

La fiducie dans tous ses états

Actes du colloque « La fiducie dans tous ses états »
organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française
(Université Panthéon-Assas – Paris II)
en partenariat avec le Centre Obligations, Biens, Marchés
(OBM, EA 4394)

La fiducie dans tous ses états

Journées nationales
Tome XV / Paris-Est Créteil

avec les contributions de :

Marie-Élodie Ancel	Philippe Dupichot
Augustin Aynès	Alain Gourio
Pierre Berger	Michel Grimaldi
Pierre Crocq	Philippe Neau-Leduc
Philippe Delebecque	Nathalie Peterka
Caroline Deneuve	Stéphane Piedelièvre
Gilles Saint Marc	



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

DALLOZ

2011



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ — 2010
ISBN : 978-2-247-09055-6

Sommaire

- 1 **Préface**
par Marie-Élodie Ancel, *professeur à la Faculté de droit Paris Est, directeur de l'équipe Obligations, Biens, Marchés (EA 4394), Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)*
- 3 **Table ronde. La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ?**
- 5 **La propriété fiduciaire**
par Michel Grimaldi, *professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), président d'honneur de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*
- 9 **Propriété fiduciaire, propriété unitaire**
par Pierre Crocq, *professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)*
- 15 **Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie**
par Nathalie Peterka, *professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)*
- 27 **Table ronde. Avocat fiduciaire et responsabilité du fiduciaire**
- 29 **La responsabilité du fiduciaire**
par Philippe Delebecque, *professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*
- 39 **La responsabilité de l'avocat fiduciaire**
par Pierre Berger, *avocat, cabinet Fidal, ancien bâtonnier des Hauts-de-Seine, président de la commission Règles et usages du Conseil national des barreaux*
- 45 **Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie**
par Philippe Neau-Leduc, *professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*
- 51 **La réception en France des fiducies étrangères, avancée ou recul ?**
par Caroline Deneuille, *notaire à Paris*

- 61 **Table ronde. De la fiducie-sûreté à la finance islamique**
- 63 **Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives**
par Augustin Aynès, *professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)*
- 71 **La fiducie-sûreté : utilité et avenir**
par Alain Gourio, *responsable de la coordination juridique Groupe BNP Paribas*
- 75 **Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?**
par Stéphane Piedelièvre, *professeur à l'Université de Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)*
- 81 **Émission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie**
par Gilles Saint Marc, *avocat associé, Gide Loyrette Nouel AARPI*
- 89 **Rapport de synthèse**
par Philippe Dupichot, *professeur à l'UPEC, secrétaire général adjoint de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*

Préface

Marie-Élodie Ancel

*Professeur à la Faculté de droit Paris Est,
directeur de l'équipe Obligations, Biens, Marchés (EA 4394),
Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)*

La Faculté de droit Paris Est a eu la joie et l'honneur d'accueillir, le 15 avril 2010, dans un de ses amphithéâtres à Créteil, le colloque intitulé « La fiducie dans tous ses états ». Organisé conjointement par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et l'équipe de recherche Obligations, Biens, Marchés, et bénéficiant du soutien de l'Université Paris Est Créteil Val-de-Marne, la journée a rencontré un très vif succès. Nul ne s'en étonnera en raison, d'une part, du thème d'étude — d'actualité et panoramique — et, d'autre part, des orateurs — tous plus talentueux les uns que les autres.

La fiducie, comme on le sait, est entrée dans le droit français grâce à la loi du 19 février 2007, qui a institué dans notre Code civil un nouveau contrat dit de fiducie (art. 2011 s.), à l'origine de la création d'un patrimoine fiduciaire d'affectation. Cette consécration était réclamée de longue date par les praticiens afin d'offrir un pendant au *trust* de *common law* et d'éviter la délocalisation à l'étranger d'opérations importantes. Le domaine de la fiducie ayant été élargi et précisé à plusieurs reprises (loi LME du 4 août 2008, ordonnance du 30 janvier 2009, loi de simplification du droit du 12 mai 2009, décret du 23 décembre 2009), la fiducie a rapidement offert aux contractants un nouvel outil de gestion d'actifs ou de garantie de risques divers (crédit, risques environnementaux, etc.) à la polyvalence inégalée. La richesse de l'institution appelait cependant une analyse « sous toutes les coutures », autrement dit *dans tous ses états*.

C'est par le mystère de la propriété fiduciaire que la journée a débuté, grâce aux réflexions croisées de Michel Grimaldi et Pierre Crocq. Nathalie Peterka s'est ensuite penchée sur les relations ambivalentes qu'entretiennent le droit des incapacités et la fiducie. La matinée s'est terminée par une table ronde, au cours de laquelle Philippe Delebecque et Pierre Berger, ont précisé les contours de la responsabilité du fiduciaire et, en particulier, de l'avocat fiduciaire. Durant l'après-midi, la fiducie

a été examinée à travers d'autres prismes que celui du droit civil. Philippe Neau-Leduc a livré les apports de l'analyse comptable et financière à la théorie générale de la fiducie, tandis que Caroline Deneuville s'interrogeait sur les conséquences en droit international privé de la consécration de la fiducie en France. Une seconde table ronde réunissant Augustin Aynès, Reinhard Dammann, Alain Gourio, Stéphane Piedelièvre et Gilles Saint Marc permettait d'envisager la fiducie à travers ses multiples applications en droit des affaires, que ce soit comme outil de gestion, mode de garantie ou encore comme réceptacle d'opérations de la finance islamique. Il est enfin revenu à Philippe Dupichot, maître d'œuvre de cette journée, d'en faire la synthèse, brillante et stimulante.

Le présent ouvrage restitue toute la richesse des analyses conduites par les orateurs et il constituera donc une source d'informations et d'inspiration incomparable pour tous ceux qui, praticiens ou universitaires, souhaitent mieux cerner cette jeune institution qu'est la fiducie à la française. Le présent ouvrage est aussi le premier signe de la collaboration qui s'est nouée entre l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et l'équipe Obligations, Biens, Marchés. Depuis, cette collaboration s'est poursuivie à travers le soutien que l'équipe apporte à la *Revue de Droit Henri Capitant* dont l'objectif est de faire mieux connaître, grâce à une publication bilingue, les droits des pays de tradition civiliste. Or, ainsi que la journée du 15 avril 2010 l'a montré, la fiducie est un excellent exemple de la capacité des droits de tradition civiliste à se réinventer.

La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité?

Deux éminentes opinions doctrinales se sont, en ouverture de cette journée, affrontées autour du thème suivant : « La propriété fiduciaire en question, unité ou dualité ? » Elles ont donné lieu à un amical « duel » entre Michel Grimaldi — professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), président d'honneur de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française — et Pierre Crocq — professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).

La propriété fiduciaire

Michel Grimaldi

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2),
président d'honneur de l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française*

La propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire : celle que définit l'article 544 du Code civil, que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 élève au rang des droits inaliénables et sacrés et que protège la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle n'en a ni le contenu (I), ni tous les caractères (II).

I. LE CONTENU DE LA PROPRIÉTÉ

La propriété ordinaire est à la fois richesse et pouvoirs.

A. RICHESSE

Elle est d'abord un élément de *richesse*, et donc de crédit. Le propriétaire fait son profit de la valeur économique du bien, qu'il peut dissiper ou consommer à sa guise, en capital, y compris les plus-values, comme en fruits. Corrélativement, ses créanciers peuvent le saisir.

En revanche, la propriété fiduciaire n'est un élément ni de richesse, ni de crédit. Jamais, le fiduciaire ne fait les fruits siens, ni ne peut aliéner le bien à son profit et profiter ainsi d'éventuelles plus-values : sa propriété ne lui procure aucun revenu, ni n'accroît son capital. Au cas de fiducie-gestion, la richesse reste au constituant ; au cas de fiducie-libéralité, elle passe au bénéficiaire ; au cas de fiducie-sûreté, le bénéficiaire est riche de sa créance, et non de la propriété fiduciaire, qui, certes, conforte cette créance mais sans y ajouter un supplément de

richesse¹ (tout au plus, elle évite, comme toute sûreté, à la créance de valoir moins que son montant nominal). Corrélativement, la propriété fiduciaire n'est pas une source de crédit.

Ainsi s'expliquent, d'ailleurs, deux dispositions, importantes et liées, qui procèdent de la nature même de la fiducie : le patrimoine fiduciaire est le gage des seuls créanciers de la fiducie, c'est-à-dire des seuls créanciers dont le droit est né du fonctionnement de la fiducie, à l'exclusion des créanciers personnels du fiduciaire (art. 2025, C. civ.); l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le fiduciaire est sans aucun effet sur le patrimoine fiduciaire (art. 2024, C. civ.).

B. POUVOIRS

La propriété ordinaire, ce sont aussi les *pouvoirs* les plus étendus sur la chose : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. La plénitude de ces pouvoirs permet au propriétaire de tirer de la chose toutes ses utilités. En revanche, la propriété fiduciaire n'investit pas par nature de tous les pouvoirs sur la chose. Elle *peut* certes les conférer tous, mais, le plus souvent, la convention borne les pouvoirs du fiduciaire, et parfois les enferme dans de strictes limites, notamment s'il s'agit d'une fiducie-sûreté et d'une fiducie-libéralité (à la supposer permise, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui : art. 2013, C. civ.).

Cette limitation explique un certain nombre de dispositions, comme celle qui, au stade de la conclusion du contrat de fiducie, impose d'énoncer dans l'acte les pouvoirs du fiduciaire (art. 2018-6, C. civ.), ou qui, au stade de l'exécution du contrat, met à la charge du fiduciaire une obligation de rendre compte (art. 2022, C. civ.). Pareilles dispositions ne sont pas concevables s'agissant d'une propriété ordinaire.

Deux observations sur cette propriété à prérogatives variables.

En premier lieu, les pouvoirs refusés au fiduciaire sont des pouvoirs perdus, car le constituant n'en peut conserver aucun, la convention de fiducie l'ayant privé du droit qui est source de tous les pouvoirs. Là, donc, où la convention limite les prérogatives du fiduciaire, le transfert partiel s'accompagne de la déperdition du reliquat. D'où le risque d'entrave à la bonne exploitation et à la libre circulation du bien : l'interdiction d'aliéner faite au fiduciaire crée une situation de main morte. D'où aussi l'utilité de cette clause particulière de la fiducie qui, convention *sui generis*, restitue au constituant certains pouvoirs sur la chose, spécialement celui d'en user (art. 2018-1, C. civ.).

En second lieu, la limitation des pouvoirs du fiduciaire pose la question de son opposabilité au tiers : la loi subordonne cette opposabilité à la connaissance par le tiers de cette limitation (art. 2023, C. civ.); mais, soucieuse de l'informa-

1. On n'imagine pas que la société créancière inscrive à l'actif de son bilan, outre la créance garantie, le bien dont elle a reçu la propriété à titre de garantie.

tion des tiers, elle impose au fiduciaire de mentionner expressément qu'il agit pour le compte d'une fiducie, et elle précise que, si la mutation des actifs fiduciaires donne lieu à publicité (ce qui est le cas s'il s'agit d'immeubles), le nom du fiduciaire doit être mentionné es qualités (art. 2021, C. civ.).

II. LES CARACTÈRES DE LA PROPRIÉTÉ

La propriété ordinaire présente deux caractères essentiels : la perpétuité et l'exclusivité.

A. PERPÉTUITÉ

La propriété ordinaire est *perpétuelle* en ce sens qu'elle a vocation à se prolonger indéfiniment. Elle se distingue en cela des droits personnels et des autres droits réels.

Contrastant avec elle, la propriété fiduciaire est temporaire. Et elle ne l'est pas simplement en raison de la durée maximum de 99 ans que lui assigne la loi (art. 2018, C. civ.). Elle l'est par nature, par essence même. Dans la fiducie-gestion, elle ne dure que le temps de la gestion. Dans la fiducie-libéralité², elle ne dure que le temps de la transmission, qui peut s'échelonner dans le temps. Dans la fiducie-sûreté, elle ne dure que jusqu'à l'échéance du terme, et ce même si le débiteur défaille, car le créancier ne se borne pas alors à conserver la propriété fiduciaire du bien mais en acquiert la propriété ordinaire, qui se substitue à la première : sa propriété cesse de n'être que fiduciaire pour s'épanouir en une propriété ordinaire. Ce passage, comme toute transmutation, est d'ailleurs difficile à aménager : la loi énonce, simplement et justement, qu'en cas de défaillance du débiteur le créancier acquiert la liberté de disposer du bien (art. 2372-3 et 2488-3, C. civ.), cette accession à la liberté de disposer attestant que, de simple propriétaire fiduciaire, il devient un propriétaire ordinaire.

B. EXCLUSIVITÉ

La propriété est *exclusive*, en ce sens que le propriétaire évince, élimine de la chose tout autre que lui : il a le pouvoir d'interdire à autrui d'établir une relation avec le bien. C'est son exclusivité qui fait d'elle un monopole.

Ce caractère-là se retrouve bien (enfin !) dans la propriété fiduciaire. Dans la fiducie-gestion comme dans la fiducie-libéralité (lorsqu'elle est permise)³, nul

2. À la supposer permise, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui : v. *supra*.

3. V. note précédente.

autre que le fiduciaire ne peut gérer le bien, qui est entièrement soustrait à l'action du constituant ou du bénéficiaire. C'est dans cette exclusivité de gestion (qui dans la fiducie-libéralité comprend la transmission) que cette variété de fiducie trouve sa raison d'être, et c'est par là qu'elle se distingue fondamentalement d'un simple mandat, d'un simple mécanisme de représentation conventionnelle. Ce dont il s'agit, c'est de permettre au fiduciaire de gérer comme un propriétaire ordinaire et donc d'exclure de la gestion tout autre que lui. Dans la fiducie-sûreté, nul autre que le fiduciaire ne peut obtenir le paiement de sa créance sur le bien considéré. C'est dans cette exclusivité du droit sur la valeur du bien que la fiducie-sûreté (comme la réserve de propriété, cette autre variante de la propriété-sûreté) trouve, elle aussi, sa raison d'être. Et c'est par là qu'elle se distingue des sûretés traditionnelles, qui, ne conférant qu'un simple droit de préférence, exposent leur titulaire au risque de se trouver un jour primé par un créancier jugé préférable.

Voilà donc ce qu'ont en commun la propriété ordinaire et la propriété fiduciaire : l'exclusivité. Ce n'est pas rien, mais ce n'est rien de plus. D'où la prudence du législateur, qui, à juste titre, s'est abstenu de définir le contrat de fiducie comme un contrat translatif de propriété, préférant dire qu'il transfère « des biens, des droits ou des sûretés » (art. 2011, C. civ.)⁴. Le contrat de fiducie est, par son économie, un contrat de service ou de garantie, bien plus qu'un contrat d'échange de biens. Il eût certes été concevable de parler de la *propriété juridique* du fiduciaire et de la *propriété économique* du bénéficiaire (qui peut être le constituant), la première conférant le pouvoir et l'autre la richesse; mais les esprits n'étaient pas mûrs pour accueillir un tel éclatement de la propriété.

4. Certes, la fiducie-sûreté est prévue et réglementée dans des sections intitulées « De la propriété cédée à titre de garantie », et la loi l'autorise en disant que « la propriété d'un bien » mobilier ou immobilier « peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du code civil » (art. 2372-1 et 2488-1, C. civ.). Mais c'est que l'expression de sûreté-propriété est devenue usuelle en France depuis de nombreuses années, et que, depuis plus longtemps encore, on parle de la réserve de propriété. Il était donc naturel que le terme propriété fût utilisé à propos de la fiducie-sûreté.

Propriété fiduciaire, propriété unitaire¹

Pierre Crocq

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Il est incontestable que la propriété fiduciaire est une propriété finalisée : le fiduciaire n'est propriétaire qu'autant que dure la fiducie, durée qui est nécessairement limitée, et il ne peut exercer de pouvoirs sur les biens donnés en fiducie que dans la mesure où ces pouvoirs sont conformes à la mission qui lui a été confiée.

Ceci conduit certains auteurs à considérer que la propriété fiduciaire ne serait pas une véritable propriété au motif qu'il ne s'agirait que d'une propriété temporaire ne donnant pas tous les attributs de la propriété classique ce qui, dans le cas de la fiducie-sûreté, aurait pour conséquence qu'elle ne conférerait une exclusivité au créancier que sur la valeur des biens donnés en garantie et non sur les biens eux-mêmes et, comme on ne sait pas très bien ce que serait cette propriété fiduciaire, si elle n'est pas une véritable propriété, ceci conduit alors ces auteurs à affirmer que la loi du 16 février 2007 introduisant la fiducie dans le Code civil aurait eu pour conséquence de faire apparaître une nouvelle forme de propriété à côté de la propriété au sens classique qui est celui de l'article 544 du Code civil.

Cette conception dualiste est, en réalité, loin d'être convaincante : d'une part, parce que, contrairement aux apparences, la propriété fiduciaire n'est pas une propriété temporaire (I) et, d'autre part, en raison de plusieurs indices qui montrent bien que le législateur français a choisi de faire de cette propriété fiduciaire une véritable propriété, pleine et entière (II).

1. Le style oral de cette intervention a été ici conservé.

I. LA PROPRIÉTÉ FIDUCIAIRE N'EST PAS UNE PROPRIÉTÉ TEMPORAIRE

Sous prétexte qu'à la fin de la fiducie, le fiduciaire doit transférer la propriété du bien donné en fiducie au bénéficiaire de celle-ci, la propriété fiduciaire serait, tout d'abord, une propriété temporaire. Mais qu'est-ce qu'une propriété temporaire ? Qu'est-ce, plus généralement, qu'un droit réel temporaire ?

À l'image, par exemple, d'un usufruit qui disparaît au décès de l'usufruitier, alors que le bien grevé existe toujours, une propriété temporaire est une propriété qui ne dure pas autant que son objet et qui cesse d'exister avant ce dernier. Un exemple caractéristique nous en est donné par les propriétés intellectuelles qui, s'agissant de leur aspect patrimonial, disparaissent au bout d'un certain nombre d'années lorsque l'œuvre tombe dans le domaine public. Pour que la propriété fiduciaire soit une propriété temporaire, il faudrait donc admettre qu'elle ne se transmet pas à la fin de la fiducie et qu'elle cesse alors d'exister.

Ceci n'est pas inconcevable, mais cela implique, alors, d'admettre une conception particulière de la propriété, défendue par certains auteurs, où la propriété s'identifie à la relation d'appartenance qui unit un sujet de droit à ses biens et même, pourquoi pas, à ses dettes. La notion de propriété, ainsi comprise, s'identifie alors à la notion de patrimoine et il est vrai que, si l'on adopte une telle conception, la propriété ne se transmet pas : en cas de vente du bien, par exemple, la propriété du vendeur disparaît au jour de la conclusion du contrat et une nouvelle propriété, celle de l'acheteur, renaît aussitôt. En ce sens, on pourrait alors admettre que la propriété fiduciaire disparaît à la fin de la fiducie pour laisser place à la propriété du bénéficiaire.

Mais ceci n'est guère convaincant, ici, pour deux raisons :

– d'une part, de manière générale, si l'on considère que la propriété ne se transmet pas, on a quelque mal à expliquer alors que celui qui acquiert un bien corporel ne puisse pas avoir plus de droits que celui qui le lui a vendu et que les prérogatives nouvelles de l'acheteur soient exactement identiques à celle du vendeur ;

– d'autre part, dans le cas particulier de la fiducie, ceci aboutit à un raisonnement contradictoire. En effet, les auteurs qui sont favorables à la dualité de la propriété justifient ce choix par le fait que la propriété fiduciaire serait à la fois temporaire et limitée. Or si l'admission du caractère temporaire de la propriété suppose que celle-ci soit identifiée à la relation d'appartenance-maîtrise unissant un individu à tous ses biens, une telle relation n'est, par définition, pas susceptible de limitation.

Si l'on en revient, maintenant, à une conception plus classique du droit de propriété, défini comme un ensemble de prérogatives susceptibles d'être exercées sur un bien, on admettra que la propriété fiduciaire n'est pas temporaire, car elle ne disparaît pas à la fin de la fiducie, mais se transmet au fiduciaire.

Toutefois, il resterait alors une possibilité de justifier ce caractère temporaire, en considérant cette soi-disant propriété fiduciaire comme n'étant qu'un

simple démembrement de propriété, auquel cas son caractère intrinsèquement temporaire pourrait être admis puisqu'il est une caractéristique habituelle des démembrements de propriété. La question rebondit alors puisqu'il faut, à présent, se demander si ce qu'on appelle « propriété fiduciaire » est une véritable propriété, avec une plénitude de prérogatives, ou si elle n'est qu'une propriété démembrée, voire un démembrement de la propriété d'autrui.

II. LA PROPRIÉTÉ FIDUCIAIRE N'EST NI UNE PROPRIÉTÉ DÉMEMBRÉE, NI UN DÉMEMBREMENT DE LA PROPRIÉTÉ D'AUTRUI

Que la propriété fiduciaire soit une propriété limitée, cela est une évidence, mais toute la question est ici de savoir comment cette limitation est réalisée : est-ce à raison d'obligations personnelles imposées au fiduciaire, auquel cas la structure de la propriété n'est pas intrinsèquement atteinte, ou est-ce à raison de la reconnaissance d'un droit réel au profit du bénéficiaire de la fiducie, ce qui cette fois aboutirait à un démembrement de la propriété ?

Les deux possibilités sont parfaitement concevables, une limitation des droits du propriétaire pouvant aussi bien procéder de la reconnaissance d'un droit réel au profit d'autrui que de la création d'une obligation personnelle ainsi que le montre, par exemple, l'obligation de non-concurrence qui peut résulter aussi bien d'une clause imposant une obligation à un individu que de la création d'une servitude sur un immeuble. Il reste, dès lors, à savoir ce qu'a été le choix du législateur français en la matière.

Pour le connaître, il faut, tout d'abord, remarquer que lorsque l'on observe les législations européennes, on s'aperçoit qu'il y a deux grandes modalités de protection de la finalité de la fiducie et des droits de son bénéficiaire :

– la première consiste à reconnaître au bénéficiaire de la fiducie un droit réel sur les biens concernés afin que le fiduciaire puisse opposer ce droit aux tiers en cas de violation de ses obligations par le fiduciaire (ce qui est assez rare) ou, surtout, en cas de saisie des biens par les créanciers personnels du fiduciaire ou d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de ce dernier (ce qui est un risque plus important en pratique). Cela aboutit soit à la distinction de deux formes de propriété (*legal ownership* et *equitable ownership*; *proprietad formal* et *proprietad material*), soit à la consécration d'un droit quasi réel de revendication au profit du bénéficiaire (*Aussonderungsrecht*);

– mais il est aussi possible de ne reconnaître au bénéficiaire qu'un simple droit de créance à l'encontre du fiduciaire et, dans ce cas, la protection du bénéficiaire sera obtenue en consacrant la théorie du patrimoine d'affectation afin d'empêcher les créanciers personnels du fiduciaire de pouvoir saisir les biens mis en fiducie, ainsi que l'a décidé le Grand-Duché de Luxembourg.

Le choix par le législateur français de consacrer la théorie du patrimoine d'affectation dans la loi du 19 février 2007 est donc un choix tout à fait révélateur de la volonté de ne pas conférer de droits réels au bénéficiaire de la fiducie. À quoi servirait, en effet, de reconnaître ce patrimoine d'affectation si la propriété du fiduciaire était limitée par la reconnaissance d'un droit réel de restitution au profit du bénéficiaire : il suffirait à ce dernier de l'opposer aux créanciers saisissants ou à la procédure collective du fiduciaire pour être suffisamment protégé ! Il apparaît ainsi que si le législateur a consacré le patrimoine d'affectation dans la loi du 19 février 2007, c'est parce qu'il n'a pas entendu démembrement la propriété conférée au fiduciaire.

Un autre indice de la volonté du législateur se trouve dans la reconnaissance du fait que, dans le cas d'une fiducie-sûreté, le constituant et le fiduciaire peuvent convenir de laisser le bien donné en fiducie à disposition du constituant. Dans ce cas, le constituant et le fiduciaire concluent une convention de mise à disposition, selon l'article 2018-1 du Code civil, et, en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire (mais dans ces cas-là seulement), cette convention est qualifiée de contrat en cours dont l'exécution peut être exigée par les organes de la procédure collective. Mais tout ceci n'aurait aucun sens si les prérogatives du bénéficiaire de la fiducie, qui est ici le constituant dans la perspective d'un paiement de sa dette, avaient un caractère réel. En effet, c'est bien parce que le droit de jouissance ainsi conféré au constituant de la fiducie n'a qu'un caractère personnel qu'il est nécessaire d'appliquer la législation relative aux contrats en cours pour le protéger lorsqu'il est placé en sauvegarde ou en redressement judiciaire !

La volonté du législateur français est donc nette et c'est bien celle de ne pas conférer de droits réels au bénéficiaire de la fiducie et donc de ne pas démembrement la propriété dévolue au fiduciaire.

Il faut l'en approuver, car la consécration d'un tel démembrement aurait été dangereuse dans le cas de la fiducie-sûreté (et comme le législateur traite de la même manière fiducie-sûreté et fiducie-gestion dans les art. 2011 s. C. civ., il suffit qu'un danger existe dans l'un des deux cas pour que la perspective d'un démembrement soit repoussée). En effet, admettons un bref instant l'idée suivant laquelle il pourrait y avoir un éclatement de la propriété à l'occasion de la fiducie. Qui serait alors le véritable propriétaire ? La réponse à cette question est donnée par la jurisprudence : lorsque les attributs de la propriété sont démembrés et exercés par deux sujets de droit différents, le propriétaire est toujours celui des deux qui a vocation à recouvrer *in fine*, c'est-à-dire lorsque le démembrement cesse, une plénitude de prérogatives sur le bien. Ainsi, et la Cour de cassation a récemment fait application de ce principe², lorsqu'un usufruit est constitué, le nu-propriétaire est le seul véritable propriétaire. Peu importe que, temporairement, il n'ait aucun pouvoir sur le bien. Il n'en est pas moins propriétaire, car lui

2. V. Civ. 3^e, 8 janv. 2009, pourvoi n° 08-12.649, *Dr. et patr.* juin 2009. 88 s., obs. J.-B. Seube ; *JCP* 2009. I. 127, n° 10, obs. H. Périnet-Marquet.

seul a vocation, à la fin de l'usufruit, à recouvrer la plénitude des prérogatives sur le bien. En conséquence, dans le cas de la fiducie, le seul véritable propriétaire serait le bénéficiaire de la fiducie, puisque lui seul a vocation *in fine* à recouvrer une plénitude de prérogatives sur le bien, et le fiduciaire n'aurait, lui, qu'un simple droit réel sur la chose d'autrui. Mais deux évidences apparaissent alors :

– d'une part, il est manifeste que cela ne correspond pas au choix du législateur puisque celui-ci a clairement indiqué que les biens donnés en fiducie sont dans le patrimoine du fiduciaire, même s'ils y forment une entité distincte de son patrimoine personnel ! ;

– d'autre part, si le droit du fiduciaire était ainsi réduit à un droit réel sur la chose d'autrui, on ne voit plus bien quelle serait la différence entre la fiducie-sûreté et un gage ou une hypothèque et on ne comprendrait pas pourquoi le législateur leur aurait attribué des régimes juridiques différents, notamment en cas de liquidation judiciaire.

Tout le danger de ce raisonnement apparaît alors, car il porte en lui les germes d'un alignement du régime juridique de la fiducie-sûreté sur celui des sûretés réelles traditionnelles et ce qui vaut pour la fiducie-sûreté pourrait valoir aussi bien pour la cession Dailly, la réserve de propriété, etc. Démembrer la propriété dans le cas de la fiducie-sûreté serait certainement le meilleur moyen de faire perdre tout intérêt aux propriétés-sûretés au bout de quelques réformes du droit des procédures collectives.

La solution pourrait-elle être alors de considérer que la propriété fiduciaire est bien une propriété (et non pas un simple démembrement de celle-ci) parce qu'elle confère une exclusivité (à la différence des sûretés réelles traditionnelles), mais qu'elle est une propriété particulière parce qu'elle ne porterait que sur la valeur du bien ? Mais là encore, une telle explication n'aboutit qu'à une impasse. L'admission d'une propriété de la valeur conférée au fiduciaire et d'une propriété de l'utilité qui serait alors conférée au constituant n'est, en effet, absolument pas conforme au droit positif, car non seulement on peut reprendre ici tous les arguments précités de droit positif qui montrent que le législateur n'a pas entendu conférer un droit réel au bénéficiaire, mais, en plus, une telle théorie impliquerait qu'il puisse y avoir deux formes de propriété différentes pour un même bien, ce qui serait un retour aux propriétés simultanées de l'Ancien Régime alors que celles-ci ont été abandonnées par le Code civil. En outre, admettre l'existence d'un droit sur la valeur seulement serait verser dans l'artifice le plus complet, car on peut se demander quel serait le contenu réel d'un tel droit qui ne serait doté d'absolument aucune prérogative sur la matérialité du bien.

Valeur et matérialité du bien ne peuvent être totalement dissociées et si le fiduciaire est bien propriétaire, ainsi que l'affirme le Code civil, il ne peut être que totalement propriétaire de la totalité du bien.

Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie¹

Nathalie Peterka

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)

1.— Si elle bouscule les concepts traditionnels du droit des biens, l'articulation du contrat de fiducie avec le droit des personnes n'est guère plus aisée. Qu'il s'agisse du droit des successions — où l'arrêt *Zieseniss* reste sans doute un modèle du choc des cultures du *trust* anglo-saxon et du droit continental² — et, aujourd'hui, du droit des incapacités. En ce dernier domaine, la nouveauté du contrat de fiducie contraste non seulement avec l'ancienneté de la matière mais, plus encore, avec l'évolution de la terminologie. Soucieuse d'employer des « mots courtois et apaisants³ », la loi du 5 mars 2007, portant réforme de la protection des majeurs, a banni du Code civil, dans le sillage de la loi Carbonnier de 1968, le terme d'« incapacité jugé humiliant ». Les personnes incapables sont devenues les personnes protégées, l'idée de protection apparaissant moins blessante que celle d'incapacité⁴. Encore que s'observe peu à peu un glissement linguistique en faveur de l'expression de « personne vulnérable⁵ ». S'il est certainement lourd de symboles, ce changement de terminologie traduit aussi une double réalité. Celle, d'abord, de l'apparition au sein de la psychiatrie moderne, des personnes « dyscapables » qui, au rebours du sujet privé d'initiative, appliquent leur volonté contre leurs propres intérêts, en faisant preuve d'« initiatives inadaptées », d'« un trop plein d'activités », d'une « incapacité à se

1. La présente contribution reprend l'allocution prononcée lors de la Journée nationale de l'Association Henri Capitant consacrée à la fiducie (15 avr. 2010). Le style oral en a été conservé.

2. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, *Bull. civ.* I, n° 93 ; *RTD civ.* 1999. 454, obs. J. Patarin ; Y. Lequette, « De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs », *D.* 1996. Chron. 231.

3. J. Carbonnier, préface de l'ouvrage de J. Massip, *La réforme du droit des incapables majeurs*, 1968, reprise in J. Massip, *Les incapacités. Étude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, spéc. p. 25.

4. P. Malaurie, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38569, p. 557 s., spéc. n° 2 et 11.

5. J. Hauser, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. fam.* 2007. Étude 14.

projeter dans l'avenir de manière réaliste »⁶. Celle, ensuite, de la promotion, au sein du droit tutélaire, de l'autonomie et de la volonté de la personne vulnérable. Il reste que s'il heurte sans doute la « pudeur de la langue⁷ », le droit des incapacités n'en conserve pas moins un contenu bien précis. Loin de se réduire à la protection des mineurs et des majeurs, il s'étend bien au-delà à l'ensemble des dispositions gouvernant l'aptitude à acquérir ou à exercer un droit et, notamment, aux règles fondées sur la suspicion imprégnant encore certaines incapacités de recevoir à titre gratuit.

2.— Limité à l'origine aux seules personnes morales, le périmètre de la fiducie est étendu désormais aux personnes physiques⁸. Ces dernières sont autorisées « à transférer 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 de plusieurs bénéficiaires » (art. 2011 C. civ.). Si elle réalise un assouplissement du cadre juridique de la fiducie, la loi n'en continue pas moins à faire preuve, en ce domaine, de méfiance. Non seulement, elle entoure les diverses variétés de fiducies de solennités rigoureuses, mais encore elle maintient la prohibition d'ordre public de la fiducie-libéralité et refuse, en dépit de plusieurs propositions sénatoriales⁹, d'ériger la fiducie-gestion au rang d'outil de protection des intérêts patrimoniaux de la personne vulnérable. Il est vrai qu'en cette matière, la loi du 23 juin 2006, portant réforme du droit des successions et des libéralités, puis celle du 5 mars 2007 n'ont pas été avares d'innovations. Ces réformes proposent plusieurs instruments — d'inspiration fiduciaire — largement favorables à la préservation du patrimoine de la personne protégée. Si bien que le droit des incapacités apparaît aujourd'hui traversé par deux courants contradictoires. S'il est largement empreint de méfiance envers la fiducie nommée, qu'elle intervienne à des fins de gestion ou de sûreté, il fait preuve dans le même temps d'une certaine bienveillance lorsqu'il s'agit d'encadrer, *via* des techniques d'esprit fiduciaire, la gestion du patrimoine de la personne vulnérable. De sorte que le droit des incapacités oscille, à l'épreuve de la fiducie, entre méfiance (I) et bienveillance (II).

I. LA MÉFIANCE

3.— La méfiance du droit des incapacités s'observe sur le terrain de la fiducie-gestion et de la fiducie-sûreté. Le législateur procède ici à une gradation des règles

6. C. Jonas, « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », *Dr. fam.* 2007. Étude 15, spéc. n° 10.

7. P. Malaurie, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *op. cit.*, spéc. n° 11.

8. L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 18-I abrogeant l'article 2014 du Code civil.

9. V. Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Philippe Marini : *Proposition de loi Sénat* n° 178, 2004-2005 ; Rapport H. de Richemont, *Doc. Sénat*, n° 212, session ord., 2006-2007, p. 219-221.

de capacité qui, pour être proportionnelle à celle des mesures de protection, ne lui est pas inféodée. C'est ainsi que le Code civil érige successivement la fiducie en un acte surveillé (A) et en un acte interdit (B).

A. UN ACTE SURVEILLÉ

4.- La fiducie incarne, en premier lieu, un acte surveillé. Il en est ainsi dès lors que le constituant fait l'objet d'une curatelle. L'article 468 le soumet, en ce cas, à une incapacité d'exercice, en disposant, que « la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, conclure un contrat de fiducie ». Le texte appelle d'emblée une double remarque. Il élève, d'abord, la fiducie au rang d'acte de disposition. La qualification mérite sans conteste l'approbation, du moins à l'aune du droit tutélaire, tant il est vrai que ce contrat est, en raison du transfert de droits qui le caractérise, particulièrement sensible aux critères économiques de l'acte de disposition (art. 496, al. 3 C. civ. ; Décr. 22 déc. 2008)¹⁰. Aussi, est-ce sans surprise que le contrat de fiducie émarge à la nomenclature des actes d'administration et des actes de disposition. Il y intègre désormais, aux côtés du contrat de gestion de portefeuille et de certaines sûretés, la liste des actes réputés constituer, de manière irréfragable et sans égard aux circonstances d'espèce, des actes de disposition¹¹.

5.- Si cette qualification trouve son prolongement, de façon cohérente, en droit matrimonial, ses conséquences du point de vue de la forme sont, en revanche, beaucoup plus contestables. Rappelons, sur le premier point, que le Code civil soumet la conclusion du contrat de fiducie, à l'instar de l'aliénation et de la constitution de droits réels, au double consentement des conjoints, sous la menace de la nullité relative (art. 1424, al. 2 C. civ., réd. L. 4 août 2008, et 1427). Mais la gravité de l'acte conduit ici à déborder le périmètre traditionnel de la cogestion, pour l'étendre à tout transfert d'un bien commun dans un patrimoine fiduciaire et, cela, indifféremment de la nature du bien qui en est l'objet¹². Sur le second point, l'article 2012 exige désormais, à peine de nullité absolue, que le contrat de fiducie soit établi par acte notarié « si les biens, droits ou sûretés transférés dans un patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision¹³ ». Motivée par le souci d'informer les constituants quant aux conséquences

10. R. Verdot, « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes "d'administration" et des actes de "disposition" », *RTD civ.* 1968. 449; A.-M. Leroyer, « Personnes protégées. Qualification des actes de gestion du patrimoine », *RTD civ.* 2009. 180, spéc. p. 181; I. Maria, « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées. Approche critique du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 », *Dr. fam.* 2009. Étude 31.

11. Décr. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, annexe 1, col. 2, II, 1°.

12. Ce qui exclut la fiducie-sûreté par rétention de la propriété.

13. Art. 2012, al. 2, C. civ. réd. Ord. n° 2009-112 du 30 janv. 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie. L'authenticité notariale se cumule avec les solennités de portée plus générale, des art. 2018 ainsi que des 2372-2 et 2488-2 relatifs à la fiducie-sûreté constituée par une personne physique.

de la fiducie lorsque la communauté ou l'indivision prend fin avant son terme¹⁴, l'authenticité de ce contrat — telle qu'elle est conçue par le Code civil — laisse perplexe. L'analyse de la fiducie comme un acte surveillé parce que dangereux justifierait, de manière cohérente, sa soumission au formalisme notarié, en toute hypothèse, et non pas seulement lorsque les biens font l'objet d'une appropriation plurielle. On comprend, en effet, malaisément pourquoi la conclusion d'un tel contrat par un époux en curatelle, sur un élément de son patrimoine propre ou personnel, peut être effectuée par un acte sous seing privé, cependant que ce même contrat est nécessairement notarié dès lors qu'il porte sur un bien indivis, alors même que le constituant serait une personne morale¹⁵...

6.— La fiducie peine, ensuite, à s'harmoniser avec le principe de la personnalité des charges tutélaires. Énoncée à l'article 452, la règle ne tolère que des exceptions limitées. C'est ainsi que le protecteur est autorisé à s'adjoindre le concours d'un tiers pour la seule conclusion des actes conservatoires et de certains actes d'administration¹⁶. Or, le recours à la fiducie entame une brèche dans ce dispositif, par l'attribution possible au tiers fiduciaire des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine de la personne protégée et, notamment, celui d'accomplir, de son propre chef, non seulement les actes d'administration mais encore les actes de disposition¹⁷. C'est dire que ce contrat conduit à métamorphoser la curatelle en une véritable tutelle, en privant la personne protégée de toute initiative sur les biens composant le patrimoine fiduciaire¹⁸. Faisant pour le moins preuve de désinvolture au regard de la proportionnalité des mesures de protection, le procédé est d'autant plus surprenant qu'il amène à accentuer le risque — déjà en germe dans le droit des incapacités — d'une dérive de la curatelle vers la tutelle (art. 469, al. 2, 471 et 472 C. civ.)¹⁹.

7.— Mais il y a plus grave. Le contrat de fiducie favorise la multiplication, en dehors de toute intervention judiciaire, des tiers investis de la gestion des biens de la personne protégée²⁰. En effet, la désignation du fiduciaire esquivé tout contrôle du juge des tutelles et cela d'autant plus que la loi interdit ici le cumul de la qualité de fiduciaire et d'une charge tutélaire à l'égard du constituant (art. 445, al. 3 C. civ.). À

14. Rapport au président de la République sur l'ordonnance du 30 janv. 2009 : JO n° 26 du 31 janv. 2009, p. 1851.

15. M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009. 670, spéc. n° 4 ; P. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière », *JCP* 2009. I. 132, spéc. n° 3.

16. Applicable sous la tutelle, l'art. 452, al. 2 n'a vocation à jouer, s'agissant des actes d'administration, que sous la curatelle renforcée et, plus encore, sous la curatelle élargie.

17. Art. 2018, 6° et 2023 C. civ. V., J. Massip, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Defrénois* 2009, art. 38982, p. 1549, spéc. p. 1551.

18. J. Massip, *ibid.*, p. 1554.

19. A. Karm, « La gestion du patrimoine du majeur en curatelle », *Dr. et patr. avr.* 2009. 86, spéc. p. 91 s.

20. Il est vrai sous la réserve du pouvoir de surveillance générale du juge des tutelles et du procureur de la République sur les mesures de protection de leur ressort (art. 416 C. civ.). V. en ce sens, J. Massip, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *op. cit.*, spéc., p. 1551.

vrai dire, la restriction de la qualité de fiduciaire aux seuls avocats, ainsi qu'aux établissements de banque ou d'assurance, suffisait à évincer la plupart des cumuls²¹... Si bien que la précision n'offre véritablement d'intérêt que pour l'avocat, lequel ne peut se voir confier, par son client, tout à la fois la gestion d'un patrimoine fiduciaire et un mandat de protection future (art. 480, al. 2, C. civ.)²². Restera à préciser, à l'avenir, s'il est permis de combiner une mission tutélaire avec la qualité de tiers protecteur chargé de la préservation des intérêts du constituant (art. 2017, C. civ.). L'opposition d'intérêts fait, on le sait, traditionnellement obstacle à la conclusion d'un contrat entre l'administrateur et son protégé, de sorte qu'il conviendra d'être, en la matière, extrêmement prudent²³.

8.— La déjudiciarisation se prolonge sur le terrain du contrôle des comptes. Sur ce point, le Code civil impose au fiduciaire de rendre compte de sa mission au protecteur au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée dans le contrat de fiducie (art. 2022, al. 2, C. civ.). C'est alors à l'administrateur d'intégrer le compte de la fiducie au compte annuel de gestion. Or, d'une part, l'établissement de ce dernier n'est pas exigé pour toutes les mesures de protection, de telle sorte que le contrôle des comptes fiduciaires souffre ici d'un déficit d'homogénéité²⁴. D'autre part, la vérification du compte annuel de gestion échappe, en principe, au juge des tutelles (art. 510 à 515 et 472, al. 3, C. civ.)²⁵. Si l'on y ajoute que le législateur n'a pas jugé utile de limiter le recours à la fiducie au bénéfice du seul majeur protégé^{26,27}, on ne s'étonne plus qu'elle soit éligible, sous la tutelle, aux actes interdits.

B. UN ACTE INTERDIT

9.— La fiducie incarne, en second lieu, un acte interdit aux côtés des aliénations et des renonciations gratuites et du nantissement en garantie de la dette d'un tiers. L'article 509 énonce que « le tuteur ne peut, même avec une autorisation [...] transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ». Bien qu'inscrite au sein du titre XII relatif à la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle, la règle trouve écho, de façon redondante, sous la tutelle des mineurs (art. 408-1 C. civ.). L'interdiction de la fiducie appelle, sur ce terrain, une

21. Tant il est certain que ces établissements ne seront jamais inscrits sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (art. 2015 C. civ.; art. L. 471-2 et L. 312-1, I, 14° CASF). La règle du cumul s'étend non seulement aux fonctions de tuteur ou de curateur mais aussi à celles de subrogé tuteur ou de subrogé curateur, ainsi qu'aux membres du conseil de famille : J. Massip, *ibid.*

22. V. art. 480, al. 2, C. civ., réd. L. n° 2011-525, 17 mai 2011.

23. Elle implique, au moins, la désignation d'un administrateur *ad hoc* à défaut de subrogé tuteur ou de subrogé curateur.

24. Il en est ainsi, notamment, sous la curatelle simple.

25. Sauf refus d'approbation par le greffier en chef du tribunal d'instance, le subrogé-tuteur ou l'expert désigné sur le fondement de l'art. 513.

26. Ce que suggérait pourtant l'amendement adopté par le Sénat, au cours des travaux ayant abouti à la loi du 5 mars 2007, v. rapport H. de Richemont, *op. cit.*, p. 219 à 221.

27. Ouvrant ainsi largement les portes à la fiducie-sûreté.

double observation. Elle conduit, d'abord, en frappant le tuteur d'une véritable incapacité de jouissance²⁸, à introduire au sein des règles de capacité une césure pour le moins contestable. On peine, en effet, à comprendre pourquoi le contrat de fiducie correspond à un acte interdit sous la tutelle, cependant qu'il est permis, avec l'assistance du protecteur, sous la curatelle. Il aurait été, sans conteste, préférable tout à la fois pour la protection de la personne vulnérable et la cohérence du droit des incapacités, d'autoriser la fiducie sous la tutelle, tout en l'encadrant de règles de nature à préserver les intérêts du constituant. Il était parfaitement concevable, comme le suggérait le Sénat, de subordonner la fiducie non seulement à l'autorisation préalable du juge des tutelles et au formalisme qui entoure cette autorisation, mais aussi de la limiter au seul bénéfice de la personne protégée, d'en permettre la résiliation à tout moment par le tuteur et d'imposer la vérification des comptes fiduciaires par un expert (comp. art. 505, al. 2 et 3 ; art. 500, al. 3 *in fine* et art. 513 C. civ.). La prohibition de la fiducie, après l'ouverture de la tutelle, est d'autant plus déroutante si l'on songe que le tuteur est autorisé, avec la permission du juge ou du conseil de famille, à conclure un contrat de gestion de portefeuille et à consentir diverses sûretés pour la garantie des dettes de son protégé (art. 500, al. 3 C. civ. et Décr. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, ann. 1, col. 2, I et ann. 2, col. 2, I, 2°).

10.— Les contours de l'interdiction méritent, ensuite, d'être précisés. La prohibition de la fiducie, sous la tutelle, renvoie à la question de son sort sous le mandat de protection future. Celle-ci ne se pose, à vrai dire, qu'au sujet du mandat notarié. Lui seul permet au mandataire d'accomplir les actes de disposition sur les biens de son protégé. Or, si l'interdiction de la fiducie paraît évidente à la lecture de l'article 490, alinéa 1^{er} — qui restreint la mission du mandataire aux « actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec autorisation » —, elle est aussitôt obscurcie par l'alinéa 2 du texte, qui le contraint à saisir le juge des tutelles pour l'accomplissement d'un « acte de disposition à titre gratuit ». L'interprétation téléologique du Code civil paraît — il est vrai — militer en faveur de la prohibition sous le mandat de protection future²⁹. Mais la cohérence du dispositif de protection des

28. Encore que l'homogénéité et l'utilité de ce concept soit controversée, v. I. Maria, *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, « Coll. de Thèses », t. 44, 2010, préf. P. Ancel.

29. V. rapport E. Blessig, *Doc. Ass. nat.* 2007, n° 3557, XII^e législature, p. 199 ; rapport H. de Richemont, *op. cit.*, p. 194 s., notamm. p. 195 : « S'agissant des actes patrimoniaux, une exception est prévue pour les actes de disposition à titre gratuit que le mandataire ne peut accomplir que sur autorisation du juge des tutelles. Cette disposition vise à éviter des donations abusives ou sous influence, notamment au profit du mandataire. » Et le rapport de poursuivre : « En outre, le projet de loi écarte explicitement l'exigence d'un mandat exprès prévue par l'article 1988 du code civil pour les actes de disposition. Ainsi, même s'il est conçu en termes généraux, c'est-à-dire s'il ne comporte pas une autorisation expresse, le mandat peut autoriser le mandataire à faire tout acte de disposition qu'un tuteur peut accomplir », ce qui écarte de la mission du mandataire les actes de l'art. 509 et, notamment, la constitution d'une fiducie pour le compte du mandant. *Adde*, J. Leprovaux, « Le mandat de protection future », *JCP N* 2008. I. 1274, spéc. n° 22. Comp., P. Potentier, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N* 2007. I. 1262, spéc. n° 25 ; F. Sauvage, « Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable », *RJPF* 2009-5/8 s.,

majeurs en sort, alors, pour le moins malmenée. La référence au modèle de la tutelle a pour conséquence de transposer sous le mandat de protection future, c'est-à-dire sous l'un des régimes les plus souples, une prohibition conçue pour le régime le plus encadré. Voilà qui laisse perplexe à l'aune non seulement des principes irriguant la protection des majeurs mais aussi de la promotion, en cette matière, de la volonté de la personne vulnérable (art. 415 et 428 C. civ.). Reste alors à déterminer si la personne protégée pourrait contourner l'interdiction, en concluant elle-même le contrat de fiducie. L'initiative serait certainement risquée. En effet, s'il n'est pas privé de sa capacité par l'ouverture du mandat, le majeur n'en souffre pas moins, par hypothèse, d'une altération de ses facultés personnelles. Si bien que ses actes demeurent placés sous la menace, non seulement de la réduction et de la rescision, mais encore de la nullité pour insanité d'esprit qui se font, ici, concurrence (art. 488 C. civ.).

11.— Ces interrogations sont d'autant plus regrettables que la sanction de l'interdiction de la fiducie est elle-même incertaine³⁰. Sur ce point, la loi est curieusement restée muette. Rien n'est dit ni de la fiducie faite, de son seul chef, par le tuteur, ni de celle qui serait accomplie en vertu d'une autorisation illicite. S'il est vrai que les initiatives solitaires du tuteur encourent, sans doute, la nullité de droit des dépassements de pouvoirs (art. 465, al. 1^{er}, 4^o C. civ.)³¹, la sanction des actes autorisés est, en revanche, beaucoup plus délicate. Gageons qu'il conviendra, en ce domaine, de distinguer le contrat de fiducie et l'autorisation. Si celui-là demeure entaché de la nullité de droit, même lorsqu'il a été autorisé, celle-ci laisse place certainement à l'exercice des voies de recours³².

12.— Le législateur n'a pas précisé davantage le sort de la fiducie décidée avant le prononcé d'une tutelle, si bien que se pose la question de son maintien après l'ouverture de cette mesure. L'on sait que la mise en place d'une tutelle entraîne la révocation de droit des procurations consenties par la personne vulnérable³³. C'est

spéc. p. 10. *Contra*, J. Massip, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *op. cit.*, spéc. p. 1554.

30. L'interdiction de la fiducie sous la tutelle pourrait, par ailleurs, éclairer la portée de l'art. 509 pour les autres actes qu'il énumère. Le législateur ayant pris soin d'autoriser expressément la fiducie sous la curatelle, convient-il d'en déduire *a contrario* que les autres actes visés par l'art. 509 sont interdits sous ce régime ? Faisant ici figure de modèle, la tutelle a vocation *a priori* à projeter ses interdictions sous la curatelle (art. 467 C. civ.). Il n'en demeure pas moins que, si elle était retenue, cette interprétation marquerait une rupture avec les solutions anciennes, que rien n'incline pourtant à abandonner. Accentuée par la réforme de 2007, la gradation des mesures de protection fournit, tout au contraire, un puissant argument en faveur de l'éligibilité de l'ensemble des actes de l'art. 509 à l'assistance du curateur. On regrette, alors, que le législateur n'ait apporté cette précision qu'au sujet du seul contrat de fiducie, obscurcissant l'interprétation de la loi pour les autres actes...

31. La sanction des dépassements de pouvoirs du mandataire de protection future réside pareillement dans la nullité relative, par application du droit commun du mandat (art. 478 et 1998, al. 2 C. civ.).

32. V., N. Peterka, *J.-Cl. Civ.*, art. 503 à 509, spéc. n° 177 s. ; T. Fossier (dir.), *Curatelle, tutelle, accompagnements*, LexisNexis, coll. « Litec professionnels », 2009, n° 406, 544 et 545.

33. Érigeant la tutelle des majeurs au rang de cause de cessation du mandat, l'art. 2003 C. civ. ne souffre pas la discussion à cet égard.

la solution inverse qui prévaut s'agissant de la fiducie. En effet, le législateur ne mentionne pas la survenance de l'incapacité du constituant au titre des causes de cessation du contrat³⁴. Il serait, pour autant, excessif d'en déduire que la fiducie ne peut jamais être remise en cause. Elle encourt, tout au contraire, ce risque tant qu'elle n'a pas été acceptée par le bénéficiaire (art. 2028 C. civ.) — ce qui soulève la question de la capacité gouvernant la révocation du contrat. Plus encore, elle s'expose à la réduction ou à l'annulation, dès lors qu'elle est effectuée au cours de la période suspecte précédant l'ouverture de la mesure (art. 464 C. civ.)³⁵. S'il est vrai que le souci de sécurité juridique conduit ici, sur le terrain de la sanction, à une certaine bienveillance du droit des incapacités, celle-ci se trouve décuplée dès lors que l'on s'écarte de la fiducie nommée pour aborder les mécanismes qui s'en approchent.

II. LA BIENVEILLANCE

13.— Le droit des incapacités fait preuve de bienveillance à l'égard de divers mécanismes d'esprit fiduciaire, propres à sécuriser la gestion des biens de la personne vulnérable. Deux techniques font figure, en ce domaine, de fiducies innommées³⁶, celle du mandat (A), d'une part, et celle des libéralités substitutives (B), d'autre part.

A. LE MANDAT

14.— La technique du mandat a été largement exploitée par les réformes successives du droit successoral et de la protection des majeurs. Encore qu'il faille souligner d'emblée que, s'ils propagent ici le phénomène de contractualisation qui s'observe largement en droit de la famille, le mandat de protection future et le mandat à effet posthume sont, l'un et l'autre, irréductibles au mandat de droit commun.

15.— Le mandat de protection future représente l'une des figures emblématiques du nouveau droit des incapacités. Ce dernier autorise « toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle » à « charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où [elle] ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts ». Consacrant l'autonomie de la volonté pour sa propre protection juridique, et même pour celle d'autrui, la technique incarne une mesure de protection conventionnelle organisée, de manière anticipée, pour la préservation de ses intérêts personnels et patrimoniaux, par la

34. M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *op. cit.*, spéc. n° 5, note 8; F. Sauvage, « Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable », *op. cit.*, spéc. p. 11.

35. Et, au-delà, à la nullité de droit pour insanité d'esprit, sous réserve que les conditions en soient réunies (art. 414-1 et 414-2 C. civ.).

36. Suivant l'expression de C. Witz, *La fiducie en droit français*, Economica, 1981.

personne à protéger elle-même ou celles qui en ont la charge (art. 477 C. civ.)³⁷. Bien qu'étant d'inspiration fiduciaire, la réception du mandat de protection future n'a pas tari — loin s'en faut — l'aspiration du droit des incapacités à la fiducie³⁸. C'est, à vrai dire, parce qu'il s'en sépare profondément, au moins sur deux points.

16.— Celui, d'abord, de sa formation. Le législateur encadre le mandat de protection future d'un formalisme minutieux qui contraste avec les solennités de la fiducie-gestion³⁹. C'est ainsi que celui-là requiert toujours un acte authentique, dès lors qu'il s'agit de confier le pouvoir de disposer des biens au mandataire, qui peut être soit une association tutélaire soit une personne physique⁴⁰. Celui, ensuite, de son fonctionnement. S'il est vrai que le mandat notarié pourrait concurrencer la fiducie sur le terrain des pouvoirs du gérant, ces derniers sont l'objet, sous le mandat, d'un contrôle renforcé (art. 486, al. 2 et 491 C. civ.; comp. art. 2022, al. 1^{er} C. civ.). La mise à exécution du mandat laisse place à une surveillance étroite du juge des tutelles, dont la saisine d'office est maintenue pour l'ouverture d'une nouvelle mesure de protection en complément du mandat de protection future (art. 485 C. civ.)⁴¹. Mieux encore, les tiers — et notamment la famille — sont autorisés à contester la mise en œuvre du mandat, ainsi qu'à en réclamer la révocation lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant ou lorsque son ouverture paraît injustifiée au regard du principe de subsidiarité des mesures de protection (art. 483, 4^o et 484 C. civ.). C'est dire que la bienveillance du législateur à l'égard du mandat de protection future s'accompagne, afin de préserver les intérêts et la liberté individuelle de la personne protégée, d'une rejudiciarisation de la mesure de protection, qui ne trouve pas son équivalent sous la fiducie. Il n'en demeure pas moins que cette dernière présente une incontestable utilité, en complément d'un mandat de protection future, lequel peut subsister pour la protection de la personne et pour certains biens exclus de la fiducie.

17.— Une semblable complémentarité s'observe sur le terrain du mandat à effet posthume. Ce dernier autorise le *de cuius* à désigner parmi ses héritiers présomptifs ou les tiers⁴², un mandataire qui, à son décès, prendra en charge la gestion de la succession pour une durée limitée, renouvelable sur décision judiciaire. La création de cette figure juridique répond à l'ambition affichée du législateur de subvenir « aux besoins que satisfait dans d'autres pays la fiducie successorale⁴³ ». Le mandat doit

37. C'est-à-dire ses père et mère (art. 477, al. 3 C. civ.).

38. V. rapport H. de Richemont, *Doc. Sénat, op. cit.*, n° 212, p. 219 à 221, proposant l'introduction en droit français de la fiducie-gestion pour la préservation du patrimoine de la personne protégée, malgré la consécration par le projet de loi du mandat de protection future.

39. Art. 2012, al. 2, 2018, 2018-2 et 2019 C. civ.

40. Art. 489, al. 1^{er} et 477, al. 3 C. civ. Comp. art. 2012, al. 2 et 2018 C. civ.

41. Art. 1217 C. pr. civ.; Circ. DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs : *BO Min. Just.*, 28 févr. 2009, p. 7.

42. Qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, à l'exclusion du notaire chargé du règlement de la succession : art 812, al. 4 C. civ.

43. Exposé des motifs, *ibid.* ; Sénat, séance du 16 mai 2006, compte rendu intégral des débats, *op. cit.*

fournir au défunt un instrument de nature à pallier l'inaptitude de ses héritiers pour administrer la succession, en raison de leur jeune âge, de leur handicap ou de leur incompétence pour diriger l'entreprise familiale⁴⁴. Aussi, ce contrat est-il subordonné à la justification d'un « intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé » (art. 812-1-1, al. 1^{er} C. civ.).

18.— S'illustrant sur le terrain de son fonctionnement, où elle multiplie les entorses aux successions et au mandat de droit commun⁴⁵, l'inspiration fiduciaire du mandat à effet posthume se prolonge sur le terrain du droit des incapacités. En ce domaine, la bienveillance de la loi à l'égard de ce mandat découle, au premier chef, de sa prééminence sur le droit tutélaire. Faisant figure de véritable tutelle aux biens, il conduit à neutraliser les pouvoirs du protecteur au profit de ceux du mandataire⁴⁶. Il serait pour autant par trop hâtif d'en conclure que ce dernier esquivé tout contrôle. Le mandataire est assujéti, tout au contraire, à une obligation de reddition de comptes, qui s'exerce — à peine de révocation judiciaire — chaque année et en fin de mandat (art. 812-7 C. civ.). Plus encore, il demeure soumis à la surveillance constante du juge des tutelles, lequel dispose de la faculté de mettre fin au mandat, à tout instant, dès lors qu'une mesure de protection est ouverte au bénéfice de l'un des héritiers (art. 812-4, al. 7 C. civ.)⁴⁷.

19.— Comparée à la fiducie, la grande faiblesse du mandat à effet posthume tient tout à la fois aux contours de la mission du mandataire et à ses causes de cessation⁴⁸. Conférant à l'héritier la faculté de mettre fin au mandat par l'aliénation des biens⁴⁹, ce mécanisme restreint la mission du mandataire aux seuls actes conservatoires et aux actes d'administration (art. 812, 812-1-3 et 812-4, al. 1^{er}, 5^o C. civ.)^{50,51}. Si bien

44. Projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, NOR JUSX0500024L/R1, Exposé des motifs, p. 7 ; P. Clément, Sénat, séance du 16 mai 2006, compte rendu intégral des débats : [http://www.senat.gouv.fr].

45. M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, p. 3 s.

46. Art. 812-1 C. civ. : « Le mandataire exerce ses pouvoirs alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers. »

47. Étant précisé qu'« un même mandat donné pour le compte de plusieurs héritiers ne cesse pas entièrement pour une cause d'extinction qui ne concerne que l'un d'eux. De même, en cas de pluralité de mandataires, la fin du mandat intervenant à l'égard de l'un ne met pas fin à la mission des autres » (art. 812-4, al. 2 C. civ.).

48. M. Grimaldi, « Préciser le nouveau dispositif de mandat posthume », in *Quatre-vingts ans de la Semaine juridique*, LexisNexis JurisClasseur, 2007, p. 37.

49. Sans que le mandataire posthume puisse s'y opposer, v. Civ. 1^{re}, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556 : *Defrénois* 2010, art. 39152, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2010, n° 104, note B. Beignier ; *AJ fam.* 2010. 287, obs. C. Vernières.

50. Il conviendra de déterminer si les dispositions du décret du 22 déc. 2008, relatif à la gestion du patrimoine des majeurs en curatelle ou en tutelle, sont applicables, sous le mandat à effet posthume, pour cerner les notions d'actes de disposition, d'actes d'administration et d'actes conservatoires. Si l'art. 496, al. 3 C. civ. paraît *a priori* s'y opposer, il pourrait servir, néanmoins, de modèle en ce domaine.

51. M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », *op. cit.*, spéc. n° 12 et 14 ; comp. F. Sauvage, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers. (Au regard de Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010) », *Defrénois* 2010, art. 39149, p. 1776.

que, s'il correspond à « une espèce de fiducie testamentaire⁵² », le mandat à effet posthume ne prive pas — loin s'en faut — la fiducie de son utilité. La consécration des libéralités substitutives en fournit, au demeurant, une illustration.

B. LES LIBÉRALITÉS SUBSTITUTIVES

20.— Autrefois strictement encadrées, les libéralités substitutives sont aujourd'hui largement admises. Le Code civil permet qu'« une libéralité [soit] grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou les droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte ». Incarnant à l'image des anciennes substitutions un mécanisme d'esprit fiduciaire, les libéralités graduelles renferment un double transfert de propriété, au profit du grevé, d'abord, et de l'appelé, ensuite. Pour autant, elles ne sont certainement pas réductibles à la fiducie-libéralité, dont elles fournissent, à lire les rapports parlementaires, la justification de la prohibition^{53,54}. Si elles sont aujourd'hui ouvertes à toutes personnes, il n'en demeure pas moins que les libéralités graduelles ont été conçues, au premier chef, comme un instrument de protection du successible vulnérable, notamment de l'enfant atteint d'un handicap⁵⁵. Accompagnées le cas échéant d'une libéralité résiduelle, elles fournissent le moyen de lui procurer un logement ou des revenus, tout en s'assurant de la transmission des biens, à son décès, à ses frères et sœurs ou à une association d'utilité publique, gratifiés en second ordre.

21.— La bienveillance du législateur à l'égard des libéralités substitutives se traduit, de manière cohérente, sur le terrain du droit des incapacités. Dans le souci de favo-

52. M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », *op. cit.*, spéc. n° 5, 11 et 14.

53. V. rapport H. de Richemont, *Doc. Sénat*, n° 11, session ord. 2006-2007, 11 oct. 2006, p. 15 et 16.

54. Cette variété de fiducie consisterait à gratifier le bénéficiaire en confiant directement la gestion des biens à un tiers, à l'endroit duquel le constituant ne serait animé d'aucune intention libérale. Précisons que si elle est frappée de nullité absolue, la fiducie-libéralité laisse place en revanche, dès lors que le gratifié n'est pas une personne en tutelle ou sous mandat de protection future, à une libéralité avec charge d'apporter les biens dans un patrimoine fiduciaire. V. rapport, *ibid.*, p. 50 : « Toutefois, bien que ne pouvant conduire à consentir des libéralités, le contrat de fiducie pourrait malgré tout être utilisé avec profit dans des opérations de gestion patrimoniale intéressant des personnes physiques et pouvant se combiner, le cas échéant, tant avec les dispositions du droit des successions et des libéralités qu'avec celles du droit des tutelles. Par exemple, il pourrait être envisagé de combiner avec un contrat de fiducie le régime nouveau des libéralités graduelles ou résiduelles, qui permettent une transmission à titre gratuit vers un premier bénéficiaire à charge pour celui-ci de transmettre le reliquat ou la totalité du bien reçu à un second gratifié préalablement désigné. Le premier gratifié pourrait ainsi, aux seules fins de gestion, transférer à un fiduciaire les biens reçus à titre gratuit. Dès lors qu'il serait inscrit comme seul bénéficiaire dans le contrat de fiducie, les biens feraient retour dans son patrimoine soit à son décès, soit lorsqu'il décide d'abandonner la jouissance de ceux-ci, pour être ensuite transmis au second gratifié. » Adde, F. Sauvage, *ibid.*, spéc. p. 11 s. Comp., B. de Belval, P.-Y. Joly, « Quelques observations sur l'avocat et la fiducie », *RLDA* mars 2010. 90 s.

55. Rapport H. de Richemont, *Doc. Sénat* n° 343, session ord., 2005-2006, t. I, p. 261.

riser ces mécanismes, le Code civil établit une double règle dérogatoire en faveur du second gratifié. Non seulement, il l'autorise à accepter la donation après le décès du donateur (art. 1055, al. 2 et 1061 C. civ.) mais encore il écarte, ici, l'incapacité de recevoir à titre gratuit des personnes futures (art. 906 C. civ.). Pour autant, plusieurs incertitudes, propres à enrayer ce dispositif, demeurent en suspens. Celle, d'abord, de la capacité exigée pour l'acceptation du grevé⁵⁶. Celle, ensuite, de la conciliation de la charge et de la réserve à l'aune des règles de capacité. Si, en effet, le Code civil permet au disposant d'imposer la charge sur la réserve du donataire, il en est ainsi seulement si ce dernier y consent (art. 1054, al. 2 C. civ.)⁵⁷. Or, apparaissant comme une renonciation anticipée à la protection de la réserve, ce pacte pourrait bien tomber sous le coup des actes interdits sous la tutelle⁵⁸. Si bien que le mécanisme de la libéralité graduelle, en présence d'une personne vulnérable, en serait considérablement affaibli⁵⁹.

22.- Celle, enfin, de la faculté du grevé de procéder à l'abandon anticipé de la jouissance des biens au profit du second gratifié (art. 1050 C. civ.). Conçu en faveur du grevé qui, par suite de son accueil dans un établissement de soins, n'a plus l'utilité du bien compris dans la libéralité, l'exercice de cette faculté pourrait se heurter, à son tour, à la prohibition des renonciations gratuites sous la tutelle⁶⁰. Il est certain que, si elle était retenue, pareille interprétation conduirait à étouffer dans l'œuf l'une des figures emblématiques de la protection de l'enfant handicapé... C'est dire que l'articulation du droit des incapacités et de la fiducie reste à construire !

56. Il conviendra de préciser si la libéralité graduelle est soumise, sous la tutelle, à l'autorisation du juge ou du conseil de famille, comme le suggèrent les dispositions réglementaires relatives à l'acceptation des libéralités avec charges : Décr. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, annexe 1, col. 2, V. Encore que la charge ne soit pas ici indéterminée, pas plus qu'elle n'est, d'ailleurs, de nature à diminuer, du vivant du grevé, le montant de son émolument, N. Peterka, *J.-Cl. Civ.*, art. 503 à 509, spéc. n° 54, 55 et 115.

57. Vestige de la réserve en nature, l'art. 1054, al. 4 précise qu'en pareil cas, la charge bénéficie, de plein droit, dans la mesure de la réserve, aux enfants nés ou à naître du grevé.

58. Il relève d'ailleurs, de façon symptomatique, du formalisme entourant la renonciation anticipée à l'action en réduction, dès lorsqu'il résulte d'un acte établi postérieurement à la donation graduelle (art. 1054, al. 2 et 930 C. civ.). Il n'en demeure pas moins que la renonciation visée par l'art. 1054, al. 2 ne se confond pas avec la RAAR. En effet, contrairement à la seconde, la première ne prive jamais les descendants du grevé de la part de réserve revenant à la souche (art. 1054, al. 4 C. civ.).

59. La charge doit alors être ramenée, *via* une opération de cantonnement, aux limites de la quotité disponible. V. art. 1054, al. 1^{er} C. civ. V., M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006. 1387.

60. Dès lors, du moins, qu'il n'est pas motivé par une intention libérale et sous réserve des conventions autorisées par l'art. 426 sur la résidence principale ou secondaire de la personne protégée. Sur ce point, v. N. Peterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.* n° spécial « Droit privé du patrimoine », 16-18 déc. 2007, *Doctr.* 11 s., spéc. n° 13.

Avocat fiduciaire et responsabilité du fiduciaire

Une première table ronde a permis en fin de matinée à Philippe Delebecque (professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne — Paris 1) et à Pierre Berger (avocat), de confronter leurs réflexions sur la question de la responsabilité du fiduciaire ; une présentation générale en a été dessinée par Philippe Delebecque, Pierre Berger ayant plus précisément traité de la responsabilité encourue par l'avocat fiduciaire.

La responsabilité du fiduciaire

Philippe Delebecque

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

1.– L'article 2026 du Code civil dispose que « le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission ». Ce texte laisse entendre que le fiduciaire engage sa responsabilité en termes d'obligation de moyens et qu'il ne bénéficie d'aucune immunité, puisqu'il doit répondre de ses fautes et donc du manquement à ses propres obligations sur son propre patrimoine, et ce, en principe, intégralement. Le fiduciaire, malgré l'originalité de sa mission et de sa condition juridique — un propriétaire aux ailes réduites, toute comparaison avec le droit de la vente étant ainsi et nécessairement écartée —, est un sujet de responsabilité comme les autres. Le thème proposé n'aurait-il ainsi qu'un intérêt secondaire, d'autant qu'à notre connaissance peu d'auteurs s'en sont préoccupés¹ ?

2.– La table ronde organisée ce matin est cependant là pour démonter le contraire. Commençons par observer que la référence que le législateur fait au mandat, ne serait-ce qu'implicitement, n'est pas dépourvue d'intérêt : elle permet d'avoir un premier repère et de disposer d'un modèle. Observons immédiatement que l'article 2026 mérite d'être rapproché de l'article 1992 du même code qui indique que le mandataire répond non seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion, ce qui conduit, semble-t-il, à distinguer les hypothèses de mauvaise exécution de la mission et celles de mauvaise exécution. Mais le rapprochement avec le droit du mandat s'arrête peut-être là, car la situation du fiduciaire est différente de celle du mandataire — le fiduciaire n'assume aucune fonction de représentation — et sans doute plus complexe.

3.– De surcroît, contrairement au mandataire, le fiduciaire ne peut-il, être — sous réserve des avocats dont M^e X. nous entretiendra plus particulièrement — qu'une personne morale, désormais susceptible de responsabilité pénale. De plus,

1. Comp. N. Borga, *RLDA* févr. 2010; égal. *Rev. dr. et patr. nov.* 2009. 42.

on imagine mal, en droit français, un fiduciaire agissant à titre gratuit : ne s'agit-il pas nécessairement d'un établissement de crédit ? Cette circonstance n'est pas neutre lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité : en matière de mandat la responsabilité relative aux fautes du mandataire est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire (art. 1992, al. 2).

En outre, le fiduciaire peut avoir plusieurs qualités : il peut être bénéficiaire et en relation avec un constituant ou intermédiaire entre un constituant et un ou plusieurs bénéficiaires, la fiducie étant une opération à deux, à trois ou encore à quatre personnes, voire davantage. Il peut aussi être accompagné d'un ou de plusieurs cofiduciaires. Le fiduciaire peut également être assisté d'un « protecteur » (art. 2017), étant précisé que ce protecteur n'est pas un sous-fiduciaire, lequel n'est sans doute pas un fiduciaire au second degré, mais plus exactement un mandataire du fiduciaire, mandataire ne pouvant intervenir qu'avec l'aval du constituant et pour certains types d'actes (mandat spécial).

Malgré cette diversité de situations, au demeurant accusée par le jeu de la liberté contractuelle (art. 2018-6°), malgré d'autres rapprochements qui viennent à l'esprit et notamment avec la condition du dépositaire, car le fiduciaire est appelé à conserver des biens et des droits, il reste que l'on imagine mal que le fiduciaire puisse être le préposé de qui que ce soit. Le modèle de la responsabilité pour fait d'autrui n'a donc ici aucune pertinence.

4.- De même, s'il faut se tourner vers le droit anglais pour mieux comprendre la question de la responsabilité du fiduciaire, et si utile que soit cette comparaison, il faut se méfier des transpositions systématiques. Sans doute les Anglais ont-ils depuis longtemps posé la règle que le *trustee* était responsable de tout manquement à ses obligations, étant précisé que le juge pourrait le relever indemne de toute responsabilité en cas de « négligence non coupable ». Sans doute aussi le droit anglais offre-t-il des exemples assez nombreux de responsabilité du *trustee* :

- celui qui néglige d'investir les fonds du trust pendant une période injustifiée doit payer au trust les sommes perdues du fait de sa carence ;
- si un *trustee* réalise un investissement qui n'a pas été autorisé, il est responsable de toute perte qui peut en résulter ;
- s'il vend une action dans des conditions inappropriées, il est tenu de la remplacer ou de combler toute différence entre la valeur et le montant auquel il aurait dû la vendre...

Ces solutions ne seraient sans doute pas choquantes au regard du droit français. Cependant, le droit français admettrait-il qu'un cofiduciaire ne soit pas tenu solidairement envers un bénéficiaire, alors que les Anglais admettent par exemple qu'un *co-trustee*, membre de la famille du bénéficiaire, ne soit pas responsable s'il n'a fait que suivre l'avis d'un autre *trustee* juriste ?

Le droit français pourrait-il, *mutatis mutandis*, admettre que la méconnaissance de ses obligations par un ancien *trustee* n'engage pas le nouveau *trustee* qui le remplace ?

Le droit français pourrait-il également décider qu'un *trustee* n'est pas en principe responsable pour les actes commis par ses collègues ?

Enfin, *last but not least*, le bénéficiaire pourrait-il, à côté du droit d'obtenir une condamnation à des dommages-intérêts, demander une réparation en nature si le bien qui devait lui revenir a été cédé ou transmis à un tiers ? Va-t-on, comme le fait le droit anglais (sous certaines conditions), lui reconnaître un droit de suite ?

5.– La question de la responsabilité juridique du fiduciaire est, comme on le voit, complexe. Elle l'est d'autant plus que cette responsabilité peut être, en cas de détournement, d'ordre pénal : on pense naturellement à l'abus de confiance et à ses sévères peines. De plus des textes spécifiques sur les personnes morales fiduciaires, lorsqu'il s'agit de banques ou de compagnies d'assurance, peuvent avoir une incidence.

La responsabilité du fiduciaire peut être aussi et surtout civile, contractuelle ou encore délictuelle, et soulever ainsi des difficultés importantes lorsqu'il s'agira de déterminer la loi applicable ou la juridiction compétente ou encore de se prononcer sur la prescription.

La responsabilité délictuelle du fiduciaire n'est pas à exclure, car la fiducie peut être instituée par la loi (art. 2012) et, de plus, il ne faut pas oublier que pour la jurisprudence un manquement contractuel peut constituer en même temps une faute délictuelle à l'égard des tiers.

Un autre facteur de complexité tient au fait que, lorsqu'elle est d'ordre contractuel, la responsabilité ou encore la prescription peut être aménagée par les parties elles-mêmes. Doit-on alors transposer notre jurisprudence reconnaissant la validité des clauses d'exonération sous réserve du dol et de la faute lourde du débiteur ? Doit-on au contraire valoriser la validité de telles clauses ? Autant de questions qui se posent et qui ne peuvent se régler, me semble-t-il, qu'au fil des espèces et au prix de distinctions.

Pour l'heure, la distinction majeure reste celle de la fiducie-gestion et de la fiducie-sûreté. C'est donc autour de cette distinction que l'on peut envisager, sans aucune exhaustivité, la problématique de la responsabilité du fiduciaire. Il faudra, une fois la diversité des sources de responsabilité du fiduciaire mise à jour, se demander si la réparation des fautes susceptibles de lui être imputées ne doit pas être assurée par des règles communes, dès lors que le fiduciaire répond de ses engagements sur son propre patrimoine.

I. DIVERSITÉ DES SOURCES DE RESPONSABILITÉ

6.– La responsabilité du fiduciaire ne s'apprécie pas exactement de la même façon selon que la fiducie est une fiducie-gestion ou une fiducie-sûreté.

A. FIDUCIE-GESTION ET RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE

1. À l'égard du constituant

7.– À l'égard ou avec le constituant, car une première question pourrait se poser qui est celle de la complicité du fiduciaire dans les malversations éventuelles du constituant.

Cela dit, c'est essentiellement à l'égard du constituant lui-même que la question de responsabilité doit être envisagée : il y a bien un contrat conclu entre le constituant et le fiduciaire, contrat qui met à la charge du fiduciaire un certain nombre d'obligations.

– *Une obligation essentielle* : accomplir une mission conformément aux instructions données et croit-on pouvoir ajouter avec diligence et loyauté (traduction française des « *fiduciaries duties* »); la diligence implique une obligation positive d'action, de réalisation de l'objet de la fiducie avec attention, tandis que la loyauté oblige le fiduciaire à ne pas faire prévaloir son intérêt personnel sur celui de la fiducie et à demeurer impartial.

Ces exigences ne sont pas simples à respecter si le professionnel reçoit la mission de gérer plusieurs patrimoines fiduciaires : sans doute faudrait-il admettre que le fiduciaire doit agir non pas tant dans l'intérêt de la fiducie ou de tel bénéficiaire, mais de l'ensemble des fiducies.

Il peut aussi être difficile pour le fiduciaire de respecter l'interdiction de l'article 1596 du Code civil (d'où l'idée de se faire autoriser préalablement).

– *Une obligation accessoire* : rendre compte, obligation au demeurant fixée par la loi elle-même (art. 2022), mais susceptible d'être aménagée par les parties dans ses modalités.

8.– La responsabilité du fiduciaire sera engagée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ces obligations. À cet égard, il est possible de s'inspirer de la jurisprudence rendue en matière de mandat qui présume la responsabilité du mandataire en cas d'inexécution de sa mission et qui subordonne cette responsabilité à la preuve d'une faute en cas de mauvaise exécution². Contractuelle, cette responsabilité peut être limitée ou, plus exactement, plafonnée, mais plus difficilement exclue, compte tenu de l'hostilité exprimée par la jurisprudence récente à l'égard des clauses d'exonération. On peut imaginer cependant des clauses prévoyant que le fiduciaire n'engage sa responsabilité que devant tel ou tel type de faute ou précisant encore qu'il ne répond que de tel type de dommage à l'exclusion de tel autre.

9.– Ajoutons que le constituant pourrait mettre en œuvre des mesures conservatoires de nature à le protéger si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés (art. 2027). Ces mesures peuvent se traduire par la

2. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, *D.* 1989. 302, note C. Larroumet.

nomination d'un fiduciaire provisoire ou même par le remplacement du fiduciaire. Le fiduciaire provisoire ou le fiduciaire remplaçant seront soumis au même statut que le fiduciaire originaire.

En tout cas, la responsabilité du fiduciaire à l'égard du constituant lui-même n'est pas négligeable, d'autant qu'il est probable que la jurisprudence renforce le contenu de ses obligations en lui imposant, en sa qualité de professionnel, un devoir de conseil, sinon de mise en garde.

2. À l'égard du bénéficiaire

10.– Le fiduciaire pourrait engager sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire dans les conditions prévues par le contrat de fiducie, étant entendu que si la fiducie est acceptée par le bénéficiaire, celui-ci en est partie et peut et même doit agir, s'il veut rechercher le fiduciaire, sur le terrain contractuel. Tant que la fiducie n'est pas acceptée, le bénéficiaire reste un tiers à l'opération et, en tant que tel, ne peut agir que sur un terrain extracontractuel.

On peut se demander ce que pourrait reprocher le bénéficiaire au fiduciaire. D'avoir mal géré ses affaires ? D'avoir détourné tel ou tel bien... ? On retrouve la distinction faite plus haut. D'où la reprise des solutions déjà évoquées.

11.– Le fiduciaire sera généralement chargé d'assurer la conservation des biens qui lui ont été confiés au profit du bénéficiaire³. Cette obligation est susceptible de degrés. Il est sûr en tout cas que son inobservation est pour lui une source de responsabilité. Celle-ci sera appréciée dans les mêmes termes qu'en matière de dépôt, c'est-à-dire en termes d'obligation de moyens renforcée (art. 1927 C. civ.). Mais, là encore, rien ne s'oppose à ce que le dépositaire limite ou allège ses obligations et, par voie de conséquence, aménage en sa faveur sa responsabilité. Si cet aménagement ne porte pas atteinte à la substance même de ses obligations⁴, les clauses que le fiduciaire aura pu stipuler seront, en principe, parfaitement valables.

12.– D'autres embûches peuvent se rencontrer : *quid* s'il y a plusieurs bénéficiaires ? Doivent-ils agir ensemble ? *Quid* aussi si l'un des bénéficiaires est victime d'un manque d'impartialité du fiduciaire qui favoriserait un autre bénéficiaire ? Faut-il hiérarchiser les recours ?

Une seconde difficulté doit être envisagée en ce sens que le bénéficiaire peut préférer une sanction en nature à une sanction par équivalent. Supposons que le fiduciaire aliène un bien qui devait revenir au bénéficiaire. Celui-ci peut-il sinon exercer un droit de suite contre le tiers acquéreur, du moins se prévaloir de la jurisprudence en matière de droit de préférence favorable, on le sait, aux sanctions en nature et obtenir une substitution dans les droits du tiers acquéreur ? Il

3. Pour un exemple de mission, v. S. Prigent, « Constitution d'une fiducie-sûreté », *Defrénois* 2010, art. 39141.

4. V. Com. 29 juin 2010.

reste que le fiduciaire est, dans ses relations avec les tiers, censé 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. 2023 C. civ.). Les tiers sont donc, *a priori*, protégés et ne seront exposés à telle ou telle sanction que si l'on parvient à prouver leur mauvaise foi⁵.

3. À l'égard des tiers

13.– La responsabilité du fiduciaire est alors délictuelle. Elle n'est pas aménageable par la convention des parties et obéit aux dispositions de l'article 1382 du Code civil. Cette responsabilité n'est pas à négliger si l'on rappelle que pour la jurisprudence contemporaine toute faute contractuelle est en même temps, à l'égard des tiers, une faute délictuelle.

Cependant, les tiers ce sont, le plus souvent, les créanciers. Or, la situation des créanciers intéresse moins la fiducie-gestion que la fiducie-sûreté.

B. FIDUCIE-SÛRETÉ ET RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE

14.– Deux séries d'hypothèses doivent être envisagées, selon que la fiducie se dénoue favorablement ou non⁶. Dans le premier cas, le fiduciaire doit restituer le bien formant l'objet de la fiducie au constituant. Dans le second, il lui appartiendra de régler et de payer qui de droit.

1. Responsabilité et restitution

15.– Si le créancier est remboursé de ses avances garanties par un bien transmis en propriété fiduciaire, une restitution s'impose (arg. art. 2030 C. civ.). À l'occasion de cette restitution, restitution qui est en elle-même une obligation de résultat, des difficultés peuvent apparaître : le bien a été dégradé ; il a disparu ; il a été transformé... Comment doit se faire la restitution ?

Faut-il transposer les solutions admises en matière de réserve de propriété ? Sans doute pas, car le constituant a ici perdu, ne serait-ce qu'un temps, ses droits, ce qui n'est pas le cas du vendeur sous réserve de propriété.

On pourrait peut-être transposer les solutions admises en cas de résolution ou d'annulation d'un contrat. À supposer que cette solution soit la bonne, il faudrait admettre que le constituant jouit d'une créance en réparation contre le fiduciaire, celui-ci devant supporter le coût d'une remise en l'état même en l'absence de faute de sa part.

5. V., N. Borga, art. préc., n° 29.

6. Pour un auteur (v. N. Borga, art. préc., n° 17), la responsabilité du fiduciaire pourrait également être engagée si la sûreté prise était disproportionnée au regard des capacités financières du constituant. Mais, comme le relève l'auteur lui-même, la jurisprudence réfute cette idée lorsque la sûreté est une sûreté réelle, ce qui est le cas ici.

16.– Dans notre opinion, cependant, ce sont les solutions admises en matière de gage qui devraient être admises : aussi devrait-on pour apprécier la responsabilité du fiduciaire raisonner en termes d'obligation de résultat atténuée.

En tout cas, il nous semble que le texte de l'article 2026 du Code civil est ici inapplicable car la responsabilité n'est pas en l'occurrence liée à la « mission » du fiduciaire, à moins que le fiduciaire ne soit pas lui-même le créancier et ne soit qu'un fiduciaire chargé d'agir pour le compte d'un tiers bénéficiaire.

2. Responsabilité et paiement

17.– Ici les questions de responsabilité peuvent se poser à l'occasion de la mise en œuvre de l'article 2372-3 du Code civil : aucune difficulté ne se posera si le fiduciaire est le créancier et s'il n'est pas payé conformément aux accords contractuels ; il conserve le bien, sa valeur étant déterminée conformément aux prescriptions prévues par le texte.

S'il n'est pas le créancier, il lui appartient de transmettre le bien objet de la fiducie au créancier. On retrouve alors les mêmes difficultés que celles évoquées plus haut si le bien a été dégradé. Le fiduciaire peut également être appelé à vendre le bien au profit du créancier (art. 2372-3, al. 2 et 3), à charge pour ledit fiduciaire de lui remettre tout ou partie du prix.

On imagine mal que ces opérations, source de responsabilité pour le fiduciaire, puissent se faire sans l'aval du constituant. D'où des protections à prendre. Gageons que les assureurs-responsabilité sauront proposer les bonnes garanties. C'est déjà aborder les questions de réparation.

II. UNITÉ DE RÉGIME DE RÉPARATION

A. RÈGLES DE FOND

18.– Deux difficultés méritent d'être envisagées : la première tient à l'assiette du recours de la victime ; la seconde est de savoir si des garanties personnelles peuvent être prises.

19.– S'agissant de l'assiette du recours, l'article 2026 du Code civil, rappelons-le, nous dit que le fiduciaire répond de ses fautes sur son patrimoine propre et, plus précisément, des fautes qu'il peut commettre dans l'exercice de sa mission.

20.– En canalisant le droit des victimes des agissements fautifs du fiduciaire sur le seul patrimoine du fiduciaire, le législateur a exclu toute action sur le patrimoine fiduciaire lui-même. Or, les créanciers dont « la créance est née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire » ne peuvent saisir que le patrimoine fiduciaire (art. 2025). Il faut donc en déduire que la créance de la

victime d'une faute commise par le fiduciaire ne naît pas de la conservation ni de la gestion des biens en fiducie ou, du moins, qu'il faut réserver un sort particulier à cette créance.

Cela peut se comprendre si l'on précise que le fiduciaire n'agit pas par représentation et n'est pas un organe de la fiducie. La faute qu'on lui impute doit être une faute personnelle, mais pas nécessairement détachable de ses attributions, comme celle que l'on doit aujourd'hui imputer aux dirigeants de sociétés. On sait que ces derniers ne sont aujourd'hui responsables qu'en cas de faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales, peu important qu'ils aient agi ou non dans les limites de leurs attributions⁷.

Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie et qu'il l'a expressément mentionné (art. 2021), la solution devrait rester la même.

On rappellera que les créanciers fiduciaires titulaires d'un droit de gage sur le patrimoine fiduciaire peuvent, en cas d'insuffisance de ce droit de gage, saisir le patrimoine du constituant, sauf clause contraire mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire (art. 2025, al. 2). Cette clause permet donc à un créancier fiduciaire, à un créancier dont la créance est née de la conservation ou de la gestion d'un bien en fiducie, d'obtenir une garantie sur le patrimoine du fiduciaire qui se retrouve dans une situation de quasi-caution.

Rien ne s'oppose cependant à ce qu'une clause du contrat de fiducie limite l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire; mais encore faut-il que les créanciers l'aient expressément acceptée.

21.— Une seconde difficulté se pose au regard de l'article 2026 dans la mesure où le texte semble limiter les hypothèses de responsabilité du fiduciaire aux fautes commises dans l'exercice de sa mission. Il est cependant permis de penser qu'en agissant en dehors de ces limites, le fiduciaire engage d'autant plus sa responsabilité. Toute solution contraire ne serait pas logique.

22.— Peut-on concevoir d'autres garanties? En cas de faute commune du fiduciaire et du constituant, une condamnation *in solidum* est parfaitement concevable.

De même en est-il en cas de faute commune du fiduciaire et du bénéficiaire.

B. RÈGLES DE PROCÉDURE

23.— On se contera ici de poser quelques questions, sans que l'on puisse nécessairement proposer les réponses appropriées.

S'agissant de la compétence des tribunaux, si la responsabilité contractuelle du fiduciaire est en cause, il est permis de se demander si l'article 46 du Code de procédure civile est applicable : la fiducie est-elle une prestation de services? Une réponse affirmative devrait s'imposer si l'on admet l'analogie avec le mandat.

7. Com. 10 févr. 2009, *D.* 2009. 559.

Il n'est pas sûr cependant que la fiducie puisse être considérée comme une « fourniture de services au sens des textes communautaires » (v. art. 5-1, Règl. 44/2001).

En cas de responsabilité extracontractuelle, la compétence se déterminera en fonction de la localisation du fait dommageable ou du dommage lui-même. Le droit commun dictera les réponses concrètes.

24.– Pour ce qui est de la compétence législative, il faudra bien naturellement mettre en musique les textes communautaires : règlement Rome 1 (art. 4) en cas de responsabilité contractuelle et règlement Rome 2 en cas de responsabilité extracontractuelle.

25.– Enfin, pour ce qui est de la prescription, rappelons que la durée est aujourd'hui fixée en principe à 5 ans et qu'elle court à compter du jour où le créancier, titulaire du droit, a connaissance des faits lui permettant d'agir, ce qui correspond le plus souvent à la date de naissance et d'exigibilité de la créance, c'est-à-dire en l'occurrence au jour où le préjudice s'est réalisé. On ajoutera que rien ne s'oppose à ce que le contrat de fiducie réduise le délai de prescription à une durée qui, toutefois, ne saurait être inférieure à un an ou, au contraire, l'allonger à une durée restant cependant inférieure à 10 ans. Ces clauses sont certainement des plus utiles comme celles qu'il faut recommander cherchant à plafonner la responsabilité du fiduciaire ou, plus précisément, la réparation due en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ses obligations. On imagine mal que ces clauses puissent être écartées au motif qu'elles videraient son ou ses obligations de toute leur substance⁸.

8. Comp. Com. 29 juin 2010, *Faurecia*.

La responsabilité de l'avocat fiduciaire

Pierre Berger

*Avocat, cabinet Fidal, ancien bâtonnier des Hauts-de-Seine,
président de la commission Règles et usages
du Conseil national des barreaux*

L'étude de la responsabilité de l'avocat fiduciaire a naturellement sa place dans ce colloque tant il est vrai que le parti pris par le législateur de désigner les avocats comme des professionnels susceptibles de remplir cette mission a pu paraître audacieux au regard des activités traditionnelles de l'avocat; et c'est bien cette spécificité de la mission de l'avocat, lorsqu'il est fiduciaire, qui justifie cette attention particulière. C'est aussi la raison pour laquelle nous écarterons de nos propos tout ce qui concerne le rôle de l'avocat dans la problématique de la fiducie lorsqu'il intervient d'une manière plus conforme à son métier traditionnel comme conseil ou rédacteur d'acte voire même de tiers au sens de l'article 2017 du Code civil, la mission de l'avocat étant alors très proche de celle d'un auditeur.

C'est bien encore cette spécificité qui explique que la profession et le législateur se soient préoccupés de la garantie de cette responsabilité au travers d'un régime particulier d'assurance de l'avocat fiduciaire, cette obligation d'assurance ayant elle-même été intégrée dans un ensemble d'obligations déontologiques spéciales à l'exercice de cette activité.

I. RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT ET DÉFINITION DE LA MISSION DU FIDUCIAIRE

La source principale de la responsabilité de l'avocat fiduciaire se trouve principalement dans l'inexécution de la mission qu'il a acceptée dans le cadre du contrat

qu'il a conclu avec le constituant ; or, de ce point de vue, et que l'on raisonne sur le cas de la fiducie-gestion ou sur celui de la fiducie-sûreté, force est de constater que le contenu de la mission du fiduciaire peut être très différent d'une hypothèse à une autre ; les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité de l'avocat ne pourront que refléter cette diversité de situations.

Lorsqu'il s'agit d'une fiducie-gestion on pourrait penser que la notion est suffisamment courante dans notre droit (droit des incapacités notamment) pour permettre d'en déduire que la mission de l'avocat est parfaitement définie. En matière de fiducie, il n'en est rien. L'objet et le but du contrat de fiducie peuvent en effet recouvrir des réalités fort différentes : s'agit-il de gérer dans le seul but de conserver le patrimoine fiduciaire avec une exigence de sécurité maximale de préservation de sa consistance, ou s'agit-il au contraire de confier au fiduciaire la mission de le développer, le rénover, le restructurer ? Même en ce qui concerne la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières le concept est ambigu : la mission du fiduciaire peut en effet être limitée à l'information du constituant pour permettre à celui-ci de donner au fiduciaire les instructions quant aux arbitrages à faire, ledit fiduciaire étant principalement en charge du suivi de l'exécution des opérations ; mais la mission du fiduciaire peut aussi comprendre celle de prendre lui-même, et dans l'intérêt du constituant ou du bénéficiaire, les options qui lui semblent les plus opportunes sur la base de la définition d'un profil de gestion et d'investissement, à l'image de ce que proposent les établissements financiers en matière de gestion de fortune.

La diversité de la mission du fiduciaire est d'autant plus grande qu'elle inclue au surplus la prise en compte de l'intérêt du constituant ou du bénéficiaire, lequel intérêt relève d'appréciations qui peuvent ne pas être objectives ni exclusivement économiques : la mission de gérer et d'affecter les revenus aux dépenses de santé et de vie d'un enfant handicapé, l'utilisation des fonds à la réalisation d'un projet culturel, etc., constituent des problématiques qui se moulent difficilement dans une approche exclusivement financière. Un pouvoir totalement discrétionnaire peut au surplus être confié au fiduciaire relativement à la distribution des revenus ou du capital.

Il faut bien évidemment conclure de ce qui précède que l'appréciation de la responsabilité du fiduciaire sera fonction de la confrontation entre la réalité des faits avec le contenu et la définition qui aura été donnée de la mission. C'est dire le soin que le rédacteur du contrat devra lui apporter en n'hésitant pas à entrer dans le détail des moyens que le fiduciaire pourra ou devra mettre en œuvre pour sa réalisation. Cette exigence est certainement un gage de bonne exécution de la mission mais surtout limite le risque de voir le juge, en cas de difficulté, se livrer à une appréciation abstraite de la faute contractuelle en l'absence de critères précis quant au contenu de l'obligation et donc de son inexécution.

Il faut aussi conclure de ce qui précède qu'il est peu opérationnel de qualifier d'une manière générale l'obligation du fiduciaire d'obligation de moyens : certes l'affirmation est juste, et il appartiendra bien à celui qui entend mettre la respon-

sabilité civile de l'avocat fiduciaire en cause de prouver la faute de ce dernier, mais il sera de bonne technique contractuelle d'éviter le risque de voir alléguée et surtout sanctionnée l'inexécution d'une faute abstraitement appréciée.

Ce qui est en toute hypothèse sûr, c'est que le fiduciaire ne peut en aucun cas voir sa responsabilité mise en jeu sur la seule preuve de la baisse de la valeur du patrimoine fiduciaire : il n'est en effet pas imaginable que la définition de la mission du fiduciaire comprenne cette garantie, ledit fiduciaire ne possédant pas la maîtrise de l'évolution du marché, immobilier ou financier notamment, cette évolution constituant pour lui une problématique étrangère.

La responsabilité de l'avocat fiduciaire dans le cadre d'une fiducie-gestion devra enfin tenir compte de ce que dans la plupart des cas, le fiduciaire sera amené à déléguer l'exécution de certaines parties de sa mission. Il faut en effet bien comprendre que l'avocat fiduciaire n'aura pas forcément les compétences techniques nécessaires à la bonne réalisation de sa mission : la gestion d'un immeuble locatif ne pose pas de difficultés fondamentales s'il ne s'agit que d'encaisser les loyers et de faire procéder aux réparations d'entretien courant ; la question est d'une autre nature s'il s'agit de procéder à une véritable restauration voire même, et bien que ce soit une mission essentiellement juridique, à la libération par les locataires des appartements loués. Pour pallier cette difficulté, le contrat de fiducie devra prévoir cette faculté de déléguer à un tiers l'exécution de certaines parties de la mission ; mais le contrat devra aussi préciser les conséquences de cette délégation en termes de responsabilité au regard de la bonne exécution de la délégation ainsi confiée. De ce point de vue encore les stipulations contractuelles seront déterminantes : sera-t-il prévu que le constituant donne son agrément à la désignation des délégués et quelles conséquences sont éventuellement tirées de cet agrément (établissement d'une relation contractuelle directe entre le constituant et le délégué) ?

Les considérations qui précèdent se transposent aisément à toutes les hypothèses de fiducie-sûreté en observant cependant que la mission de gestion des actifs fiduciaires se fera sur la base de critères par hypothèse principalement orientés sur la préservation de la valeur, ce qui ne rendra pas pour autant le fiduciaire responsable, au-delà d'une faute de gestion prouvée, d'une éventuelle baisse de celle-ci. Par ailleurs il y aura moins de raisons de déléguer certaines parties de la mission, sauf à observer qu'à un certain niveau d'importance la gestion d'un patrimoine peut relever de techniques particulières pour la mise en œuvre desquelles le recours à des professionnels peut s'avérer nécessaire. Tels peuvent être aussi le cas des missions dérivées telles que celles relatives aux évaluations des différents biens et droits et aux techniques de mise en vente des biens dont le fiduciaire peut le cas échéant se voir confier la charge.

II. DÉONTOLOGIE ET ASSURANCE DE L'AVOCAT FIDUCIAIRE

Il est bien établi que la faute déontologique n'est pas obligatoirement source de responsabilité civile professionnelle; mais il est apparu nécessaire à la profession de bien préciser le cadre déontologique de l'exercice de cette activité, à l'évidence atypique par rapport à l'activité traditionnelle de l'avocat, afin de mettre l'avocat fiduciaire dans les meilleures conditions possibles et pour que l'accomplissement de sa mission se réalise au mieux. C'est à ce titre que le Conseil national des barreaux a complété le Règlement intérieur national par des dispositions normatives spécifiques à l'exercice de l'activité fiduciaire (art. 6.2.1 RIN).

Un premier point doit être souligné car il est déterminant du contexte déontologique de l'activité de l'avocat fiduciaire : c'est bien en tant qu'avocat que la mission de fiducie est acceptée et exercée, la fiducie ne constitue pas pour l'avocat une activité qui serait compatible avec son exercice professionnel mais séparé de celui-ci; il s'agit au contraire d'une activité qui fait partie, à part entière, de son métier, en dépit du caractère atypique par rapport à son activité traditionnelle. La raison de cette analyse est très claire : on sait en effet que c'est en raison de leur déontologie que le gouvernement a souhaité que les avocats puissent être fiduciaires; il serait alors paradoxal d'affirmer que lorsqu'il agit en cette qualité de fiduciaire l'avocat ne soit plus considéré comme le faisant dans l'exercice de sa profession.

Il faut en conclure que l'avocat fiduciaire est tenu de toutes les obligations déontologiques qui caractérisent son exercice professionnel et notamment l'exigence d'indépendance, le respect du secret professionnel et la bonne gestion des conflits d'intérêts (art. 6.2.1.1 s. RIN). L'exigence d'indépendance est bien évidemment capitale au regard de la fiducie car la confiance sur laquelle repose le concept doit se traduire par la certitude que c'est dans l'intérêt exclusif du constituant ou du bénéficiaire, et en dehors de tout intérêt ou influence extérieure, que la mission sera exécutée : l'avocat fiduciaire doit donc rester indépendant de tous tiers et de tous prestataires auxquels il peut devoir avoir recours; et c'est bien dans ce sens que la norme déontologique impose une rémunération séparée et identifiée de l'avocat fiduciaire par rapport à celle des autres intervenants. La gestion des conflits d'intérêts impliquera notamment que l'avocat ne puisse être fiduciaire pour deux fiducies qui se trouveraient concurrentes, ou encore d'être bénéficiaire de l'opération. Il ne fait aucun doute que l'avocat fiduciaire reste tenu au secret professionnel, même si l'opposabilité de ce secret aux autorités financières relève d'un régime particulier dans le cadre de la réglementation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent : la fiducie reste une opération secrète entre le constituant et le fiduciaire, ce qui ne veut pas dire qu'elle serait occulte vis-à-vis de l'administration fiscale, puisque le contrat doit être, à titre de condition de validité, enregistré.

C'est au bénéfice de cette même constatation que l'avocat fiduciaire agit bien en tant qu'avocat qu'il ne pourra, même dans le cadre de sa mission, exercer une activité incompatible avec sa profession, activité commerciale notamment. Certes la commercialité ne provient pas de ce que l'avocat gérerait le patrimoine d'autrui, puisqu'il en est bien propriétaire, quelque sens et quelles que limites soient donnés à cette affirmation; mais il pourrait devenir commerçant si la gestion du patrimoine en cause relève par nature de la qualification commerciale: l'avocat fiduciaire ne pourra donc gérer « en direct » un fonds de commerce et devra organiser cette gestion au travers d'une location-gérance; pareillement, et en l'état des textes actuels (art. 111 s. du décret du 29 novembre 1991), il ne pourra assumer directement l'exercice de mandats sociaux lui conférant la direction d'une société dont l'activité serait commerciale. Il devra dans cette dernière hypothèse limiter son action à celle d'actionnaire titulaire du droit de vote correspondant.

Pour tenir compte de la spécificité de l'activité fiduciaire de l'avocat, le RIN impose en outre quelques obligations particulières dont la justification se comprend aisément: la première est relative à l'obligation pour l'avocat de toujours faire mention de sa qualité de fiduciaire lorsqu'il agit dans le cadre de sa mission; pareillement, et pour permettre le cantonnement du droit de contrôle spécifique des autorités financières en matière de fiducie, il est demandé à l'avocat fiduciaire d'isoler concrètement et matériellement les dossiers concernés, leurs archives et l'ensemble des moyens (informatiques notamment) mis en œuvre pour les traiter. Cet ensemble de règles est en parfaite cohérence avec l'obligation de tenir une comptabilité séparée pour l'activité et pour chacune des fiducies. La spécificité de cette activité justifie encore que la déclaration de son exercice doit en être faite auprès du conseil de l'ordre, pour permettre tout à la fois le contrôle déontologique de bâtonnier et la possibilité d'organiser des échanges d'expériences et de savoir-faire techniques.

En ce qui concerne les obligations d'assurances, elles se caractérisent par le fait qu'il s'agit d'assurances spéciales dont l'obligation de souscription et le coût ne pèsent que sur les seuls avocats pratiquant la fiducie; elles se déclinent sur deux plans.

Le premier est relatif à la couverture de la responsabilité civile professionnelle de l'avocat fiduciaire. La mise en œuvre de cette assurance suppose la preuve de la faute de l'avocat, dans les conditions qui ont déjà été exposées en considérant que la seule baisse de la valeur des biens et droits mis en fiducie n'est pas une cause justificative, à elle seule, de l'engagement de la responsabilité du fiduciaire, si aucune faute de gestion ne peut être prouvée.

Le second est relatif à la garantie, au moyen d'une assurance pour le compte de qui il appartiendra, c'est-à-dire pour le compte du constituant ou du bénéficiaire, de la restitution, dans les conditions du contrat de fiducie, des biens et droits composant le patrimoine fiduciaire. Cette assurance a ainsi vocation à garantir l'hypothèse, certes improbable, d'indélicatesse de l'avocat qui détourne-

rait des biens fonds ou droits fiduciaires. Pour tenir compte de la spécificité de chaque cas particulier, il a été admis que la couverture d'assurance doit correspondre à 5 % de la valeur des immeubles et à 20 % de celle des autres actifs, observation étant faite que le législateur a récemment admis qu'une garantie bancaire pourrait se substituer à l'assurance pour des montants et dans des conditions équivalentes (modification de l'art. 27 de la loi du 31 décembre 1971 par l'art. 70 de la loi du 22 octobre 2010). Pour donner sa pleine efficacité à cette obligation d'assurance, l'avocat fiduciaire doit, dès la déclaration qu'il fait à l'ordre de sa nouvelle activité, justifier de la souscription des assurances correspondantes.

Une conclusion s'impose : si l'activité fiduciaire est nouvelle pour l'avocat, les principes généraux qui gouvernent la mise en œuvre de sa responsabilité professionnelle restent dans l'application de règles qui sont déjà connues et qui renvoient directement au contenu de la relation contractuelle entre le constituant et le fiduciaire. Il n'en reste pas moins que s'il y a un contrat pour lequel la rédaction précise des clauses est capitale, c'est bien le contrat de fiducie ; la richesse des possibilités qu'offre la technique contractuelle est à la mesure de la liberté dont disposent les contractants et leurs conseils pour aménager, dans leur convention, ce qu'ils attendent concrètement de la mise en place de la fiducie. La profession d'avocat est bien consciente de cet enjeu ; elle accompagne et suit toutes les actions de formation technique indispensable pour pouvoir aborder ce nouveau secteur d'activité dans de bonnes conditions. Par ailleurs, et dans le cadre de la réforme du régime des spécialisations, le Conseil national des barreaux a proposé à la chancellerie d'inscrire le droit des trusts et de la fiducie au titre des spécialisations dont un avocat pourrait, après une formation et une pratique professionnelle adéquate, se prévaloir dans son exercice professionnel.

Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie

Philippe Neau-Leduc

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*

Qu'est-ce que l'analyse comptable et fiscale peut bien apporter à la fiducie et, encore plus, à la théorie générale de la fiducie ? La question posée par les organisateurs de ce colloque suscite tout à la fois inquiétude et curiosité.

La comptabilité et la fiscalité ne représentent, en théorie, qu'un système de transcription chiffrée et normée de décisions juridiques ou d'actes juridiques. Comptabilité et fiscalité se doivent alors d'être le reflet parfait de ces actes ou décisions sur un plan patrimonial puisque les documents comptables rendus obligatoires par le Code de commerce permettent d'établir une image aussi fidèle que possible de l'entreprise, tant sur le plan actif que passif.

Concernant la fiducie, la question de l'application des règles comptables et fiscales apparaît immédiatement délicate à circonscrire. L'actif fiduciaire relève-t-il, en effet, du patrimoine du constituant ou de celui du fiduciaire ? En première intention, il convient d'admettre que l'effet utile du mécanisme de la fiducie permet de considérer que le bien a été transféré dans le patrimoine du fiduciaire mais, pour autant, le constituant doit maintenir à son propre actif la valeur du bien transmis au titre d'une créance de restitution. La fiducie conduit donc, mécaniquement, à un phénomène de dédoublement de valeurs, une sorte de schizophrénie juridico-comptable, en ce sens qu'une même valeur se voit comptabilisée deux fois dans le domaine juridique. Or, cet effet miroir, ce phénomène multiplicateur sur le plan comptable et fiscal, ne doit pas occasionner une quelconque dérive inflationniste.

Cette analyse patrimoniale est pourtant le résultat de la définition restreinte que le législateur a retenue en 2007 et qui n'a d'ailleurs pas été fondamentalement modifiée par la suite. La fiducie à la française renvoie, en effet, essentiellement à la

notion de sûreté. Le fait que la fiducie ait pris la place de la caution dans le Code civil entre le mandat et la transaction conforte bien l'analyse. Mais c'est principalement la volonté affichée par le législateur d'écarter tout risque d'évasion ou de détournement fiscal qui a conduit à renoncer en droit positif à l'aspect innovant de l'institution qui aurait permis la gestion de patrimoine pour compte d'autrui. Cette facette de la fiducie correspondait à une forme de standard international, permettant les schémas classiquement qualifiés de fiducie-libéralité.

Ce faisant, le principe retenu en matière fiscale pour caractériser la fiducie a toujours été celui de la neutralité. Mais cette neutralité, affichée comme un principe qui n'a d'ailleurs rien d'évident au-delà de son affirmation, doit-elle être considérée comme un prérequis en terme de qualification ou bien comme une résultante de son régime ? En effet, la neutralité recherchée exclut alors la fiducie-libéralité puisque le législateur a prévu que l'intention libérale vicie la convention et la rend nulle (art. 2013 C. civ.). Corrélativement, le Code général des impôts prévoit dans cette hypothèse 60 % de droits à régler et 80 % de pénalités.

Ainsi, la neutralité revendiquée en matière comptable et fiscale pour la fiducie n'est pas un élément dérogatoire qui affecterait son régime. Il s'agit, au contraire, d'un élément qui procède de sa nature, limitée en droit français, ne reconnaissant l'hypothèse d'un patrimoine distinct, ou d'une affectation patrimoniale, que sous le contrôle du constituant. La neutralité fiscale n'est alors que la conséquence du contrôle du constituant sur le mécanisme de transfert et de sûreté mis en place et ce, quel qu'en soit l'objectif.

Il s'agirait, si l'on veut se référer à une ancienne théorie fiscale toujours vivace, d'une forme de réminiscence de la mutation conditionnelle des apports. Le bien est transféré mais a vocation à revenir à son auteur — c'est le critère du contrôle —, ce qui justifie l'absence de taxation sur les transmissions tant à l'aller qu'au retour. En revanche, si la convention ne prévoit pas ce contrôle sur le bien ou si, en pratique, le constituant perd ce pouvoir, il n'y a plus ni moyen ni nécessité de neutraliser la fiscalité qui reprend son empire et son emprise de droit commun.

S'agissant du constituant, la sortie du bien de son patrimoine doit entraîner la constatation d'une plus ou moins value latente correspondant à la différence entre la valeur historique transcrite dans les écritures du constituant et la valeur vénale du bien au jour du transfert.

Or, cette constatation est neutralisée par l'article 238 *quater* B du Code général des impôts (CGI). En effet, les biens doivent être inscrits dans les comptes de la fiducie pour la valeur comptable qu'ils avaient chez le constituant. Toutefois, cette neutralisation de fait ne se conçoit que si le constituant exerce un contrôle sur la fiducie.

Le contrôle est défini par le respect de deux au moins des trois critères suivants :

- le constituant doit conserver un pouvoir de décision sur le bien transféré ;
- le constituant doit avoir la capacité de bénéficier de la majorité des avantages économiques de la fiducie ;
- le constituant doit assumer la majorité des risques.

Le conseil national de la comptabilité a rendu un avis n° 2008-03 le 7 février 2008 indiquant que le contrôle est présumé si le constituant est le bénéficiaire unique ou si, en cas de pluralité de constituants, chacun conserve les risques et avantages relatifs aux éléments transférés.

Dès lors, pour lever toute ambiguïté, l'administration fiscale a indiqué que le constituant devait être désigné bénéficiaire dans l'acte initial. Il ne paraît donc pas possible d'appliquer un régime de totale transparence en cas de désignation du constituant comme bénéficiaire dans un avenant postérieur au transfert des actifs de la fiducie.

Ainsi, si le constituant est désigné comme bénéficiaire, les droits représentatifs des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire doivent être inscrits au bilan du constituant. Mais qu'en est-il au passif? Y a-t-il une dette de restitution? La comptabilisation de cette contrepartie dans les comptes du constituant dépend de la valeur des actifs et, éventuellement, du passif transmis. Si l'actif excède le passif, le constituant inscrit à un compte d'actif financier (2661) les « droits représentatifs d'actifs nets remis en fiducie ». À l'inverse, si le passif excède l'actif, il convient de constater au passif l'existence d'une obligation (162 : obligation représentative de passifs nets remis en fiducie). La contrepartie passe par le compte de résultat du constituant dans un compte de produits (7741 constitution de la fiducie – transfert des éléments) et dans un compte de charges (6741).

En revanche, si le contrôle est avéré et que les écritures sont reprises pour les valeurs qu'elles avaient chez le constituant, aucune plus-value ni aucun profit ne peut être dégagé. À l'inverse, si les critères évoqués pour définir le contrôle requis ne sont pas respectés, les biens transmis doivent être inscrits pour leur valeur vénale au bilan du fiduciaire.

Le régime de faveur prévu par l'article 238 *quater* B vise donc les hypothèses d'absence de contrôle qui justifient une inscription en valeur vénale. Dans cette hypothèse, c'est un régime proche des fusions qui est mis en place.

Pour les éléments non amortissables (fonds de commerce, titres de société...), la plus-value est neutralisée jusqu'à la cession éventuelle du bien transféré, hypothèse dans laquelle le calcul de la plus-value s'opérera par rapport à la valeur qu'avait le bien dans les écritures du constituant. Dans la mesure où la fiscalité des opérations réalisées par le fiduciaire remonte au constituant, c'est une parfaite neutralité qui est mise en place.

Pour les éléments amortissables, la réintégration s'opère sur la durée maximale du contrat de fiducie avec un plafond fixé à quinze ans pour les constructions et à cinq ans pour les autres biens. De la même manière, la réintégration de cette plus-value chez le fiduciaire est totalement neutralisée, d'abord parce que la caractérisation d'une plus-value entraîne une capacité supplémentaire d'amortissement et, qu'ensuite, l'éventuel décalage dans le temps entre le plan d'amortissement et la réintégration s'impacte chez le constituant. En effet, après constitution de la fiducie, s'il revient au fiduciaire d'assumer les obligations formelles et déclaratives obligatoires, c'est bien le constituant qui est en définitive imposable à raison de l'activité

déployée par le fiduciaire. Le régime appliqué est proche de celui qui gouverne les sociétés de personnes. En cas de pluralité de constituants, il est prévu une répartition en fonction de la valeur des biens transmis.

Le principe affirmé de la neutralité fiscale trouve encore à s'appliquer à l'occasion de la fin du contrat de fiducie. Pour le fiduciaire, il y a lieu, en effet, de constater les effets d'une cessation d'activité sur le plan fiscal. Dès lors, les provisions devenues sans objet seront réintégrées et les résultats en cours comme les éventuelles plus-values latentes seront déclarés par le constituant. En revanche, si le bien lui-même retourne au constituant, la neutralité fiscale est maintenue.

La neutralité fiscale s'impose donc dans le contrat de fiducie lorsque le constituant contrôle et reprend le bien transféré. Toutefois, dans l'hypothèse où le bien est attribué à un autre que le constituant, qu'il s'agisse d'une fiducie-sûreté ou d'une fiducie-transmission à titre onéreux, le poids de la fiscalité resurgit et la plus-value sera soumise à imposition sur déclaration du fiduciaire dans le patrimoine du constituant. De même, des droits d'enregistrement seront éventuellement à régler par le bénéficiaire.

Qu'en est-il, plus précisément, des droits d'enregistrement ?

Dans ce registre également, la sanction retenue par le législateur est la nullité en cas de défaut d'enregistrement au droit fixe de 125 euros dans le délai d'un mois. S'agissant de droits immobiliers, la taxe de publicité foncière est due à l'occasion de la formalité fusionnée qui doit être réalisée dans les deux mois. En revanche, cette taxe de publicité foncière n'est pas due au retour du bien chez le constituant (art. 635.1.8°/1133 *quater* CGI).

En réalité, la question la plus intéressante en matière de fiducie concerne certainement la fiducie prohibée, c'est-à-dire l'hypothèse de la fiducie libéralité, celle que beaucoup attendaient. Le Code civil est définitif à son sujet, elle est nulle (art. 2013 C. civ.).

Le Code général des impôts et le livre des procédures fiscales sont encore plus précis. L'article L. 64 C du LPF institue une procédure de rectification spécifiquement applicable aux contrats de fiducie qui sont conclus à des fins de libéralité. L'article L. 64 C énonce ainsi une forme de truisme : « 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* CGI et qui conduisent à une minoration des droits au titre de tous impôts [...] ne peuvent être opposés à l'administration qui est en droit de restituer son véritable caractère à l'obligation litigieuse ».

Cette procédure permet à l'administration de restituer son véritable caractère à une fiducie frauduleusement constituée dans une intention libérale au sens de l'article 792 *bis* du CGI et, par voie de conséquence, de lui appliquer le barème des droits de mutation à titre gratuit. Les contrats concernés sont ceux qui emportent transmission d'un bien avec une intention libérale. L'intention libérale est 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 est accordé à un tiers par le fiduciaire (art. 792 *bis*, al. 2 CGI).

Cette remise en cause s'effectue dans le cadre d'une procédure contradictoire. L'article 792 *bis* du CGI prévoit que « lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale de biens ou de droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie, [...] les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens transférés appréciés à la date du transfert. Ils sont liquidés sur le tarif applicable entre personnes non parentes, soit 60 %. Les droits de 60 % sont alors assortis d'une pénalité pour manœuvre frauduleuse de 80 %. »

Les précisions de l'article 792 *bis* du CGI dispensent l'administration de démontrer effectivement l'intention libérale dans les conditions requises par le Code civil, notamment le dessaisissement irrévocable et l'acceptation du bénéficiaire. Il suffit qu'il y ait eu une transmission dénuée de contrepartie réelle, une minoration du prix de cession ou un avantage en nature quelconque de la part du fiduciaire au profit d'un tiers. La sanction fiscale est alors indépendante de la sanction civile. Si l'administration constate une intention libérale, il y a application des pénalités mentionnées.

En revanche, si le juge prononce la nullité de plein droit du contrat de fiducie, l'administration fiscale devrait être tenue de restituer les droits indûment perçus dès lors que la nullité emporte anéantissement rétroactif de l'acte. En effet, l'article 1961 du CGI prévoit que les droits ne sont restituables que si l'annulation a été prononcée par un jugement.

De manière plus générale, les règles qui gouvernent le contrôle fiscal reprennent et appliquent également les principes de neutralité et de transparence qui président au régime de la fiducie. Ainsi, le droit de communication s'exerce à l'égard de tous les acteurs de la fiducie (fiduciaire, constituant, bénéficiaire). Toutes ces personnes sont tenues de communiquer tout document relatif au contrat de fiducie sans pouvoir opposer le secret professionnel (art. L. 96F LPP). La vérification de comptabilité peut viser le fiduciaire. L'ESFP peut toucher le constituant. De même, les règles toujours plus contraignantes de lutte contre le blanchiment obligent à déclarer tous les schémas permettant de suspecter une fraude fiscale.

Neutralité fiscale pour le contrat de fiducie ? La problématique de l'apport de la comptabilité et de la fiscalité à la fiducie fait apparaître un effet miroir inhérent au modèle juridique retenu par le législateur français. Dans la mesure où l'hypothèse de la libéralité est condamnée et sanctionnée, la fiducie s'avère plutôt être un instrument de garantie qu'un instrument de gestion pour compte d'autrui. C'est certainement regrettable et la recherche d'une neutralité fiscale a certainement conduit à cette conclusion. En effet, le contrôle requis du constituant exclut toute hypothèse de dessaisissement définitif. Or, la fiscalité fait en général abstraction de ces mécanismes de transfert temporaire de droits. Ainsi, le droit fiscal n'a pas d'autonomie par rapport aux qualifications retenues. En recherchant à tout prix une forme de neutralité fiscale, le législateur a peut-être tout simplement neutralisé la fiducie.

La réception en France des fiducies étrangères, avancée ou recul?¹

Caroline Deneuille
Notaire à Paris

Lorsque je suis interrogée pour le règlement d'une succession par une personne domiciliée en Angleterre ou aux États-Unis, par exemple, et possédant des biens en France, je conseille d'exclure les biens situés en France du trust testamentaire qui a été rédigé à l'étranger.

Le Code civil est truffé de dispositions qui permettent souvent d'atteindre l'objectif recherché avec le trust ou du moins de s'en rapprocher.

Sans la fiducie-libéralité, sans la convention de La Haye sur la reconnaissance des trusts, cette position risque de perdurer.

Quel dommage de ne pas avoir admis dans notre système juridique la fiducie-libéralité!

Quel dommage, pas seulement pour la réception des fiducies étrangères, mais aussi pour le développement de la fiducie française.

Basée sur le mécanisme de la confiance, n'était ce pas dans la famille que la fiducie devait faire son entrée!

Ait en lui la confiance que je lui porte. C'est le vœu du *pater familias* qui dispose de son patrimoine.

Le gouvernement français n'a pas confiance en cette fiducie, de sorte qu'est nul — nullité d'ordre public — le contrat de fiducie s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire.

« S'il procède d'une intention libérale », dans ces mots on comprend toute la suspicion qui entoure la fiducie depuis de nombreuses années.

1. Le style oral de cette contribution a été conservé.

L'État français veut percevoir son droit d'enregistrement sur les libéralités sans difficulté. Et c'est bien normal. Le notaire se tient prêt pour recevoir les fiducies-libéralités le moment venu.

La réception en France des fiducies étrangères, avancée ou recul ?

Dans un premier temps, j'exposerai l'accueil des trusts anglo-saxons par la jurisprudence.

Puis la réception des trusts en pratique, en relatant les grandes lignes du règlement d'une succession avec un trust. Ce sera en quelque sorte le bilan

En seconde partie, j'examinerai les pistes pour faire avancer la réception des fiducies étrangères.

I. COMMENT RECEVOIR LE TRUST ÉTRANGER LORSQU'IL DOIT S'APPLIQUER À DES BIENS SITUÉS EN FRANCE ?

En jurisprudence, comme en pratique, l'affaire se règle avec beaucoup de pragmatisme : nous n'avons pas le trust, néanmoins, il s'agit de respecter autant que faire se peut la volonté du constituant.

Lorsque nous sommes face à une difficulté dans un testament, nous recherchons l'intention, l'objectif du testateur afin de respecter la volonté de celui qui ne peut plus l'exprimer.

Cela peut aller jusqu'à la délivrance d'un legs verbal si le testament est perdu.

L'objectif est toujours le même : respecter la volonté du défunt.

Comment respecter cette volonté lorsque le *de cuius* a constitué un trust pour des biens français alors que la France n'est pas dotée de cet instrument.

A. Dans l'ensemble, c'est-à-dire quel que soit le trust, testamentaire ou *inter vivos*, la jurisprudence s'est attachée à lui faire produire des effets. Pour y parvenir, elle a assimilé le trust à des institutions connues du droit français, en recherchant l'équivalent dans notre système juridique.

Ainsi le trust a été qualifié de mandat, le *trustee* d'exécuteur testamentaire. On a également rapproché le trust de la substitution fidéicommissaire, etc.

Cette technique qui consiste à analyser l'institution étrangère pour la faire entrer dans une catégorie de droit français est classique en droit international privé.

C'est ainsi que le mariage polygame régulièrement contracté à l'étranger peut produire les effets d'un mariage en France (Alors qu'il y a certainement plus de différences entre un mariage polygame musulman et un mariage français, d'une part, et, d'autre part, un mandat et une fiducie-gestion !).

Ainsi, dans l'affaire *KERR*², la jurisprudence donne un exemple de rapprochement avec le *mandat*.

Un Français avait souscrit des obligations émises par une société britannique et un trust avait été constitué en Angleterre pour défendre les intérêts de tous les souscripteurs.

Le Français, porteur de parts, était donc bénéficiaire de ce trust.

Les *trustees* avaient pour mission, entre autres, d'agir en cas de faillite afin d'obtenir le remboursement des obligations.

La société anglaise a fait l'objet d'une procédure collective et cet obligataire français a voulu agir directement contre la société pour obtenir la réalisation de l'actif social.

La cour d'appel de Toulouse décide que ce Français n'avait pas qualité pour agir, puisqu'il avait donné mandat au *trustee*.

Le *trustee* a été comparé, tout naturellement, à un *exécuteur testamentaire*.

Naturellement, car la mission d'un *trustee* d'un trust testamentaire va au-delà mais inclut celle de l'exécuteur.

L'affaire qui illustre cette comparaison est l'affaire *Szlapka c. Geffros et Bessin*³.

Un Américain, domicilié dans l'État de New York, avait été victime en France d'un accident de la route, l'auteur de l'accident est un Français, l'Américain retourne aux États-Unis où il meurt des suites de cet accident.

Le défunt étant domicilié dans l'État de New York, la succession était régie par le droit de cet État, et les règles d'administration de la succession, ensemble les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, étaient également régis, conformément au droit international privé français, par le droit américain.

Le *trustee*, avait donc, selon cette construction, qualité pour agir et obtenir les indemnités dues au défunt. Le *trustee* se constitua donc partie civile, dans l'instance pénale intentée en France contre l'auteur de l'accident.

Et on opposa au *trustee* que, selon la loi française, seuls les héritiers avaient qualité pour demander réparation pour le compte du défunt.

Le juge français a constaté la régularité du titre du demandeur, le *trustee*, lequel, selon la loi applicable à la succession, se présentait en qualité d'exécuteur testamentaire.

La Cour de Cassation en a déduit que la dévolution des pouvoirs au profit du *trustee*, réglementée par la loi de l'État de New York, n'était pas contraire à l'ordre public international. Et elle a ainsi rejeté l'exception d'irrecevabilité opposée au *trustee* demandeur, qu'elle a qualifié d'exécuteur testamentaire, lui donnant ainsi le droit d'agir en justice.

On a aussi été tenté de comparer le trust et la *substitution fidéicommissaire*. L'ancien article 896 du Code civil prohibait les substitutions, c'est-à-dire toute

2. Toulouse 18 juill. 1905, *JDI* 1906. 451, confirmé par Civ. 19 févr. 1908, *JDI* 1912. 243.

3. Crim. 4 juin 1941, *S.* 1944. 1. 133.

disposition par laquelle une personne gratifiée (donataire, héritier institué ou légataire) était chargée de conserver le bien et de le rendre à un tiers.

Cette prohibition de principe souffrait deux exceptions : la substitution au profit des petits-enfants au premier degré et au profit des neveux et nièces lorsque le disposant n'avait pas d'enfant.

Dans un jugement du tribunal civil de la Seine du 19 décembre 1927⁴, un Anglais avait mis ses biens situés en France dans un trust créé au profit de sa fille mineure, les *trustees* étaient des membres de sa famille. Ils étaient chargés de verser une pension pour la fille mineure et d'accumuler les intérêts du capital afin qu'ils lui soient remis le jour de son mariage. Et il était stipulé que si la bénéficiaire mourrait sans être mariée, le capital serait partagé entre les *trustees*, qui étaient les frère et neveux du constituant.

Le tribunal a analysé l'opération comme un legs sous condition résolutoire du décès de la jeune fille célibataire et sous condition suspensive de son mariage, ainsi le tribunal constate que cette disposition ne constituait pas une substitution prohibée et a validé l'opération.

Le trust pouvait réellement être rapproché de la substitution fidéicommissaire, mais pas comme cela a été envisagé le plus souvent en doctrine.

On a, en effet, considéré que le grevé de substitution devait être comparé au *trustee* puisqu'il avait la charge de remettre le bien au bénéficiaire, l'appelé.

Or, lorsqu'une personne faisait hier une libéralité avec une substitution fidéicommissaire, ou aujourd'hui une libéralité transgénérationnelle, cette personne, disposant, a une intention libérale à l'égard de deux gratifiés qui seront tous deux bénéficiaires d'une libéralité à des moments différents.

Le *trustee* ne peut pas être comparé au premier bénéficiaire de la substitution ou au premier bénéficiaire de la libéralité transgénérationnelle, car dans le trust anglo-saxon, le disposant n'a pas d'intention libérale à l'égard du *trustee*. Si le *trustee* est également bénéficiaire alors il y a une intention libérale mais au titre de la seconde casquette, si je puis dire.

Pourtant le *trustee* avait, me semble-t-il, son homologue dans l'ancienne substitution fidéicommissaire. La comparaison avec cette substitution était pertinente si l'on considérait que le *trustee* était le tuteur à la substitution. C'est-à-dire le tuteur chargé de la bonne exécution de la disposition avec charge de restitution,

Ainsi, l'article 1055 ancien édictait :

« Celui qui fera les dispositions autorisées par les articles précédents pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées aux articles 428 et suivants. »

Ce tuteur était « obligatoire » puisque, à défaut d'avoir été nommé par le disposant, il devait l'être à la diligence du grevé, et ce à peine de privation de sa libéra-

4. *Rev. crit. DIP* 1928. 511.

lité. La désignation pouvait même se faire d'office à la diligence du procureur de la République, près le tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession.

Le tuteur avait la mission d'un *trustee* : obligation de faire inventaire, obligation de diligenter l'emploi des deniers. Et des mesures de publicité étaient prévues pour assurer l'opposabilité aux tiers de la disposition à charge de restitution.

Le tuteur à la substitution était personnellement responsable s'il n'avait pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et *fidèlement* acquittée.

Certes le tuteur n'avait pas le titre de propriété es qualité, mais il devait personnellement s'assurer de la publicité de cette charge de restitution.

Le législateur n'a pas cru bon d'imposer la désignation d'un tuteur pour assurer l'exécution des nouvelles libéralités graduelles ou résiduelles. Un recul ?

L'article 1052 du Code civil prévoit simplement qu'il appartient au disposant de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge.

Je pense donc que l'on peut faire une libéralité graduelle, par exemple, à condition que le grevé mette les biens en fiducie-gestion, le fiduciaire ayant pour mission d'assurer la bonne exécution de cette libéralité. Ici la fiducie serait la garantie, l'accessoire de la disposition principale. C'est-à-dire l'accessoire de la libéralité qui serait enregistrée en tant que telle, et ne tomberait pas sous le coup de la sanction de l'article 2013.

Parfois les juges ont cherché à comprendre la nature du trust, en essayant de s'éloigner de la méthode de l'assimilation à une institution du for, c'est-à-dire en respectant l'originalité propre du trust. Par exemple, dans l'affaire *Morrogh*, le tribunal civil de la Seine⁵, déclare « qu'il n'a pas à rechercher dans le droit français des analogies plus ou moins proches ».

Citons, pour terminer avec la jurisprudence, deux arrêts récents rendus en matière fiscale, les 15 mai 2007 et 31 mars 2009 (le premier en matière de droit de mutation à titre gratuit, le second en matière d'ISF).

Le juge décortique le trust et l'analyse en se référant au modèle de droit français. En 2009, la Cour confirme que le constituant reste redevable de l'ISF sur le portefeuille de titres détenus par des *trustees* qui étaient chargés de lui remettre les revenus, voire le capital s'il en faisait la demande.

B. En pratique, nous appliquons les leçons tirées de cette jurisprudence en assimilant le trust à une institution de droit français.

Cas pratique de succession régie par le droit français :

Monsieur Johnson, citoyen américain est décédé, domicilié aux États-Unis, il possédait un appartement à Paris.

Par testament il a mis cet appartement en trust en déclarant que ce bien reviendrait à ses deux enfants, sous réserve d'un droit d'usage de l'appartement au profit de

5. T. civ. Seine 19 déc. 1916, *JDI* 1917. 1069.

son épouse (*subject to life use in my appartement to my wife*). Il est précisé que l'épouse paiera toutes les dépenses courantes relatives à l'appartement.

Et que si les enfants et l'épouse décidaient de vendre l'appartement, le produit de la vente reviendrait aux enfants (*if my children and my wife agree that the appartement should be sold, the net proceed of the sale shall go to my children*).

Il a désigné son frère comme *trustee*.

Résolution de ce cas pratique

– La loi applicable : s'agissant d'un bien immobilier, la loi française s'applique à la succession.

– Recherche de la volonté du testateur : on recherche la volonté du défunt, comment cette volonté peut s'articuler, prospérer, en droit français.

Quel a été l'objectif du *de cuius* en laissant le bien à ses enfants, sous réserve d'un droit d'usage à son épouse. Souhaitait-il laisser à son épouse un droit équivalent à un usufruit ou à un droit d'usage et d'habitation, un droit viager ou un droit temporaire ?

Une fois l'objectif identifié, il sera assimilé à l'institution de droit français qui lui correspond.

Par exemple, si le défunt souhaitait que son conjoint puisse jouir du bien sa vie durant, on peut penser que ceci correspond à un usufruit ou à un droit d'usage viager.

Si le conjoint a le droit de céder son droit de jouissance, on sera alors tenté d'exclure le droit d'usage qui est en France incessible, et ainsi de suite.

En pratique, il va donc être nécessaire de scruter la volonté du constituant. On interrogera le juriste qui a établi le *trust deed*, ou le juriste étranger chargé de la succession aux États-Unis.

Dans le cas de la succession de Monsieur Johnson :

L'usufruit a été exclu car il a été établi que la volonté du défunt était qu'en cas de vente du bien le prix soit intégralement versé aux enfants.

On a donc considéré que le bien était dévolu aux deux enfants, par parts égales, sous réserve d'un droit d'usage et d'habitation bénéficiant au conjoint.

En faisant ce travail, il ne s'agit pas d'opérer une donation « déguisée » avec le consentement des ayants droit. L'administration fiscale française serait alors en droit de la taxer. Il faut donc être le plus fidèle possible à la volonté du constituant pour que l'administration ne puisse pas considérer qu'on a opéré un autre transfert à l'occasion de l'interprétation.

Notons que l'opération est plus aisée aujourd'hui, puisque le légataire peut cantonner son droit sans opérer une libéralité, d'une part, et, d'autre part, la renonciation à succession est neutre fiscalement.

Sur le plan pratique, tout ceci sera exprimé dans un acte d'interprétation du *trust testamentaire*. Cet acte sera signé par tous les bénéficiaires et également par le *trustee*. Et toutes les parties consentiront à ce que le titre de propriété soit établi au nom des enfants, propriété grevée d'un droit d'usage et d'habitation au profit du conjoint.

On aura préalablement expliqué au *trustee* que le trust n'existe pas en droit français, que la convention de La Haye sur la reconnaissance des trusts n'est pas en vigueur en France, que, par conséquent, il ne sera pas titré en France.

Examinons maintenant la situation si la succession était régie par le droit étranger. Monsieur Johnson, *de cujus*, domicilié aux États-Unis, laisse en France des avoirs bancaires, des meubles. Par suite, la dévolution des biens est régie par le droit étranger, conformément à l'actuelle règle de la scission (en matière de succession, les immeubles sont régis par la loi du lieu de situation et les meubles par la loi du domicile du défunt, sauf renvoi).

L'administration de la succession — par le *trustee* — est régie par la loi de la succession dans notre cas, le droit américain. Par conséquent, il y a lieu de reconnaître les pouvoirs du *trustee* en appliquant ce droit étranger.

En pratique, un acte de notoriété sera établi pour indiquer qui sont les héritiers et administrateurs de la succession, selon le droit étranger : qui reçoit l'émolument, qui l'administre.

S'agissant d'avoirs bancaires, la banque s'assurera de l'accord des bénéficiaires pour remettre les fonds au *trustee*. Car, s'il y a désaccord, le *trustee* devra obtenir l'*exequatur* de la décision (même gracieuse) qui l'a nommé ou qui a homologué sa désignation. Est également un acte d'exécution matérielle sur les biens l'appréhension d'un bien successoral à l'encontre des héritiers par l'administrateur désigné par un tribunal étranger⁶.

Quelle sera notre attitude lorsque la dévolution successorale du bien immobilier situé en France sera régie par la loi étrangère du domicile du défunt, c'est-à-dire lorsque le règlement du Parlement européen relatif à la loi applicable à la succession sera en vigueur (proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen du 14 octobre 2009).

Nous reconnâtrons les pouvoirs d'administration du *trustee* ou fiduciaire régi par le droit étranger.

Restera le problème du titre.

Après tout, si nous reconnaissons ses pouvoirs au *trustee*, nous devrions pouvoir les rendre opposables aux tiers, et le conservateur des hypothèques devrait inscrire le *trustee* ou fiduciaire étranger au fichier immobilier (une avancée ?). Ceci n'est pas acquis car la proposition de règlement contient des réserves pour la publicité foncière notamment.

Les choses seraient donc plus simples si nous avions des règles de droit international, des normes pour la reconnaissance des fiducies et trusts étrangers.

6. Civ. 1^{re}, 6 juin 1967, *Bull. civ.* I, n° 203.

II. UN DISPOSITIF POUR LA RECONNAISSANCE DES TRUSTS ET FIDUCIES ÉTRANGERS

A. Je voudrais commencer cette seconde partie avec un exemple récent de reconnaissance d'une institution étrangère : le Pacs, ou une affaire rondement menée !

Rappelez-vous, le partenariat entre homosexuels est apparu en Europe, il y a guère plus de 20 ans.

D'abord dans les pays scandinaves, au Danemark en 1989, en Norvège et Suède en 1995-1996; puis au Pays-Bas en 1998, etc.

Chaque État avait une législation spécifique mais, pour la plupart d'entre eux, l'assimilation du partenariat au mariage devait être aussi forte que possible.

En France, au début des années 1990, on a d'abord considéré qu'il était bien difficile de reconnaître un partenariat entre homosexuels, même lorsque celui-ci avait été régulièrement conclu à l'étranger (c'est-à-dire entre personnes ressortissantes d'un État l'ayant adopté). En effet, on considérait qu'une union homosexuelle était contraire à notre *ordre public international*.

La reconnaissance du partenariat étranger a évolué lorsque nous avons adopté le Pacs, avec la soudaine loi du 15 novembre 1999, partenariat qui, d'emblée, a été ouvert aux homosexuels. La contrariété à notre « ordre public » ne pouvait plus être invoquée.

(Notons que le pacs est maintenant publié en marge de l'acte de naissance.)

Puis, avec la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009, soit 20 ans après la naissance du premier partenariat en Europe, la France s'est dotée d'une règle de droit international. L'article 515-7-1 du Code civil édicte les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement.

Autrement dit, les partenariats civils conclus à l'étranger peuvent désormais produire leurs effets juridiques en France.

Enfin, une instruction administrative publiée le 13 janvier 2010⁷ achève la construction : un anglais lié par un « *civil partnership* » sera exonéré de droit de mutation par décès au même titre qu'un partenaire lié par un Pacs.

La fiducie française va-t-elle, à l'image du Pacs, provoquer cette avancée vers la reconnaissance des fiducies étrangères ?

Oui, certainement. Mais reconnaissons qu'il y a un monde entre une fiducie-sûreté française et un trust-libéralité anglo-saxon !

À une époque de prolifération d'instruments juridiques, le rapprochement se fait là où il y a communauté d'intention, communauté d'objectif.

Par exemple, une cohabitation belge entre un grand-père et son petit-fils (partenariat — pacte de solidarité — permis en Belgique) ne pourra pas produire ses

7. BOI n° 6 du 13 janv. 2010, 7G-2-10.

effets fiscaux en France (car on considère que cette cohabitation n'est pas conforme à notre ordre public!).

B. D'autres pistes peuvent être soulignées.

Ces dernières années, le Code civil s'est doté d'instruments juridiques qui dissocient nettement l'administration de la propriété du bien.

Le mandat à effet posthume, comme le mandat de protection future, basés sur la confiance du constituant envers une tierce personne, sont des promoteurs de la reconnaissance des fiducies étrangères.

Notons que le mandat posthume s'applique indifféremment sur la réserve héréditaire et la quotité disponible.

On ne devrait donc plus pouvoir invoquer que la réserve héréditaire — qui d'ailleurs peut être réduite à un droit de créance — ne doit pas être grevée d'une charge (le trust). Mais est-ce vraiment une charge que de recevoir un bien qui est administré par un tiers ?

Si ce tiers est garant de l'exécution d'une obligation, comme par exemple une obligation de placement de l'émolument recueilli ou une interdiction d'aliéner, la question doit, me semble-t-il, être posée de la manière suivante :

La réserve peut-elle être grevée d'une interdiction temporaire d'aliéner ?

Si oui, alors le fait qu'un tiers en soit garant me paraît accessoire. Si non, alors le tiers fiduciaire n'a plus sa raison d'être.

Si toutes ces fiducies françaises peuvent participer à l'évolution de la réception des trusts et fiducies étrangers, la véritable reconnaissance de ceux-ci sera acquise avec un dispositif comprenant une règle de droit international, un régime fiscal adéquat, des circulaires d'application à l'attention des conservateurs des bureaux des hypothèques et autres registres assurant l'opposabilité aux tiers...

C'est pourquoi l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance est tant attendue.

À défaut, pourquoi ne pas étudier une règle de conflit européenne.

Notons que le règlement de Bruxelles I du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dispose en son article 5 « qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite [...] en sa qualité [...], de trustee ou de bénéficiaire du trust [...], devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le trustee a son domicile ».

Nous aurons bientôt à appliquer le règlement européen en matière de succession, qui certes exclut le trust au regard de sa constitution, son fondement et sa dissolution, mais qui semble lui laisser une place au titre de l'administration de la succession.

La règle européenne a pris le pas en droit de la famille.

Espérons une harmonie entre toutes ces normes internationales !

De la fiducie-sûreté à la finance islamique

Une seconde table ronde réunissant Augustin Aynès (professeur à l'UPEC), Reinhard Dammann (contribution non reproduite), Alain Gourio (responsable de la coordination juridique Groupe BNP Paribas), Stéphane Piedelièvre (professeur à l'UPEC) et Gilles Saint Marc (avocat) a permis, au cours de l'après-midi, de recenser les multiples applications de la fiducie en droit des affaires, que ce soit comme outil de gestion, technique de garantie ou possible vecteur d'une finance islamique.

Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives

Augustin Aynès

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)

1.– Les rapports du droit des sûretés et du droit des procédures collectives sont souvent orageux, alors pourtant que c'est dans le cadre des secondes que les sûretés ont le plus vocation à produire leur office. En quelque sorte, le droit des sûretés et le droit des procédures collectives s'attirent et se repoussent en même temps... « Je t'aime, moi non plus. »

2.– Pourtant, les dispositions de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹, consacrées au régime de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective, démontrent que ce mariage de l'eau et du feu peut parfois trouver une certaine harmonie, pour peu que prévalent le réalisme et la mesure.

Il apparaît en effet que les rédacteurs de l'ordonnance sont parvenus à un équilibre prenant en compte les spécificités de la fiducie — sûreté reposant sur un transfert de propriété des biens affectés en garantie dans un patrimoine distinct — et les impératifs propres à la tentative de rétablissement de la situation du débiteur constituant, lorsque cela est raisonnablement envisageable. Ainsi, le droit des procédures collectives actuel respecte en principe l'existence d'un transfert de propriété des actifs mis en fiducie, qui ne font plus partie du patrimoine du débiteur et ne devraient pas être touchés par la saisie collective que réalise l'ouverture d'une procédure collective. Par exception, il est parfois porté atteinte à l'efficacité de cette sûreté, mais ceci de façon limitée et temporaire, uniquement lorsque le redressement de l'entreprise est envisageable et dans la seule mesure où les biens affectés en garantie sont de nature à y contribuer.

3.– Ce faisant, il se dégage de l'édifice une impression d'équilibre, inconnu — et peut-être inespéré — en la matière depuis au moins vingt-cinq ans. Cela résulte

1. Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés.

du fait que, dans le détail, le régime de la fiducie-sûreté a été façonné autour de cette double perspective : respecter le transfert de propriété (I) sans sacrifier l'objectif de rétablissement de l'entreprise lorsque celui-ci est raisonnablement possible (II).

I. RESPECT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

4.- Les rédacteurs de l'ordonnance ont, en principe, pris en compte l'existence d'un transfert de propriété des actifs fiduciaires hors du patrimoine du débiteur en procédure collective. Les manifestations concrètes en sont nombreuses. Les unes concourent à la préservation des droits du créancier fiduciaire (A), les autres rendent possible l'exercice de ses droits (B).

A. PRÉSERVATION DES DROITS DU CRÉANCIER

5.- D'abord, mais cela n'est pas propre à la fiducie, l'ouverture de la procédure ne remet pas en cause son existence même². Il est ainsi de toute sûreté, dont seule l'efficacité est affectée par la règle de l'interdiction des paiements et celle de l'interdiction ou de la suspension des poursuites³. Les biens demeurent — « à l'abri » — dans le patrimoine fiduciaire et échappent à la saisie collective que constitue la procédure collective. C'est, en soit, un avantage appréciable pour le créancier.

6.- C'est également ce qui justifie son *exclusion des comités de créanciers*⁴. L'efficacité de sa sûreté risque fort de ne pas l'inciter à voter en faveur du plan proposé, lequel prévoit nécessairement quelques sacrifices pour les créanciers. Il convient donc d'éviter qu'il en empêche l'adoption, qui se fait à la majorité qualifiée. Mais cette exclusion des comités de créancier, outre qu'elle manifeste la prise en compte de la situation spécifique du créancier fiduciaire, est pour lui une aubaine lorsqu'il ne bénéficie pas d'une minorité de blocage. Dans les comités de créanciers, le plan étant approuvé à la majorité, les minoritaires peuvent se voir

2. En revanche, le prononcé de la liquidation judiciaire emporte résiliation de plein droit des fiducies dont le constituant est seul bénéficiaire — hypothèse de fiducie-gestion — de sorte que les actifs fiduciaires font retour dans le patrimoine du constituant (art. L. 641-12-1 C. com.).

3. Par ailleurs, le contrat de fiducie-sûreté, pas plus que le contrat de gage, d'hypothèque ou de nantissement, n'est un « contrat en cours », au sens de l'art. L. 622-13 C. com., dont l'administrateur pourrait demander au juge-commissaire de prononcer la résiliation (art. L. 622-13, IV C. com.). Le régime dérogatoire de l'art. L. 622-13 C. com. n'a vocation à s'appliquer qu'aux contrats susceptibles d'avoir encore à produire un effet essentiel au profit du débiteur en procédure collective. Par hypothèse, tel n'est jamais le cas d'un contrat par lequel ce dernier constitue une sûreté réelle.

4. Art. L. 626-30, al. 4 C. com.

imposer des remises de dette contre leur grès. Pour le créancier fiduciaire, ce risque n'existe pas.

7.— Ce maintien du transfert de propriété des biens dans le patrimoine fiduciaire en dépit de l'ouverture de la procédure collective a un second prolongement, lorsque le constituant a conservé l'usage des biens. Dans ces hypothèses où le contrat de fiducie est assorti d'une convention de mise à disposition, le constituant est simple détenteur précaire. Pour que ses droits demeurent opposables à la procédure, le fiduciaire doit donc *agir en revendication*. Cela est contraignant car l'action doit être engagée dans les trois mois qui suivent la publication du jugement d'ouverture au BODACC, même si le revendiquant ne peut — ou ne veut — solliciter immédiatement la restitution. À défaut, le droit de propriété du fiduciaire sera inopposable durant tout le temps de la procédure. Pour minimiser un tel risque, ne pourrait-on pas considérer que le créancier fiduciaire n'a besoin que d'agir en restitution ? L'action en restitution, qui tend seulement à la reprise matérielle du bien et n'est enfermée dans aucun délai préfixe, est ouverte aux propriétaires dont le bien a été confié au débiteur en vertu d'un contrat ayant fait l'objet d'une publicité⁵. Ils sont dispensés d'avoir à faire préalablement reconnaître leur droit, ceux à quoi tend l'action en revendication. Or, le contrat de fiducie fait l'objet d'une publicité au « registre national des fiducies », nouvellement créé par un décret du 2 mars 2010. Mais, en réalité, cette publicité n'est pas de celles dispensant d'agir en revendication car elle n'a pas pour effet de rendre opposable aux autres créanciers du débiteur en procédure collective la propriété du tiers fiduciaire⁶. Le registre national des fiducies a pour objet 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 » et les informations qu'il contient ne sont destinées qu'aux juges d'instruction, aux procureurs de la République, aux officiers de police judiciaire, aux agents des douanes, aux agents du service TRACFIN et aux agents de la direction générale des finances publiques⁷.

8.— Enfin, en cas d'adoption d'un *plan de cession*, l'existence d'un transfert de la propriété des actifs mis en fiducie interdit leur inclusion dans le plan, dans la mesure où ils n'appartiennent plus au débiteur cédant. Le créancier échappe donc à la règle selon laquelle, en cas de cession d'un bien grevé de sûreté réelle, une — simple — quote-part du prix est affectée au désintéressement des créanciers inscrits et le paiement du prix emporte purge des inscriptions⁸. En revanche, le contrat de mise à disposition, en vertu duquel le constituant a conservé l'usage

5. Art. L. 624-10 C. com.

6. V. ainsi Com. 11 mai 2010, *Bull. civ.* IV, à paraître, pourvoi n° 09-14.048, qui juge que la publicité irrégulière d'un contrat de crédit-bail n'autorise pas l'exercice d'une simple action en restitution dans la mesure où elle ne rend pas le contrat opposable aux autres créanciers.

7. Décr. n° 2010-219 du 2 mars 2010, art. 1 et 5.

8. Art. L. 642-12, al. 2 et 3 C. com.

du bien cédé en fiducie, serait susceptible d'être cédé. Pourtant, l'article L. 642-7, alinéa 5, du Code de commerce, interdit cette cession sauf accord du créancier bénéficiaire du contrat de fiducie. On ne saurait donc lui imposer un nouvel « utilisateur » qu'il n'ait agréé. Autant dire que l'adoption d'un plan de cession ne fait courir au créancier aucun risque qu'il n'ait au préalable accepté.

B. EXERCICE DES DROITS DU CRÉANCIER

9.— Conserver ces droits est une chose, pouvoir les exercer en est une autre... rare en procédure collective. Le créancier fiduciaire le peut pourtant, dans la majorité des cas.

D'abord, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a institué un *mécanisme de « re-transfert de propriété contre paiement »*, inspiré du retrait contre paiement en cas de rétention d'un bien utile à l'activité de l'entreprise. Dans la sauvegarde et le redressement judiciaire, par dérogation à la règle de l'interdiction des paiements, le débiteur et/ou l'administrateur peuvent être autorisés par le juge-commissaire à payer le créancier fiduciaire pour retrouver la propriété des biens⁹. Le texte exige que ce retour du bien dans le patrimoine du débiteur en procédure collective soit « justifié par la poursuite de l'activité¹⁰ ». Cela devrait vraisemblablement être rare. En principe, la poursuite de l'activité ne nécessite pas d'être propriétaire, le pouvoir d'user du bien suffit. Deux hypothèses demeurent envisageables. Il se peut que la fiducie ait été constituée sans convention de mise à disposition (alors même que le bien est, par hypothèse, utile à la poursuite de l'activité), de sorte que le seul moyen de retrouver l'usage des biens est de mettre fin au contrat de fiducie lui-même. Il se peut également qu'exceptionnellement la poursuite de l'activité suppose de pouvoir aliéner le bien, par exemple afin de l'inclure dans les éléments cédés avec une branche d'activité.

10.— Ensuite, la *réalisation de la fiducie-sûreté* à l'initiative du créancier¹¹ est possible durant la liquidation et durant la sauvegarde et le redressement judiciaire si les biens ne font pas l'objet d'une convention de mise à disposition. En effet, la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution, qui empêche la réalisation des autres sûretés réelles, ne s'applique qu'aux biens appartenant au débiteur en procédure collective et constituant le gage commun de ses créanciers¹². Cela n'affecte pas l'exécution portant sur des biens qui ne font plus partie

9. Contrairement au retrait contre paiement d'un bien retenu, cette faculté de « re-transfert » des biens cédés en fiducie n'est pas envisagée dans le cadre de la liquidation judiciaire (v. art. L. 641-3 C. com.).

10. Art. L. 622-7, II C. com.

11. C'est-à-dire l'acquisition par le créancier d'une propriété intégrale et définitive sur le bien, lui permettant d'en disposer librement (art. 2372-3 et 2488-3 C. civ.).

12. En ce sens, il a été jugé que les biens indivis ne faisant pas partie du gage commun des créanciers d'un seul indivisaire, ils échappent à la procédure collective et à la règle de la suspension des poursuites. En conséquence, les créanciers de l'indivision (par ex. ceux qui se sont fait consentir

de son patrimoine pour avoir été cédés à titre fiduciaire. À cela s'ajoute le fait que l'article L. 622-23-1 du Code de commerce ne restreint la faculté de réaliser une fiducie-sûreté que dans les hypothèses de sauvegarde et de redressement et en cas de convention de mise à disposition. Cela atteste qu'*a contrario* cette réalisation est possible hors de ces hypothèses.

11.— Reste à déterminer si cette efficacité de la fiducie-sûreté en procédure collective — dont témoigne en particulier sa possible réalisation — suppose qu'ait été *déclarée la créance garantie* et, subsidiairement, la sûreté elle-même. L'hésitation est permise car, en matière de réserve de propriété, la Cour de cassation admet que le créancier réservataire agisse en revendication même lorsqu'il n'a pas déclaré sa créance¹³. Pourtant, cette solution est discutable car elle méconnaît le caractère accessoire de la réserve de propriété, laquelle est désormais expressément comptée parmi les sûretés réelles, comme la fiducie nommée de la loi de 2007¹⁴. Il serait donc plus cohérent de subordonner l'opposabilité de la fiducie-sûreté à la déclaration de la créance garantie et de la sûreté¹⁵. Mais il est vrai que cette solution fait prévaloir l'aspect accessoire de la sûreté et les exigences de la procédure collective sur l'existence d'un transfert de propriété, ce qui est rarement le cas s'agissant de la fiducie.

II. PRISE EN COMPTE RAISONNÉE DE L'OBJECTIF DE REDRESSEMENT

12.— Certaines dispositions du Code de commerce restreignent les droits des créanciers garantis par une fiducie-sûreté en cas de procédure collective du constituant¹⁶. Mais cette atteinte au droit de certains créanciers est limitée et, surtout, raisonnablement réaliste et sensée, ce qui est remarquable. L'une concerne la réalisation de la fiducie-sûreté (A), l'autre la convention de mise à disposition (B).

une hypothèque par l'ensemble des indivisaires) peuvent saisir ce bien (Com. 14 juin 2000, *Bull. civ.* IV, n° 182; Com. 18 févr. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 21; Civ. 1^{re}, 28 juin 2005, *Bull. civ.* I, n° 283).

13. Com. 29 janv. 1991 et 20 oct. 1991, *D.* 1993. 288 obs. F. Pérochon; Com. 9 janv. 1996, *D.* 1996. 184, note Derrida; *RTD civ.* 1996. 437, obs. P. Crocq; *JCP E* 1996. I. 554, n° 19, obs. M. Cabrillac; *JCP E* 1996. I. 571, n° 4, obs. P. Simler et P. Delebecque.

14. Art. 2329 et 2373 C. civ.

15. V. en ce sens, semble-t-il, M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnance », *D.* 2009. 670; P. Petel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP E* 2009. 1049.

16. Dans le doute, il va de soit qu'il convient, fût-ce par précaution, de déclarer la créance et la fiducie-sûreté la garantissant.

A. RÉALISATION DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ

13.— La réalisation d'une fiducie-sûreté n'est impossible que lorsque le rétablissement de la situation de l'entreprise débitrice est envisageable et que les biens cédés en fiducie sont utiles — ou présumés tels — à la poursuite de son activité.

En effet, cette interdiction — exprimée en des termes malhabiles puisque le texte évoque une « cession » ou un « transfert » là où il eut été plus judicieux de parler d'acquisition d'une propriété définitive — n'existe que dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire¹⁷. Encore n'a-t-elle pas lieu d'être lorsque le redressement judiciaire est ouvert en suite de la résolution d'un plan de sauvegarde. En d'autres termes, dans l'hypothèse d'un redressement « de la seconde chance » un nouveau sacrifice ne sera pas imposé au créancier fiduciaire qui, par hypothèse, a déjà vu ses droits restreints lors de la procédure de sauvegarde qui a précédé la nouvelle procédure. L'interdiction de réaliser une fiducie-sûreté s'applique à compter du jugement d'ouverture, durant la période d'observation et l'exécution d'un éventuel plan de sauvegarde ou de redressement.

En outre, seconde condition, l'impossibilité de réaliser une fiducie-sûreté ne concerne que celles qui sont assorties d'une convention de mise à disposition des biens, dont la propriété a été cédée à titre de garantie. En pareil cas, les biens sont vraisemblablement utiles au débiteur pour l'exercice de son activité, à défaut de quoi il n'en aurait pas conservé l'usage. Si la fiducie devait être réalisée, le constituant risquerait d'être dépossédé des biens. Cela affecterait la poursuite de son activité, ce qui est pourtant la finalité même des procédures de sauvegarde et de redressement. *A contrario*, lorsque l'activité est vouée à cesser immédiatement ou à terme, une amputation des droits du créancier fiduciaire n'est pas utile. Ainsi s'explique qu'avec ou sans convention de mise à disposition, la fiducie peut toujours être réalisée lorsque c'est une procédure de liquidation judiciaire qui est ouverte.

Au regard de ces conditions et donc des hypothèses dans lesquelles un sacrifice peut être imposé au créancier fiduciaire privé de la faculté de réaliser sa sûreté, on peut estimer qu'il est réellement possible qu'*in fine* cela se révèle bénéfique pour lui. Si la procédure de sauvegarde ou de redressement produit son effet, la situation de l'entreprise se redressera. Le débiteur tirera alors de son activité les revenus nécessaires pour payer la dette garantie. Le créancier sera payé en numéraire et non par l'acquisition de la propriété définitive d'un bien qui pourrait se révéler encombrant, en particulier pour un établissement de crédit. À l'inverse, si les opérations de sauvegarde ou de redressement se révèlent vaines, s'ouvrira une liquidation judiciaire à l'occasion de laquelle le créancier retrouvera le droit de réaliser sa sûreté. Finalement, l'interdiction de l'article L. 622-23-1 ne fait perdre que du temps au créancier fiduciaire, ce qui n'est pas rien il est vrai.

17. Art. L. 622-23-1 C. com., applicable au redressement judiciaire en vertu de l'art. L. 631-14, al. 4.

14.- À deux égards, les contours exacts de cette interdiction restent néanmoins à préciser.

Il s'agit d'abord de déterminer ce qu'est exactement une « convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en [les biens cédés en fiducie] conserve l'usage ou la jouissance ». S'agissant de choses corporelles, on perçoit assez aisément ce que cela signifie : il s'agit pour le constituant de conserver la disposition matérielle des biens. En revanche cela est plus incertain pour les choses incorporelles, comme les créances ou les valeurs mobilières. Si « user » ou « jouir » d'une créance consiste à en recevoir le paiement, on devra considérer qu'il y a convention de mise à disposition si, comme cela est d'usage en matière de cession Dailly, il est laissé au cédant le soin d'y procéder. N'en sera-t-il pas de même si dans une fiducie-sûreté ayant pour objet des actions, le constituant conserve la plupart des prérogatives d'actionnaire : perception des dividendes, droit de vote, etc. ? S'il veut conserver la faculté de réaliser sa sûreté en sauvegarde ou en redressement, le créancier devra prendre garde à ne pas laisser trop de prérogatives au constituant.

La rédaction de l'article L. 622-23-1 du Code de commerce suscite ensuite un doute quant aux créances pour le paiement desquelles la réalisation d'une fiducie-sûreté est interdite en procédure de sauvegarde et de redressement. Le texte ne vise que le « défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture ». Cette réalisation devrait donc être possible en cas de défaut de paiement d'une créance postérieure, quelle qu'elle soit. Pourtant, depuis la loi de sauvegarde, en droit des procédures collectives la distinction ne se fait plus seulement entre créances postérieures et antérieures, mais entre créances postérieures « nées régulièrement [...] pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période¹⁸ » et les autres. Il est douteux que les rédacteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 aient entendu renoncer à ce nouveau critère de distinction dans le seul cas de la réalisation d'une fiducie-sûreté. Pourtant, une lecture littérale du texte conduit à cette conclusion que, nonobstant l'existence d'une convention de mise à disposition, la réalisation d'une fiducie-sûreté est possible en cas de défaut de paiement d'une créance postérieure même non « utile ».

15.- À ces deux incertitudes s'ajoute une étonnante règle relative aux fiducies-sûretés constituées par un tiers en garantie d'une dette du débiteur en procédure collective. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 la situation des personnes ayant constitué une sûreté réelle en garantie de la dette du débiteur (anciennement dénommée « cautionnement réel ») est identique à celle des cautions personnelles. L'ensemble des sûretés réelles concevables sont concernées. Ainsi, l'article L. 622-28, alinéa 2, du Code de commerce énonce que le jugement d'ouverture de la sauvegarde suspend, pendant toute la période d'observation, toute

18. Art. L. 622-17, I C. com.

action contre les personnes physiques « ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». La fiducie-sûreté est donc concernée. Mais le texte ne distinguant pas selon que la fiducie est ou non assortie d'une convention de mise à disposition, la règle de l'arrêt des poursuites contre le tiers garant personne physique, s'applique dans l'un et l'autre cas. Il en résulte une plus grande protection du constituant lorsqu'il est un tiers que lorsqu'il est le débiteur en procédure collective. C'est original car les dispositions de l'article L. 622-28 tendent à étendre au tiers garant les règles dont bénéficie le débiteur, pas, en principe, à lui réserver un sort préférable. Il est vrai que subordonner la réalisation de la fiducie à l'absence de convention de mise à disposition — comme c'est le cas lorsque le constituant est le débiteur — eut été incongru. Si mise à disposition il y a, elle se fait au profit du constituant qui n'est pas, par hypothèse, le débiteur en procédure collective. La justification tirée de la volonté de permettre le maintien de l'activité de ce dernier ne se retrouve pas alors. Mais cela aurait pu conduire à l'inverse à permettre, en tout état de cause, la réalisation d'une fiducie-sûreté constituée par un tiers.

B. CONVENTION DE MISE À DISPOSITION

16.— Lorsque la sûreté a été constituée par le débiteur en procédure collective, une seconde règle est de nature à affecter les droits du créancier fiduciaire. La convention en vertu de laquelle le constituant a conservé l'usage ou la jouissance des biens cédés est soumise au régime des contrats en cours¹⁹. En conséquence, la continuation de ce contrat est susceptible d'être imposée au créancier, en dépit d'éventuelles inexécutions antérieures au jugement d'ouverture. Or, tant que le contrat de mise à disposition n'a pas pris fin, la réalisation de la fiducie n'est pas possible. Le créancier n'est donc pas maître du sort du contrat de mise à disposition, ce qui lui donnerait indirectement la maîtrise de la réalisation de la sûreté.

À cet égard, la possibilité offerte à l'administrateur de demander au juge-commissaire de prononcer la réalisation du contrat « si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant²⁰ », ne paraît pas préjudiciable au créancier, bien au contraire. Si l'administrateur use de cette possibilité, et que le juge-commissaire accède à sa demande, la convention de mise à disposition prendra fin, ce qui rendra possible la réalisation de la fiducie.

17.— Ceci renforce l'impression générale selon laquelle en dépit des quelques atteintes portées, directement ou indirectement, à la réalisation de la fiducie-sûreté, celle-ci demeure dotée d'une efficacité peu commune en droit des procédures collectives.

19. Art. L. 622-13, VI C. com.

20. Art. L. 622-13, IV C. com.

La fiducie-sûreté : utilité et avenir¹

Alain Gourio

Responsable de la coordination juridique Groupe BNP Paribas

Le régime de la fiducie-sûreté est opérant depuis maintenant un an.

L'ordonnance du 30 janvier 2009 l'a introduit dans le livre quatrième du Code civil sur les sûretés.

Et la loi de ratification du 12 mai 2009 l'a purgé de ses dernières scories :

- abrogeant les articles qui excluaient les personnes morales du dispositif;
- disposant par dérogation à l'article 2029 que le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie-sûreté;
- modifiant les règles relatives au rechargement de la fiducie-sûreté.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 en avait préalablement instauré l'articulation avec le droit des procédures collectives.

Pour porter un jugement sur l'utilité et l'avenir de la fiducie-sûreté, il convient de se référer aux critères de la bonne sûreté dont on déduira les conditions de son utilisation dans le domaine bancaire.

LA FIDUCIE RÉPOND-ELLE AUX CRITÈRES DE LA BONNE SÛRETÉ ?

Le créancier attend d'une sûreté qu'elle soit simple et efficace.

La *simplicité* n'est pas l'atout majeur de la fiducie :

- un formalisme lourd sanctionné par la nullité préside à sa conclusion;
- surtout, la constitution d'un patrimoine fiduciaire autonome va engendrer toute une série d'obligations : choix d'un fiduciaire, mise en place d'une comptabilité, logistique...

En revanche, *l'efficacité*, c'est-à-dire la capacité de la sûreté d'assurer le paiement du créancier, est incontestablement le trait caractéristique de la fiducie.

En premier lieu le patrimoine fiduciaire est à l'abri des convoitises des créanciers du constituant.

1. Le style oral de cette contribution a été conservé.

En second lieu le créancier bénéficiaire n'est pas en concours avec les créanciers de la procédure collective du constituant.

Tout au plus il peut subir les délais imposés par des plans de sauvegarde ou de redressement judiciaire quand le débiteur constituant a conservé, par convention, l'usage ou la jouissance des biens ou droits mis en fiducie.

Par ailleurs, le contrat de fiducie n'est pas un contrat en cours.

De plus, le créancier bénéficiaire ne fait pas partie du comité des créanciers dans la procédure de sauvegarde pour ses créances garanties par la fiducie. Il ne peut donc pas se voir imposer par un vote majoritaire une réduction de sa créance, une conversion en capital, ou un rééchelonnement de sa créance sur une durée supérieure à 10 ans.

Enfin, la fiducie fait l'objet d'un traitement égalitaire en cas de constitution en période suspecte. Une nullité n'est encourue que si la fiducie est constituée pour garantir une dette née antérieurement.

En troisième lieu, les modes de réalisation de la fiducie témoignent de son efficacité.

Si le créancier impayé est fiduciaire il acquiert la libre disposition du bien ou du droit.

S'il n'est pas fiduciaire il peut exiger du fiduciaire la remise du bien ou du droit et en disposer librement. Il peut aussi, si le contrat le prévoit, exiger la vente et la remise du prix.

Les restrictions et contraintes affectant la réalisation des autres sûretés réelles ne s'appliquent pas à la fiducie. Il en est ainsi de l'interdiction de la clause de voie parée ainsi que de l'inefficacité du pacte comissoire en cas de procédure collective ou lorsque la sûreté grève la résidence principale.

En outre, on évite le lourd processus des saisies.

Vient alors à l'esprit une interrogation qui pourrait sembler incongrue : la fiducie n'est-elle pas trop efficace ? Ne comporte-t-elle pas un déséquilibre au détriment du débiteur ?

Ainsi que l'a relevé Philippe Dupichot la loi ne comporte pas de volet consommériste. Par exemple il n'est pas interdit de garantir un crédit renouvelable par une fiducie (à la différence de l'hypothèque rechargeable). De même, l'habitation principale ne fait pas l'objet des règles de protection comme pour le pacte comissoire.

Dès lors, ne faut-il pas craindre une réaction des juges au travers de tentatives de requalification ou d'utilisation de règles de droit commun ? (par exemple : application des délais de grâce des articles 1244-1 et suivants du Code civil).

Vis-à-vis des autres créanciers du constituant, la fiducie ne donne-t-elle pas au créancier bénéficiaire une primauté exorbitante ? On répondra que c'est le lot de toutes les sûretés propriété. Mais celle-ci a une vocation universelle, susceptible d'englober tous les biens et droits d'un débiteur.

Ici encore ne peut-on pas craindre une réaction de la jurisprudence ?

C'est au regard de ces questions qu'il convient de déterminer les conditions dans lesquelles la fiducie-sûreté peut être utilisée dans le domaine bancaire.

L'UTILISATION CONSÉCUTIVE DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ DANS LE DOMAINE BANCAIRE

Trois idées découlant de ce qui vient d'être dit vont guider l'utilisation de la fiducie-sûreté dans la pratique bancaire.

1. La fiducie ne va pas évincer les sûretés plus simples et au moins aussi efficaces

Ainsi du gage espèces et de la cession Dailly qui est quant à elle totalement immunisée contre les nullités de la période suspecte.

2. La fiducie ne sera pas utilisée à grande échelle pour le financement des particuliers

Elle est trop complexe, trop lourde à mettre en place pour la garantie de petits crédits (crédits à la consommation).

Pour les crédits immobiliers, l'hypothèque a été remplacée majoritairement en France par un système de cautionnement délivré par des établissements spécialisés.

Ce système fonctionne parfaitement. Il offre en outre l'avantage d'externaliser le recouvrement des crédits impayés.

La fiducie n'apporte pas à cet égard d'avantages significatifs.

En outre, la très grande efficacité de la fiducie, notamment dans sa réalisation, risque de heurter le consensus social, en particulier concernant l'habitation principale. Dans la procédure de saisie immobilière, le temps travaille pour le débiteur : audience d'orientation, délais de procédure, incidents...

3. Une application centrée sur le financement des entreprises

La fiducie a vocation à s'appliquer à tous les aspects du financement des entreprises, qu'il s'agisse de crédits classiques, de financements structurés par exemple d'actifs immobiliers, de prise de garantie dans les LBO (transfert des titres détenus par la holding au fiduciaire), ou encore de restructuration de dettes.

Paradoxalement, malgré tous ses attraits, la fiducie est peu utilisée actuellement. Ceci est dû à plusieurs facteurs. Le ralentissement de l'activité économique a entraîné une baisse des demandes de financement, mettant plutôt l'accent sur la restructuration des dettes existantes. Or, pour opérer de telles restructurations il faut aller vite, ce qui incite les praticiens à recourir aux sûretés classiques éprouvées, même si elles sont moins efficaces. Le temps manque pour mettre en place une sûreté nouvelle et complexe.

Aussi doit-on anticiper que la fiducie, instrument efficace du financement de l'économie réelle, sera la sûreté de la reprise économique.

Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?

Stéphane Piedelièvre

Professeur à l'Université de Paris-Est Créteil Val-de-Marne (UPEC)

La fiducie se définit comme un contrat en vertu duquel une personne transfère la propriété d'un bien à une autre personne à titre de garantie, en vue de réaliser une libéralité ou de gérer le bien transféré, à charge pour l'acquéreur de restituer la propriété du bien au constituant ou à un bénéficiaire, lorsque l'opération sera achevée¹. Elle permet la réalisation de plusieurs catégories d'opérations au moyen d'une technique unique. Son utilisation à titre de garantie était demandée par certains praticiens depuis plusieurs années, compte tenu de l'affaiblissement des droits de préférence dont sont munies les sûretés réelles en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire civil ou surtout de sauvegarde, de redressement et de liquidation des entreprises. Mais des craintes d'ordre fiscales ont longtemps retardé sa consécration par le droit français, même si celui-ci connaissait depuis des années des applications particulières de la fiducie.

Il faudra ainsi attendre la loi du 19 février 2007 pour que la fiducie soit timidement introduite dans notre système juridique². Elle a profité d'une sorte de jeu de chaise musicale. Elle a remplacé dans l'agenda législatif une discussion sur

1. C. Witz, *La fiducie en droit français*, Economica, 1981.

2. V., parmi une abondante littérature, par ex. F. Barrière, « La fiducie », *Bull. Joly* 2007. 440 et 556; J. Bertran de Balanda et A. Sorensen, « Essai d'analyse critique du point de vue des sûretés », *RLDA* juin 2007. 35; G. Blanluet et J.-P. Le Gall, « La fiducie, une œuvre inachevée », *JCP* 2007. I. 169; J.-A. Courtier, « La fiducie et le principe d'unité du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2007. 234; P. Crocq, « Les lacunes et les limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007. 1354; R. Damman et G. Podeur, « Fiducie-sûretés et droit des procédures collectives », *D.* 2007. 1359; A. Delfosse et J.-F. Péniguel, « Premières vues sur la fiducie », *Deffrénois* 2007. 581; P. Dupichot, « Opérations fiducie sur le sol français », *JCP* 2007. Act. 121; C. Jamin, « L'avocat, le fiduciaire et le tiers », *D.* 2007. 1492; C. Kuhn, « Une fiducie à la française », *Dr. et patr.* avr. 2007. 32; C. Larroumet, « Propos critiques », *D.* 2007. 1350; R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie », *Deffrénois* 2007. 1094 et 1194; P. Marini, « Enfin la fiducie à la française ! », *D.* 2007. 1347; J.-D. Pellier, « Regards sur la fiducie-sûreté », *LPA* 21 mars 2007; S. Piedelièvre, « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », *Gaz. Pal.* 25-26 mai 2007;

l'action de groupe. On a le sentiment qu'à cette occasion le législateur a surtout voulu lancer une sorte de ballon d'essai. Contrairement à d'autres nouvelles formes de garantie, elle n'a pas bénéficié d'une forme de rodage par la pratique des affaires. Les nombreuses imperfections de la loi du 19 février 2007 ont nécessité une profonde réforme de cette matière, ce qui a été entrepris par plusieurs lois qui ont repris certaines idées tirées du droit du gage ou de l'hypothèque. On peut citer la loi du 4 août 2008, l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 12 mai 2009³. L'amélioration a été certaine, mais elle n'a pas été suffisante. Elle est devenue en quelque sorte une référence en matière d'instabilité juridique. Or le droit des sûretés a besoin de certitude.

On peut espérer une certaine stabilité législative, même si les sirènes, ou les mirages, de l'orient semblent l'attirer et risquent d'amener le législateur à intervenir une nouvelle fois. La conséquence en est que pour le moment le succès n'a pas été au rendez-vous, même si la fiducie apparaît comme une garantie d'avenir, du moins au plan théorique, même si son domaine d'application sera sans doute limité en pratique.

I. UNE GARANTIE D'AVENIR

La fiducie apparaît comme une garantie d'avenir, en raison de son caractère multiforme, d'une certaine souplesse contractuelle, d'une réalisation aisée. Elle nécessite malgré tout que soient levées certaines incertitudes. De plus, en apparence, elle paraît créer une sorte d'équilibre entre la protection du constituant, tout en préservant les intérêts du créancier. Le créancier bénéficie d'une sûreté fondée sur la propriété. Outre l'idée de propriété finalisée, la protection du constituant sera également assurée par le régime de la responsabilité civile du fiduciaire.

L'article 2011 du Code civil vise le transfert « des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs ». La fiducie-sûreté est la seule garantie qui peut porter sur tout type de bien aussi bien meuble qu'immeuble, présents ou futurs. Il importe également peu qu'il s'agisse

S. Prigent, « Premiers pas en fiducie dans le Code civil », *AJDI* 2007. 280; J.-P. Sortais, « Libres propos comparatifs sur la fiducie », *RJ com.* 2007. 118.

3. Sur ces différents textes par ex. J.-J. Ansault, « La fiducie-sûreté ressuscitée », *Journ. soc.* mai 2009. 18; A. Aynès, « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* mars 2009. 63; N. Borga, « Regard sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *RD banc. fin.* mai-juin 2009. 9; P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* janv.-févr. 2009. 75; P. Crocq, « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ? », *D.* 2009. 716; P. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP* 2009. I. 132; M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009. 670; N. Rontchevsky, « Sûretés personnelles, fiducie et gages sans dépossession dans la réforme des entreprises en difficultés », *RLDA* juin 2009. 8.

de biens avec ou sans dépossession. On retrouve une nouvelle fois une utilisation de la notion d'ensemble de biens qui tend à se généraliser. La seule difficulté sera parfois de savoir à partir de quel moment des biens isolés se rattachent à un ensemble. Le terme droit vise à la fois des droits personnels par exemple, des créances, des valeurs mobilières... et des droits réels qu'ils soient principaux, démembrés ou accessoires. Il est donc logique qu'elle ait des potentialités d'utilisation importante.

Au fur et à mesure des réformes successives, le législateur a développé une certaine souplesse contractuelle pour cette nouvelle garantie qui résulte principalement de la possibilité d'effectuer une fiducie sans dépossession et de constituer une fiducie rechargeable et qui la rend plus attrayante.

Normalement, le transfert de la propriété devrait conduire à une dépossession du constituant. Or celle-ci peut se révéler gênante pour ce dernier qui a parfois besoin de conserver l'utilité de sa chose. De ce point de vue, l'évolution du droit du gage est très révélatrice. À côté du gage sans dépossession du Code de 1804 se sont développées de nombreuses hypothèses de gages sans dépossession qui permettaient au débiteur de conserver l'utilité de sa chose. Pour remédier à cet inconvénient, le législateur a prévu la possibilité de constituer une fiducie-sûreté sans dépossession. Il est alors nécessaire de prévoir une convention de mise à disposition qui peut être aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. À cette occasion, l'article 2181-1 du Code civil précise que si le bien, objet de la fiducie-sûreté, est un fonds de commerce ou un immeuble à usage commercial, les règles relatives au bail commercial ainsi que celles relatives à la location-gérance ne s'appliquent pas. On retrouve ici des règles similaires à celles existant en matière de crédit-bail. Mais peut-être l'intérêt essentiel tient à ce que le fiduciaire, quel qu'il soit, n'aura pas à se charger de la gestion du bien, ce qui est lourd pour lui et ce pourquoi il n'a pas nécessairement les compétences. Il n'en reste pas moins vrai que le domaine d'application de la fiducie-sûreté sans dépossession est pour le moment réduit.

Le législateur a également prévu la possibilité de créer, à l'imitation de ce qui existe en droit hypothécaire, une fiducie rechargeable. Schématiquement, l'hypothèque rechargeable s'analyse comme une hypothèque constituée pour une dette présente pouvant être affecté à des créances ultérieures⁴. D'une certaine façon, on se trouve en présence d'une hypothèque revolving. Le procédé a été repris et consacré pour la fiducie par l'ordonnance du 30 janvier 2009. Son avantage, du moins au plan théorique, tient à ce que le patrimoine fiduciaire peut être

4. M. Dagot, *L'hypothèque rechargeable*, 1^{re} éd., Litec, coll. « Carré Droit », 2006 ; E. Frémaux, « L'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2006. 1196 ; M. Grimaldi, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006. 1294 ; A. Gourio, « L'hypothèque rechargeable », *RD banc. fin.* 2006. 41 ; J.-D. Pelletier, « Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable », *LPA* 17 janv. 2008 ; S. Prigent, « L'hypothèque rechargeable », *Defrénois* 2007. 1268 ; J. Provinsal, « L'hypothèque rechargeable ou le style baroque », *Gaz. Pal.* 2 mars 2007. 8 ; P. Théry, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.* mai 2007. 42.

utilisé pour garantir plusieurs opérations de crédit successives, ce qui évite un gaspillage du crédit. Malgré tout, il est difficile de prévoir le succès pratique de cette innovation. On peut toutefois relever que l'hypothèque rechargeable est peu utilisée en pratique.

Mais peut-être l'avantage le plus visible est celui de la réalisation de la garantie. On laissera ici de côté l'interférence du droit des procédures collectives qui est fondamentale en matière de sûretés, tant les règles de mise en œuvre des sûretés sont infléchies alors que l'insolvabilité du débiteur est avérée. L'idée de patrimoine d'affectation est également très protectrice des intérêts des créanciers, puisqu'ils évitent la loi du concours. Par comparaison, elle évoque le phénomène qui s'est produit dans les années 1980 avec la garantie à première demande où l'on a vu apparaître une garantie plus efficace que le droit du cautionnement. Ici, on combine efficacité, due à l'existence d'un droit réel, rapidité, en l'absence de vente judiciaire et de procédure de distribution et primauté du créancier, en l'absence de classement. L'exclusivité associée à la propriété débouche non pas sur la reine des sûretés, mais sur une garantie attrayante pour un créancier.

Les incertitudes demeurent malgré tout nombreuses. Des réponses apportées dépendra une grande partie du succès pratique de la fiducie-sûreté. Il n'est pas question de toutes les évoquer ici. On en prendra seulement ici un exemple. Celui des droits de préemption, que ce soit ceux concernant les immeubles ou ceux relatifs aux fonds de commerce. La logique voudrait qu'ils soient purgés uniquement en cas de réalisation de la garantie. Mais se pose inévitablement la question de l'existence de cette formalité lors du transfert initial, même si elle apparaît peu vraisemblable et qu'elle serait un frein à l'utilisation de cette technique. On pourrait également s'interroger sur la question du transfert des dettes.

II. UN DOMAINE D'APPLICATION LIMITÉ

Le domaine d'application de la fiducie-sûreté sera malgré tout sans doute limité en pratique pour plusieurs raisons.

La fiducie-sûreté sera limitée par le jeu d'autres sûretés. Il est certain qu'en matière de meubles corporels, le créancier préférera utiliser la technique de la clause de réserve de propriété qui est éprouvée depuis de nombreuses années et qui lui procure toute satisfaction. De constitution simple, elle le protège suffisamment. De ce point de vue, le recours au transfert par un patrimoine d'affectation se révèle d'une mise en œuvre pratique trop complexe et il n'est pas certain qu'il apporte une sécurité supérieure pour le créancier.

Mais peut-être surtout, la fiducie-sûreté apparaît comme une sûreté essentiellement réservée à des opérations de crédit entre professionnels. En théorie,

rien n'empêche qu'un non-professionnel utilise comme garantie une fiducie-sûreté. On sait que, depuis le 1^{er} février 2009, toute personne physique ou morale a la possibilité de constituer une fiducie. Le droit des sûretés est un droit qui actuellement édicte de nombreuses règles protectrices au profit des constituants, surtout lorsqu'il s'agit de personnes physiques. Le cautionnement en fournit le meilleur exemple avec l'instauration des mentions manuscrites. Ce système protecteur ne se retrouve pas dans la fiducie, à quelques exceptions près. En cas de fiducie-sûreté rechargeable, les articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil prévoient que « 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 ». Aucune limite n'existe pour les fiduciaires personnes morales. On peut s'étonner d'une telle absence qui va à contre-courant des évolutions actuelles de notre droit des contrats.

Il pourrait être tentant pour des créanciers professionnels de recourir à cette technique. Pourquoi dans le droit de la consommation ne pas prévoir des crédits revolving garantis par une fiducie ; pourquoi ne pas contourner les règles protectrices de logement de la famille, telles qu'instaurées par la réforme du droit des sûretés ? Les créanciers professionnels n'y ont pas intérêt, malgré l'efficacité de cette garantie.

Cette situation ressemble à celle qu'a connue il y a quelques années la garantie à première demande. Rien n'empêche une personne physique d'octroyer une telle garantie. Mais la jurisprudence a étendu en cette matière la notion de dol, dans le but de limiter le recours à cette forme de garantie tout du moins lorsqu'elle est souscrite par une personne physique. Elle exige la connaissance par les particuliers de la sûreté souscrite, ce qui nécessite une information de la part du bénéficiaire qui va plus loin que la simple loyauté nécessaire à la formation du contrat⁵. Ce faisant, elle a limité son essor, car il est devenu rare qu'un tel engagement soit souscrit par une personne physique. En matière de fiducie-sûreté, compte tenu de la technicité de la matière, tous les fiduciaires seront tenus vis-à-vis du constituant non-professionnel au minimum à un devoir de conseil et sans doute plus certainement à un devoir de mise en garde, lors de la conclusion du contrat de garantie.

Si l'on se place dans le domaine des crédits aux professionnels, une distinction doit certainement être faite selon la taille de l'entreprise. Pour l'entrepreneur individuel, la tendance actuelle est de limiter le nombre de garanties, ce qui déduit d'autant les possibilités de recourir à la fiducie-sûreté. Par une déclaration d'insaisissabilité, l'entrepreneur a la possibilité de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage pro-

5. Paris 27 juin 1990, *RD banc. fin.* 1991. 27, obs. M. Contamine-Raynaud ; *Defrénois* 1990 1349, obs. A. Aynès ; *D.* 1991. Somm. 194, obs. M. Vasseur ; *D.* 1992. 30, note E. Blanc ; *RTD com.* 1991 81, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *JCP E* 1991. II. 119, obs. T. Hassler.

fessionnel⁶. Le nombre des biens qu'il peut donner en garantie s'en ressent nécessairement.

Ce phénomène est amplifié avec l'adoption de l'EIRL⁷. On peut d'ailleurs remarquer que, cette fois, le législateur a utilisé la technique du patrimoine d'affectation pour en quelque sorte réduire les possibilités de garantie. Selon le nouvel article L. 526-6 du Code de commerce, « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». Ce patrimoine comprend l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle ou ceux utilisés pour les besoins de son activité professionnelle et qu'il décide d'affecter. Le contenu de la fiducie sera alors nécessairement réduit. On peut malgré tout imaginer que le contenu de ce patrimoine d'affectation soit lui-même transmis à un autre patrimoine d'affectation.

La fiducie-sûreté nécessite une certaine taille de l'entreprise, permettant ainsi l'insertion d'actifs intéressants pour le créancier dans le patrimoine d'affectation ; elle permet également le financement d'opérations à long terme. Son utilisation sera par conséquent nécessairement restreinte.

Même si le législateur a voulu l'ouvrir largement, et donc en quelque sorte la démocratiser, la fiducie-sûreté reste malgré tout un outil de garantie limité aux entreprises d'une certaine dimension, pour ne pas dire d'un certain standing, en raison de sa technicité et de sa finalité ; d'une certaine façon elle est une garantie sur mesure et non de prêt-à-porter. Reste à savoir si les établissements de crédits en seront convaincus ; pour le moment tel ne paraît pas être le cas.

6. Par ex. D. Autem, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *Deffrénois* 2004. 327 ; M. Dagot, « L'insaisissabilité de l'entrepreneur individuel », *JCP* 2003. 1562 ; J. Laugier, « Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité », *JCP E* 2003. 1507 ; C. Malecki, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel » ; *D.* 2003. 2220 ; F. Pérochon, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges à la mémoire du professeur R. Saint-Alary*, Éditions législatives, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 409 ; S. Piedelièvre, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique) », *JCP* 2003. I. 165 ; S. Piedelièvre, « Le nouveau droit de l'insaisissabilité », *Deffrénois* 2008. 2245 » ; O. Salati, « Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie », *Procédures* déc. 2008. 2 ; F. Vauvillé, « La déclaration d'insaisissabilité », *Deffrénois* 2003. 1197.

7. B. Dondero, « L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné », *JCP* 2010. 679 ; J. Marmoz, « L'EIRL, nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.* 2010. 1570 ; G. Notté, « L'entrepreneur à responsabilité limitée », *JCP E* 2010. Actu. 346 ; S. Piedelièvre, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Deffrénois* 2010. 1417 ; B. Saintourens, « L'entrepreneur à responsabilité limitée », *Rev. soc.* 2010. 351.

Émission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie

Gilles Saint Marc

Avocat associé, Gide Loyrette Nouel AARPI

1.– Par la voix de la ministre de l'Économie et des Finances de l'époque — Christine Lagarde —, très engagée sur ce sujet dès 2008¹, la France a décidé de faciliter l'acclimatation et le développement de la finance islamique sur son sol afin de faire de Paris l'une des places de la finance islamique en Europe. C'est dans cet esprit que Bercy a confié à Paris Europlace la mission d'identifier les obstacles juridiques et fiscaux au développement de la finance islamique en France. La commission *ad hoc* créée en janvier 2008 (que j'ai eu l'honneur de présider jusqu'en mars 2010) a présenté ses conclusions en juin 2008. Son constat était globalement positif : le droit français permet déjà très largement d'accommoder des opérations de finance islamique (crédit-bail, prêt participatif, parts de copropriété, OPCVM, etc.) mais des aménagements techniques et fiscaux sont nécessaires.

2.– Le développement d'une véritable finance islamique en France requerra selon toute vraisemblance que trois piliers soient mis en place :

– un pilier « bancaire » avec l'offre de produits bancaires islamiques (financement de l'immobilier résidentiel, compte d'épargne rémunéré, crédit-bail, etc.) par des banques agréées à cet effet, en France ou dans un des pays de l'Union européenne²;

1. Discours de Christine Lagarde prononcé à l'occasion des Rencontres financières internationales de Paris Europlace le 2 juill. 2008 : « Nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puissent bénéficier à la finance islamique et rendre ses activités aussi bienvenues à Paris qu'elles le sont à Londres et sur d'autres places. »

2. Trois banques islamiques agréées par la FSA à Londres ont notifié à la FSA leur intention d'intervenir en France sur la base du « passeport » européen : Bank of London & Middle East PLC, Europe Arab Bank PLC et European Islamic Investment Bank PLC.

- un pilier « marché de capitaux » en permettant l'émission de *sukuk* en droit français ;
- un pilier « assurantiel » en permettant la création d'assurance *takaful* ou de réassurance *retakaful*.

Ces trois piliers sont intimement liés. Une banque islamique qui serait agréée en France par la Banque de France a besoin de détenir à son actif des *sukuk* qu'elle pourra remettre en *collateral* des financements qu'elle solliciterait de la Banque centrale européenne dans le cadre d'opérations de pension livrée. Un assureur *takaful* doit détenir des actifs éligibles en représentation de ses engagements réglementés, et ces actifs ne peuvent être des instruments de dettes classiques en raison de la prohibition du *riba*. Inversement, les *sukuk* ont besoin d'être placés auprès d'investisseurs islamiques, au premier rang desquels figurent les banques islamiques et les assureurs *takaful*.

3.– Pour amorcer la pompe et dépasser la problématique de la genèse de la poule et de l'œuf, priorité a été donnée à l'adaptation du droit français pour permettre l'émission de *sukuk*. C'est ainsi que dès juillet 2008, l'AMF adoptait une recommandation, complétée en octobre 2010 par une notice³, indiquant les modalités d'un prospectus d'émission de *sukuk* pour qu'il soit conforme aux exigences du règlement européen sur le prospectus⁴. Euronext précisait en juillet 2009 la procédure opérationnelle d'admission à la cote des *sukuk* sur le marché réglementé et le marché professionnel d'Euronext Paris⁵. Parallèlement, l'administration fiscale publiait en février 2009 et à nouveau en août 2010, une instruction fiscale indiquant les conditions de la déductibilité pour l'émetteur de *sukuk* de la rémunération qu'il verse aux investisseurs et confirmant que cette rémunération ne sera pas soumise à retenue à la source en France en cas de versement à des investisseurs non-résidents⁶.

4.– Il reste à déterminer, ce qui n'est pas une maigre tâche, quel cadre juridique peut être applicable à l'émission de *sukuk* en droit français. Rappelons qu'un *sukuk* est défini par l'AAOIFI⁷, organisme « standardisateur » des normes shariatiques dont le siège est à Bahrein, comme étant des titres représentatifs juridiquement ou économiquement de la copropriété d'un actif tangible, de l'usufruit de cet actif, ou de services.

Jusqu'à présent, l'essentiel des émissions de *sukuk* dans le monde s'est fait en utilisant l'instrument du *trust* de droit anglo-saxon : un emprunteur transfère à un

3. Position de l'AMF du 2 juill. 2008 concernant l'admission aux négociations d'obligations islamiques (Sukuk) sur un marché réglementé français. Notice de l'AMF d'octobre 2010 sur l'élaboration des prospectus obligataires et les modalités pratiques d'obtention d'un visa.

4. Règlement européen n° 809/2004 du 29 avr. 2004 mettant en œuvre la directive 2003/71/CE du 4 nov. 2003, dite « directive prospectus ».

5. Note opérationnelle sur « le segment Sukuk sur Euronext Paris » du 2 juill. 2009, mise à jour le 15 déc. 2009.

6. BOI 4 FE/09 n° 22 du 25 févr. 2009. BOI 4 FE/S2/10 n° 78 du 24 août 2010.

7. Acronyme de Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions.

trustee la propriété d'un ou plusieurs biens, et le *trustee* émet en contrepartie des *trust certificates* qui représentent la copropriété « économique » des investisseurs dans ce ou ces biens. Les investisseurs détiennent le *beneficial ownership* (ou propriété économique) tandis que le *trustee* détient le *legal ownership* (ou propriété juridique).

En droit français, l'instrument juridique qui se rapproche le plus du *trust* est la fiducie, qui a été introduite en droit français par une loi du 19 février 2007, modifiée à plusieurs reprises depuis⁸.

5.– Dans un premier temps, l'idée a été d'utiliser la fiducie pour fonder l'émission de *sukuk* en droit français, selon une structure simple et connue des investisseurs autant que des *Scholars*⁹. Tel était l'objet de l'amendement déposé par le sénateur Philippe Marini en mars 2009 à l'occasion de la loi de simplification du droit¹⁰. Cet amendement suggérait en effet l'adoption d'un nouvel article 2014 du Code civil selon lequel « le fiduciaire agissant pour le compte de la fiducie peut, en accord avec le constituant, émettre des instruments financiers représentatifs de la propriété des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire ».

Cette modification du Code civil impliquait quelques autres modifications assez légères dans d'autres branches du droit (Code monétaire et financier, droit fiscal, règlement général AMF, etc.) afin de préciser le régime applicable à cette nouvelle catégorie d'instrument financier.

La rédaction (avantage ou inconvénient ?) ne prenait pas partie *expressément* sur la nature des droits respectifs du fiduciaire et des bénéficiaires sur les actifs transférés en fiducie : en énonçant que les instruments financiers étaient « représentatifs de la propriété des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire », les bénéficiaires acquerraient-ils un droit réel de propriété sur ces actifs, un simple droit de créance contre le fiduciaire dans le cadre d'une « propriété avec charge »¹¹ ou encore la propriété « économique » d'actifs dont le fiduciaire aurait conservé la propriété « juridique » ? La question restait ouverte.

6.– En réalité, cet amendement avait pour seul objet de permettre au fiduciaire, propriétaire « à charge » des actifs (et donc seul propriétaire sur le plan juridique), d'émettre des instruments financiers représentant la valeur économique des actifs (ou de la « propriété économique », sachant que ce terme n'a pas de sens sur le plan juridique) qu'il détenait pour le compte des bénéficiaires, étant précisé que ces derniers n'acquerraient la propriété juridique de ces actifs qu'à

8. Loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 instituant la fiducie, modifiée notamment par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 portant diverses mesures de modernisation de l'économie et l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janv. 2009.

9. Les *Scholars* sont des docteurs de la loi de la *Shariah*. Le *Shariah board*, qui émet la *fatwa* constatant la conformité d'un produit à la *Shariah*, est composé de trois *Scholars* au moins.

10. Amendement n° 145 du 18 mars 2009 à la proposition de loi sur la simplification du droit, art. 66 *bis*.

11. Selon l'expression fort juste de A. Lienhard, « Fiducie et finance islamique : censure formelle du Conseil constitutionnel », *D.* 2009. 2412.

l'échéance de la fiducie. La plénitude et l'unité de la propriété en droit français étaient ainsi respectées : on sait quelle méfiance celui-ci nourrit depuis la Révolution française à l'égard de toute forme d'éclatement de la propriété... Était-ce suffisant du point de vue de la *Shariah* ? On pouvait l'espérer dans la mesure où le *beneficial ownership* conféré par les *trust certificates* de droit anglo-saxon ne donne pas autre chose aux investisseurs.

Cet amendement ne fut pas cependant jugé suffisamment « mûr » par le gouvernement et n'a donc pas été adopté.

7.— Dans un second temps, l'idée a été d'utiliser les instruments techniques préexistants du droit français et de procéder aux seules modifications « à la marge » de nature à susciter une analyse bienveillante des *Shariah board* amenés à se prononcer sur la conformité à la *Shariah* des titres émis.

En effet, et c'est aujourd'hui l'une des structures possibles (v. § 11 ci-dessous), une émission de *sukuk* peut être structurée en droit français sans créer de nouvelles institutions mais en combinant titrisation et fiducie : l'emprunteur économique cède au fonds commun de titrisation de droit français (ou FCT)¹² les créances nées ou à naître dont il est titulaire envers des débiteurs (par exemple des loyers en cas de crédit-bail). Le FCT émet des parts de copropriété afin de financer l'acquisition de ces créances. Ces parts constituent des instruments financiers¹³ qui présentent l'avantage de répondre très exactement à la définition des *sukuk* au sens de la norme 17 de l'AAOIFI.

Mais la création d'un FCT n'est pas suffisante. La cession de créances à un FCT permet de transférer la valeur économique de l'actif aux investisseurs. Mais un *sukuk* représente autre chose qu'un simple droit indivis de propriété sur les *cash flows*. Il représente un droit indivis sur l'*actif sous-jacent lui-même*.

Or, un FCT ne peut aujourd'hui détenir des actifs tangibles autrement qu'à titre subsidiaire (par exemple, en cas de réalisation des sûretés dont il bénéficie — une hypothèque, un nantissement, de titres, etc.).

D'où l'idée d'adjoindre à la cession des créances au FCT le transfert de la propriété juridique des actifs sous-jacents au fiduciaire, qui les détient pour le compte du FCT. Les parts ainsi émises par le FCT sont représentatives, d'une part et directement, de la propriété économique de l'actif (les créances correspondant aux *cash flows* générés par cet actif) et, d'autre part et indirectement, de la propriété juridique de l'actif détenu par le fiduciaire pour le compte du FCT et donc indirectement pour le compte des investisseurs.

Cette structure présente l'inconvénient d'une relative complexité : elle implique un apprentissage des investisseurs étrangers sur la structure juridique, ce qui n'est jamais très heureux lorsque sur le plan financier l'émission de titres est déjà en soi une innovation. Elle suppose également un travail pédagogique auprès

12. Art. L. 214-42-1 s. C. mon. fin.

13. Art. L. 211-1 I 3° C. mon. fin.

des *Scholars* pour leur expliquer que cette structure duale est équivalente à la structure du *trust* à laquelle ils sont habitués.

8.- C'est dans ce contexte qu'est né l'article 16 de la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, qui proposait l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 2011 du Code civil aux termes duquel « 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 ».

L'objet de cette modification était de mettre en exergue la nature simplement fiduciaire donc affectée, finalisée, de la propriété du fiduciaire sur les actifs remis en fiducie.

Certains jugeaient cette modification inutile car elle n'aurait fait qu'expliquer une solution résultant déjà du régime actuel de la fiducie. D'autres au contraire y voyaient une avancée au motif que l'article 2011 du Code civil ne vise, en l'état, que le « transfert » de biens sans se prononcer sur la nature juridique de ce « transfert » ; par ailleurs, cette rédaction avait le mérite de clarifier la question de la qualification des droits dont étaient investis les bénéficiaires : certains commentateurs (minoritaires)¹⁴ avaient en effet soutenu que les bénéficiaires seraient titulaires d'un droit réel de revendication sur ces biens tandis qu'une majorité inclinait plutôt en faveur d'une qualification de droit personnel.

9.- Le législateur, inspiré sans doute en cela par M. Grimaldi¹⁵, précisa à l'article 16 que la propriété du fiduciaire sur les actifs qui lui étaient remis était une propriété particulière, distincte de la propriété ordinaire visée à l'article 544 du Code civil. D'où l'énonciation du concept de « propriété fiduciaire ».

Messieurs Aynès et Crocq ont vivement critiqué cette notion¹⁶. Pour ces auteurs, parler de « propriété fiduciaire » signifiait que le fiduciaire « ne pouvait être qualifié de propriétaire, car dénué de la plénitude de prérogatives sur le bien pendant la durée de la fiducie [...]. En revanche, le bénéficiaire, lui pouvait être qualifié de propriétaire puisque, titulaire d'un droit réel sur le bien pendant la durée de la fiducie, il avait vocation, à la fin de la fiducie, comme un nu-propriétaire, à recouvrer la plénitude des prérogatives sur ce bien. » Autrement dit, pour ces auteurs, il n'existe en droit français qu'une seule notion de propriété, y compris en cas de « sûreté-propriété ». La lecture qu'ils faisaient de l'article 16

14. M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. n° 35085, n° 58, p. 50 : « Le bénéficiaire est assurément titulaire d'un droit personnel, en ce qu'il est créancier des obligations dont est tenu le fiduciaire. Mais il semble l'être aussi d'un droit réel, dans la mesure où la loi l'autorise à revendiquer, le moment venu, les biens entre les mains des tiers acquéreurs de mauvaise foi, lui conférant ainsi un droit de suite, qui est la marque du droit réel. » V. égal. en ce sens, P. Dupichot, « Opération fiduciaire sur le sol français », *JCP* n° 11, 14 mars 2007.

15. M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet qui la consacre », préc., n° 11, p. 10.

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

conduisait en tout état de cause à la situation exactement opposée de celle souhaitée par le législateur.

Cette notion de « propriété fiduciaire » était-elle si malheureuse ? Pour sa défense, on dira qu'elle souhaitait mettre en lumière l'idée selon laquelle la propriété du fiduciaire est tout à la fois temporaire et finalisée par le « but déterminé » du transfert au sens de l'article 2011 qui peut être de gestion, de sûreté ou autre mais non de libéralité.

Cette notion de propriété « à charge », distincte de la propriété « pure et simple », a déjà été dégagée par la Cour de cassation à propos de la cession Dailly à titre de garantie, qui constitue une variété de fiducie spéciale en droit français : en effet, si la cession faite à titre de garantie, « qui implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée, n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, l'éventualité de la restitution de la créance au cédant reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie¹⁷ ».

Cette notion de « propriété fiduciaire » allait-elle jusqu'à introduire en droit français la distinction de droit anglo-saxon entre la propriété économique (*beneficial ownership*) dévolue au bénéficiaire et la propriété juridique (*legal ownership*) dévolue au fiduciaire, comme l'indiquent les travaux de la commission des finances du Sénat¹⁸ ? C'eût été beaucoup plus audacieux et novateur. Était-ce surtout nécessaire ? On préférera pour notre part retenir l'idée que la propriété est en principe une et indivisible en droit français et qu'il n'existe de ce fait qu'un seul et unique propriétaire ; elle s'accommode dès lors difficilement d'un éclatement de ses prérogatives entre deux propriétaires¹⁹.

Mais il faut admettre que dans la fiducie-sûreté de droit commun, comme dans les formes spéciales de fiducie-sûreté (cession Dailly à titre de garantie, gage-espèces, pension livrée, remises d'espèces dans le cadre d'un prêt de titres, garanties financières prévues à l'article L. 211-38 du Code monétaire et financier), la notion de propriété au sens de l'article 544 du Code civil paraît quelque peu artificielle : le propriétaire dispose-t-il réellement du « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » ?

C'est encore vrai si les actifs dont il s'agit sont des choses fongibles comme les espèces ou certains instruments financiers (actions, obligations). Dans les autres cas, cela ne l'est pas. C'est là que la notion de propriété « à charge » ou de propriété « finalisée », sans remettre en cause l'unicité du droit de propriété, permet d'expliquer les limitations acceptées par le créancier de ses prérogatives

17. Com. 22 nov. 2005, pourvoi n° 03-15.669.

18. Rapport n° 442 fait au nom de la commission des finances du Sénat par le rapporteur Marini, p. 83.

19. Le démembrement de la propriété entre l'usufruit et la nue-propriété ne constitue pas un dédoublement du droit de propriété mais uniquement une dissociation au sein d'une propriété unique des prérogatives d'*usus* et du *fructus* qui reviennent à l'usufruitier de celle de l'*abusus* qui reste au nu-propriétaire.

de propriétaire, du moins tant que le débiteur n'est pas défaillant au titre de l'obligation principale garantie : ainsi qu'il a été démontré, la propriété est alors recherchée avant tout pour son exclusivisme plus que pour la richesse qu'elle procure²⁰.

10.– Quoi qu'il en soit, le Conseil constitutionnel, saisi par le groupe socialiste à l'Assemblée nationale, a déclaré le 14 octobre 2009 les dispositions de l'article 16 contraires à la Constitution au motif qu'elles « ne présentent aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises²¹ ». Pour le Conseil, cet article constituait un « cavalier législatif », contraire à la règle de l'« entonnoir » qu'il a développée²², et donc devant être censuré. *A contrario*, et c'est important de le souligner, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré cette disposition au motif qu'en facilitant la finance islamique en France, elle porterait atteinte au principe de laïcité de la République. Il s'agit ni plus ni moins de la censure technique d'un article technique. Et non de la censure de la finance islamique, comme certains médias l'ont prétendu.

11.– Depuis lors, un comité de spécialistes emmené par Paris Europlace est allé présenter au conseil de l'AAOIFI, en octobre 2010, deux structures juridiques permettant l'émission de *sukuk* à partir des outils de droit français existants. Ces deux structures ont été acceptées dans leur principe par l'AAOIFI. L'une repose sur une combinaison de la titrisation et de la fiducie (telle que décrite au § 7 ci-dessus). La seconde, plus simple encore, repose sur l'émission de titres de dettes dont le principal et la rémunération sont indexés sur l'actif financé, équivalant peu ou prou à l'idée de « propriété économique » qui sous-tend *les trust certificates* de droit anglo-saxon.

20. M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet qui la consacre », préc., n° 12, p. 10 : « la propriété fiduciaire n'est un élément ni de richesse, ni de crédit. Jamais le fiduciaire ne fait les fruits siens, ni ne peut aliéner à son profit. Au cas de fiducie-sûreté, c'est de sa créance qu'il est riche, et non point de la propriété fiduciaire, qui conforte cette créance mais ne lui ajoute aucun supplément de richesse ».

21. Cons. const. 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC.

22. Les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 28, commentaires de la décision n° 2009-589 DC du 14 oct. 2009.

Rapport de synthèse¹

Philippe Dupichot

*Professeur à l'UPEC, secrétaire général adjoint de l'Association
Henri Capitant des amis de la culture juridique française*

1.– La fiducie met le rapporteur de synthèse dans tous ses états... Et elle donne le vertige à quiconque sur elle se penche ! Tenons-nous au bord du gouffre fiduciaire et regardons en bas : que voit-on à la lueur scintillante de nos codes ?

Une institution qui surprend toujours et dérange souvent : car la fiducie a ceci de remarquable qu'elle est tout à la fois (i) paradoxale, (ii) passionnelle et (iii) trans-
versale.

2.– (i) Paradoxale, la fiducie l'est certainement : rarement technique si archaïque
aura été d'une telle actualité, voire d'une telle modernité.

Ancienne et archaïque, la fiducie l'est certainement.

Elle puise, dit-on, ses racines dans l'Égypte des pharaons ou la Grèce antique...

Elle n'atteindra une certaine perfection technique qu'ultérieurement, à Rome,
à la faveur d'édits du préteur reconnaissant des actions de bonne foi au bénéficiaire
de la fiducie : *fiducia cum amico* et *fiducia cum creditore* romaines seront magnifique-
ment systématisées par Gaius au II^e siècle après Jésus-Christ.

Que d'atouts pour prétendre devenir le pilier d'une tradition civiliste si chère à
l'Association Henri Capitant ! Il n'en fut cependant rien : insuffisamment protec-
trice des intérêts du bénéficiaire, la fiducie romaine disparut progressivement au
profit du dépôt, du mandat ou du gage (*pignus*), plus évolués techniquement.

Paradoxalement, le flambeau fiduciaire fut repris des siècles plus tard par la
perfidie Albion dont on enseigne pourtant volontiers qu'elle n'aurait jamais reçu le
vieux fonds de droit romain... L'habitude se serait prise pour les chevaliers anglais
partant en croisade de confier leur domaine à des personnes de confiance ou *trustees*
afin qu'il soit géré pendant leur absence : et le chancelier de reconnaître en *equity*
des actions efficaces du *beneficiary* ou *cestui que trust*, contre le *trustee*...

1. La forme orale de la synthèse a été conservée.

Puis, la révolution française plantera pour plus de deux siècles le décor d'une authentique géographie fiduciaire : *in trust we trust* d'un côté du Channel et de l'Atlantique, *fiducia non grata* de l'autre ; défiance en pays de tradition civiliste pour la fiducie, confiance en pays de *common law* !

Il serait faux de dire que la fiducie n'intéressait pas alors les *civil lawyers* : les premiers travaux qui lui furent consacrés en France le furent en 1937 par... l'Association Henri Capitant sous le nom de *La fiducie en droit moderne*².

Défiance en terres civilistes : la fiducie sent la fraude à la réserve héréditaire, empeste l'usure et le pacte comissoire ; elle est infectée par un éclatement de la propriété individuelle entre un domaine éminent et un domaine utile auquel la Nuit du 4 août 1789 a entendu mettre fin ! En un mot comme en mille, la fiducie serait contre-révolutionnaire et menaçante pour « la Constitution civile de la France » (suivant le mot de Carbonnier) promulguée en 1804.

Mais alors comment se fait-il que nous soyons réunis aujourd'hui pour traiter de la fiducie, qui plus est dans tous ses états ?

Pourquoi la recevoir après l'avoir si fermement rejetée ?

Il semble que la réception de l'institution fiduciaire procède de trois grands facteurs.

Premier facteur, des pays de tradition romano-germanique ont franchi le Rubicon en engageant leur propre révolution fiduciaire : sous le nom de *Treuhand*, la jurisprudence allemande redécouvre l'originalité de la fiducie romaine, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, suivie en cela par la Suisse.

La fiducie renaît inexorablement dans des pays qui lui étaient hostiles par tradition : le Québec³, le Liban⁴, le Luxembourg⁵ ou encore l'Italie⁶.

Deuxième facteur, la nécessité s'est faite jour de rendre compte plus fidèlement et par le prisme fiduciaire d'institutions déjà connues : l'existence de « crypto-fiducies »⁷ ou de fiducies innommées — tels les dépôts et gages irréguliers (gage-espèces), opérations de prêt de titres et prises en pension, cessions Dailly, etc. — a été mise en lumière dans la fameuse thèse de Claude Witz⁸ qui a joué un rôle considérable dans la diffusion même de l'idée fiduciaire.

Enfin, ultime facteur, une compétition de plus en plus exacerbée entre les systèmes juridiques aura fait le reste : la fiducie n'est plus « *has been* » parce qu'ances-

2. Travaux de l'Association Henri Capitant, *La fiducie en droit moderne*, Paris, 1937.

3. Art. 1260 du Code civil du Québec : « 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. »

4. Loi n° 520 du 6 juin 1993, après 1 450 ans d'abandon...

5. Règlement grand-ducal du 19 juill. 1983, élargissement par la loi du 27 juill. 2003.

6. Loi n° 51 du 23 févr. 2006.

7. L'expression est empruntée à l'article fondateur de M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois*, 1991, art. 35085, p. 897 s. et art. 35094, p. 961 s., spéc. n° 3.

8. C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981.

trale, elle est désormais « *cool* » car moderne; tel n'est pas là le moindre de ses paradoxes. À une heure où les droits et pas seulement les économies sont en concurrence, le législateur qui n'arbore pas ostensiblement l'outil fiduciaire dans ses « rayons » encourt les foudres des *benchmarkers* de tous ordres, Banque mondiale en tête. Les praticiens ne réclament-ils pas de longue date que leur soit octroyé un pendant au *trust* de *common law* afin d'éviter la délocalisation à l'étranger d'opérations importantes ?

À la veille de la réforme de 2007, La Française des jeux avait dû constituer avec d'autres entreprises de jeux européennes un trust au Royaume-Uni afin de structurer le jeu « Euromillions » : cette délocalisation aura semble-t-il vaincu les dernières réticences du ministère de l'Économie et des Finances qu'elle privait d'espèces sonnantes et trébuchantes, « Bercy » qui avait toujours eu raison par le passé des nombreux avant-projets prévoyant cette consécration fiduciaire.

Il reste qu'après plusieurs tentatives avortées — dont l'une avait pris la forme d'un avant-projet de loi de la chancellerie au début des années 1990 — la fiducie a fait, à petits pas certes, son entrée dans notre Code civil.

Celui-ci ayant horreur du vide, la place laissée par le déplacement du cautionnement aux articles 2288 et suivants a été aussitôt investie par de nouveaux articles 2011 et suivants issus de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

Cette consécration en demi-teinte fut suivie d'un millefeuille de modifications législatives qui ont eu pour double objet d'élargir l'empire de la fiducie et d'en préciser le régime. Il en a largement été question aujourd'hui : loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, loi de simplification du droit du 12 mai 2009 et, dernièrement, décrets du 23 décembre 2009 puis n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au registre national des fiducies.

3.– (ii) Paradoxalement l'institution fiduciaire est également passionnelle. La fiducie a en effet une singulière propension à diviser, à déchirer les *pour* et les *contre* : bien souvent, la raison du juriste marque le pas devant l'expression de ses émotions.

Loin d'inspirer toujours la *fides* ou la confiance, la fiducie ne laisse en effet jamais indifférente : on l'aime... ou on la déteste !

Les uns la saluent au nom de l'attractivité économique du droit français, les autres la redoutent par déférence envers l'unité de la propriété de l'article 544 du Code civil !

Certains acclament une nouvelle reine des sûretés, d'autres vilipendent avec nostalgie une défunte unicité du patrimoine chère à Aubry et Rau...

D'aucuns y lisent l'avenir de l'ingénierie patrimoniale, le support d'une finance islamique « à la française », tandis que d'autres prophétisent la fin prochaine de la sauvegarde ou du redressement des entreprises en difficulté et l'avènement d'un vecteur idéal du blanchiment des capitaux, de l'évasion fiscale voire du financement du terrorisme...

Pour l'heure, l'observateur tient tout de même une certitude : printanière, la fiducie fleurit partout dans les revues juridiques, quoiqu'elle ne soit pas encore très présente dans les cabinets et les études : mais ne faut-il pas laisser ici aussi du temps au temps ?...

La fiducie se « vend » bien, les éditeurs en raffolent et les organismes de formation plus encore !

4.– (iii) Un tel intérêt s'explique sans doute parce que la fiducie est une institution formidablement transversale.

Celle-ci a en effet une fâcheuse inclination à gagner toutes les terres du droit privé.

Bien plus qu'un simple contrat spécial, ou un petit contrat, *l'opération* de fiducie investit de nombreuses disciplines : droit des personnes, régimes matrimoniaux, successions, contrats, responsabilité, biens, crédit, sociétés, procédures collectives, droit international privé, droit fiscal ou comptable voire social ou pénal... Rien n'échappe aux forces de l'empire fiduciaire : on s'en sera largement convaincu au cours de cette riche journée ! Il n'est d'ailleurs pas une réédition de manuel ou de traité dans ces matières qui ne comporte ses développements fiduciaires... Les lignes du droit privé bougent ce qui en rend l'étude plus difficile : hommage soit donc rendu aux différents intervenants d'avoir su largement relever le défi d'envisager la fiducie dans tous ses états, soit sous tous ses angles.

5.– Il semble que l'on puisse tenter de restituer les grandes lignes de ces riches échanges autour de trois grands axes.

Rendre compte de la fiducie dans tous ses états, c'est en effet envisager :

- en premier lieu les *acteurs* de la fiducie ;
- en deuxième lieu les *utilités* qu'elle offre ;
- en dernier lieu les *institutions* qu'elle affecte voire menace.

Envisageons ces trois axes à la lumière des précédents échanges.

I. LES ACTEURS DE LA FIDUCIE

6.– S'agissant en premier lieu des acteurs de la fiducie, on souscrira volontiers au mouvement dessiné par plusieurs intervenants : la qualité d'acteur du théâtre fiduciaire est tantôt marquée du sceau de la confiance, tantôt de celui de la défiance.

À y regarder de plus près, il semble que cette confiance n'existe en réalité qu'à l'égard des seconds rôles de la fiducie, ouverts à tous (A) ; au contraire, la défiance réapparaît à l'égard de premiers rôles refusés à certains ou réservés à quelques-uns (B).

A. DES SECONDS RÔLES OUVERTS À TOUS

7.– Toute personne physique ou morale peut prétendre aux seconds rôles que sont les qualités de bénéficiaire et de protecteur, largement ouvertes à tous, en application du principe général de pleine capacité édicté à l'article 1123 du Code civil.

1. Bénéficiaire

8.– C'est ainsi sans exclusive aucune que le législateur reconnaît la qualité de bénéficiaire à toute personne, quelle qu'en soit d'ailleurs le lieu de résidence ; il est vrai qu'un « bénéfice » consistant en une vocation au patrimoine fiduciaire n'appelle guère de méfiance !

Concrètement, il s'agira au cas de fiducie-gestion de l'investisseur ou de l'épargnant (fiducie-gestion dans l'intérêt du constituant) et au cas de fiducie-sûreté du créancier (bénéficiaire pour le cas de défaut de remboursement de la créance garantie par une fiducie-sûreté le constituant étant bénéficiaire alternatif pour le cas de remboursement)⁹.

2. Tiers protecteur

9.– C'est également sans exclusive aucune que le rôle de « tiers chargé de s'assurer de la préservation des intérêts du constituant dans le cadre de l'exécution du contrat » a été ouvert à tous.

Le législateur souhaite ici susciter les vocations les plus larges.

Pourquoi ?

Parce que celui que le vocabulaire courant désigne à juste titre comme le protecteur du constituant (« *protector* ») en est le bras armé dont il convient de favoriser la désignation ; « œil de Moscou » au service du constituant, le protecteur se doit d'épier les faits et gestes du fiduciaire, exerçant à cet effet des prérogatives de contrôle identiques à celles du constituant lui-même (art. 2017).

D'où l'interdiction de toute renonciation de la part du constituant personne physique à cette faculté de désignation, à tout moment, d'un tel protecteur prévue depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009 (art. 2017 al. 2, modif. Ord. 30 janv. 2009) ; l'ordre public de protection est bien là : le protecteur sera en effet souvent le seul véritablement apte à contrôler efficacement l'action d'un fiduciaire professionnel. Le constituant serait d'ailleurs bien inspiré de désigner un concurrent du fiduciaire pour surveiller ce dernier : il n'en sera que plus zélé... BNP Paribas surveillera-t-elle demain les fiducies gérées par la Société Générale ?

9. La fiducie se coule aisément dans le moule bien connu de la stipulation pour autrui : aussi, la désignation du bénéficiaire n'est-elle pas formellement requise dans le contrat de fiducie (valablement conclu entre les seuls constituant et fiduciaire), seules les règles permettant cette désignation devant être arrêtées (art. 2018 5° C. civ.) ; et l'acceptation de la fiducie pourra être donnée ultérieurement par le bénéficiaire, rendant ainsi le contrat de fiducie irrévocable sans son accord ou sans une décision de justice (art. 2028).

Mais on aura compris le jeu de vases communicants : le législateur place sa confiance dans les protecteurs parce qu'il cède au réflexe de défiance civiliste envers la fiducie ! Il incombe de surveiller les fiduciaires : la police politique n'est pas si loin...

B. DES PREMIERS RÔLES REFUSÉS À CERTAINS OU RÉSERVÉS À QUELQUES-UNS

10.– Attachons nous à présent aux premiers rôles tenus par les parties au contrat de fiducie : constituant et fiduciaire.

Ils sont tantôt refusés à certains, tantôt réservés à quelques élus.

Une même condition de résidence à forte résonance fiscale apparaît d'ailleurs à l'article 13, non codifié, de la loi du 19 février 2007 : « Le constituant et le fiduciaire doivent être résidents d'un État de la Communauté européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale. »

Le ton est donné ; la fiducie sera surveillée de près par les services fiscaux ou ne sera pas ! Philippe Neau-Leduc l'a très exactement rappelé tout à l'heure.

Le formalisme fiduciaire (art. 2012 al. 2, 2018, etc.) les exigences d'enregistrements à peine de nullité (art. 2019), les déclarations d'existence de la fiducie (art. 223 VH CGI, décret n° 2007-725 du 7 mai 2007) ou le récent registre national des fiducies (décret n° 2010-219 du 2 mars 2010) ne sont que des illustrations parmi d'autres de cette quête d'une totale traçabilité fiscale.

1. Constituant

11.– La qualité de constituant est ainsi refusée à tout mineur ou majeur en tutelle.

Nathalie Peterka l'a relevé ce matin : l'élargissement de la catégorie des constituants opéré à la suite de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ne s'est pas accompagné d'une totale libération du dispositif.

Certes, les personnes physiques sont dorénavant admises à être constituant ainsi que les personnes morales fiscalement transparentes, l'article 2014 qui instituait ces restrictions *rationae personae* ayant été purement et simplement abrogé par la loi LME à effet au 1^{er} février 2009.

Mais ce retour au principe de pleine capacité n'a pas été total : la qualité de constituant est concrètement l'apanage des seules personnes majeures et n'étant pas sous tutelle.

Ainsi, ni les biens d'un mineur (art. 408-1 C. civ.), ni ceux d'un majeur protégé sous tutelle « ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire » (art. 509 5 °C. civ.) : toute fiducie leur est interdite, à raison de sa dangerosité supposée. Mineurs et majeurs en tutelle ne doivent donc pas se brûler à la nouvelle flamme fiduciaire. Or, même si l'expression est largement bannie de la législation postérieure à la loi du 5 mars 2007, il s'agit là de nouvelles incapacités spéciales de

jouissance. On s'étonnera donc que le majeur en curatelle puisse conclure une fiducie — acte de disposition —, assisté certes de son curateur¹⁰.

2. Fiduciaire

12.— La qualité de constituant est refusée à quelques-uns : celle de fiduciaire a d'emblée été réservée à quelques élus et privilégiés.

Or, même élargi récemment aux avocats, le club des fiduciaires reste privé et feutré. N'est pas fiduciaire qui veut... Il faut montrer patte blanche, être rompu à la gestion d'actifs pour autrui et justifier de solides exigences prudentielles ou... juridiques, ce qui est très différent !

Depuis 2007, peuvent ainsi prendre la qualité de fiduciaire les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et d'assurance, le Trésor public, la Banque de France, la Poste ou encore la Caisse des dépôts (art. 2015). Le « marché » de la fiducie s'adresse d'abord à ces institutions.

13.— La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) a, depuis, ouvert la possibilité aux avocats de devenir fiduciaire : « Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire », est-il désormais écrit à l'article 2015, alinéa 2 du Code civil.

L'extension de la qualité de fiduciaire aux avocats ouvre à ces derniers un tout nouveau métier qu'un notariat — soucieux de cultiver sa différence alors que se tenaient les travaux de la commission Darrois... — a préféré ne pas embrasser. Les avocats regagnent ici du terrain sur les professions du chiffre : ni l'expert comptable, ni le commissaire aux comptes ne sont admis au cœur du réacteur fiduciaire.

On n'insistera jamais assez sur l'originalité de cette nouvelle fonction de fiduciaire au regard des missions traditionnelles de l'avocat : celui-ci est présumé irréfragablement compétent en matière juridique mais nullement en matière de gestion d'actif; de plus, il ne fait l'objet d'aucun contrôle prudentiel.

Sans doute, l'avocat fiduciaire reste-t-il un avocat : M^e Pierre Bergé a entendu opportunément insister sur ce point. Il n'en reste pas moins qu'il est l'objet d'une défiance particulière du législateur que l'on n'observe pas à l'endroit du « simple avocat » : sous la notable exception des principes déontologiques s'appliquant à l'avocat exerçant une activité fiduciaire, les casquettes d'avocat et de fiduciaire font ainsi l'objet d'une « ségrégation » de tous les instants.

Le décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats est topique de ce point de vue : il institue une obligation de déclaration préalable de l'activité de fiduciaire au conseil de l'ordre, impose la souscription d'assurances propres à cette activité, la tenue d'une comptabilité séparée,

10. Art. 468 al. 2 C. civ; comp. art. 1424 al. 2 LME : les époux « ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire »; comp. également l'art. 445 modif. LME qui proclame une incompatibilité nouvelle : « Le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer une charge curatéliaire ou tutélaire à l'égard du constituant » : il s'agit d'éviter la confusion des genres et les conflits d'intérêts...

spécialement affectée à la fiducie. Ces mesures avaient d'ailleurs été largement devancées par la profession elle-même à la faveur de l'ajout d'un nouvel article 6.2.1, intitulé « l'activité de fiducie », dans le Règlement intérieur national modifié lors de l'assemblée générale du CNB du 4 avril 2009.

14.- Assurance de responsabilité civile personnelle distincte de celle du barreau, garantie minimale de représentation des biens et fonds gérés, papier à lettre distinct, comptabilité séparée hors du sous-compte CARPA, tout concourt à une dissociation quasi schizophrène des activités de *Dr Lawyer et Mister Trustee...*

Pourquoi pareille muraille ? Parce que la mission fiduciaire est porteuse de risques et pas seulement de profit : *ubi emolumentum, ibi onus*.

À peine de remplacement, le fiduciaire ne saurait mettre en péril les intérêts qui lui sont confiés (art. 2027 C. civ.). Or, ainsi que l'a souligné Philippe Delebecque, l'exemple anglais et l'analogie avec le mandat suggèrent que le fiduciaire devra non seulement éviter toute inexécution (*breach of trust*) mais encore exécuter sa mission de façon loyale et impartiale ; plus, il ne saurait faire prévaloir son intérêt personnel sur celui de la fiducie : l'article 1134 alinéa 3 milite ainsi en faveur de *fiduciary duties* proches de ceux d'un *trustee...* Quiconque s'adresse à un fiduciaire professionnel et rémunéré (en l'absence de stipulation particulière, la fiducie serait gratuite...) entend bénéficier d'un service à la hauteur de ses attentes ; un fiduciaire ne devrait pouvoir s'abriter derrière une gestion non fautive : n'est-ce pas une gestion utile et opportune que l'on attendra de lui ?

L'obligation faite à l'avocat fiduciaire par le nouveau Règlement intérieur national de suivre une formation spécifique dans les matières liées à l'exécution de ses missions fiduciaires s'éclaire de la sorte : prévenir l'amateurisme !

Si les fiduciaires s'inquiètent autant de la possible (probable ?) mise en cause de leur responsabilité, c'est que leur patrimoine personnel répondra seul des fautes commises dans l'exercice de leurs missions (art. 2026)...

Il pourrait en résulter la tentation pour le *trustee*, semble-t-il fréquente en pays de *common law*, de s'abriter prudemment derrière des instructions renouvelées du constituant, quitte à ôter tout intérêt à l'exclusivité des pouvoirs du fiduciaire.

À moins que cette responsabilité du fiduciaire sur ses deniers personnels ne soit limitée, à l'initiative du prêteur et par analogie avec le régime des dirigeants sociaux, aux seules hypothèses caractérisées de fautes détachables des fonctions : des voix se sont déjà faites entendre en ce sens...

Pour l'heure, on retiendra le conseil avisé de Pierre Bergé : la mission du fiduciaire doit être soigneusement détaillée et instituer l'avocat fiduciaire en « chef d'orchestre » (organisateur), non en « homme orchestre » (exécutant). Ainsi que l'analyse éclairée de Philippe Delebecque : la voie des clauses limitatives de responsabilité doit être en toute hypothèse explorée par préférence à celle des clauses exonératoires, qui paraît fermée... L'exécution performante et loyale de la fiducie : nouvelle obligation essentielle ?

Sur ce premier axe, on se sera convaincu que la défiance l'emportait encore largement sur la confiance envers l'institution fiduciaire.

II. LES UTILITÉS DE LA FIDUCIE

15.— Il n'en va pas de même au regard de ce deuxième axe relatif aux utilités de la fiducie : le foisonnement des applications évoquées au cours de la table ronde a permis d'y découvrir un précieux gisement pour la liberté contractuelle.

Le législateur fulmine sans doute l'interdit des fiducies-libéralités (A); le « champ des possibles » n'en reste pas moins considérable (B).

A. L'INTERDIT DES FIDUCIES-LIBÉRALITÉ

1. En droit interne

16.— L'interdit est fulminé solennellement par le droit interne : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public » (art. 2013); cette répétition (« nul », « nullité ») vise à enfoncer le clou de l'ordre public : la LME n'a été porteuse d'aucun assouplissement sur ce point, ce qui a été regretté par plusieurs intervenants...

Le tiers bénéficiaire doit donc fournir une « contrepartie réelle¹¹ », causant objectivement la transmission d'un capital ou de revenus à son profit, et ce à peine d'application des droits de mutation à titre gratuit de 60 % et d'une pénalité substantielle.

On en déduit parfois un peu rapidement que cette prohibition des fiducies successorales enlèverait tout intérêt au contrat de fiducie. Mais les expériences étrangères n'accréditent pas cette crainte : aux États-Unis, les *business trusts* constituent ainsi une part essentielle des trusts, loin semble-t-il devant les trusts successoraux.

Surtout, si l'interdiction participe d'un réflexe irrationnel de méfiance pour la fiducie, elle s'explique également par la volonté du législateur de ne pas concurrencer — déloyalement et après quelques mois à peine — la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités... Nathalie Peterka et Caroline Deneuille l'ont fort bien démontré : des mécanismes d'inspiration fiduciaires, des « crypto-fiducies » de moindre ampleur, existent déjà dans notre droit des successions sous couvert du mandat à effet posthume, des libéralités graduelles ou résiduelles; une même remarque a été faite à l'endroit du mandat de protection future

11. Art. 792 bis CGI : « Lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens, droits ou fruits ainsi transférés, appréciée à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes mentionné au tableau III de l'article 777 [60 %]. »

Pour l'application des dispositions mentionnées au premier alinéa, l'intention libérale est 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 est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire. Dans ce dernier cas, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur de cet avantage. »

institué par la loi du 5 mars 2007. Il en résulte des chasses gardées parafiduciaires sur lesquelles la fiducie de plein exercice n'est pas la bienvenue ; Nathalie Peterka l'a regretté : le contrat de fiducie pourrait sans doute œuvrer utilement à la protection des biens du majeur protégé, en complément par exemple des nouvelles mesures de protection de sa personne.

2. En droit international privé

17.— On aurait pu redouter que cette condamnation nouvelle et ferme des fiducies-libéralités en droit interne ait un effet réflexe et néfaste sur la réception en France des *trusts* étrangers successoraux valablement conclus sous l'empire d'une loi étrangère.

La réception de certaines fiducies en France (gestion, sûreté, etc.) et le refus d'autres (successorales) pourraient en effet renouveler la question.

M^e Caroline Deneuille a rappelé la tendance des juges — du fond notamment — à donner effet aux *trusts* valablement constitués sous l'empire d'une loi étrangère, ceci en faisant jouer la loi d'autonomie : l'arrêt *de Ganay* de la cour de Paris en date du 10 janvier 1970 en est un exemple bien connu¹².

Or, la prohibition nouvelle des fiducies-libéralités serait d'après M^e Deneuille d'ordre public interne et non d'ordre public au sens du droit international privé !

Comment prétendre en effet que seraient heurtées les conceptions fondamentales du for, sanctionnées par cet ordre public international, alors que le législateur interne a lui-même édicté certains mécanismes spécifiques d'inspiration fiduciaire ? Partant, nous avons été globalement rassurés par l'approche pragmatique développée par cette intervenante : « rien n'a changé et il faut bien que cela fonctionne encore ! » a vigoureusement conclu M^e Caroline Deneuille.

Et c'est à peine si l'on a regretté ici que n'ait pas — encore ? — été consacrée la proposition d'un auteur de créer en droit international privé français une catégorie de rattachement autonome et spécifique au *trust*¹³.

En matière successorale tout au moins, la solution pourrait d'ailleurs venir prochainement de l'Union européenne ; il a été rappelé que la Commission a adopté le 14 octobre 2009 une proposition visant à simplifier considérablement le règlement des successions de dimension internationale dans l'Union européenne qui pourrait avoir quelques répercussions sur le droit des *trusts* successoraux.

18.— Pour l'heure, et notamment hors de la matière successorale, on aurait pu légitimement espérer que la réception de la fiducie crée les conditions d'une ratifica-

12. Paris 10 janv. 1970, *Rev. crit. DIP* 1971. 518, note G. Droz ; *Gaz. Pal.* 1970. 1. 313 ; *D.* 1972. 122, note P. Malaurie : le *trust* successoral est qualifié de « contrat synallagmatique faisant naître des obligations respectives entre les parties et éventuellement des droits au profit des tiers » ; suivant l'interprétation dominante de cette décision, la cour aurait analysé le *trust* en un contrat et, partant, considéré qu'il convenait de lui appliquer la loi d'autonomie, c'est-à-dire la loi choisie par les parties.

13. S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. Lequette, Éd. Panthéon-Assas-Paris II, 2004.

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

En effet, chacun s'accorde à reconnaître que la nouvelle fiducie française s'inscrit parfaitement dans la définition du *trust* au sens de cette convention signée mais jamais ratifiée par la France¹⁴.

Mais c'est la déception qui l'emporte ici : une réponse de Mme Dati, garde des Sceaux, datant de janvier 2008 fait sérieusement douter de la probabilité d'une telle ratification « la garde des sceaux, ministre de la justice, fait connaître à l'honorable parlementaire que la décision de ratifier la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance n'a pas à ce jour été prise ».

« La décision de ratifier la 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 blanchiment et les fraudes, puisque les trusts constitués à l'étranger devraient être reconnus en droit interne¹⁵. »

En langage décodé, c'est d'un enterrement de première classe qu'il s'agit pour cette ratification, alors même que le jeu des lois de police, prévu par la convention, suffirait sans doute à se prémunir contre les maléfices évoqués (blanchiment, fraude, etc.)!

Le pacte fiduciaire continue donc de faire fantasmer le gouvernement qui la courageusement instituée. Paradoxe, passions et défiance sont donc toujours au menu fiduciaire...

14. Art. 1^{er} : « 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.

Le trust présente les caractéristiques suivantes :

a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;

b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;

c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

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

15. Question écrite n° 00055 de Mme Patricia Schillinger (Haut-Rhin - SOC), publiée dans le *JO Sénat* du 28 juin 2007, p. 1113; réponse du ministère de la Justice publiée dans le *JO Sénat* du 24 janv. 2008, p. 160.

B. LE CHAMP DES POSSIBLES

19.— Fort heureusement, cet interdit et ces réflexes de défiance n'affectent en rien le vaste champ des possibles, qui reste largement à cultiver. Le législateur lui-même semble avoir foi en la richesse de ces utilités : c'est pour cette raison qu'au cours des travaux préparatoires de la loi du 19 février 2007, l'expression ouverte de « but déterminé » de la fiducie a finalement été retenue par préférence à celles de but de sûreté ou de gestion.

Les applications pratiques de la nouvelle fiducie sont en effet considérables : la preuve en a été administrée par les intervenants de la table ronde de cet après-midi, praticiens comme universitaires.

Sans doute parce que, à l'image de la stipulation pour autrui dont elle emprunte mais perfectionne la structure, la fiducie pourrait être la nouvelle « bonne à tout faire » du droit français...

1. Fiducie-sûreté

20.— L'utilité de sûreté est, à l'évidence, la plus visible. Elle a en effet été l'objet de toutes les attentions d'un législateur qui lui a consacré par l'ordonnance du 30 janvier 2009 deux nouvelles divisions intitulées « De la propriété cédée à titre de garantie », respectivement en matière mobilière (art. 2372-1 s.) et immobilière (art. 2488-1 s.).

Stéphane Piedelièvre, Alain Gourio ou Reinhard Dammann ont partagé un même constat : au moins dans les rapports entre professionnels — il s'agit d'une ingénierie lourde et formaliste — et sur les immeubles ou les meubles incorporels, la fiducie présente les atouts d'une nouvelle reine des sûretés réelles.

Il est vrai que sa polyvalence et son universalité sont sans égal ; un seul acte permet la constitution, par l'emprunteur ou par un tiers non tenu à la dette, d'une sûreté rechargeable à la fois mobilière et immobilière, corporelle et incorporelle, sur biens présents ou futurs, en garantie de créances présentes ou futures, et le tout avec dépossession (le cas échéant par entiercement) ou même sans dépossession, le législateur ayant expressément validé les conventions conservant au constituant l'usage ou la jouissance de la chose transférée (art. 2018-1). Le sur-mesure y est le bienvenu tandis que l'institution serait, sous certains aspects, presque « trop belle pour être vraie » suivant le mot d'Alain Gourio.

Quand à la réalisation de la fiducie-sûreté, elle échappe largement au contrôle judiciaire, ceci même sur la résidence principale du constituant : la liberté des conventions est reine ici et la réalisation expéditive, le créancier acquérant la libre disposition du bien. « Que demander de plus ? » s'est interrogé Stéphane Piedelièvre...

2. Fiducie-gestion

21.— En comparaison, l'utilité de gestion semble plus difficile à saisir et à illustrer ; contrairement à la fiducie-sûreté, la fiducie-gestion vit en effet toujours dans

l'ombre du « but déterminé » de tout contrat de fiducie : elle n'a pas fait l'objet du même dispositif gigogne. Pourtant, elle a sans doute vocation à structurer juridiquement (dans un cadre trop formaliste et contraignant ?) certaines hypothèses de contrats de gestion que l'on rattache généralement au mandat, alors même que le gestionnaire exécute des actes matériels et pas seulement juridiques... Et c'est la force de la fiducie que de conférer *erga omnes* une exclusivité de pouvoirs au fiduciaire et de le soustraire au risque de révocation inhérent à la qualité de simple mandataire.

Citons pêle-mêle et dans un inventaire à la Prévert quelques applications pratiques qui ont pu être évoquées dans cette enceinte ou dans d'autres : gestion pour compte de tiers de titres, d'actifs voire d'immeubles ; portage de droits sociaux ; sanctuarisation d'actifs ; acclimatation de certaines opérations de finance islamique ainsi que Gilles Saint Marc l'a clairement indiqué qui permettra de voir en France bientôt des *sukuks* volants... ; établissement de structure de coopération entre entreprises ou de gestion de participations ; gestion d'une société cible dans l'attente d'une décision de concentration de l'autorité publique ; titrisation hors du cadre légal, constitution de patrimoines affectés à la garantie de risques environnementaux (dépollution), sanitaires ou au versement de retraites, convention de séquestre ou compte fiduciaire, etc.

Sky is the limit. Et il n'est guère que la défaisance dont l'appréhension par la technique fiduciaire semble en l'état difficile, certaines interrogations subsistant sur la possibilité d'un transfert *ab initio* de dettes au fiduciaire¹⁶.

Car la fiducie est une technique formidablement flexible qui a vocation à concurrencer les institutions les mieux établies, la technique sociétaire y comprise ! Est-il besoin de rappeler qu'elle peut être conclue entre un ou plusieurs constituants, un ou plusieurs fiduciaires, au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires, sous la surveillance ou non d'un ou plusieurs tiers protecteur ?

Les combinaisons concevables sont infinies et les classifications perméables : afin de valoriser les actifs fiduciaires, la fiducie-sûreté pourra être elle-même utilement martinée de fiducie-gestion.

D'ordre technique, la principale limite tient à l'exigence d'un transfert qui postule l'altérité des qualités de constituant et de fiduciaire : nul ne saurait se constituer fiduciaire sur ses propres biens et c'est là une différence singulière avec le *trust* et le nouveau patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

16. Interrogations discutables d'ailleurs au regard de la rédaction de l'art. 12 I de la loi du 19 févr. 2007 qui vise expressément les « Les éléments d'actif et de passif transférés » en fiducie *ab initio*...

III. LES INSTITUTIONS AFFECTÉES PAR LA FIDUCIE

22.– Refermons notre propos sur le troisième axe d'étude : celui des institutions, fort nombreuses, que la fiducie affecte voire menace.

Il est largement apparu au cours de cette journée que la fiducie entrain en conflit avec des institutions clés de notre droit privé (A). Mais il n'en va pas toujours ainsi : fort heureusement, l'entente est possible (B).

A. LE CONFLIT

23.– La fiducie entre en conflit avec au moins deux grands piliers de notre tradition civiliste, pareillement réputés pour leur unicité et leur indivisibilité : la théorie de la propriété, d'une part, et celle du patrimoine, d'autre part.

1. Avec la théorie de la propriété

24.– Que la fiducie interroge la théorie même de propriété est une évidence. Qu'elle l'affecte au point d'en changer la nature et d'en faire éclater l'unité et la plénitude est précisément le lieu d'une controverse fameuse sur l'originalité même de la propriété fiduciaire...

Un duel que n'aurait pas renié le genre du *western* américain, a mis en présence ce matin deux positions doctrinales fortes que l'on peut tenter de résumer dans leurs grandes lignes.

Michel Grimaldi a ainsi soutenu que la propriété fiduciaire était fondamentalement distincte de la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil, qui seule confère ce faisceau de prérogatives que sont l'*usus*, le *fructus*, et l'*abusus* : la propriété ordinaire ou *plena in re potestas* est richesse, plénitude de pouvoirs et perpétuité, et aurait seule valeur constitutionnelle ; la propriété fiduciaire s'en distinguerait nettement qui ne serait ni source de richesse ni de crédit pour le fiduciaire mais seulement de pouvoirs exclusifs : fondamentalement temporaire, elle serait dégradée, affectée, finalisée, inféodée au but poursuivi, et ne saurait être protégée constitutionnellement¹⁷.

De l'autre côté du ring, Pierre Crocq fit au contraire valoir avec un égal brio... qu'il ne croyait tout simplement pas à l'existence d'une propriété fiduciaire ! La propriété individuelle aurait précisément cette faculté de s'accommoder d'une limitation de ses prérogatives ; elle ne changerait pas fondamentalement de nature dans un contexte fiduciaire et ne ferait qu'y déployer des utilités nouvelles ; la propriété du fiduciaire ne serait pas éclatée comme au cas de *trust*, lequel consacrerait un éclatement de la propriété sans équivalent dans la tradition romaniste (et sans

17. Un éminent auteur a pu douter, pour cette raison, que la fiducie emportât transfert de propriété au profit du fiduciaire : R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, art. 38631, p. 1094 s. et 38639, p. 1194 s., spéc. n° 19 s.

doute inconstitutionnel), entre une propriété juridique (*legal ownership*) dévolue au *trustee* et une propriété économique reconnue en équité au *beneficiary* (*equitable ownership*)...

La question a rebondi lorsqu'il s'est agi, il y a moins d'un an, d'ajouter¹⁸ un second alinéa à l'article 2011 du Code civil, énonçant 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. »

L'objectif véritable de cette disposition a été dévoilé par Gilles Saint Marc : il s'agissait d'améliorer la compétitivité de la place financière de Paris en facilitant l'émission d'obligations islamiques ou *sukuks*, conformes aux principes d'une *Chari'a* qui impose que les porteurs de *sukuk* aient un droit réel sur ces actifs et qu'ils participent au risque de l'activité financée¹⁹.

Les esprits malicieux mettront en cause la cohérence d'une politique consistant à vouloir rejeter l'islam radical hors de la sphère publique d'un côté, tout en courtisant une *finance charia compliant* de l'autre. Non à la *burqa*, oui à l'argent de la *burqa* ?

Il reste que le Royaume-Uni a reçu avec succès ces mêmes *sukuks* à la faveur d'un *trust* qui confère au souscripteur la propriété économique des actifs sous-jacents : acter de l'existence d'une propriété fiduciaire pouvait donc sembler judicieux.

L'épiloque est cependant connu. Par sa décision n° 2009-589 en date du 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel a censuré cette proposition d'ajout, pour un motif d'ordre technique : ce cavalier législatif était sans lien avec la proposition de loi elle-même. Mais la probabilité que ce fondement technique ait masqué en réalité une défiance des sages envers toute propriété fiduciaire n'est pas à exclure ! Affaire à suivre donc...

2. Avec la théorie du patrimoine

25.— Le conflit entre fiducie et théorie de l'unicité du patrimoine est plus éclatant encore.

L'article 12 de la loi de 2007, non codifié, énonce en effet que « Les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du code civil forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire. »

Et plus encore qu'avec la consécration de l'EURL en 1985 — qui avait pris soin de respecter au moins formellement la règle « une personne [morale], un patrimoine » cher à Aubry et Rau — le principe de droit privé de l'unicité du patrimoine se trouve ici doublement brisé.

18. Proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

19. V., J.-P. Laramée (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure Finance, 2008, spéc. p. 196, 216 et 235.

Elle est d'abord brisée en la personne du fiduciaire : un même fiduciaire se trouve placé à la tête de deux patrimoines, son patrimoine personnel (« patrimoine propre » de l'art. 2011 du code) et le ou les patrimoines fiduciaires qui lui auront été transférés (un fiduciaire professionnel pourra ainsi administrer des centaines de patrimoines fiduciaires) ; les biens fiduciaires ne sont jamais entrés dans l'assiette du droit de gage général des créanciers personnels du fiduciaire — il n'en est pas riche — de sorte que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation, au profit du fiduciaire ne saurait affecter que son patrimoine personnel, à l'exclusion du patrimoine fiduciaire (art. 2024).

Elle est également — et peut être surtout²⁰ — brisée en la personne du constituant qui peut loger dans la fiducie une fraction de ses actifs ainsi que le passif afférent : les biens transférés ne font plus partie de l'assiette du droit de gage général des créanciers personnels de celui-ci²¹.

Mais au chapitre des dérogations à la théorie de l'unicité du patrimoine, la fiducie devrait être très nettement dépassée par la consécration prochaine d'une EIRL dont Stéphane Piedelièvre nous a rappelé les grands traits : l'entrepreneur y serait admis à scinder son propre patrimoine en deux, sans intercession d'un fiduciaire cette fois-ci, ni création d'une personne morale nouvelle !

B. L'ENTENTE

26.— La fiducie entre donc souvent dans un conflit avec certains fondamentaux de notre tradition civiliste, ce qui pourrait faire douter qu'une fiducie « à la française » fût véritablement possible !

Or, une confrontation particulièrement brutale s'annonçait en droit des procédures collectives : l'exclusivité conférée au créancier sur le patrimoine fiduciaire par le droit commun aurait dû invinciblement résister à la faillite du constituant.

Aussi, les craintes d'un impossible sauvetage de l'entreprise en difficulté ont-elles été formulées : fiducie ou sauvegarde, il fallait choisir a-t-on pu écrire²².

Ces craintes ont été entendues qui ont conduit l'ordonnance du 18 décembre 2008 à (ré)concilier efficacité de la fiducie-sûreté et objectifs de sauvegarde et de redressement : Augustin Aynès a pu justement saluer « l'équilibre réaliste et sensé » que le législateur a institué.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 avait en effet habilité le gouvernement à « accroître l'efficacité des sûretés, notamment de la fiducie et du gage sans dépossession, en liquidation judiciaire et adapter les effets de ces sûretés

20. V., en ce sens, la démonstration de M. Grimaldi, « L'introduction de la fiducie en droit français », *Henri Capitant Law Review*, n° 2011/2, p. 117 s.

21. Sous réserve naturellement du jeu du droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie ou de la fraude du constituant (art. 2025 al. 1, sans renvoi exprès à l'action paulienne).

22. F.-X. Lucas et M. Sénéchal, « *Fiducie vs Sauvegarde* – Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *D.* 2008. 29.

aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire » (art. 74 I 9°). En guise d'adaptation de la fiducie aux procédures de sauvegarde et de redressement, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a institué un équilibre somme toute harmonieux entre des objectifs concurrents de sauvetage des entreprises et d'efficacité des sûretés exclusives.

Le conflit ouvert a ainsi fait opportunément place à l'entente cordiale, au prix d'une redécouverte du clivage familial entre les sûretés avec ou sans dépossession.

Paralysée désormais pendant la période d'observation et en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement lorsqu'elle est réputée porter sur des biens indispensables à la continuation, soit des biens faisant l'objet d'une convention conservant l'usage ou la jouissance au constituant (fiducie-sûreté *sans* dépossession), la fiducie-sûreté déploie à l'inverse toute sa puissance lorsqu'elle ne porte pas sur des biens indispensables à cette continuation (fiducie-sûreté *avec* dépossession) et plus généralement en l'absence de perspective de continuation (échec du plan, liquidation).

Plus, l'efficacité de la fiducie-sûreté n'est donc fort heureusement évincée que dans la seule mesure nécessaire au sauvetage du débiteur : lorsque les chances de sauvetage sont compromises, soit au premier chef au cas de liquidation, l'efficacité de la sûreté se trouve totalement préservée.

*
* *

Arrivé au terme de ces propos conclusifs, je tiendrais seulement à faire un constat, former un vœu et adresser un remerciement :

– le constat s'impose d'abord chaque jour davantage que la fiducie est à la fois utile et certaine ; nul doute que la France éprouvera de plus en plus cette utilité au même titre que ses voisins européens ou américains ;

– formons ensuite le vœu que la passion et la défiance — souvent irrationnelles — qui entourent l'institution fiduciaire se dissipent car elles nuisent au succès du dispositif. À la différence de certains de ses homologues étrangers, le législateur français a fait le choix courageux d'une fiducie fiscalement « traçable » et entourée de précieux garde-fous : les fantasmes sur ses maléfices supposés ne sont donc plus de mise. L'avenir de la fiducie est entre les mains des praticiens qui doivent avoir le courage de l'appivoiser après avoir, des décennies durant, regretté l'absence de tout pendant civiliste au *trust* ;

– je tiens enfin et surtout à remercier vivement le véritable fiduciaire de cette journée, Ghislain Guillaume, à qui l'Association Henri Capitant et l'UPEC (laboratoire Obligations, Biens, Marchés) ont ensemble transféré la charge délicate de l'organisation matérielle de cette belle journée : mission accomplie avec *maestria*, sans aucune responsabilité à l'horizon, il est donc bien des fiducies qui ont une issue heureuse...

UPEC, le 15 avril 2010

Statuts de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

**(statuts dont les modifications ont été approuvées
par décret du 7 mars 1977)**

I. BUT ET COMPOSITION DE L'ASSOCIATION

Art. 1^{er}. – L'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, fondée en 1935 à Paris, a pour but :

1^o d'établir des relations personnelles régulières entre les juristes attachés à la culture juridique française et, plus largement, la culture juridique romaniste, quelle que soit leur nationalité ;

2^o d'organiser des congrès périodiques, nationaux et internationaux, consacrés à l'étude des questions de droit propres à mettre en relief la valeur de ces cultures.

Sa durée est illimitée.

Elle a son siège social à Paris.

Art. 2. – Les moyens d'action de l'association sont : des bulletins, des conférences, des congrès périodiques, et, de manière générale, les moyens de nature à permettre une collaboration scientifique.

Art. 3. – L'association se compose :

1^o de personnes physiques qui doivent être des juristes ;

2^o de personnes morales publiques (établissements publics) ou privées (associations reconnues d'utilité publique, associations déclarées conformément à l'article-5 de la loi du 1^{er} juillet 1901).

Pour adhérer, il faut être présenté par deux membres et être agréé par le Conseil d'administration.

La cotisation annuelle minimum est de 50 euros pour les personnes physiques (25 euros pour les étudiants). Elle est portée à la somme minimale de 100 euros pour les personnes désirant recevoir les publications de l'association (75 euros pour les étudiants).

Les cotisations annuelles peuvent être modifiées par décision de l'Assemblée générale.

Le titre de membre honoraire peut être donné par le Conseil d'administration aux personnes qui ont manifesté pendant de longues années leur intérêt à l'association. Ce titre confère aux personnes qui l'ont obtenu le droit de faire partie de l'Assemblée générale sans être tenues de payer une cotisation.

Art. 4. – La qualité de membre de l'association se perd :

1^o par la démission ;

2^o par la radiation prononcée, pour non-paiement de la cotisation ou pour motifs graves, par le Conseil d'administration, le membre intéressé ayant été préalablement appelé à fournir ses explications, sauf recours à l'Assemblée générale.

II. ADMINISTRATION ET FONCTIONNEMENT

Art. 5. – L'association est administrée par un Conseil dont le nombre des membres fixé par délibération de l'Assemblée générale, est compris entre 16 et 24. Les membres du Conseil sont élus au scrutin secret pour trois ans par l'Assemblée générale, et choisis dans les catégories de membres dont se compose cette Assemblée. Ils sont rééligibles.

En cas de vacance, le Conseil pourvoit provisoirement au remplacement de ses membres. Il est procédé à leur remplacement définitif par la plus prochaine Assemblée générale. Les pouvoirs des membres ainsi élus prennent fin à l'époque où devrait normalement expirer le mandat des membres remplacés.

Le Conseil choisit parmi ses membres, au scrutin secret, un bureau élu pour trois ans, composé des président, trois vice-présidents, secrétaire général, trésorier. Il peut aussi, sans que ses effectifs n'excèdent le tiers de ceux du conseil d'administration, désigner un secrétaire général adjoint, dans les mêmes conditions.

Le Conseil choisit, pour se compléter, deux membres de deux Comités locaux étrangers de l'association, ceux-ci restant en fonctions pendant une période de deux années; ils n'ont qu'une voix consultative.

Art. 6. – Le Conseil se réunit deux fois par an au moins et chaque fois qu'il est convoqué par son président ou sur la demande du quart de ses membres.

La présence du tiers au moins des membres du Conseil d'administration est nécessaire pour la validité des délibérations.

Chaque administrateur ne peut détenir plus d'un pouvoir.

Il est tenu un procès-verbal des séances.

Les procès-verbaux sont signés par le président et le secrétaire général. Ils sont établis sans blancs ni ratures, sur des feuilles numérotées, conservées au siège de l'association.

Art. 7. – Les membres de l'association ne peuvent recevoir aucune rétribution en raison des fonctions qui leur sont confiées.

Des remboursements de frais sont seuls possibles. Ils doivent faire l'objet d'une décision expresse du Conseil d'administration statuant hors de la présence des intéressés; des justificatifs doivent être produits, qui font l'objet de vérifications.

Les agents rétribués de l'association peuvent être appelés par le président à assister avec voix consultative aux séances de l'Assemblée générale ou du Conseil d'administration.

Art. 8. – L'Assemblée générale de l'association comprend les membres titulaires et honoraires, les personnes morales y sont représentées par un seul délégué. Elle se réunit une fois par an et chaque fois qu'elle est convoquée par le Conseil d'administration ou sur la demande du quart au moins de ses membres.

Son ordre du jour est réglé par le Conseil d'administration.

Son bureau est celui du Conseil.

Elle entend les rapports sur la gestion du Conseil d'administration, sur la situation financière et morale de l'association.

Elle approuve les comptes de l'exercice clos, vote le budget de l'exercice suivant, délibère sur des questions mises à l'ordre du jour, et pourvoit, s'il y a lieu, à la désignation des membres du Conseil d'administration.

Le rapport annuel et les comptes sont à la disposition préalable des membres de l'association, au secrétariat.

Sauf application des dispositions de l'article précédent, les agents rétribués de l'association n'ont pas accès à l'Assemblée générale.

Art. 9. – Le président représente l'association dans tous les actes de la vie civile, ordonnance les dépenses et peut donner délégations dans des conditions qui sont fixées par le règlement intérieur.

En cas de représentation en justice, le président ne peut être remplacé que par un mandataire agissant en vertu d'une procuration spéciale.

Les représentants de l'association doivent jouir du plein exercice de leurs droits civils.

Art. 10. – Les délibérations du Conseil d'administration relatives aux acquisitions, échanges et aliénations des immeubles nécessaires au but poursuivi par l'association, constitutions d'hypothèques sur lesdits immeubles, baux excédant neuf années, aliénations de biens rentrant dans la dotation et emprunts, doivent être soumises à l'approbation de l'Assemblée générale.

Art. 11. – Les délibérations du Conseil d'administration relatives à l'acceptation des dons et legs ne sont valables qu'après l'approbation administrative donnée dans les conditions prévues par l'article 910 du Code civil, l'article 7 de la loi du 4 février 1901 et le décret n° 66-388 du 13 juin 1966.

Les délibérations de l'Assemblée générale relatives aux aliénations de biens mobiliers et immobiliers dépendant de la dotation, à la constitution d'hypothèques et aux emprunts, ne sont valables qu'après approbation administrative.

Art. 12. – Si la législation locale le permet, des Comités locaux peuvent être créés en pays étrangers par délibération du Conseil d'administration, approuvée par l'Assemblée générale. Ces Comités locaux, qui fonctionnent sous le contrôle du Conseil d'administration de l'association, ont un bureau composé d'un président, d'un secrétaire général et, s'il y a lieu, d'un ou deux vice-présidents et d'un trésorier.

Le rôle des Comités locaux étrangers est de faciliter le recrutement de nouveaux membres et de grouper par pays les membres de l'association en vue de faciliter le travail préparatoire aux congrès périodiques.

Les groupes locaux établissent un règlement intérieur qu'ils soumettent au Conseil d'administration qui doit l'approuver et qui exerce sur eux un contrôle direct. Les Comités locaux ne sont pas représentés comme tels à l'Assemblée générale; ils peuvent l'être à tour de rôle au sein du Conseil d'administration.

Une conférence rassemble autour du bureau de l'Association, les présidents, vice-présidents, secrétaires généraux et trésoriers des comités locaux. Elle se réunit chaque année. Elle assiste le Conseil d'administration pour la préparation des Congrès périodiques internationaux.

III. DOTATION, FONDS DE RÉSERVE ET RESSOURCES ANNUELLES

Art. 13. – La dotation comprend :

- 1° une somme de 45,73 euros placée conformément aux dispositions de l'article ci-après;
- 2° les immeubles nécessaires au but recherché par l'association ainsi que des bois, forêts ou terrains à boiser;
- 3° les capitaux provenant des libéralités, à moins que l'emploi immédiat n'en ait été autorisé;
- 4° le dixième annuellement capitalisé du revenu net des biens de l'association;
- 5° la partie des excédents de ressources qui n'est pas nécessaire au fonctionnement de l'association pour l'exercice suivant.

Art. 14. – Tous les capitaux mobiliers, y compris ceux de la dotation, sont placés en titres pour lesquels est établi le bordereau de références nominatives prévu à l'article 55 de la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 ou en valeurs admises par la Banque de France en garantie d'avance. Ils peuvent être également employés soit à l'achat d'autres titres nominatifs, après autorisation donnée par arrêté, soit à l'acquisition d'immeubles nécessaires au but poursuivi par l'association, ainsi que de bois, forêts ou terrains à boiser.

Art. 15. – Les recettes annuelles de l'association se composent :

- 1° du revenu de ses biens à l'exception de la fraction prévue au 5° de l'article 13;
- 2° des cotisations et souscriptions de ses membres;
- 3° des subventions de l'État, des départements, des communes et des établissements publics;

- 4° du produit des libéralités dont l'emploi est autorisé au cours de l'exercice ;
- 5° des ressources créées à titre exceptionnel et, s'il y a lieu, avec l'agrément de l'autorité compétente ;
- 6° du produit des rétributions perçues pour service rendu.

Art. 16. – Il est tenu une comptabilité faisant apparaître annuellement un compte d'exploitation, le résultat de l'exercice et un bilan.

Chaque établissement de l'association doit tenir une comptabilité distincte qui forme un chapitre spécial de la comptabilité d'ensemble de l'association¹.

Il est justifié chaque année auprès du préfet du département, du ministre de l'Intérieur et du ministre chargé de l'éducation nationale de l'emploi des fonds provenant de toutes les subventions accordées au cours de l'exercice écoulé.

IV. MODIFICATIONS DES STATUTS ET DISSOLUTION

Art. 17. – Les statuts ne peuvent être modifiés que sur la proposition du Conseil d'administration ou du dixième des membres dont se compose l'Assemblée générale.

Dans ce dernier cas, la proposition doit être soumise au Bureau au moins un mois avant la séance.

Dans l'un et l'autre cas, les propositions de modifications sont inscrites à l'ordre du jour de la prochaine Assemblée générale, lequel doit être envoyé à tous les membres de l'Assemblée au moins un mois à l'avance.

L'Assemblée doit se composer du quart au moins des membres en exercice. Si cette proportion n'est pas atteinte, l'Assemblée est convoquée de nouveau, mais à quinze jours au moins d'intervalle et cette fois, elle peut valablement délibérer, quel que soit le nombre des membres présents.

Dans tous les cas, les statuts ne peuvent être modifiés qu'à la majorité des deux tiers des membres présents ou représentés.

Art. 18. – L'Assemblée générale, appelée à se prononcer sur la dissolution de l'association et convoquée spécialement à cet effet, dans les conditions prévues à l'article précédent, doit comprendre, au moins, la moitié plus un, des membres en exercice.

Si cette proportion n'est pas atteinte, l'Assemblée est convoquée à nouveau mais à quinze jours au moins d'intervalle, et cette fois, elle peut valablement délibérer quel que soit le nombre des membres présents.

Dans tous les cas, la dissolution ne peut être votée qu'à la majorité des deux tiers des membres présents ou représentés.

Art. 19. – En cas de dissolution, l'Assemblée générale désigne un ou plusieurs commissaires chargés de la liquidation des biens de l'association. Elle attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements analogues publics ou reconnus d'utilité publique.

Art. 20. – Les délibérations de l'Assemblée générale prévues aux articles 18, 19 et 20 sont adressées sans délai au ministre de l'Intérieur et au ministre chargé de l'éducation nationale. Elles ne sont valables qu'après l'approbation du gouvernement.

V. SURVEILLANCE ET RÈGLEMENT INTÉRIEUR

Art. 21. – Le président doit faire connaître dans les trois mois à la préfecture de Paris tous les changements survenus dans l'administration ou la direction de l'association.

Les registres de l'association et ses pièces de comptabilité sont présentés sans déplacement, sur toute réquisition du ministre de l'Intérieur ou du préfet de Paris, à eux-mêmes ou à leur délégué, ou à tout fonctionnaire accrédité par eux.

Le rapport annuel et les comptes – y compris ceux des Comités locaux – sont adressés chaque année au préfet du département, au ministre de l'Intérieur et au ministre chargé de l'éducation nationale.

Art. 22. – Le ministre de l'Intérieur et le ministre chargé de l'éducation nationale ont le droit de faire visiter par leurs délégués les établissements fondés par l'association et de se faire rendre compte de leur fonctionnement.

Art. 23. – Les règlements intérieurs préparés par le Conseil d'administration et adoptés par l'Assemblée générale doivent être soumis à l'approbation du ministre de l'Intérieur et adressés au ministre chargé de l'éducation nationale.

Siège de l'Association

12, place du Panthéon, 75005 PARIS

Téléphone : 01 43 54 43 17

Télécopie : 01 40 51 86 52

E-mail : capitant@club-internet.fr

Site Internet : www.henricapitant.org

Publications de l'Association Henri Capitant

Journées de droit civil de Mons, année 1938 (Paris, Sirey, 1939, 124 p.).

Journées de droit civil de Lille, année 1939 (Paris, Sirey, 1939, 96 p.).

Premier Congrès international de l'Association Henri Capitant : Québec-Montréal, année 1939 (Montréal, 1940, 802 p.).

Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris de 1937, en participation avec la Société de législation comparée et la Société d'études législatives (Paris, Sirey, 1937, 1274-p.).

Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris de 1950, en participation avec la Société de législation comparée (Paris, Pédone, 1954).

TRAVAUX DES JOURNÉES INTERNATIONALES

– Tome I, année 1945.

Travaux du groupe français. « L'opportunité d'une partie générale dans le futur Code civil français ».

Journées belges de Bruxelles et Gand. « L'intervention de l'État dans les contrats ». « La lésion dans les contrats » (Daloz, 1946, 234 p.).

– Tome II, année 1946.

Journées suisses de Genève, Lausanne, Zurich et Bâle. « L'évolution du droit de propriété ». « L'influence du droit public sur le droit privé ». « La responsabilité sans faute ». « Les droits de la personnalité ».

Journées françaises de Paris. « L'action directe de la victime contre l'assureur de la responsabilité ». « Le contrôle de la puissance paternelle » (Daloz, 1947, 506 p.).

– Tome III, année 1947.

Journées de Luxembourg. « La notion juridique de l'entreprise ».

Journées belges de Liège. « Le problème des fictions en droit civil » (Daloz, 1948, 328 p.).

– Tome IV, année 1948.

Journées néerlandaises de La Haye et Leyde. « L'enrichissement sans cause ». « La représentation dans les actes juridiques ». (Daloz, 1949, 162 p.).

– Tome V, année 1949.

Travaux du groupe français. « Études sur le rôle du juge » (Daloz, 1950, 154 p.).

– Tome VI, année 1950.

Semaine internationale du droit de Paris. « Le problème de la méthode depuis le Code civil de 1804 ».

Journées belges de Verviers. « La propriété commerciale » (Daloz, 1952, 192 p.).

– Tome VII, année 1952.

Journées canadiennes de Québec et Montréal. « L'évolution de la condition respective du mari et de la femme dans le mariage ». « La stipulation pour autrui et ses principales applications ». « Le problème de la mutabilité du régime matrimonial ». « Le progrès de la science et le droit de la preuve ». « La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé ». « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil » (Daloz, 1956, 908 p.).

– Tome VIII, année 1953.

Journées italiennes de Pavie et Milan. « L'intérêt d'actualité du projet de Code franco-italien des obligations ». « L'influence des variations monétaires en matière de contrats de prêts et de rente viagère et en matière de contrats administratifs » (Daloz, 1955, 308 p.).

– Tome IX, année 1955.

Journées belges de Louvain, Bruxelles et Bruges. « La limitation de la responsabilité dans les entreprises commerciales et les moyens de parer à ses dangers ». « L'assurance automobile obligatoire ». « La grève et le service public » (Daloz, 1957, 350 p.).

– Tome X, années 1954 et 1956.

Journées uruguayennes de Montevideo. « Le droit de veto dans les organisations internationales ». « La légitimation adoptive en droit français ». « Le droit des savants ». « Le mandat irrévocable ».

Journées suisses de Fribourg, Berne et Neuchâtel. « Le boycottage ». « Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes ». « La vente à tempérament » (Daloz, 1959, 460 p.).

– Tome XI, année 1957.

Journées françaises de Lille. « Les situations de fait ». « Les sociétés de fait ». « Le gouvernement de fait » (Daloz, 1960, 362 p.).

– Tome XII, année 1958.

Journées canadiennes Québec, Montréal et Ottawa. « Les procédés de défense des intérêts patrimoniaux de la famille légitime ». (Daloz, 1961, 948 p.).

– Tome XIII, années 1959-1960.

Journées espagnoles de Madrid. « Protection de la personnalité ».

Journées françaises de Paris, Dijon et Strasbourg. « Les renonciations au bénéfice de la loi ». « Les délits économiques » (Daloz, 1963, 812 p.).

– Tome XIV, années 1961-1962.

Journées luxembourgeoises de Luxembourg. « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international ».

Journées italiennes de Turin. « Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques » (Daloz, 1965, 840 p.).

– Tome XV, année 1963.

Journées brésiliennes de Rio de Janeiro. « La responsabilité civile et pénale des administrateurs des sociétés. Les sociétés d'économie mixte, les entreprises publiques et les fondations. L'évolution des sociétés commerciales » (Daloz, 1967, 940 p.).

– Tome XVI, année 1965.

Journées belges de Liège. « La croissance des villes et son influence sur la réforme juridique de la propriété immobilière » (Université Liège, 1966, 452 p.).

– Tome XVII, année 1964.

Journées turques d'Istanbul. « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles » (Daloz, 1968, 440 p.).

– Tome XVIII, année 1966.

Journées françaises de Lyon, Grenoble et Aix-en-Provence. « Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites » (Daloz, 1969, 350 p.).

- Tome XIX, année 1967.
Journées néerlandaises de La Haye, Rotterdam et Leyde. « Les choses dangereuses » (Daloz, 1971, 444 p.).
- Tome XX, année 1968.
Journées suisses de Genève et Lausanne. « Les modes non formels d'expression de la volonté » (Daloz, 1972, 294 p.).
- Tome XXI, année 1969.
Journées italiennes de Trieste. « Les groupements et organismes sans personnalité juridique » (Daloz, 1974, 360 p.).
- Tome XXII, année 1970.
Journées françaises de Paris et Montpellier. « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques » (Daloz, 1975, 274 p.).
- Tome XXIII, année 1971.
Journées turques d'Istanbul. « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels » (Publication de la Faculté de droit d'Istanbul, 1973, 818 p.).
- Tome XXIV, année 1973.
Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke. « La protection des consommateurs » (Daloz, 1975, 578 p.).
- Tome XXV, année 1974.
Journées libanaises de Beyrouth. « Le secret et le droit » (Daloz, 1975, 820 p.).
- Tome XXVI, année 1975.
Journées belges de Bruxelles, Liège, Gand et Louvain. « Le corps humain et le droit » (Daloz, 1977, 536 p.).
- Tome XXVII, année 1976.
Journées françaises de Paris et Bordeaux. « La protection juridique du voisinage et de l'environnement » (Daloz, 1979, 462 p.).
- Tome XXVIII, année 1977.
Journées grecques d'Athènes et Thessalonique. « L'abus de pouvoirs ou de fonctions » (Économica, 1980, 456 p.).
- Tome XXIX, année 1978.
Journées louisianaises de la Nouvelle-Orléans et Baton-Rouge. « L'interprétation par le juge des règles écrites » (Économica, 1980, 464 p.).
- Tome XXX, année 1979.
Journées égyptiennes du Caire. « La protection de l'enfant » (Économica, 1981, 702 p.).
- Tome XXXI, année 1980.
Journées italiennes de Florence. « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges » (Économica, 1982, 636 p.).
- Tome XXXII, année 1981.
Journées portugaises de Lisbonne. « La publicité-propagande » (Économica, 1983, 616 p.).
- Tome XXXIII, année 1982.
Journées mexicaines de Mexico. « Le droit au logement » (Économica, 1984, 724 p.).
- Tome XXXIV, année 1983.
Journées suisses de Lausanne, Neuchâtel et Genève. « Le rôle de la pratique dans la formation du droit » (Économica, 1985, 616 p.).
- Tome XXXV, année 1984.
Journées brésiliennes de Rio de Janeiro et São Paulo. « La responsabilité du banquier. Aspects nouveaux » (Économica, 1986, 662 p.).

- Tome XXXVI, année 1985.
Journées françaises de Paris et Aix-en-Provence. « L'effectivité des décisions de justice » (Économica, 1988, 418 p.).
- Tome XXXVII, année 1986.
Journées néerlandaises d'Amsterdam, Leyde et Utrecht. « Les nouveaux moyens de reproduction (papier, sonores, audiovisuels et informatiques) » (Économica, 1988, 418 p.).
- Tome XXXVIII, année 1987.
Journées canadiennes de Montréal et Québec. « La vérité et le droit » (Économica, 1989, 780 p.).
- Tome XXXIX, année 1988.
Journées turques d'Istanbul. « Quelques aspects récents de l'évolution du droit de la famille » (Économica, 1990, 818 p.).
- Tome XL, année 1989.
Journées polonaises de Varsovie. « La protection des biens culturels » (Économica, 1991, 584 p.).
- Tome XLI, année 1990.
Journées camerounaises de Yaoundé. « La maîtrise du sol » (Économica, 1992, 722 p.).
- Tome XLII, année 1991.
Journées égyptiennes du Caire. « La responsabilité des constructeurs » (Litec, 1993, 528 p.).
- Tome XLIII, année 1992.
Journées louisianaises de Baton-Rouge et la Nouvelle-Orléans. « La bonne foi » (Litec, 1994, 586 p.).
- Tome XLIV, année 1993.
Journées franco-italiennes de Nice et Gènes. « La circulation du modèle juridique français » (Litec, 1994, 662 p.).
- Tome XLV, année 1994.
Journées japonaises de Tokyo. « Les groupements » (Litec, 1995, 648 p.).
- Tome XLVI, année 1995.
Journées argentines de Buenos Aires. « L'endettement » (LGDJ, 1997, 720 p.).
- Tome XLVII, année 1996.
Journées portugaises de Porto. « Les garanties de financement » (LGDJ, 1998, 864 p.).
- Tome XLVIII, année 1997.
Journées luxembourgeoises de Luxembourg. « L'étranger » (LGDJ, 2000, 778 p.).
- Tome XLIX, année 1998.
Journées libanaises de Beyrouth. « L'ordre public : aspects nouveaux » (LGDJ, 2001, 1168 p.).
- Tome L, année 1999.
Journées panaméennes de Panama. « La responsabilité : aspects nouveaux » (LGDJ, 2002, 856 p.).
- Tome LI, année 2001.
Journées franco-belges de Paris et Gand. « La discrimination » (SLC, 2004, 942 p.).
- Tome LII, année 2002.
Journées mexicaines de Mexico et Oaxaca. « Les minorités » (Institut de recherches juridiques de l'Université nationale autonome de Mexico, 2005, 828 p.).
- Tome LIII, année 2003.
Journées vietnamiennes de Hanoi. « La propriété » (SLC, 2006, 608 p.).
- Tome LIV, année 2004.
Journées québécoises de Montréal et Québec. « L'indemnisation » (SLC, 2008, 872 p.).
- Tome LV, année 2005.
Journées brésiliennes de Rio de Janeiro et Saõ Paulo. « Le contrat » (SLC, 2008, 978 p.).
- Tome LV, année 2005.
Journées brésiliennes de Rio de Janeiro et Saõ Paulo. « Le contrat » (SLC, 2008, 978 p.).
- Tome LVI, année 2006.
Journées marocaines de Casablanca et Fès. « La concurrence » (Paris, éd. SLC, 2010, 1009 p.).

– Tome LVII, année 2007.

Journées colombiennes de Bogota et Carthagène. « Le consommateur » (Paris, éd. LB2V et Bruylant, 2010, 794 p.).

– Tome LVIII, année 2008.

Journées louisianaises de Baton Rouge et La Nouvelle Orléans. « Droit et culture » (Paris, éd. LB2V et Bruylant, 2010, 680 p.).

Les Travaux des Journées suisses (tome LIX, année 2009 : La santé) et roumaines (tome LX, année 2010 : Les successions) seront publiés en 2011.

TRAVAUX DES JOURNÉES NATIONALES

Tome I, Lille – 1996. « Le renouvellement des sources du droit des obligations » (LGDJ, 1997, 192 p.).

Tome II, Nice – 1997. « Les professions libérales » (LGDJ, 1998, 148 p.).

Tome III, Limoges – 1998. « La motivation » (LGDJ, 2000, 150 p.).

Tome IV, Nantes – 1999. « La relativité du contrat » (LGDJ, 2001, 258 p.).

Tome V, Toulouse – 2000. « Le contrat électronique » (Éditions Panthéon-Assas, 2002, 152 p.).

Tome VI, Aix-en-Provence – 2001. « Droit et théâtre » (PUAM, 2003, 186 p.).

Tome VII, Bordeaux – 2002. « L'indivision » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, 132 p.).

Tome VIII, Grenoble – 2003. « L'image » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, 138 p.).

Tome IX, Strasbourg – 2004. « Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006, 124 p.).

Tome X, Montpellier – 2005. « Entreprise et liberté » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008, 138 p.).

Tome XI, Caen – 2006. « Le droit et l'environnement » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, 188 p.).

Tome XII, La Rochelle – 2007. « La personnalité morale » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, 142 p.).

Tome XIII, Boulogne-sur-Mer – 2008. « Le droit souple » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, 190 p.).

Tome XIV, Le Mans – 2009. « L'aléa » (Daloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011, 126 p.).

VOCABULAIRE JURIDIQUE

Vocabulaire juridique, sous la direction du doyen Gérard Cornu, 8^e éd. (PUF, 2000, 926 p.).

Vocabulaire juridique, sous la direction du doyen Gérard Cornu, 8^e éd. (PUF, coll. « Quadrige », 2007, 986 p.).

AUTRES PUBLICATIONS

Apports de René Capitant à la Science juridique – 1990 (Litec, 1992, 96 p.).

Rencontres internationales de droit comparé de Damas en Syrie, année 1996. « Les modes alternatifs de règlement des conflits » (*Revue internationale de droit comparé* n° 2, Société de législation comparée, 1997).

- Journée Jacques Flour « Le Formalisme »* – 1999 (Deffrénois, 15-30 août 2000, n° 15-16).
Journée Marcel Waline – 2001 (RDP, 2002, p. 911 et s.).
L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) (*Les Petites affiches*, 13 octobre 2004, n° 205).
Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire (Dalloz, Litec, 2004, 718 p.).
Journée Henri, Léon et Jean Mazeaud « La responsabilité civile » (*Les Petites affiches*, n° spécial, 31 août 2006).
Les droits de tradition civiliste en question à propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale, vol. 1 (SLC, 2006, 144 p.) et *Contributions des autres Groupes de l'Association*, vol. 2 (SLC, 2006, 162 p.). En accès libre sur le site www.henricapitant.org.
Hommage de l'Association Henri Capitant à Jean Carbonnier – 2005 (Dalloz, 2007, 278 p.).
Hommage de l'Association Henri Capitant à Gérard Cornu (Dalloz, 2009, 82 p.).

Certains de ces ouvrages sont épuisés.

Se renseigner auprès de l'éditeur :

Dalloz, 31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex 14.
Economica, 49, rue Héricart, 75015 Paris.
LGDJ, 31, rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15.
Litec, 141, rue de Javel, 75015 Paris.
Société de législation comparée, 28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris.

Composition du Conseil d'administration de l'Association

AYNES Laurent

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

BÉNABENT Alain

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Agrégé des Facultés de droit.

BLANC-JOUVAN Xavier

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

CHARRUAULT Christian

Président de la Première chambre civile de la Cour de cassation.

DECORPS Jean-Paul

Notaire, Président honoraire du Conseil supérieur du notariat.

DELFOSSÉ Alain

Notaire, Directeur de l'Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat.

DUBARRY Jean-Claude

Avocat à la Cour, Professeur à l'Institut de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Trésorier de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

DUPICHOT Philippe

Professeur à l'Université Paris XII,
Secrétaire général adjoint de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

GAUDEMÉT Yves

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Vice-président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

GORÉ Marie

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Vice-présidente de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

GRIMALDI Michel

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

JAUFFRET-SPINOSI Camille

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

LEQUETTE Yves

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

MAISTRE DU CHAMBON Patrick

Professeur à l'Université Pierre Mendès France (Grenoble II).

MALINVAUD Philippe

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Président d'honneur de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

MATTEOLI François-Xavier

Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau des Hauts-de-Seine.

MAZEAUD Denis

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Secrétaire général de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

MESTRE Jacques

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, Doyen de la Faculté de droit d'Aix-Marseille III.

RAQUIN Jean-Jacques

Avocat au Barreau de Paris.

SIMLER Philippe

Professeur émérite de l'Université Robert-Schuman (Strasbourg III).

TERRÉ François

Membre de l'Institut, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

VINEY Geneviève

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

Composition du Bureau de l'Association

Président d'honneur

M. le Professeur **Philippe MALINVAUD**

Président

M. le Professeur **Michel GRIMALDI**

Vice-Présidents

M. le Professeur **Yves GAUDEMET**

Mme le Professeur **Marie GORÉ**

Secrétaire général

M. le Professeur **Denis MAZEAUD**

Secrétaire général adjoint

M. le Professeur **Philippe DUPICHOT**

Trésorier

M^e **Jean-Claude DUBARRY**

Photocomposition CMB Graphic
44800 Saint-Herblain