéciale	372
1. La question de la pérennisation des entreprises	373
2. L'apport de l'avant-projet de fiducie-entreprise.....	375
3. L'encadrement de la fiducie-libéralité	377
CONCLUSION GÉNÉRALE	379
<hr/>	
Bibliographie	385
Index alphabétique.....	455
Table des matières.....	463
Table des annexes	471
Annexe n°1 : Extraits du Projet de loi instituant la fiducie (1992)	473
Annexe n°2 : Principaux textes relatifs à la fiducie nommée.....	475
Annexe n°3 : Formulaire de souscription d'assurances pour avocat-fiduciaire...	485
Annexe n°4 : Proposition de contrat de fiducie-sûreté (formule)	489
Annexe n°5 : Schéma organisationnel de la « Fiducie-revitalisation » FMR76 ...	507
Annexe n°6 : Proposition de contrat de fiducie-protection (formule).....	509
Annexe n°7 : Avant-projet de loi relatif à la fiducie-entreprise (2011)	517

Table des annexes

Annexe n°1 :	Extraits du Projet de loi instituant la fiducie (1992)	473
Annexe n°2 :	Principaux textes relatifs à la fiducie nommée	475
Annexe n°3 :	Formulaire de souscription d'assurances pour avocat-fiduciaire	485
Annexe n°4 :	Proposition de contrat de fiducie-sûreté (formule)	489
Annexe n°5 :	Schéma organisationnel de la « Fiducie-revitalisation » FMR76.....	507
Annexe n°6 :	Proposition de contrat de fiducie-protection (formule)	509
Annexe n°7 :	Avant-projet de loi relatif à la fiducie-entreprise (2011).....	517

Annexe n°1 : Extraits du Projet de loi instituant la fiducie (1992)¹⁶⁶⁵

CHAPITRE PREMIER

Art. 1

Il est inséré dans le Livre troisième du Code civil un Titre seizième *bis* intitulé « De la fiducie » et comprenant les articles 2062 à 2070-11 rédigés ainsi qu'il suit :

« Titre XVI bis De la fiducie

Art. 2062

La fiducie est un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire qui, tenant ces biens et droits séparés de son patrimoine personnel, agit dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat.

Le constituant peut être bénéficiaire.

Lorsque la fiducie est conclue à des fins de garantie, le fiduciaire peut être le bénéficiaire dans les conditions fixées au contrat.

La fiducie est soumise aux règles ci-après énoncées sans préjudice des dispositions particulières d'ordre public propres à la matière concernée ».

CHAPITRE SECOND

Art. 2

Le fiduciaire établit pour chaque contrat de fiducie :

1° Un état des biens et droits ainsi que des créances et des dettes, concernant l'exécution du contrat. Cet état décrit séparément les éléments actifs et passifs de la masse fiduciaire ;

2° Un état des produits et des charges afférents au contrat de fiducie sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. Cet état fait apparaître, par différence après déduction des amortissements et des provisions, le résultat de la masse fiduciaire.

Ces états sont établis conformément aux règles définies par les articles 9 et suivants du Code de commerce, pour le bilan et le compte de résultat.

Il ne peut être procédé à aucune réévaluation des éléments de la masse fiduciaire.

Art. 3

Les états prévus ci-dessus sont communiqués au bénéficiaire à sa demande.

¹⁶⁶⁵ Proj. L. n° 2583 de 1992, *op. cit.*

Art. 4

Lorsque le fiduciaire est soumis aux dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce, ses comptes annuels comprennent, outre le bilan, le compte de résultat et l'Annexe prévus à ces articles, les états mentionnés à l'article 2 ci-dessus.

Le fiduciaire procède de manière autonome à l'enregistrement comptable des mouvements affectant la masse fiduciaire.

Art. 5

Les personnes qui exécutent à titre habituel des missions fiduciaires sont soumises aux dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce.

Art. 6

Lorsque le constituant est soumis aux dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce et que le contrat prévoit que les biens et droits lui font retour ou sont consommés dans son intérêt, il constate une créance à l'égard du fiduciaire lors du transfert des biens et droits à celui-ci. Le bilan fait apparaître distinctement, à la date du transfert, la valeur brute de la créance, égale à la valeur que les biens et droits avaient à l'origine ou après réévaluation, et les amortissements et provisions de toute nature afférents à ces biens et droits, tels qu'ils figuraient dans les comptes annuels du constituant.

Le fiduciaire inscrit sur les états mentionnés à l'article 2 ci-dessus les biens et droits transférés ainsi que les amortissements et provisions de toute nature y afférents, tels qu'ils figuraient dans les comptes annuels du constituant.

En cas d'absorption du fiduciaire ou d'opération assimilée, les biens et droits en fiducie sont transférés à leur valeur dans les écritures du fiduciaire en mentionnant la valeur brute et les amortissements ou provisions de toute nature pratiqués à raison de ces biens.

Art. 7

Lorsque le contrat prévoit que les biens et droits seront transmis à un bénéficiaire autre que le constituant et soumis aux dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce, le bénéficiaire constate, lors du transfert au fiduciaire, une créance à l'égard de celui-ci égale à la valeur vénale des biens et droits transférés.

Art. 8

Lorsque le contrat prévoit que les biens et droits seront transmis à un bénéficiaire et que celui-ci cède sa créance sur le fiduciaire, ces biens et droits sont inscrits dans les états fiduciaires mentionnés à l'article 2 à leur valeur vénale à la date de la cession.

Art. 9

Le bénéficiaire soumis aux dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce inscrit à son bilan les biens et droits qui lui sont transmis ainsi que les amortissements et les provisions y afférents, tels qu'ils figuraient dans les états fiduciaires mentionnés à l'article 2.

Art. 10

Un décret précisera les modalités d'établissement des états fiduciaires.

Annexe n°2 : Principaux textes relatifs à la fiducie nommée

Table des textes

Code civil :

- Art. 2011, 2012, 2013, 2015, 2015, 2016, 2017, 2018, 2018-1, 2018-2, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030 et 2031 (*abrogé*)

- Art. 2372-1, 2372-2, 2372-3, 2372-4, 2372-5 et 2372-6 (*abrogé*)

- Art. 2488-1, 2488-2, 2488-3, 2488-4, 2488-5 et 2488-6 (*abrogé*)

Texte non-codifié :

Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies »

Code civil

Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété

Titre XIV : De la fiducie

Art. 2011 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1 JORF 21 février 2007

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

Art. 2012 Modifié par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 1

La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.

Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité.

Art. 2013 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1 JORF 21 février 2007

Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.

Art. 2015 Modifié par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013, art. 18

Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L518-1 du même Code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L531-4 du même Code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L310-1 du Code des assurances.

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.

Art. 2016 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1 JORF 21 février 2007

Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.

Art. 2017 Modifié par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 2

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.

Art. 2018 Modifié par la loi n° 2008776 du 4 août 2008, art. 18 (V)

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.

Art. 20181 Modifié par la loi n° 2008776 du 4 août 2008, art. 18 (V)

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.

Art. 20182 Créé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 18 (V)

La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire.

Art. 2019 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1

À 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.

Art. 2020 Créé par la loi n° 2007211 du 19 février 2007, art. 1

Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État.

Art. 2021 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1

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.

Art. 2022 Modifié par la loi n° 2008776 du 4 août 2008, art. 18 (V)

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.

Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat.

Art. 2023 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1

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.

Art. 2024 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.

Art. 2025 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1

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.

Art. 2026 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1

Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

Art. 2027 Modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 18 (V)

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.

Art. 2028 Créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, art. 1

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.

Art. 2029 Modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 18 (V)

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.

Art. 2030 Modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 18 (V)

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.

Art. 2031 *Abrogé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 18-I, 9°, à compter du 1er févr. 2009*

En cas de dissolution du constituant, lorsque les ayants droit ne sont pas des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, le patrimoine fiduciaire ne peut être attribué à ces ayants droit ès qualités avant la date à laquelle le contrat de fiducie prend fin. Dans cette situation, les droits des ayants droit au titre de la fiducie ne sont pas transmissibles à titre gratuit entre vifs ni cessibles à titre onéreux.

Livre IV : Des sûretés

Titre II : Des sûretés réelles

Sous-titre II : Des sûretés sur les meubles

Chapitre IV : De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie

Section 2 : De la propriété cédée à titre de garantie

Art. 2372-1 *Modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138 (V)*

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.

Art. 2372-2 *Créé par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 5*

En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire.

Art. 2372-3 *Créé par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 5*

À 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 ou du droit cédé à titre de garantie.

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.

La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Art. 2372-4 Créé par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 5

Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, 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.

Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie.

Art. 2372-5 Modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138 (V)

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.

À 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.

Art. 2372-6 Abrogé par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138-X

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux fiducies constituées à titre de garantie par les personnes morales.

Sous-titre III : Des sûretés sur les immeubles

Art. 2488-1 Modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138 (V)

La propriété d'un bien 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.

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.

Art. 2488-2 Créé par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 7

En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire.

Art. 2488-3 Créé par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 7

À 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.

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.

Art. 2488-4 Créé par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 7

Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien en application de l'article 2488-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, 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.

Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie.

Art. 2488-5 Modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138 (V)

La propriété cédée en application de l'article 2488-1 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.

À peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2488-2 est publiée sous la forme prévue à l'article 2019. La date de publication 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.

Art. 2488-6 *Abrogé par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138-X*

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux fiducies constituées à titre de garantie par les personnes morales.

Texte non-codifié

Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies »

Art. 1

Un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies » est mis en œuvre par le ministre chargé du budget (direction générale des finances publiques).

Ce traitement a pour finalité de centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Art. 2

Les informations traitées sont les suivantes :

1° Nom, prénoms, adresse, date et lieu de naissance des personnes physiques ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes physiques désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires ;

2° Dénomination sociale, numéro SIREN et adresse du siège social ou de l'établissement des personnes morales ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes morales désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires ;

3° Date et numéro de l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants et identification du service des impôts auprès duquel la formalité a été accomplie ;

4° Le cas échéant, date d'accomplissement des formalités de la publicité foncière, numéro de publication et identification du service auprès duquel les formalités ont été accomplies.

Art. 3

Les informations sont conservées dix ans après l'extinction du contrat de fiducie.

Art. 4

Sont autorisés à accéder aux données mentionnées à l'article 2 les agents de la direction générale des finances publiques chargés de la mise en œuvre du traitement individuellement désignés et spécialement habilités à cette fin.

Art. 5

Sont destinataires des informations faisant l'objet du traitement, 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.

Art. 6

Les consultations du traitement automatisé aux fins d'accéder aux données traitées font l'objet d'un enregistrement comprenant l'identification du consultant, la date, l'heure et l'objet de la consultation. Ces informations sont conservées pendant un délai de trois ans.

Art. 7

Le droit d'accès et le droit de rectification, prévus par la loi du 6 janvier 1978 susvisée, s'exercent auprès du service des impôts auprès duquel le contrat de fiducie a été enregistré.

Le droit d'opposition prévu par l'article 38 de la même loi ne s'applique pas au présent traitement.

Annexe n°3 : Formulaire de souscription d'assurances pour avocat-fiduciaire



**QUESTIONNAIRE DE SOUSCRIPTION RESPONSABILITE CIVILE PROFESSIONNELLE DES AVOCATS
FIDUCIAIRES ET ASSURANCE AU PROFIT DE QUI IL APPARTIENDRA**

A. INFORMATIONS GENERALES SUR LES AVOCATS FIDUCIAIRES

- Nom du Cabinet
- Nom/Prénom des avocats exerçant l'activité de fiduciaire :
.....
- Depuis combien de temps exercez-vous cette activité ?
- Avez-vous subi une formation spécifique relative à cette nouvelle activité ? (art. 6.2.1.5 RIN)
 1. Date et durée
 2. Qui vous l'a délivrée ? *Nom et Prénom du formateur*

B. LE CONTRAT DE FIDUCIE

1) LES CLIENTS

Pour quelle partie intervenez-vous ? En cas de pluralité de constituants ou de bénéficiaires : indiquer le nombre.

TYPE DE CLIENTS	CONSTITUANT	NOMBRE	BENEFICIAIRE	NOMBRE
Particuliers				
PME				
Sociétés de gestion de fonds				
Association ou Fondation				
Banque ou Etablissement de Crédit				

2) **TYPE DE FIDUCIE** : remplir selon le type de fiducie objet de la demande

FIDUCIE SURETE	FIDUCIE GESTION
1- Type de sûreté (nature des biens apportés en garantie) :	1- Type de biens à gérer (actions, somme d'argent, obligation, portefeuille, ...) :

<p>2- <input type="radio"/> Sûreté de biens meubles ou <input type="radio"/> Sûreté de biens immeubles</p> <p>3- Valeur de la sûreté (et justificatif de cette valeur) au jour de la signature du questionnaire : €</p>	<p>2- <input type="radio"/> Gestion de biens meubles ou <input type="radio"/> Gestion de biens immeubles</p> <p>3- Valeur des biens à gérer (et justificatif du transfert de ce bien) au jour de la signature du questionnaire : €</p>
---	--

3) **LE CONTENU DU CONTRAT** : le contrat de fiducie doit déterminer à peine de nullité (*article 2018 du Code Civil*) :

1- La durée du transfert (*maximum 99 ans*) :

<p>2- L'identité du ou des <u>constituants</u> Nom, Prénom, Raison sociale, adresse complète :</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>	<p>3- L'identité du ou des <u>bénéficiaires</u> ou, à défaut, les règles permettant leur désignation sociale, adresse complète :</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
--	---

4- La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition :

.....

.....

.....

5- Le contrat de fiducie est-il un : ▪ acte notarié ou ▪ acte sous-seing privé

6- Avez-vous limité votre responsabilité dans le contrat de fiducie ? ▪ Oui ▪ Non
Si oui, détailler : (*joindre les clauses d'exonération de votre responsabilité*)

.....
.....
.....

7- Y a-t-il une clause de juridiction dans le contrat ?

Si oui, détailler :

.....
.....

8- Qui est le rédacteur du contrat de fiducie ? *Nom, prénom, raison sociale*

.....
.....

9- A qui incombe l'enregistrement de la « déclaration d'existence » du contrat de fiducie auprès du service des impôts ? *Nom, prénom, raison sociale*

.....
.....

C. SOUS-TRAITANCE OU DELEGATION

1- Nature de la mission sous-traitée/déléguée :

.....
.....
.....

2- Nom, prénom ou raison sociale du sous-traitant/délégué :

.....
.....

3- Activité et expérience de la société sous-traitante/délégué ?

.....
.....

4- Renoncez-vous à recours envers vos sous-traitants/prestataires ?

▪ Oui ▪ Non

5- Ces sous-traitants/Prestataires sont-ils assurés en Responsabilité Civile Professionnelle ?

▪ Oui ▪ Non

Joindre une attestation Responsabilité Civile Professionnelle attestant de la couverture pendant la durée du contrat de fiducie.

D. VOS CONTRATS D'ASSURANCE

- Date d'effet souhaitée :

<i>RESPONSABILITE CIVILE PROFESSIONNELLE</i>	<i>ASSURANCE AU PROFIT DE QUI IL APPARTIENDRA</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Quel est le montant de garanties que vous souhaiteriez (minimum légal 1 500 000 € par période d'assurance et par assuré) 	<ul style="list-style-type: none"> • Montant de garanties : <u>pour les biens immeubles</u> : 5 % de la valeur des biens, indiquer le montant : € <u>pour les autres biens</u> : 20 % de la valeur des biens, indiquer le montant : €

E. LES ANTECEDENTS DU SOUSCRIPTEUR

Au cours des 5 dernières années :

– Avez-vous déjà été assuré en RC professionnelle pour votre activité d'avocat fiduciaire ?

Si oui, merci de me préciser :

Nom de l'assureur, • Oui • Non
Montant de garanties,
Date de renouvellement,
Franchise,
Prime annuelle HT.

– Un assureur a-t-il déjà résilié, annulé ou refusé de renouveler l'un de vos contrats d'assurance RC professionnelle ?

Si oui, merci de préciser

Nom de l'assureur
Raison et détails • Oui • Non

– Votre RC Professionnelle et/ou RC Exploitation, celle de vos associés/collaborateurs a-t-elle déjà été mise en jeu de façon amiable ou judiciaire ?

si oui, merci de préciser (y compris concernant votre activité d'avocat classique)

• Oui • Non

Annexe n°4 : Proposition de contrat de fiducie-sûreté
(formule)¹⁶⁶⁶

CONTRAT DE FIDUCIE-SÛRETÉ

« Fiducie – X »

EN DATE DU X

ENTRE

Constituant
en qualité de Constituant

ET

Fiduciaire
en qualité de Fiduciaire

ET

Bénéficiaire
en qualité de Bénéficiaire

¹⁶⁶⁶ Proposition élaborée pour le compte de la société d'avocats AVOXA-CRESSARD & LE GOFF.

CONTRAT DE FIDUCIE-SÛRETÉ en date du X (le Contrat)

ENTRE LES SOUSSIGNÉS :

1. X, dont le siège social est situé X, et représentée par X, en sa qualité de X,
(Ci-après, le Constituant)
DE PREMIÈRE PART,
ET
2. X, dont le siège social est situé X, et représentée par X, en sa qualité de X,
(Ci-après, le Fiduciaire)
DE DEUXIÈME PART,
ET
3. X, dont le siège social est situé X, et représentée par X, en sa qualité de X,
(Ci-après, le Bénéficiaire)
DE TROISIÈME PART.

Ensemble collectivement désignées les « Parties » et individuellement une « Partie ».

ÉTANT PRÉALABLEMENT EXPOSÉ QUE :

1. Présentation et activité du constituant.
2. Le Constituant est redevable d'une dette d'un montant de X euros à l'égard de X, au titre de X.
3. Le Constituant a décidé la création d'une fiducie destinée à garantir le paiement de cette dette. Le Constituant a souhaité transférer provisoirement la propriété des biens et droits ci-dessous désignés au Fiduciaire, afin que celui-ci les conserve, dans un patrimoine d'affectation, tant que le Constituant ne se sera pas complètement et définitivement acquitté de sa dette à l'égard de X, à charge pour le Fiduciaire, de transférer le patrimoine fiduciaire au Bénéficiaire désigné par le Constituant en cas de non-remboursement à l'issue du contrat de fiducie, ou de transférer le patrimoine fiduciaire au Bénéficiaire à titre subsidiaire, le Constituant, dès lors que la dette de ce dernier aura été totalement remboursée.
4. X a proposé à (fiduciaire), habilité à exercer les fonctions de fiduciaire, d'intervenir comme fiduciaire, ce que (fiduciaire) a accepté aux conditions et modalités définies aux présentes.

IL A EN CONSÉQUENCE ÉTÉ CONVENU CE QUI SUIT :

ARTICLE 1 - DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION

1.1 Définitions

Lorsqu'ils seront utilisés dans le présent Contrat, les termes suivants auront la signification qui leur est attribuée ci-dessous :

Bénéficiaire désigne X créancier du constituant, jusqu'au remboursement intégral de sa créance envers X. À titre subsidiaire, en cas de remboursement intégral de ladite créance, le Constituant devient le bénéficiaire. Les deux parties acceptent la Fiducie à la date de signature du Contrat.

Bénéficiaire à titre subsidiaire désigne le Constituant X ou ses ayants droit en cas de remboursement intégral de sa créance auprès de X avant le terme du contrat présent de fiducie.

Biens et Droits Transférés en Fiducie désigne (i) (Selon négociations), (ii) les legs, donations ou subventions reçus par le Constituant, et/ou (iii) toute autre ressource ou droit du Constituant, transférés ou venant à être transférés dans les conditions prévues à l'article 4 du présent Contrat.

Contrat désigne le présent contrat de fiducie-sûreté y compris ses annexes et tout avenant à celui-ci, signé à la date des présentes par (fiduciaire) en qualité de Fiduciaire et Constituant en qualité de Constituant et de Bénéficiaire acceptant.

Constituant désigne X ou ses ayants droit.

Euro ou € désigne la monnaie ayant cours légal en France.

Fiduciaire désigne X ou ses ayants droit pour autant qu'ils répondent aux conditions légales requises pour exercer l'activité de fiduciaire.

Fiducie a la signification qui lui est attribuée à l'article 2 du présent Contrat.

Frais désigne ensemble la rémunération, les frais et débours dus au Fiduciaire pour lui-même ou pour le compte de la Fiducie selon le cas, au titre du présent Contrat, tels que déterminés à l'article 19 ci-après.

Patrimoine Fiduciaire désigne les éléments composant le patrimoine fiduciaire tels que précisés à l'article 6 du présent Contrat, dont le Fiduciaire est propriétaire et formant un patrimoine d'affectation que le Fiduciaire tient séparé de son patrimoine propre.

Trésorerie désigne à toute date donnée, le montant total des sommes d'argent détenues par la Fiducie.

1.2 Interprétation

Dans le Contrat, sauf stipulation contraire :

- (i) toute référence à une convention, un contrat, accord ou document stipulé dans le présent Contrat devra s'entendre de la convention, du contrat, de l'accord ou du document dont il s'agit tel qu'ultérieurement amendé, modifié ou remplacé ;
- (ii) toute référence à une disposition légale s'entend de cette disposition telle qu'éventuellement amendée ;

- (iii) toute référence à un Article, un Paragraphe ou une Annexe s'entend d'un article, d'un paragraphe ou d'une annexe du Contrat ;
- (iv) toute référence à une personne inclut ses successeurs, cessionnaires et ayants droit ; et
- (v) les définitions des termes ou expressions au singulier sont également applicables *mutatis mutandis* à ces termes et expressions lorsqu'ils sont utilisés au pluriel et *vice et versa*.

ARTICLE 2 - OBJET DE LA FIDUCIE

La Fiducie a pour objet la garantie de la créance de X envers X par le transfert au Fiduciaire, pour la durée définie à l'article 8 ci-dessous, de la propriété des biens, droits et sûretés lui appartenant visés à l'article 4.

Afin de garantir la créance dont X est titulaire à l'égard du Constituant et ce tant que le Constituant ne sera pas définitivement et totalement acquitté de sa dette, la propriété du Patrimoine Fiduciaire devant être transférée au Bénéficiaire désigné par le Constituant dans les conditions prévues au présent contrat, dès lors que ce dernier n'aura pas intégralement remboursé sa dette à l'égard de X selon aux échéances convenues.

ARTICLE 3 - DÉNOMINATION DE LA FIDUCIE

La Fiducie est dénommée « Fiducie X ».

ARTICLE 4 - TRANSFERT FIDUCIAIRE

4.1 Transfert fiduciaire de biens et droits à la date de signature du présent Contrat

Par le présent Contrat, le Constituant transfère à la date de signature du présent Contrat au Fiduciaire, qui l'accepte, les Biens et Droits Transférés en Fiducie suivants :

- (i) Liste des biens, droits et sûretés
Dont la valeur est estimée à X (valeur individuelle en cas de bien immeuble) ;
- (ii) et, le cas échéant, les apports de fonds futurs d'ores et déjà déterminables.

Le transfert fiduciaire intervient sans contrepartie financière à la charge du Fiduciaire.

Il n'emporte transfert d'aucun élément de passif au Fiduciaire.

Le Contrat est régi par les dispositions des articles 2011 et suivants du Code civil.

4.2 Transfert fiduciaire de biens et droits non déterminables

Le Constituant pourra transférer au Fiduciaire des biens et droits de même nature que les Biens et Droits Transférés en Fiducie non encore déterminables à la date du présent Contrat. Leur transfert donnera lieu à établissement d'un avenant de transfert au présent Contrat lorsqu'ils seront déterminés.

4.3 Modalités de transfert

À la date de signature du présent Contrat ainsi qu'à la date de signature des avenants au Contrat lors des transferts futurs, le Constituant remettra copie d'un ordre de virement

irrévocable pour crédit du compte ouvert dans les livres de la Caisse des dépôts et consignations au nom du Fiduciaire agissant en tant que tel, faisant référence dans son intitulé et/ou en rubrique à la Fiducie et dont les coordonnées figurent ci-après au paragraphe 4.4.

Le Constituant communiquera en outre au Fiduciaire une copie de la décision de son organe compétent fixant le montant de tout transfert futur en Fiducie.

4.4 Compte de la Fiducie

Le Fiduciaire a ouvert un compte dénommé « X » dont le BIC et l'IBAN sont :

ARTICLE 5 - FORMALITÉS LIÉES A LA FIDUCIE

5.1 Formalités de constitution de la Fiducie

- a) Le Fiduciaire s'engage à procéder à l'enregistrement du Contrat, auprès du service des impôts dans le ressort duquel se situe son siège social, dans le délai d'un mois à compter de la signature du Contrat conformément aux dispositions de l'article 2019 du Code civil.
- b) Le Fiduciaire s'engage à déposer la déclaration d'existence de la Fiducie prévue à l'article 238 quater L du Code général des impôts dans les quinze jours calendaires de la signature du Contrat auprès du service des impôts des entreprises du siège ou du lieu du principal établissement dans les conditions prévues à l'article 344 M de l'annexe III audit Code.

5.2 Formalités de transfert

- a) Tout transfert en Fiducie d'un bien ou droit visé au paragraphe 4.2 ci-dessus fera l'objet d'un avenant de transfert conclu entre le Constituant et le Fiduciaire.
Le Fiduciaire procède à l'enregistrement auprès du service des impôts de son siège social de tout avenant de transfert visé au paragraphe précédent dans le mois suivant la signature dudit avenant.
- b) En cas de transfert de créance à la Fiducie, le Constituant notifie par tout moyen, pour le compte du Fiduciaire, le transfert de ladite créance au débiteur cédé concerné, afin de lui rendre ledit transfert opposable.

5.3 Frais d'enregistrement

Les frais d'enregistrement, présents ou futurs résultant de la signature, de la modification, de l'exécution ou de l'extinction du Contrat seront prélevés sur le Patrimoine Fiduciaire par le Fiduciaire conformément à l'article 19.1 du présent Contrat.

ARTICLE 6 - PATRIMOINE FIDUCIAIRE

Le Patrimoine Fiduciaire correspond à une date donnée à :

- (i) la somme des Biens et Droits Transférés en Fiducie ;
- (ii) diminuée :
 - a) du montant total des abandons de créances ;

- b) du montant total des sommes versées au Constituant pour lui permettre de faire face au paiement de tout impôt sur les résultats de la Fiducie ;
 - c) du montant total des Frais prélevés par le Fiduciaire ;
 - d) du montant total de toute indemnité due au Fiduciaire.
- (iii) et augmentée :
- a) de tous fruits et produits sur les sommes reçues ;
 - b) du montant des Encours ;
 - c) et de tout bien subrogé, soit par l'effet d'une subrogation réelle, soit acquis en emploi ou en remploi.

ARTICLE 7 - ACCEPTATION PAR LE BÉNÉFICIAIRE

Le Bénéficiaire et le Bénéficiaire à titre subsidiaire acceptent expressément à la date du présent Contrat la Fiducie dans les termes et sous les conditions du présent Contrat.

En conséquence de cette acceptation, le Contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec l'accord du Bénéficiaire ou par décision de justice.

ARTICLE 8 - ENTRÉE EN VIGUEUR ET DURÉE

8.1 Entrée en vigueur du Contrat

Le Contrat entrera en vigueur sous réserve de la fourniture par le Constituant des documents suivants :

8.2 Durée du Contrat

Le Contrat est conclu pour une durée totale de X ans à compter de son entrée en vigueur telle que celle-ci est prévue au paragraphe (a) ci-dessus.

ARTICLE 9 - MISSIONS, POUVOIRS ET OBLIGATIONS INCOMBANT AU FIDUCIAIRE

9.1 Missions

Le Fiduciaire est tenu d'agir dans l'intérêt du Constituant pour assurer la gestion du Patrimoine Fiduciaire dans l'attente du paiement intégral de la dette de X envers X.

9.2 Pouvoirs

Le Fiduciaire dispose des pouvoirs les plus étendus à l'égard des tiers pour administrer le Patrimoine Fiduciaire.

Le Fiduciaire fait état de sa qualité de fiduciaire dans tous actes accomplis pour le compte de la Fiducie.

9.3 Obligations

Le Fiduciaire détient le Patrimoine Fiduciaire dans un patrimoine séparé de son patrimoine propre pour le compte du Bénéficiaire.

Le Fiduciaire assure la gestion et la conservation du Patrimoine Fiduciaire.

Le Fiduciaire rend compte de sa mission au Constituant.

Le Fiduciaire respecte les obligations fiscales et comptables qui lui incombent, et transmet au Constituant les informations nécessaires afin de permettre à ce dernier de se conformer à ses propres obligations fiscales et comptables.

ARTICLE 10 - REMPLACEMENT DU FIDUCIAIRE

Il pourra être procédé au remplacement du Fiduciaire sur décision du Constituant (i) si le Fiduciaire manque à ses obligations contractuelles substantielles s'il n'est pas remédié à ce manquement dans un délai de soixante (60) jours à compter de la notification qui lui en est faite par le Constituant, ou (ii) si le Fiduciaire met en péril les intérêts qui lui sont confiés.

Dans chacun de ces cas, le Constituant pourra également, conformément à l'article 2027 du Code civil, demander en justice la désignation d'un fiduciaire provisoire.

Dans tous les cas, la désignation de tout nouveau fiduciaire emporte de plein droit dessaisissement du Fiduciaire et transfert du Patrimoine Fiduciaire en faveur de son remplaçant.

ARTICLE 11 - OBLIGATIONS RÉCIPROQUES D'INFORMATIONS RELATIVES À LA GESTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE

11.1 Information par le Fiduciaire

Le Fiduciaire communiquera au Constituant les comptes annuels de la Fiducie, ainsi que tout rapport du ou des commissaires aux comptes y afférents.

11.2 Information par le Constituant

- a) Le Constituant s'engage à informer le Fiduciaire de tout événement fait, ou circonstance dont il aurait connaissance et de nature à affecter favorablement ou défavorablement, directement ou indirectement, immédiatement ou à terme, le Patrimoine Fiduciaire, notamment :
 - (i) Tout événement ou fait connu de nature à affecter :
 - (a) La substance ou la valorisation du Patrimoine Fiduciaire,
 - (b) Les fruits générés par le Patrimoine Fiduciaire,
 - (c) Le droit d'usage du Patrimoine Fiduciaire ;
 - (ii) Toute réclamation, revendication et/ou action d'un tiers portant atteinte au Patrimoine Fiduciaire ;
 - (iii) Toute demande de renseignement ou notification de contrôle de la part d'une administration fiscale, sociale ou autre.
- b) Devront être notifiés au Fiduciaire dans les trente (30) jours de leur réception par le Constituant, sauf si la procédure impose un délai de réponse plus court, tous courriers, notifications diverses de l'administration, sommations, conclusions, jugements, arrêts, sentences arbitrales, et d'une manière générale toutes pièces afférentes directement ou indirectement à l'événement, fait ou circonstance en

question, considérés comme pouvant affecter favorablement ou défavorablement, directement ou indirectement, immédiatement ou à terme, le Patrimoine Fiduciaire.

ARTICLE 12 - TIERS PROTECTEUR

Le Constituant renonce à la faculté de désigner un tiers protecteur pendant toute la durée de la Fiducie.

ARTICLE 13 - DÉCLARATIONS ET GARANTIES

13.1 Déclarations et garanties relatives à la personne du Constituant

Le Constituant déclare et garantit à la date de signature du Contrat et, sauf en ce qui concerne le paragraphe (e) (i), tant que ledit Contrat sera en vigueur que :

- (a) il n'est pas et n'a jamais été en cessation de paiements et n'est l'objet d'aucune action, démarche ou procédure quelconque entreprise par une personne quelconque aux fins (i) de procéder à, ou demander, la cessation des paiements, la dissolution, la sauvegarde, y compris la sauvegarde financière accélérée, le redressement, la liquidation ou la mise sous administration judiciaire ou la nomination d'un mandataire *ad hoc*, d'un conciliateur, (ii) de négocier et/ou d'instituer tout règlement amiable relatif à ses dettes et/ou (iii) de restructurer, volontairement ou non et en tout ou en partie, le Constituant ;
- (b) il est une association de droit français régulièrement constituée et valablement déclarée ;
- (c) il a la capacité requise et a obtenu les autorisations de ses organes compétents nécessaires pour signer le présent Contrat et exécuter les obligations qui en découlent ;
- (d) le signataire dispose de tous les pouvoirs nécessaires pour signer le Contrat au nom et pour le compte du Constituant ;
- (e) la signature du présent Contrat et l'exécution des obligations qui en découlent pour le Constituant ne contreviennent à aucune stipulation de ses statuts ou de son Règlement Intérieur, à aucune de ses obligations à l'égard de tiers, ni à aucune législation et/ou réglementation qui lui est applicable ;
- (f) ses obligations au titre du présent Contrat sont valables et ont force obligatoire à son égard ;
- (g) les comptes sont préparés conformément à la législation propre à l'activité du Constituant et sous le contrôle d'un commissaire aux comptes, et donnent une image fidèle et sincère de sa situation financière et de ses opérations pendant l'exercice fiscal auquel ils se rapportent.

13.2 Déclarations et garanties relatives au Patrimoine Fiduciaire

Le Constituant déclare et garantit à la date de signature du présent Contrat et à tout moment au cours de son exécution et sous réserve des droits créés au profit du Fiduciaire, que :

- (a) il a la pleine et entière propriété de tous les Biens et Droits Transférés à la Fiducie à la date des présentes et de ceux qu'il s'engage à transférer dans l'avenir en application du présent Contrat ;

- (b) les Biens et Droits Transférés en Fiducie ne font l'objet d'aucune cession y compris à titre fiduciaire, gage, nantissement, délégation ou autre sûreté, garantie, engagement de cession ou tout autre droit quelconque au profit de tout tiers et ne font l'objet d'aucune procédure de saisie ;
- (c) il n'existe aucune action, procédure pendante devant un tribunal ou une administration ou menace d'un tel litige qui soit de nature à constituer un obstacle à la signature du présent Contrat ou au transfert par le Constituant des Biens et Droits Transférés en Fiducie ;
- (d) les éléments permettant l'identification de chacun des Biens et Droits Transférés en Fiducie sont exacts.

13.3 Déclarations et garanties du Fiduciaire

Le Fiduciaire déclare et garantit à la date de signature du présent Contrat et à tout moment au cours de son exécution que :

- (a) il a la capacité requise pour être fiduciaire au sens de l'article 2015 du Code civil ; et
- (b) la signature du présent Contrat et l'exécution des obligations qui en découlent pour le Fiduciaire ne contreviennent à aucune disposition qui le régit.

ARTICLE 14 - ENGAGEMENTS

14.1 Engagements du Constituant

Le Constituant :

- a) s'interdit, pour se décharger de son engagement, d'invoquer toute modification dans la forme juridique du Fiduciaire quand bien même elle entraînerait la création d'une personnalité morale nouvelle, ou la désignation d'un nouveau fiduciaire ;
- b) accepte par avance la poursuite du présent Contrat en cas de modification par transformation, fusion, scission ou cession de contrôle du Fiduciaire ;
- c) s'interdit d'une façon générale, d'agir de quelque manière que ce soit qui puisse préjudicier aux droits du Fiduciaire conférés par les présentes. Toute atteinte aux droits du Fiduciaire, qui aurait pour objet ou pour effet de faire venir le Constituant en concours avec le Fiduciaire sur le Patrimoine Fiduciaire, est de plein droit considérée comme nulle et les biens et droits obtenus indûment par le Constituant, entrent de plein droit dans l'assiette de la Fiducie ;
- d) s'engage à ne pas constituer ou permettre de subsister tout droit quel qu'il soit au bénéfice de tiers (incluant toute sûreté, cession y compris à titre fiduciaire, option, droit de préemption et tout droit analogue) sur les Biens et Droits Transférés en Fiducie, sans l'accord exprès et préalable du Fiduciaire ;
- e) s'engage à informer le Fiduciaire sans délai, de toute revendication ou procédure dont il aurait connaissance relative au Patrimoine Fiduciaire ;
- f) s'engage à notifier au Fiduciaire, dès qu'il en aura eu connaissance, tout événement, fait ou circonstance de nature à entraîner une dégradation de la valeur du Patrimoine Fiduciaire, et plus généralement à respecter les obligations d'information mentionnées au paragraphe 12.2 ci-dessus ;
- g) s'engage à informer préalablement le Fiduciaire de toute modification de ses statuts ou de son Règlement Intérieur ;

- h) s'engage à donner accès sans délai à toute demande du Fiduciaire en vue de lui permettre de se conformer à ses obligations déclaratives (notamment en matière d'enregistrement ou relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux) ;
- i) s'engage à informer préalablement le Fiduciaire de tout changement affectant son objet ou la nature de sa gouvernance ;
- j) s'engage à autoriser et signer ou faire en sorte que soient autorisés et signés, à ses frais, toutes décisions et documents, et effectuer ou faire en sorte que soient effectuées, toutes démarches nécessaires ou appropriées afin de rendre opposables ou de préserver, les droits créés aux termes des présentes ou de permettre au Fiduciaire d'exercer ses droits et recours au titre des présentes ;
- k) s'engage à respecter le cas échéant la réglementation européenne ;
- l) s'engage conformément aux dispositions du 2° et du 3° du I de l'article 238 quater K du Code général des impôts à :
 - (i) inscrire à son bilan les biens ou droits transférés ainsi que les amortissements et provisions de toute nature y afférents ;
 - (ii) se substituer au Fiduciaire pour la réintégration des provisions et résultats afférents aux Biens et Droits Transférés en Fiducie dont la prise en compte avait été différée pour l'imposition du Patrimoine Fiduciaire ;
 - (iii) calculer les plus-values réalisées ultérieurement à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables qui lui ont été transférées d'après la valeur qu'elles avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du Patrimoine Fiduciaire ;
 - (iv) réintégrer dans ses bénéfices imposables les plus ou moins-values dégagées lors du transfert de biens amortissables. La réintégration des plus-values est effectuée par parts égales sur une période de quinze ans pour les constructions et les droits qui se rapportent à des constructions ainsi que pour les plantations et les agencements et aménagements des terrains amortissables sur une période au moins égale à cette durée. Cette période est de cinq ans dans les autres cas.

Toutefois, la cession d'un bien amortissable entraîne l'imposition immédiate de la fraction de la plus-value afférente à ce bien qui n'a pas encore été réintégrée.

En contrepartie, les amortissements et les plus-values ultérieurs afférents aux éléments amortissables sont calculés d'après la valeur d'inscription à son bilan ;
 - (v) inscrire les éléments autres que les immobilisations au bilan du Constituant pour la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du Patrimoine Fiduciaire. À défaut, le profit correspondant à la différence entre la valeur d'inscription au bilan du Constituant de ces éléments et la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du Patrimoine Fiduciaire est compris dans le résultat imposable de ce dernier au titre de l'exercice au cours duquel intervient le retour des biens au Constituant.

14.2 Engagements du Fiduciaire

Le Fiduciaire :

- a) s'oblige à administrer le Patrimoine Fiduciaire selon les buts de la Fiducie, aux fins de préserver les droits du Bénéficiaire et à accomplir tout acte nécessaire à la conservation et à la préservation des Biens et Droits Transférés en Fiducie ;

- b) s'engage lorsqu'il agit pour le compte de la Fiducie à en faire expressément mention ;
- c) s'engage à rendre compte de sa mission au Constituant, selon les modalités fixées au présent Contrat et au moins une fois par an, ainsi qu'en cas de réalisation de la Fiducie ;
- d) s'engage à informer le Constituant de tout frais nouveau à engager, considérés nécessaires au fonctionnement de la Fiducie ; et
- e) s'engage à respecter les prescriptions du 3° et du 4° du I de l'article 238 quater B du Code général des impôts, et plus particulièrement à :
 - (i) inscrire dans les écritures du Patrimoine Fiduciaire les Biens et Droits Transférés en Fiducie ainsi que les amortissements et provisions de toute nature y afférents ;
 - (ii) se substituer au Constituant pour la réintégration des provisions et résultats afférents aux Biens et Droits Transférés en Fiducie dont la prise en compte avait été différée pour l'imposition de ce dernier ;
 - (iii) calculer les plus-values réalisées ultérieurement à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables qui ont été transférées dans le Patrimoine Fiduciaire d'après la valeur qu'elles avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du Constituant ;
 - (iv) réintégrer dans les bénéfices imposables au titre du Patrimoine Fiduciaire les plus ou moins-values dégagées lors du transfert de biens amortissables. La réintégration des plus-values est effectuée par parts égales, dans la limite de la durée initiale du Contrat, sur une période de quinze ans pour les constructions et les droits qui se rapportent à des constructions ainsi que pour les plantations et les agencements et aménagements des terrains amortissables sur une période au moins égale à cette durée. Cette période est de cinq ans dans les autres cas.

Toutefois, la cession d'un bien amortissable entraîne l'imposition immédiate de la fraction de la plus-value afférente à ce bien qui n'a pas encore été réintégrée.

En contrepartie, les amortissements et les plus-values ultérieurs afférents aux éléments amortissables sont calculés d'après la valeur d'inscription dans les écritures du Patrimoine Fiduciaire ;
 - (v) inscrire les éléments autres que les immobilisations transférés dans le Patrimoine Fiduciaire dans les écritures du Patrimoine Fiduciaire pour la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du Constituant.

À défaut, le profit correspondant à la différence entre la valeur d'inscription dans les écritures du Patrimoine Fiduciaire de ces éléments et la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du Constituant est compris dans le résultat imposable de ce dernier au titre de l'exercice au cours duquel intervient le transfert dans le Patrimoine Fiduciaire.

ARTICLE 15 - RESPONSABILITÉS

15.1 Responsabilité du Constituant

- a) Le Constituant engage sa responsabilité du fait de la violation de toute obligation assumée par ce dernier au titre de toute stipulation du présent Contrat et de tout acte ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au Patrimoine Fiduciaire et aux Biens et Droits Transférés en Fiducie.

- b) Le Constituant engage sa responsabilité à l'égard du Fiduciaire et des tiers en cas d'immixtion dans la gestion du Patrimoine Fiduciaire et répond de toute faute pouvant lui être imputée en raison de son immixtion.
- c) Le Bénéficiaire apprécie sous sa seule responsabilité le caractère proportionné des actifs mis en Fiducie au regard de la finalité de la Fiducie. Le Fiduciaire n'engage pas sa responsabilité en sa qualité de Fiduciaire à ce titre.

15.2 Responsabilité du Fiduciaire

Sauf faute lourde, le Fiduciaire ne saurait être tenu responsable de quelque manière que ce soit au titre de la Fiducie.

En particulier (sans que cela soit limitatif) :

- a) le Fiduciaire sera en droit de se fier à toute déclaration ou notification notamment fiscale du Bénéficiaire ou du Constituant ;
- b) en cas d'insuffisance éventuelle du Patrimoine Fiduciaire, aucun passif y afférent ne saurait de quelque façon que ce soit être mis à la charge du Fiduciaire ; et
- c) le Constituant s'engage à indemniser le Fiduciaire à première demande de tout dommage, préjudice, coût ou frais de toute nature qu'il subirait dans le cadre de la mise en œuvre de la Fiducie ou résultant d'une disposition fiscale existante ou future de toute nature ou de la situation juridique, comptable ou fiscale du Constituant ou du Bénéficiaire qui ferait supporter au Fiduciaire une imposition ou un coût qu'il n'aurait pas subi s'il n'était pas Fiduciaire.

ARTICLE 16 - PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE

Sans préjudice des droits des créanciers du Constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au présent Contrat 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.

ARTICLE 17 - RÉSILIATION ANTICIPÉE DE LA FIDUCIE

La Fiducie pourra être résiliée par anticipation :

- a) à l'initiative du Constituant ou du Fiduciaire en cas de non respect par l'autre partie de ses déclarations et garanties ou de ses engagements (sous réserve, le cas échéant, de délais de préavis et de tests de matérialité) ;
- b) à l'initiative du Fiduciaire et sans délai, dans le cas où la poursuite de la Fiducie attenterait à ses intérêts fondamentaux ;
- c) au cas de liquidation du Fiduciaire.

Dans l'hypothèse d'une résiliation du présent Contrat avant son terme à l'initiative du Constituant et hors le cas de faute lourde du Fiduciaire, le Constituant sera tenu (i) d'indemniser le Fiduciaire à hauteur d'une indemnité forfaitaire de X hors taxes, (ii) de payer les Frais dus et à devoir au Fiduciaire à la date de résiliation de la Fiducie, et (iii) d'indemniser le Fiduciaire des frais réels engagés par le Fiduciaire et liés à l'établissement de la Fiducie.

Au cas de fin de la Fiducie pour quelque cause que ce soit, les contrats en cours ne sont pas remis en cause, et seront poursuivis par le Bénéficiaire.

ARTICLE 18 - LIQUIDATION DE LA FIDUCIE

Lors de la cession à son terme ou anticipée du présent Contrat, le Fiduciaire procède à la liquidation de la Fiducie.

Lorsque le Fiduciaire aura constaté que le Constituant est intégralement déchargé de toutes ses obligations, le Patrimoine Fiduciaire retourne de plein droit et en pleine propriété dans le patrimoine du Constituant, Bénéficiaire à titre subsidiaire.

Le Fiduciaire est chargé de l'établissement des comptes de liquidation et des formalités relatives à l'extinction de la Fiducie, notamment l'établissement de l'avenant constatant l'extinction de la Fiducie, l'enregistrement de cet avenant au service des impôts compétent et le transfert du Patrimoine Fiduciaire résiduel au Bénéficiaire.

Le Fiduciaire notifie la restitution du Patrimoine Fiduciaire au Bénéficiaire, lequel est tenu de prêter tout concours nécessaire à la matérialisation de la restitution dans les trente (30) jours de la notification. À défaut, le Fiduciaire peut faire désigner en justice un mandataire chargé de constater le transfert du Patrimoine Fiduciaire résiduel au Bénéficiaire et de signer tous actes de cession et toutes autres pièces qui s'avèreraient nécessaires.

ARTICLE 19 - RÉMUNÉRATION, FRAIS ET DÉBOURS DU FIDUCIAIRE ET DE LA FIDUCIE

19.1 La rémunération, les frais et débours du Fiduciaire ou de la Fiducie (notamment les frais d'enregistrement) y compris pour les avenants seront déduits du Patrimoine Fiduciaire.

19.2 La rémunération, les frais et débours du Fiduciaire (ensemble les « Frais ») sont déterminés comme suit :

- a) un montant forfaitaire de X hors taxes, au titre de la mise en place de la Fiducie, est payable dans les six (6) mois suivant la date de signature du présent Contrat ;
- b) un montant annuel forfaitaire de X hors taxes, au titre du suivi et de la reddition des comptes de la Fiducie, est payable au Fiduciaire au 31 décembre de chaque année.

19.3 Les frais afférents à la Fiducie, les honoraires, les frais et débours du commissaire aux comptes de la Fiducie, les frais et débours de délégués de missions ainsi que les honoraires frais, débours des conseils juridiques engagés par le Fiduciaire dans l'intérêt de la Fiducie seront facturés au nom du Fiduciaire pour la Fiducie et prélevés sur le Patrimoine Fiduciaire. Le cas échéant, il en sera de même pour les débours engagés par le Fiduciaire.

19.4 Les prestations du Fiduciaire restent soumises aux règles en vigueur en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

19.5 Les Frais feront l'objet d'un prélèvement sur le Patrimoine Fiduciaire, après information du Constituant. Ces Frais seront prélevés de manière prioritaire par rapport à toute affectation sur le Patrimoine Fiduciaire (après liquidation d'office si nécessaire).

ARTICLE 20 - FISCALITÉ ET COMPTABILITÉ

20.1 Fiscalité

- a) Le Constituant, agissant au titre des sommes transférées à l'article 4, fera son affaire du paiement à bonne date de tout impôt dû au titre des revenus ou des résultats de la Fiducie.
- b) Le Constituant s'engage à communiquer, par notification écrite, au Fiduciaire, au plus tard le dernier jour de l'exercice imposable de la Fiducie, son régime fiscal en matière d'impôt sur les bénéfices des sociétés. Toute modification ultérieure de ce régime devra être portée à la connaissance du Fiduciaire, dès que le constituant en aura eu connaissance.

Dans le cas où un évènement visé à l'article 238 quater I du Code général des impôts se produirait, le Constituant ou ses ayants-droit notifieront au Fiduciaire dans les quinze jours calendaires de la date de survenance dudit évènement (i) son régime fiscal en matière d'impôt sur les bénéfices des sociétés, (ii) s'il relève ou non des dispositions prévues par les articles 238 quater J ou 238 quater K du Code général des impôts.

- c) Le Fiduciaire s'engage à communiquer au Constituant les informations relatives aux revenus ou aux résultats de la Fiducie réalisés au titre du dernier exercice clos ou à la date de survenance d'un évènement prévu aux articles 238 quater I, 238 quater J ou 238 quater K du Code général des impôts, et ce, au plus tard quinze jours (15) avant la date limite de dépôt de la déclaration d'impôt sur les bénéfices des sociétés prévue à l'article 223 du Code général des impôts.
- d) Le Constituant s'acquittera de toutes les obligations déclaratives lui incombant dans les conditions de droit commun et versera l'impôt sur les bénéfices des sociétés y afférent.
- e) Le Fiduciaire versera au Constituant par prélèvement sur le Patrimoine fiduciaire le montant de l'impôt à la charge du Constituant dans le délai de soixante jours (60) à compter de la date de clôture de l'exercice ou dans le délai prévu à l'article 201 du Code général des impôts en cas de survenance d'un évènement visé par les articles 238 quater I, 238 quater J ou 238 quater K du Code général des impôts entraînant l'exigibilité de l'impôt.

Le Constituant fournira au Fiduciaire le justificatif de paiement de l'impôt sur les bénéfices des sociétés effectivement acquitté.

- f) Conformément aux dispositions de l'article L 13 du Livre des Procédures Fiscales, la Fiducie est soumise à vérification de comptabilité en la personne du Fiduciaire qui pourra se faire assister des conseils de son choix afin d'assurer la défense de la Fiducie. Dans l'hypothèse de l'engagement par l'administration fiscale d'une vérification de comptabilité ou d'une procédure de rectification à l'encontre de la Fiducie, le fiduciaire notifiera dans les quinze (15) jours calendaires, l'évènement au Constituant.
- g) Le Constituant apportera toute aide et coopération nécessaire afin de permettre au Fiduciaire de répondre à toute demande d'information ou de renseignement émanant de l'administration fiscale et concernant la Fiducie.
- h) S'il l'estime opportun, le Constituant pourra également se faire assister des conseils de son choix afin d'émettre toute suggestion sur la ligne de conduite qui leur paraîtrait appropriée. Dans ce cas, le Constituant devra informer le Fiduciaire de la désignation desdits conseils en vue de la défense des intérêts de la Fiducie.

- i) Enfin, le Constituant pourra renoncer à assurer la défense de la Fiducie en matière fiscale. Dans ce cas, le Fiduciaire assisté des conseils de son choix, pourra le cas échéant accepter toute proposition de rectification adressée par l'administration fiscale au titre du résultat de la Fiducie, une telle acceptation s'imposant entre les Parties.

20.2 Comptabilité

Le premier exercice comptable commence à la date de création de la Fiducie et sera clos le 31 décembre de l'année suivante. Les exercices suivants correspondront à chaque année civile. La date de clôture de l'exercice comptable de la Fiducie coïncide à tout moment avec la date de clôture de l'exercice comptable du Fiduciaire.

Sauf obligation légale, les comptes annuels sont établis, pour chaque exercice, selon les mêmes formes et les mêmes méthodes d'évaluation que pour les exercices précédents.

Le fiduciaire établit, au 31 décembre de chaque année :

- (i) l'inventaire des éléments de l'actif et du passif composant le Patrimoine Fiduciaire ;
- (ii) les comptes annuels de la Fiducie : bilan et compte de résultat ;
- (iii) un rapport de gestion dans lequel le Fiduciaire rend compte de l'exécution de sa mission, des difficultés rencontrées et des perspectives envisagées.

Le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice. Il fait apparaître, par différence, le bénéfice ou la perte de l'exercice.

Parmi les charges, sont compris notamment :

- (i) les Frais du Fiduciaire ;
- (ii) les primes d'assurances afférentes au Patrimoine Fiduciaire et à la mission du Fiduciaire ;
- (iii) la rémunération de tous intervenants et/ou mandataires ;
- (iv) les dépréciations et amortissements en application des dispositions légales applicables ;
- (v) les provisions jugées nécessaires par le Fiduciaire pour couvrir tous risques et/ou pertes éventuels.

Parmi les produits figurent notamment les produits de placement de la Trésorerie.

Le patrimoine fiduciaire donne lieu à comptabilisation chez le Fiduciaire. Il donne également lieu à comptabilisation d'une créance égale à la valeur du Patrimoine Fiduciaire chez le Constituant.

Les opérations affectant le Patrimoine Fiduciaire donnent lieu à comptabilisation autonome chez le fiduciaire au titre de la Fiducie.

ARTICLE 21 - ATTRIBUTION

Le montant équivalent à celui de l'impôt dû par le Constituant à raison de l'activité de la Fiducie et en considération du régime fiscal applicable au Constituant, est versé chaque année, selon les modalités prévues à l'article 20.1 (e) par prélèvement sur le Patrimoine Fiduciaire dans la limite de la Trésorerie disponible de la Fiducie (ci-après le « **Montant de**

l'Impôt ») étant rappelé que le Constituant est le seul redevable légal du Montant de l'Impôt.

Les Frais définis à l'article 19.3 ci-dessus, exposés au cours de l'exercice considéré, et le Montant de l'Impôt, pourront être versés en tout ou partie au Constituant dans la limite de la Trésorerie disponible de la Fiducie (ci-après l'« **Attribution au Constituant** »).

Alternativement ces sommes pourront être mises en réserve, en tout ou partie. La décision d'attribution ou de mise en réserve est prise par le Constituant.

ARTICLE 22 - DÉLÉGATIONS

Le Fiduciaire pourra déléguer ou sous-traiter certaines des missions qui lui sont confiées à toute entité de son choix et présentant les qualités de compétence requises, étant entendu :

- (i) qu'il sera tenu d'une obligation de vigilance dans le choix du délégataire ;
- (ii) que le délégataire devra satisfaire aux conditions légales et réglementaires requises pour accomplir ces actes d'administration ou de gestion ;
- (iii) que la délégation ne pourra porter sur l'intégralité de la mission d'administration et de gestion du Fiduciaire ;
- (iv) que la propriété d'aucun des droits et biens constituant le Patrimoine Fiduciaire ne pourra être transférée à ce délégataire ;
- (v) que le délégataire sera rémunéré au moyen de la rétrocession d'une quote-part des Frais du Fiduciaire ; et
- (vi) que toute délégation sera portée à la connaissance du Constituant.

ARTICLE 23 - NOTIFICATION

Toutes les notifications et réclamations relatives au présent Contrat seront faites, sauf stipulation contraire, par courrier électronique. Elles pourront faire l'objet d'un envoi par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans ce cas, les notifications seront effectives à la date de première présentation de ladite lettre recommandée aux adresses indiquées en tête des présentes.

ARTICLE 24 - NULLITÉ PARTIELLE

Si à tout moment, une stipulation du Contrat est ou devient nulle, la validité des autres stipulations du contrat n'en sera pas affectée.

ARTICLE 25 - ABSENCE DE RENONCIATION

Aucun retard, aucune abstention ni aucune omission dans l'exercice d'un droit ou d'un recours par le fiduciaire ne constituera une renonciation à ceux-ci, ni une décharge des obligations du Constituant aux termes du présent Contrat. De même, l'exercice partiel d'un droit ou l'exercice d'une seule des voies de recours mise à la disposition du Fiduciaire n'est

pas un obstacle à son exercice ultérieur, ni à l'exercice plus généralement des droits et recours prévus par la loi.

Les droits et recours conférés aux termes du présent Contrat sont cumulatifs et ne sont pas exclusifs des droits et recours légaux.

ARTICLE 26 - CONFIDENTIALITÉ - COMMUNICATION

Les Parties conviennent que le Contrat et les informations y afférentes sont confidentielles.

Par dérogation au paragraphe précédent, le Constituant accepte et autorise expressément la communication par le Fiduciaire de toutes informations utiles le concernant à toute personne dont l'intervention est nécessaire pour l'accomplissement de sa mission, dans le cadre de la réalisation des prestations et services prévus par le Contrat.

Le Fiduciaire pourra également, avec l'accord préalable et écrit du Constituant, faire état de la Fiducie dans le cadre de toute communication orale ou écrite (conférence, plaquette, etc.) destinée à la promotion du mécanisme fiduciaire en général.

Le Fiduciaire prend toutes les mesures utiles pour assurer la confidentialité des informations transmises.

Par suite, le Fiduciaire ne pourra être tenu responsable de l'usage fait par les tiers des informations transmises au titre du présent article.

ARTICLE 27 - CESSION DU CONTRAT

Le Constituant / Bénéficiaire ne pourra céder tout ou partie de ses droits et / ou obligations au titre du présent Contrat sans l'accord préalable et écrit du Fiduciaire.

Le Fiduciaire ne pourra céder le Contrat qu'à un nouveau fiduciaire répondant aux qualités requises par la loi et notamment par l'article 2015 du Code civil et désigné par le Constituant ou par voie de justice.

ARTICLE 28 - DROIT APPLICABLE ET JURIDICTION COMPÉTENTE

28.1 Le Contrat est régi par le droit français.

28.2 Tous les litiges relatifs à la validité, l'interprétation ou l'exécution du présent Contrat seront de la compétence des tribunaux compétents du ressort de X.

Fait à X

Le X

En quatre (4) exemplaires originaux (dont un exemplaire pour l'enregistrement)

Le Constituant

Le Fiduciaire

Le Bénéficiaire

Par :

Par :

Par :

Titre :

Titre :

Titre :

ANNEXES

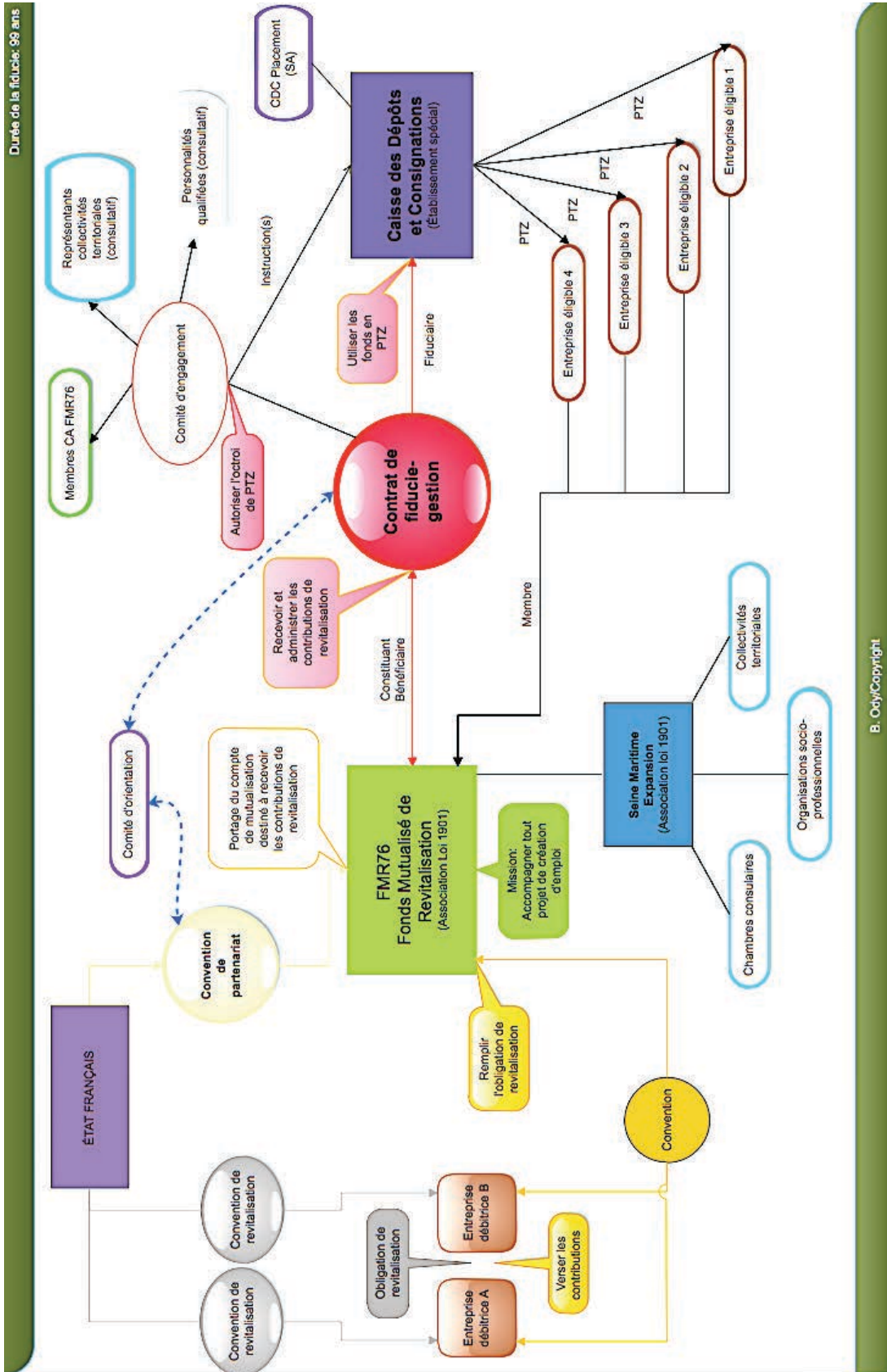
ANNEXE 1 : EXPERTISE DE LA VALEUR DES BIENS MIS EN FIDUCIE

ANNEXE 2 : CERTIFICATS ET ÉTATS PRÉVUS POUR LA VENTE IMMEUBLE
(AMIANTE, TERMITES, PLOMB, RISQUES NATURELS, ETC.)

ANNEXE 3 : TARIFICATION DES ACTES LIÉS AUX ÉVÈNEMENTS DE GESTION

ANNEXE 4 : PERSONNES HABILITÉES AU TITRE DU CONTRAT

Annexe n°5 : Schéma organisationnel de la « Fiducie-revitalisation » FMR76



B. Ody/Copyright

Annexe n°6 : Proposition de contrat de fiducie-protection
(formule)¹⁶⁶⁷

L'AN X,

LE X

À X, au siège de l'Office notarial, ci-après nommé,

Maître X, notaire,

avec la participation de X, notaire, assistant le fiduciaire,

À reçu le présent acte contenant :

ENTRE :

Ayant pour conseil Maître X, notaire à X

Ci-après désigné par « *Le Constituant* »,

D'UNE PART

ET :

La Société dénommée **FIDUCIAIRE**

Ayant pour conseil Maître X, notaire soussigné,

Ci-après désigné par « *Le Fiduciaire* »,

D'AUTRE PART

*Ci-après ensemble désignées les « Parties » ou la « Partie »,
sauf le cas où elles seront nommément désignées*

¹⁶⁶⁷ Proposition élaborée avec l'aide des travaux suivants : J.-F. DESBUQUOIS et al. « Fiducie et famille (Dossier) ». *AJ fam.*, avril 2015, p. 195 à 211 ; H. LETELLIER. « Avocat fiduciaire et majeur vulnérable : proposition de formulation d'acte ». *AJ fam.*, avril 2015, p. 206 à 209.

APRES AVOIR ÉTÉ EXPOSÉ QUE

A) Le Constituant est une personne physique soumise à l'Impôt sur le revenu.

Elle réside dans un État membre de la Communauté européenne, à savoir la France

B) Le Fiduciaire est une personne morale répondant aux conditions posées par l'article 2015 du Code civil, pour l'exercice d'une telle mission.

Le Fiduciaire est résident d'un État membre de la Communauté européenne, à savoir la France.

C) Le Constituant est propriétaire d'un certain nombre de biens, droits ou sûretés, tels que définis ci-dessous, dont il a souhaité transférer provisoirement la propriété au Fiduciaire afin que celui-ci les gère et les administre pour son compte pendant la durée de la fiducie, dans un patrimoine d'affectation, à charge pour le Fiduciaire de transférer le patrimoine fiduciaire au Constituant, ou à tout autre bénéficiaire désignés par ces derniers, à l'issue du contrat de fiducie.

D) Après une période de négociations, les parties se sont donc rapprochées afin d'arrêter les termes, conditions et modalités de la présente convention de fiducie.

CECI EXPOSÉ. IL A ÉTÉ CONVENU ET ARRÊTÉ CE QUI SUIT :

ARTICLE 1 - Objet du contrat - Dénomination

1.1 Par les présentes, le Constituant transfère au Fiduciaire, pour la durée définie à l'article « *Durée* » ci-dessous, la propriété des biens, droits et sûretés ci-dessous énumérés lui appartenant (ci-après désignés « Le Patrimoine Fiduciaire ») afin que le Fiduciaire les gère et les administre et les valorise librement, dans un objectif de sécurisation et d'optimisation de la gestion, pendant la durée de la fiducie, dans les conditions ci-après précisées, à charge pour le Fiduciaire, de transférer définitivement la propriété du patrimoine fiduciaire au Constituant, en qualité de bénéficiaire, ou à tout autre bénéficiaire désigné par eux, à l'issue du contrat de fiducie, conformément aux dispositions des articles 2011 et suivants du Code civil.

Les actifs fiduciaires sont les suivants :

- un bien Immobilier dont la désignation suit : ...
- des avoirs financiers dont la désignation suit : ...
- etc.

Pendant la durée de la fiducie, d'autres biens pourront être transférés à la fiducie par le Constituant, en complément des biens ci-dessus.

Le cas échéant, tout actif venant en remplacement de tout ou partie des actifs fiduciaires, de quelque façon et pour quelque raison que ce soit, sera de plein droit réputé avoir appartenu au patrimoine fiduciaire depuis ce jour par l'effet d'une subrogation réelle.

À toutes fins utiles, il est précisé que les montants nets de franchise, commissions et autres frais résultant du versement de toutes indemnités d'assurance qui seraient perçues par le Fiduciaire *es qualités*, par suite de la perte totale ou partielle des actifs du patrimoine fiduciaire, quelle que soit la cause et le responsable dudit sinistre et ses conséquences pour

les parties, viendront en remplacement, en valeur dans le patrimoine fiduciaire, des actifs fiduciaires concernés par ce sinistre, par l'effet d'une subrogation réelle.

1.2 Les parties conviennent que le patrimoine fiduciaire objet des présentes aura pour dénomination « ... »

ARTICLE 2 - Obligations et déclarations du Constituant

(à préciser)

ARTICLE 3 - Pouvoirs et obligations du Fiduciaire

3.1 Destination du patrimoine fiduciaire

(à préciser)

3.2 Mission et pouvoirs du fiduciaire

Le Fiduciaire disposera des pouvoirs de gestion, d'administration et de disposition ci-dessous énumérés, à l'exclusion de tous autres, étant entendu que le Fiduciaire sera responsable sur son patrimoine propre de toute violation de ces limitations de pouvoirs

Le Fiduciaire devra notamment,

(à préciser)

puis assurer le suivi de la gestion du patrimoine fiduciaire avec, notamment :

- envoi d'un *reporting* financier semestriel au Constituant
- envoi annuel des éléments nécessaires à l'établissement des déclarations fiscales personnelles du Constituant :
 - o revenus de capitaux mobiliers,
 - o impôt de solidarité sur la fortune,
 - o déclaration de succession en cas de décès du Constituant,
 - o et tout autre Impôt qui viendrait à être créé.
- remettre un audit juridique annuel avec un compte-rendu de la gestion, afin de vérifier notamment que la gestion par l'établissement dépositaire correspond aux souhaits du Constituant et à ses intérêts, et pouvant contenir des propositions de planification patrimoniale ;
- en cas de prononcé d'une mesure de sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle du Constituant, prendre toutes dispositions pour que la gestion de son patrimoine fiduciaire soit transformée en mode défensif ;
- en cas de décès, prendre toutes dispositions pour que les pièces utiles soient transmises au juriste chargé du règlement de la succession du Constituant. En cas de désignation de plusieurs juristes dont un notaire, celui-ci sera destinataire desdites pièces.

Le Fiduciaire s'engage à toujours gérer ce patrimoine fiduciaire en bon père de famille, et à le valoriser au mieux des intérêts du Constituant, avec tout le soin, les compétences, les qualifications, l'expérience et les diligences requises.

Le Fiduciaire pourra sous-traiter ou déléguer une partie de sa mission ou encore mandater tout tiers dans l'exercice d'une partie de celle-ci, sans qu'une telle sous-traitance ou délégation ou un tel mandat ne l'exonère par ailleurs de ses responsabilités au titre de la convention de fiducie. Il devra également en informer le Constituant par écrit à l'occasion du compte-rendu annuel de gestion.

3.3 Modalités de gestion

3.3.1 Le Fiduciaire s'oblige, lorsqu'il agit pour le compte de la fiducie, à toujours en faire expressément mention et notamment au titre de la mutation de biens, droits et/ou sûretés soumis à publicité, auquel cas celle-ci devra mentionner le nom du Fiduciaire *ès qualités*.

Le Fiduciaire s'engage à toujours se comporter envers le Constituant comme un partenaire loyal et de bonne foi et notamment à l'informer de toute difficulté qu'il pourrait rencontrer à l'occasion de l'exécution du présent contrat.

3.3.2 Le Fiduciaire rendra compte de l'exécution de sa mission et de sa gestion du patrimoine fiduciaire au Constituant dans les conditions et selon la périodicité déterminées à l'article 3.2.

3.4 Obligations du fiduciaire

3.4.1 Le Fiduciaire mettra à la disposition du Constituant ou lui communiquera, à sa demande, dans un délai maximum de trois (3) jours ouvrés, toute la documentation, les éléments comptables, ou toutes autres pièces ou tous renseignements pertinents afférents à la gestion du patrimoine fiduciaire, que le Constituant sera en droit de contrôler ou de faire contrôler, à ses frais, il tout moment, sous réserve d'en aviser par écrit le Fiduciaire avec un préavis de trois (3) jours.

Le Fiduciaire s'oblige, dans ce cadre, à apporter au Constituant et/ou à ses conseils toute l'assistance raisonnablement nécessaire pour leur permettre de mener à bien ces contrôles.

3.4.2 Le Fiduciaire s'oblige à isoler les biens, droits et/ou sûretés dont la propriété lui aura été provisoirement transférée par le Constituant dans les conditions précisées à l'article « *Objet du contrat* » ci-dessus, dans un patrimoine d'affectation autonome, distinct de son patrimoine propre et à tenir une comptabilité spécifique de toutes les opérations effectuées sur le patrimoine fiduciaire, qu'il mettra à la disposition du Constituant et de ses conseils, dans les conditions et selon les modalités définies à l'article « *Pouvoirs et obligations du Fiduciaire* » ci-dessus.

Le Fiduciaire ne peut être dépositaire personnellement des actifs fiduciaires, qui doivent rester dans l'établissement financier au sein duquel ils se trouvent à la constitution de la fiducie ; le changement d'établissement dépositaire ne peut intervenir qu'avec le consentement exprès du Constituant et au profit d'un établissement financier de réputation européenne et présentant les meilleures notes de solvabilité.

3.4.3 Le Fiduciaire veillera à s'assurer de la confidentialité des informations et documents portant sur le patrimoine fiduciaire, le Constituant et/ou les bénéficiaires, dont il aura eu communication dans le cadre de l'exécution du présent contrat, sous réserve des

communications officielles qui pourraient être requises par les autorités administratives, judiciaires, douanières, fiscales ou autres.

L'avocat agissant en qualité de Fiduciaire reste soumis à son secret professionnel, conformément à l'article 6.2.1.4 du règlement intérieur national de la profession d'avocat.

3.4.4 Le Fiduciaire s'oblige à effectuer toutes formalités et déclarations afférentes aux opérations effectuées sur le patrimoine fiduciaire dans le cadre de l'exécution dudit contrat.

ARTICLE 4 - Responsabilité du Fiduciaire

Conformément à l'article 2026 du Code civil, le Fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes commises dans l'exercice de sa mission.

En cas de manquement à ses devoirs ou de mise en péril des actifs fiduciaires, il pourra être révoqué judiciairement à la demande du Constituant ou du tiers protecteur, s'il en existe un.

ARTICLE 5 - Déclarations de l'avocat fiduciaire

Le représentant *ès qualités* de la SELARL FIDUCIAIRE déclare que cette dernière :

- a souscrit une assurance auprès de ... garantissant sa responsabilité civile professionnelle et la restitution des biens, droits et suretés mis en fiducie :
 - l'assurance de responsabilité civile professionnelle est d'un montant de 1 500 000 € par sinistre et par an,
 - la garantie de représentation est de ... % des actifs fiduciaires, ainsi que le tout résulte d'une attestation délivrée par ... , jointe aux présentes ; le maintien de ces assurance et garantie sera Justifié chaque année par une attestation figurant dans le rapport annuel remis au Constituant.
- a fait la déclaration prévue par l'article 2 du décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 auprès du bâtonnier du Conseil de l'ordre de ... , qui en a accusé réception le ... , et il a été inscrit sur le registre des avocats fiduciaires, ainsi qu'il résulte d'un certificat en date du ... , ci-annexé.
- doit exercer sa mission de fiduciaire dans le respect de ses obligations professionnelles en sa qualité d'avocat et notamment les principes d'indépendance, d'interdiction des conflits d'intérêts et d'absence de partage d'honoraires et rémunération avec des tiers ;
- dans toute correspondance relative à l'exercice de sa mission de fiduciaire, elle doit indiquer expressément cette qualité et attirer l'attention du destinataire sur le caractère non confidentiel de cette correspondance à l'égard des organes de contrôle de la fiducie.

ARTICLE 6 - Rémunération du Fiduciaire

En contrepartie des prestations assurées par le Fiduciaire, telles que définies à l'article 1 du présent contrat, celui-ci percevra, à titre d'honoraires, une rémunération égale à la somme de X EUROS (X €) hors taxe par an, correspondant à un devis prévisionnel de X heures de travail annuel estimé, multiplié par un taux horaire de X € HT à laquelle s'ajoute une

vacation de X € HT par an pour la tenue de la comptabilité de la fiducie par un expert-comptable, la société X.

En cas de défaut de paiement des honoraires par le Constituant dans les trente jours de la présentation de la facture annuelle, ils pourront être prélevés par le Fiduciaire sur les actifs mis en fiducie. Si les actifs mis en fiducie se révélaient insuffisants et que le Constituant ne réglait pas, le Fiduciaire pourrait librement révoquer la fiducie, au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception envoyée au constituant (au titre de l'exception d'inexécution contractuelle).

ARTICLE 7 - Incessibilité du contrat

(à compléter)

ARTICLE 8 - Durée du contrat

8.1 Le présent contrat, qui prend effet il compter du jour de sa signature, est conclu pour une durée de ... années.

À l'expiration de la durée initiale du contrat, les parties seront libres de reconduire, si elles le souhaitent, ce dispositif en concluant un nouveau contrat, dont la durée ne pourra excéder 99 ans.

8.2 Le présent contrat sera éteint, de plein droit, immédiatement, en cas de survenance de l'un ou l'autre des événements suivants:

- arrivée du terme ;
- réalisation, avant le terme, du but poursuivi par le contrat.

En outre, il résulte de l'article L641-12-1 du Code de commerce que : « Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire ».

8.3 Le présent contrat pourra également prendre fin, sur décision de justice, à la requête du Constituant en cas de survenance de l'un ou l'autre des événements suivants, conformément aux dispositions de l'article 2029, alinéa 2, du Code civil :

- renonciation de tous les bénéficiaires au présent contrat de fiducie,
- liquidation judiciaire ou dissolution du Fiduciaire,
- disparition du Fiduciaire en suite d'une absorption ou d'une cession,
- interdiction temporaire, radiation ou omission du tableau de l'Ordre des avocats du fiduciaire.

8.4 Enfin, le Constituant non frappé d'une mesure d'incapacité quelconque peut, à tout moment, par lettre recommandée avec accusé de réception, révoquer le présent contrat de fiducie, pour autant qu'il n'ait pas été accepté par un autre bénéficiaire.

Dés lors qu'il aura été accepte par un autre bénéficiaire, il ne pourra plus être révoqué ou modifié qu'avec l'accord exprès, préalable et écrit du bénéficiaire, ou sur décision de justice, à la requête du Constituant.

Dans ce cas, la révocation devra être signifiée par écrit au Fiduciaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et avec un préavis de trois (3) mois.

8.5 La cessation du présent contrat de fiducie, pour quelque cause que ce soit, entraînera l'obligation pour le Fiduciaire de transférer immédiatement la propriété du patrimoine fiduciaire, tel qu'il l'aura géré et valorisé et tel qu'il existera et se comportera à la date de cessation du contrat, au Constituant, de lui restituer toute la documentation, éléments comptables et autres pièces y afférentes.

ARTICLE 9 - Bénéficiaire du contrat - Bénéficiaire des revenus du patrimoine fiduciaire

Pendant la durée de la fiducie, le bénéficiaire des revenus générés par les actifs fiduciaires sera le Constituant.

ARTICLE 10 - Tiers protecteur

Le Constituant peut, à tout moment, désigner un tiers protecteur, au sens des dispositions de l'article 2017 du Code civil, chargé d'assurer la préservation de ses intérêts, dans le cadre de l'exécution du contrat de fiducie.

Cette désignation devra intervenir par lettre recommandée avec demande d'avis de réception signifiée par le Constituant au Fiduciaire, avec copie de l'acceptation de sa mission par le tiers protecteur.

Le tiers protecteur bénéficie, à ce titre et pour accomplir sa mission, des mêmes pouvoirs et prérogatives que le Constituant

ARTICLE 11 - Remplacement du Fiduciaire

(à compléter)

ARTICLE 12 - Dispositions fiscales

Le Constituant supportera l'ensemble des impôts, taxes et redevances se rapportant aux actifs fiduciaires.

ARTICLE 13 - Langue du contrat - Droit applicable

De convention expresse entre les parties, le présent contrat est régi et soumis au droit français.

Il est rédigé en langue française. Dans le cas où il serait traduit en une ou plusieurs langues, seul le texte français ferait foi en cas de litige.

ARTICLE 14 - Litiges

Le présent contrat est soumis au droit français, à l'exclusion de tout texte étranger y compris ceux désignés par toute règle de conflit international Si le présent contrat ou ses annexes étaient traduits en langue étrangère, seule la version française fera foi.

Tous différends relatifs notamment à la validité, l'interprétation, l'exécution ou la cessation du présent contrat, leurs conséquences et leurs suites, devront être résolus en priorité par un règlement amiable.

En cas d'échec de cette solution, les juridictions compétentes du ressort de la cour d'appel de ... seront seules compétentes, sauf compétence territoriale ou matérielle attribuée à une autre juridiction par l'effet de la loi, nonobstant pluralité de défendeurs ou appel en garantie, y compris pour les procédures en référé.

Les dispositions qui précèdent ne pourront faire obstacle aux dispositions ordinaires auxquelles est soumis le Fiduciaire en sa qualité d'avocat.

ARTICLE 15 - Formalités

15.1 Le notaire soussigné procédera à l'enregistrement de la présente convention de fiducie dans les délais et conditions de l'article 2019 du Code civil.

15.2 Le Fiduciaire procédera à la déclaration d'existence de la fiducie prévue à l'article 238 quater L du Code général des Impôts, conformément aux dispositions de l'article 344 M de l'annexe III du même Code.

15.3 Le Fiduciaire procédera à l'enregistrement de la présente convention de fiducie au registre national des fiducies visé par l'article 2020 du Code civil.

15.4 Le présent contrat sera à l'établissement dépositaire des actifs fiduciaires Conformément aux articles 2011 et 2021 du Code civil, l'établissement financier mentionnera le nom du fiduciaire *ès qualités*.

ARTICLE 16 - Dispositions diverses

(à compléter)

- Déclaration des parties sur leur capacité
- Élection de domicile
- Pouvoirs
- Frais, droits et honoraires
- Préambule et annexe(s)

Il est expressément convenu entre les parties que font partie intégrante du présent contrat le préambule et ses éventuelles annexes.

Annexe n°7 : Avant-projet de loi relatif à la fiducie-entreprise (2011)¹⁶⁶⁸

Code civil

Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété

Titre XIV - De la fiducie

Chapitre I^{er} : Dispositions générales (nouv.)

Art. 2011

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

Art 2011-1 (nouv.)

Lorsque la fiducie est constituée dans le but de devenir une structure juridique d'entreprise sous la forme d'un patrimoine affecté à la fiducie-entreprise alors créée, cette affectation est réalisée par un acte de transfert fiduciaire dit acte constitutif. Celui-ci opère transfert des droits et obligations attachés à l'exploitation du fonds de commerce en cause et le cas échéant, des droits réels portant sur des biens mobiliers ou immobiliers appartenant au constituant et affectés par ce dernier à l'exploitation de l'entreprise fiduciée et qu'il désire transférer passivement ou activement à la fiducie-entreprise ainsi créée.

Art. 2012

La fiducie est établie par la loi ou par contrat. *Dans les cas prévus à l'article 2011 ci-dessus la fiducie peut procéder d'un acte unilatéral. Toute fiducie doit être expresse. Néanmoins, tout juge peut tirer telles conséquences de droit qu'il convient, d'une situation de fait qu'il requalifie en fiducie.*

Si les biens, droits et sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre des époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié, à peine de nullité.

Dans le cas où la fiducie créée est une « fiducie-entreprise » visée par l'article 2011-1 ci-dessus, elle est instituée par un acte unilatéral conforme aux conditions de fond et de forme fixées par les dispositions du titre IV nouveau de la 3^{ème} Partie du Code de commerce et par celles d'un décret pris en Conseil d'État.

Art. 2013

Le contrat de fiducie ou l'acte *constitutif tel que prévu à l'article 2012 ci-dessus*, est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire *ou des parties prenantes*. Cette nullité est d'ordre public *mais elle ne se présume pas. Toutefois, dans le cas d'une fiducie-entreprise, cette nullité ne concerne pas les œuvres d'intérêt général ou les collectivités locales instituées parties prenantes, dans les conditions prévues par les dispositions du titre IV nouveau de la 3^{ème} Partie du Code de commerce.*

¹⁶⁶⁸ Repris et compilé à partir des différents travaux ayant mené à l'article suivant : CHAMPAUD. « Projet de loi sur la fiducie-entreprise », *op. cit.*

Art. 2014 (nouv.)

Dans le cas où le constituant est une société, la décision de constituer une fiducie-entreprise qui se substituera à la société en cause est prise et réalisée selon les conditions et formes d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif. Dans le cas d'un transfert fiduciaire portant sur l'intégralité des actifs et des passifs de la société constituante, celle-ci peut prononcer sa dissolution sans liquidation subséquente ou opérer sa transformation dans les conditions prévues au Titre IV du Code de commerce. À l'égard des tiers, ces décisions prennent effet au jour où l'inscription de la fiducie-entreprise au registre du commerce et des sociétés est publiée au BALO. Ces dispositions s'appliquent à chaque société constituante dans le cas où plusieurs sociétés contribuent à la constitution d'une fiducie commune.

Le régime juridique des fiducies-entreprises résulte des dispositions de la présente loi, des dispositions du titre IV nouveau de la 3^{ème} Partie du Code de commerce et du décret en Conseil d'État prévu à l'article 2012, ci-dessus.

Art. 2015

Sous réserve de règles particulières contraires, résultant de dispositions expresses du présent titre du Code civil ou du titre IV nouveau de la 3^{ème} Partie du Code de commerce, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L518-1 du même Code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L531-4 du même Code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L310-1 du Code des assurances.

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.

Art. 2016

Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie. Dans le cas de la fiducie-entreprise visée par l'article 2011-1, ci-dessus, le fiduciaire ne peut être en aucun cas directement ou indirectement bénéficiaire de la fiducie. Toutefois et en toute hypothèse dans le cas de la fiducie-entreprise, les fiduciaires doivent répondre aux exigences fixées par le titre IV nouveau de la 3^{ème} partie du Code de commerce et par un décret en Conseil d'État prévu à l'article 2012, ci-dessus.

Art. 2017

Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie *ou de l'acte constitutif*, 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.

Art. 2018

Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :

- 1° Les biens, droits, obligations 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 ou de l'acte de création de la fiducie ;
- 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.

Dans le cas d'une fiducie-entreprise les mentions correspondant à ces prescriptions législatives sont précisées par le décret en Conseil d'État prévu à l'article 2012 ci-dessus.

Art. 2018-1

Lorsque le contrat *ou l'acte constitutif* 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 *ou l'acte constitutif établi* à cette fin n'est pas *soumis* aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du Code de commerce, sauf stipulation contraire.

Art. 2018-2

La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire. *Dans le cas d'une fiducie-entreprise, l'opposabilité est de droit dès l'expiration du délai d'un mois courant du jour du dépôt du projet de fiducie prévu à l'article 2019-1 ci-dessous et au titre IV nouveau de la 3^{ème} Partie du Code de commerce.*

Art. 2019

À peine de nullité, *le contrat de fiducie et ses avenants, l'acte constitutif et ses modifications*, 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.

Sous réserve du cas d'une fiducie-entreprise, la transmission des droits résultant du contrat de fiducie *ou de l'acte constitutif* et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie *ou dans l'acte constitutif*, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.

Art. 2019-1 (nouv.)

Lorsque l'opération en cause relève de la fiducie-entreprise, visée à l'article 2011-1, ci-dessus, elle donne lieu à un projet d'acte fiduciaire déposé au greffe du Tribunal de commerce où sera immatriculée la fiducie-entreprise que le ou les constituants envisagent de créer. Ce dépôt doit avoir lieu au moins un mois avant le jour où sera déposé au même greffe l'acte de constitution de la fiducie-entreprise en cause.

Le dossier déposé au greffe doit être accompagné du projet d'acte constitutif et d'un rapport établi sous l'autorité du constituant énonçant les causes et finalités de la constitution de la fiducie-entreprise en précisant notamment les bénéficiaires qui en sont attendus pour l'entreprise, ses salariés et son environnement.

En outre, dans le même délai, le projet de fiducie-entreprise doit faire l'objet d'une insertion dans un journal d'annonces légales du domicile et/ou du siège des constituants et

du siège où sera établie la fiducie-entreprise si ceux-ci sont situés dans deux ressorts judiciaires différents.

Les modalités et mentions de ces publications seront précisées par le décret en Conseil d'État visé à l'article 2012 ci-dessus.

Art. 2020

Un registre national des fiducies-entreprises est constitué selon des modalités précisées par le décret en Conseil d'État prévu à l'article 2012, ci-dessus.

Les fiducies-entreprises doivent y être inscrites nonobstant leur inscription propre au registre du commerce et des sociétés.

Art. 2021

Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.

Dans la fiducie entreprise visée par l'article 2011-1, ci-dessus, tout acte accompli par le ou les fiduciaires au bénéfice ou à la charge de l'entreprise est réputé accompli pour le compte de la fiducie. Il en est de même pour les actes accomplis es qualité par les personnes physiques auxquelles le ou les fiduciaires ont donné pouvoir de le faire, dès lors que l'identité du fondé de pouvoir et la délégation qu'il exerce sont mentionnées au registre de commerce. A l'égard des tiers, les administrateurs délégués de la fiducie sont présumés disposer de ces pouvoirs.

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 ou des fiduciaires, ès qualités.

Art. 2022

Le contrat ou l'acte constitutif de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant. Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon une périodicité fixée par le contrat.

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.

Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat.

Pour les fiducies-entreprises, les formes, le contenu et les destinataires de ces comptes rendus de mission, sont précisés par le décret pris en Conseil d'État prévu à l'article 2012, ci-dessus.

Art. 2023

Dans ses rapports avec les tiers, un 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.

Art. 2024

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire. *Lorsqu'il s'agit d'une fiducie-entreprise visée à l'article 2011-1, ci-dessus, aucune extension de l'une de ces procédures collectives concernant un fiduciaire quelconque ou un constituant, ne peut être étendue à l'entreprise existant sous la forme de la fiducie.*

Art. 2025

Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie ou à *l'acte constitutif* et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine *fiducié* 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 ou de *l'acte constitutif* mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. *Cette stipulation est réputée de droit en cas d'une fiducie-entreprise visée par l'article 2011-1, ci-dessus.*

Le contrat de fiducie ou *l'acte constitutif* 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.

Art. 2026

Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

Art. 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, les bénéficiaires ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peuvent demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire à son remplaçant. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire.

Art. 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.

L'acte d'affectation fiduciaire constitutif d'une fiducie-entreprise ne peut être révoqué que dans les cas et conditions prévus au Titre IV nouveau de la 3^{ème} Partie du Code de commerce.

Art. 2029. – 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 *ou de l'acte constitutif* 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.

Art. 2029-1 (nouv.)

Les dispositions de l'article 2029, ci-dessus, ne s'appliquent pas à la fiducie-entreprise. Celle-ci ne peut être dissoute que par l'arrivée du terme, en l'absence de prorogation régulièrement autorisée ; par sa mise en liquidation judiciaire ou par une décision de justice. Sa dissolution, pour juste motif, peut-être demandée au Tribunal de Grande Instance de son siège, par le constituant ou ses ayant-droits si la preuve est rapportée d'une gestion contraire aux finalités de sa constitution et à condition qu'il ne soit pas possible de remplacer les fiduciaires incriminés de la violation pour les remplacer par d'autres fiduciaires ayant fait preuve de leurs capacités et de leur détermination à rétablir une gestion conforme aux buts du constituant tels que précisés dans l'acte constitutif.

Art. 2030

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.

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas à la fiducie-entreprise, dont les règles de dissolution et de liquidation sont déterminées au Titre IV nouveau de la 3^{ème} Partie du Code de commerce créé par l'article 2032 ci-après.

Chapitre II : Dispositions particulières aux fiducies-entreprises (nouv.)

Art. 2031 (nouv.)

Les fiducies-entreprises sont régies par les dispositions des articles 2011 et suivants, ci-dessus ; par les articles constituant le titre IV de la troisième partie du Code de Commerce et par le décret en Conseil d'État prévu par l'article 2012 ci-dessus.

Art. 2032

Dans la troisième partie du Code de commerce, il est créé un titre VI, nouveau.

Code de commerce

Livre II : Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique

Titre VI : La Fiducie-entreprise (nouv.)

Art. L253-1 (nouv.)

Pour tout ce qui n'est pas réglé par les articles 2011 et suivants du Code civil, la fiducie-entreprise telle que définie par l'article 2011-1 dudit Code, est régie par les dispositions suivantes et par celles formant le décret en Conseil d'État visé par ledit article 2012 du Code civil.

Art. L253-2 (nouv.)

La constitution d'une fiducie-entreprise opère transfert de l'universalité de biens, droits et obligations affectés à l'exploitation de l'entreprise en cause ou qui en résultent tels qu'ils sont inscrits dans son bilan préalablement établi au moment de la prise d'effet de l'affectation fiduciaire.

Dans le cas où le constituant est une personne physique, entrepreneur individuel, le patrimoine affecté comporte le fonds entrepreneurial et tous les biens, créances ou dettes figurant au bilan de l'entreprise après retrait-désaffectation de biens meubles ou immeubles, créances ou dettes dont le constituant entend se réserver, à titre personnel, le bénéfice ou la charge.

Dans le cas où le constituant désire abonder le patrimoine de la fiducie, un acte d'apport complémentaire du transfert sera établi et annexé au bilan de constitution de la fiducie.

Dans le cas où le constituant est une société ou toute autre personne morale, la constitution de la fiducie opère transfert universel du patrimoine social au bénéficiaire de la fiducie, semblable au transfert résultant d'une fusion. Dans le cas où la société constituante n'apporte à la fiducie qu'une branche d'activités, l'opération est placée sous le régime juridique des apports partiels d'actif.

Dans le cas où le transfert fiduciaire opéré par une société porte sur l'intégralité des actifs et passifs de ladite société, celle-ci survit sous sa forme originelle ou sous une autre, son objet devenant alors l'exercice des droits, prérogatives et obligations demeurant dans les mains du constituant. Les modifications statutaires y afférentes sont publiées au registre du commerce et des sociétés et par extraits, dans un Journal d'annonces légales du siège de la société.

Les titres de participation dans une société contrôlée au sens de l'article L233-3, II, du Code de commerce et inscrits à l'actif d'une société constituante peuvent être conservés dans le patrimoine propre à cette société si elle survit et/ou céder à des tiers. Le prix versé pour cette cession sera alors comptabilisé à l'actif du patrimoine affecté à la fiducie.

Art. L253-3 (nouv.)

Préalablement à la création d'une fiducie-entreprise, le constituant doit faire établir un bilan du patrimoine qui sera transmis à la fiducie. Ledit bilan doit être certifié par un commissaire aux comptes agréé selon les dispositions à intervenir selon les dispositions prévues par décret en Conseil d'État. Ce document comptable est accompagné, s'il y a lieu, de la liste des biens, droits et obligations affectés antérieurement à l'entreprise dont le constituant conserve la propriété, le bénéfice ou la charge. L'état de ces éléments patrimoniaux réservés comporte mention de leur valeur inscrite au bilan, dit « bilan préalable » établi concomitamment à la déclaration préalable ci-dessus prescrite.

À l'expiration du troisième mois suivant la date de l'immatriculation de la fiducie-entreprise au registre du commerce et des sociétés, un second bilan est établi sous le contrôle d'un commissaire aux comptes inscrit sur une liste établie dans des conditions précisées par le décret en Conseil d'État par le décret mentionné à l'article 2012 du Code civil.

Tous ces documents comptables sont déposés au greffe du Tribunal de commerce du lieu du siège de la fiducie et au registre des fiducies-entreprises prévu à l'article 2020 du Code civil.

Art. L253-4 (nouv.)

L'acte constitutif doit préciser les finalités de la transformation de l'entreprise individuelle ou sociétaire en fiducie-entreprise. Celles-ci se rapportent à la pérennité de l'entreprise, à la localisation de son établissement principal ou de certaines de ses activités ; aux intérêts collectifs propres des parties prenantes désignées dans l'acte ou qui viendraient à être désignées ultérieurement par le constituant. Dès lors qu'elles ne portent atteinte à aucune règle d'ordre public, ces finalités forment la « charte fiduciaire » que toutes les parties concernées par la fiducie entrepreneuriale doivent scrupuleusement observer.

Art L253-5 (nouv.)

Lorsqu'une fiducie-entreprise est constituée par plusieurs sociétés relevant de groupes placés sous des contrôles différents, il appartient aux constituants et aux fiduciaires de veiller à ce que la fiducie projetée n'entre pas en contravention des règles du droit de la concurrence et du contrôle des concentrations.

Art. L253-6 (nouv.)

Durant toute la durée de la fiducie-entreprise, la bénéficiaire de la fiducie est l'entreprise elle-même et elle seule. Toutefois, le constituant peut désigner des parties prenantes qui recevront une part des résultats bénéficiaires de la fiducie-entreprise. Le constituant peut se désigner lui-même comme partie prenante de la totalité ou d'une partie des résultats fiduciaires. Il peut également désigner d'autres parties prenantes, notamment des enfants, conjoints ou alliés. Il peut aussi constituer partie prenante une œuvre charitable ou à objet culturel dotée de la personnalité morale et ayant son siège social en France ou encore une collectivité locale dans le ressort de laquelle se trouve son siège ou au moins un des établissements de l'entreprise fiduciée.

Les droits des parties prenantes personnes physiques sont transmissibles à cause de mort mais elles ne peuvent faire l'objet d'une donation du vivant de leurs titulaires.

Les droits des parties prenantes entrant dans la catégorie des œuvres et des collectivités sont incessibles et ne peuvent être transmis à titre gratuit. Ils peuvent être révoqués pour juste motif à la demande motivée du constituant, par une décision du Tribunal de grande Instance du lieu du siège fiduciaire. Ce droit de demander la révocation peut être exercé conjointement par un héritier du constituant et le fiduciaire en cas de décès du constituant.

Art. L253-7 (nouv.)

Pour la fiducie-entreprise, la fonction de fiduciaire est exercée par une ou plusieurs personnes agissant conjointement. Le ou les fiduciaires sont choisis librement par le constituant. Celui-ci peut choisir une personne morale, SCP ou SEL exerçant une profession libérale à statut réglementé et soumises à une déontologie professionnelle ordonnée. Nul ne peut accepter d'exercer des fonctions fiduciaires s'il n'appartient pas à

une telle profession où s'il ne présente pas les garanties de compétences et moralité énoncées par le décret en Conseil d'État mentionné à l'article 2012 du Code civil.

L'acte de désignation du ou des fiduciaires détermine les conditions matérielles de l'exercice de leurs fonctions.

Art. L253-8 (nouv.)

En cas d'empêchement permanent d'un fiduciaire son remplacement est assuré par le constituant en respectant les critères de sélection prescrits par l'article L253-7 ci-dessus.

En cas de décès ou d'empêchement prolongé du constituant, ce remplacement est opéré par une décision unanime des ayants droits du constituant. En cas de carence, les administrateurs délégués de l'entreprise fiduciée peuvent demander la désignation d'un ou plusieurs fiduciaires par le Président du Tribunal de grande Instance du lieu du siège fiduciaire, statuant en la forme d'un référé.

Dans le cas où le constituant a désigné un tiers contrôleur prévu par l'article L253-10 ci-après, c'est à lui que revient la charge de faire désigner, par le Président du TGI, le fiduciaire qui remplacera le fiduciaire disparu ou empêché. En cas de carence de sa part les administrateurs délégués sont fondés à agir comme il est dit ci-dessus.

Art. L253-9 (nouv.)

L'entreprise fiduciée est administrée collégalement par trois administrateurs délégués désignés par le ou les fiduciaires. Celui-ci ou ceux-ci choisissent l'un d'entre eux, pour exercer les fonctions de Directeur Général de l'entreprise-fiducie et présider le collège des administrateurs délégués. Les règles régissant les pouvoirs, le statut, les incompatibilités et la révocation des membres d'un directoire d'une société anonyme s'appliquent aux membres du collège d'administrateurs délégués de l'entreprise-fiducie. Sauf textes particuliers, ils assument les mêmes responsabilités civiles ou pénales que ces dirigeants sociaux.

Le constituant peut désigner lui-même un ou plusieurs membres du collège des administrateurs délégués et choisir celui d'entre eux qui présidera ce collège avec pouvoirs de Directeur Général.

Quelque soit leur mode de désignation, les administrateurs délégués doivent rendre compte périodiquement du cours des affaires de l'entreprise-fiducie. Chacun d'eux est révocable ad nutum dans les conditions concernant les membres d'un directoire de société anonyme.

Art. L253-10 (nouv.)

Dans le cas de la fiducie-entreprise, le constituant peut désigner un tiers contrôleur dont les conditions de désignation et d'exécution de ses missions sont fixées par le décret en Conseil d'État prévu à l'article 2012 du Code civil.

Art. L253-11 (nouv.)

L'acte de création d'une fiducie-entreprise détermine librement les règles de répartition de ses résultats bénéficiaires. Toutefois, eu égard aux principes de solidarité sociale et de pérennité de l'entreprise qui justifient la création d'une fiducie-entreprise, il est créé une réserve fiduciaire non distribuable. La dotation annuelle de cette réserve fiduciaire dont le Quantum est précisé dans l'acte constitutif, ne peut pas être inférieure à 20% des bénéfices de l'exercice avant impôts. Il est également créé une réserve d'intéressement des salariés

de l'entreprise, laquelle doit être annuellement abondée du même montant minimum de 20%. Les dotations à ces réserves particulières sont faites hors prélèvement fiscal.

Au sein des résultats de l'entreprise fiduciée, après prélèvement de l'impôt sur les sociétés, il est constitué une masse bénéficiaire distribuable dont le Quantum est déterminé par l'acte constitutif de la fiducie et qui doit être comprise entre 20% et 80% des résultats disponibles après impôt et dotation aux réserves visées par l'alinéa précédent. Cette masse distribuable est répartie, sous formes de dividendes fiduciaires, entre les parties prenantes selon les règles de répartition prévues par l'acte constitutif. Ces dividendes peuvent aussi provenir de réserves libres constituées par report à nouveau de bénéfices d'exercices antérieurs non distribués.

En cas d'exercice déficitaire, les résultats négatifs peuvent être imputés sur la réserve fiduciaire mais celle-ci ne peut donner lieu à distribution de dividendes fiduciaires.

Art. L253-12 (nouv.)

La fiducie-entreprise n'est dissoute que par l'arrivée de son terme, par sa mise en liquidation judiciaire ou par une décision judiciaire prononçant sa dissolution pour juste motif. Toutefois, le constituant peut stipuler dans l'acte constitutif que la dissolution pourra être prononcée par le Tribunal de commerce du siège de la fiducie à sa demande, dans le cas où les fiduciaires ou les administrateurs délégués violeraient gravement et délibérément les finalités fiduciaires inscrites dans l'acte constitutif. Dans le cas d'empêchement du constituant, le tiers –contrôleur, s'il y en a un, peut suppléer ce dernier.

L'acte constitutif peut aussi prévoir que la fiducie-entreprise peut être dissoute par révocation dudit acte à l'issue d'une période renouvelable qu'il fixe mais qui ne saurait être inférieure à six années. Lorsque le constituant veut faire jouer cette faculté, il doit en avertir les fiduciaires, un an au moins avant l'expiration du terme de la période en cours et cette manifestation de sa volonté de dissolution doit être inscrite au registre du commerce et des sociétés ainsi qu'au registre national des fiducies-entreprises et publiée au BALO.

En cas de décès du constituant les droits et prérogatives attachés à cette qualité sont dévolus à son ou ses héritiers et/ou à ses successeurs testamentaires. En cas de pluralité de successeurs, ceux-ci sont groupés dans une masse présidée par le Président le ou les fiduciaires. Cette masse ne peut exercer sa faculté de dissolution par révocation que par une décision collective prise à la majorité des 2/3 de ses membres.

Art. L253-13 (nouv.)

Le décès du constituant n'emporte pas dissolution de la fiducie-entreprise. Hors le cas où la dissolution intervient du fait de la liquidation judiciaire de l'entreprise fiduciée, celle-ci opère de plein droit dévolution du patrimoine fiduciaire au constituant ou à défaut à ses successibles. Dans tous les cas où une dévolution a lieu au bénéfice de successibles, elle est considérée et traitée comme une succession.

Proposition de formulation des dispositions du décret en Conseil d'État concernant l'accès aux fonctions de fiduciaire :

Toute personne ayant exercé durant dix années, au moins, des fonctions de chef d'entreprise, de Président et/ou de directeur général d'une Société anonyme, de gérant d'une société en commandite ou d'une SARL, (...) peut accepter des fonctions fiduciaires à condition de jouir de l'intégralité de ses droits civils et civiques et de n'avoir jamais été condamnée pour aucun fait d'escroquerie, d'abus de confiance, de vol, de recel ou pour des faits de délinquance économique quelconque. Toute acceptation doit être faite par un écrit dans lequel la personne pressentie atteste sur l'honneur qu'elle ne tombe pas sous le coup d'une interdiction, d'une incompatibilité ou de déchéances lui interdisant d'exercer une profession commerciale ou libérale.

La condition d'exercice antérieure de fonctions dirigeantes d'une entreprise ne sont pas exigées lorsque le fiduciaire désigné par le cédant est un successible de ce dernier.

Résumé

La fiducie a été introduite en droit français par une loi du 19 février 2007. Définie par l'article 2011 du Code civil, elle permet à une personne de transférer temporairement des éléments de son patrimoine vers un patrimoine fiduciaire qui est à la fois distinct du sien et de celui du fiduciaire qui en a la charge. Mécanisme *sui generis* relevant tant du droit des personnes que du droit des biens, la fiducie a été conçue par le législateur comme un mécanisme efficace de gestion et de sûreté. Près de dix ans après sa promulgation, sa pratique demeure pourtant confidentielle. Cette marginalité s'explique notamment par un régime juridique rigide et inadapté aux spécificités entrepreneuriales. Caractérisés tant par leur qualité de dirigeants que de propriétaires, les entrepreneurs sont pourtant les destinataires naturels de la fiducie. Ils cumulent en effet des considérations personnelles et professionnelles auxquelles l'opération fiduciaire répond utilement dans des juridictions étrangères. L'insuffisance du régime français de la fiducie est d'autant plus patente que les entrepreneurs disposent, en France et à l'étranger, d'autres mécanismes d'affectation et/ou de rétention de la propriété. Aussi, pour que la fiducie prenne toute sa mesure, il apparaît nécessaire d'en libérer le potentiel au travers d'une rénovation au service des entrepreneurs.

Mots-clés : Fiducie ; Entrepreneur ; Entreprise ; Patrimoine ; Propriété ; Affectation ; Rétention ; *Trust* ; Gouvernance ; Sûreté ; Gestion ; Transmission

Abstract

The *fiducie* is a trust-like device that was introduced into French law by a statute of February 19th, 2007. Defined by Article 2011 of the Civil Code, it allows a grantor to temporarily transfer property to a *fiduciaire* that will not personally benefit from it. The *fiducie* is a *sui generis* device that was conceived for asset management and securitization purposes. Yet, nearly ten years after its enactment it remains rarely used. This scarcity can be explained by both the rigidity of its legal regime and its inadequacy for French entrepreneurs. As people who carry out managerial duties in firms that they partially or totally own, entrepreneurs should be particularly interested in using the *fiducie* for they face personal and professional issues which can be tackled by trust law in foreign jurisdictions. The inadequacy of its current regime is all the more problematic, as French and foreign law offer various mechanisms that can produce similar legal consequences. Therefore, in order to help the *fiducie* fulfil its potential, one must renovate its regime with the primary objective of being useful to entrepreneurs.

Key-words: *Fiducie*; Entrepreneur; Firm; Personal wealth; Property; Affectation; Containment; Trust; Governance; Security; Asset management; Transfer