

LE FIDUCIAIRE, VÉRITABLE PIVOT OU SIMPLE ROUAGE DE L'OPÉRATION DE FIDUCIE?

*Blandine Mallet-Bricout**

L'objet de cet article est de s'interroger sur le rôle que tient le fiduciaire, spécialement dans la fiducie française issue de la *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, mais aussi en comparaison d'autres systèmes juridiques civilistes ou de *common law*.

Un double regard permet de montrer que le fiduciaire ne tient pas, du moins en droit français, le rôle de pivot de l'opération que l'on pourrait attendre de lui. En effet, la fiducie envisagée sous sa perspective contractuelle, révèle un contractant fiduciaire largement sous la dépendance du constituant, qui détermine non seulement sa mission, parfois très réduite, mais dispose également du pouvoir de le remplacer. La confrontation des pouvoirs du constituant et de ceux du bénéficiaire avec le statut du fiduciaire, propriétaire des biens mis en fiducie, interroge également le civiliste : la propriété fiduciaire semble en effet singulièrement s'éloigner des caractéristiques traditionnelles du droit de propriété (perpétuité, exclusivité). Et la tentative avortée, en 2009, d'un dédoublement de la propriété fiduciaire à l'image de la distinction anglo-américaine entre *legal ownership* et *beneficial interests*, n'a pas permis le rapprochement espéré par les praticiens entre la fiducie française et le *trust*, laissant le fiduciaire au rang d'un propriétaire diminué.

Finalement, la prééminence de la relation contractuelle sur celle patrimoniale instaurée par l'opération de fiducie peut aboutir à vider de sa substance la fonction fiduciaire, envisagée dans sa double dimension de gestion et d'exercice d'un droit de propriété sur les biens mis en fiducie. Le fiduciaire apparaît ainsi moins comme un véritable pivot que comme un simple rouage multifonctions de l'opération de fiducie.

The purpose of this article is to inquire into the role of the trustee, with special emphasis on the French trust created by the *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, but also from a comparative perspective with respect to other civil and common law jurisdictions.

A close look suggests that the trustee does not, at least in French law, play the kind of pivotal role that might be expected. Indeed, the trust, viewed from a contractual perspective, reveals a role for the trustee that is largely contingent on the constituting party, who not only determines the fiduciary's mandate—often a very narrow one—but also has the power to replace the trustee. The conflict between the powers of the constituting party and the beneficiary, and the status of the trustee, as owner of the property held in trust, is also intriguing to the civilian legal scholar: ownership of trust property appears, interestingly, to distance itself from the traditional characteristics of the right of ownership (perpetuity, exclusivity). Moreover, the failed 2009 attempt to create a dualistic model of ownership based on the Anglo-American distinction between legal ownership and beneficial interests did not bring about the alignment of the French and Anglo-American trusts that was desired by practitioners and instead relegated the trustee to the status of an owner with diminished rights.

Finally, the pre-eminence of the contractual rather than patrimonial aspects of the operation of the trust may have the effect of removing the substance of the trustee's role, viewed as encompassing a dimension both of management and of the exercise of an ownership right over property held in trust. The trustee thus appears less as a truly pivotal player, and more as a multifunctional cog, in the operation of the trust.

* Professeur agrégé des Facultés de droit, Université de Lyon (Jean Moulin).

Introduction	907
I. Le fiduciaire, contractant sous dépendance	911
<i>A. Le schéma théorique de la dépendance</i>	912
<i>B. La prééminence du constituant</i>	918
<i>C. Le paradoxe de l'ébauche d'une responsabilité fiduciaire</i>	921
II. Le fiduciaire, propriétaire diminué	925
<i>A. Brèches ouvertes dans les attributs du fiduciaire propriétaire</i>	927
<i>B. Le fiduciaire propriétaire sous l'épée de Damoclès</i>	929
<i>C. La tentative avortée de dédoublement du propriétaire dans la fiducie française</i>	932
Conclusion	935

Introduction

« Trust et droit français : les frères ennemis? » : la question ne manque pas de provoquer; elle a pourtant été clairement posée il y a quelques années dans une revue juridique française, en intitulé d'un dossier¹ consacré au *trust* et à sa réception en droit français. Ce colloque international confrontant *trust* anglo-saxon et fiducie civiliste (sous ses diverses formes) laisse augurer une réponse heureusement négative à cette question : le *trust* et le droit français ne sont certainement pas frères², mais ils ne sont pas non plus ennemis. La nouvelle fiducie française, née de la *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*³, répond sans doute partiellement à une influence du *trust* anglo-américain, mais cette influence doit être nuancée.

Cet article traite d'un thème assez large puisqu'il s'agit de revenir sur le fiduciaire, dont il a déjà été question dans d'autres contributions : le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie? Qu'il s'agisse du fiduciaire dans la fiducie de type civiliste ou du *trustee* dans le *trust* anglo-américain, il semble a priori n'y avoir aucun doute qu'il s'agisse de sujets juridiques centraux, voire indispensables, dans l'opération de fiducie et dans celle du *trust*. C'est dans tous les cas un constat souvent relevé à propos du *trustee*⁴. Cela mérite toutefois d'être vérifié pour ce qui concerne le fiduciaire, plus spécialement en droit français.

En droit français, le fiduciaire est celui à qui le constituant va confier un bien ou un ensemble de biens, droits ou sûretés, présents ou futurs, dans l'objectif que celui-ci « agisse dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »⁵. Le constituant peut s'adresser à un seul fiduciaire comme à plusieurs. Simplement, la liste des personnes pouvant être désignées comme fiduciaire(s) est restreinte aux seuls établissements de

¹ Gaëlle Marraud des Grottes, « Trust et droit français: les frères ennemis? » (2006) 25 *Revue Lamy droit civil* 57; voir aussi David Hayton, « Préface » dans Jean-Marc Tirard, dir, *Trust & fiducie : concurrents ou compléments?*, Genève, Academy & Finance, 2008, 7.

² En témoigne notamment l'absence de ratification par la France de la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, 1er juillet 1985, 1664 RTNU 311, RT Can 1993 n° 2.

³ JO, 21 février 2007, 3052 [*Loi n° 2007-211*].

⁴ Voir notamment Marie-France Papandreou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004 à la p 513 [Papandreou-Déterville], qui souligne que « le *trustee* est certainement le pivot de l'institution », alors même que l'*equity* « estime qu'un *trust* dûment constitué ne peut échouer faute d'un *trustee* (*Equity does not want for a trustee*) ».

⁵ Art 2011 C civ.

crédit, entreprises d'investissement, entreprises d'assurance et aux avocats⁶. Les particuliers, notamment, sont donc exclus de cette qualité.

Le fiduciaire ne répond à aucune qualification juridique déjà connue du droit français : il n'est tout simplement pas qualifié, que ce soit de mandataire, de gestionnaire ou de toute autre qualification juridique qui pourrait éventuellement lui être appliquée. Il est un « agissant » sur les biens qui lui sont confiés, mais un agissant particulier, car il agit dans le cadre original d'un patrimoine séparé du sien⁷, ce que la doctrine française appelle communément un « patrimoine fiduciaire »⁸.

Le fiduciaire n'est donc pas un gérant ou un gestionnaire classique. Il a une position très originale en droit positif français, car il se retrouve à la tête de deux patrimoines, le sien propre et le patrimoine fiduciaire, ce qui déroge totalement à la théorie classique du patrimoine en droit français⁹.

⁶ Art 2015 C civ. Pour davantage de précisions sur les qualités requises pour pouvoir être fiduciaire, voir notamment *La fiducie, mode d'emploi*, 2^e éd, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2009 au n° 720 [*La fiducie*]. À titre de comparaison, le droit luxembourgeois précise également de manière détaillée la qualité de fiduciaire, en la réservant aux établissements de crédit, entreprises d'investissement, sociétés d'investissement à capital variable ou fixe, sociétés de titrisation, sociétés de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, fonds de pension, entreprises d'assurance ou de réassurance, organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier (*Loi du 27 juillet 2003*, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, 3 septembre 2003, 2620, art 4 [*Loi du 27 juillet 2003*]).

⁷ Art 2011 C civ.

⁸ L'existence d'un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire n'est pas admise dans toutes les fiducies d'essence civiliste, notamment en Suisse où le fiduciaire gère les biens objet de la fiducie au sein de son patrimoine, sans pouvoir constituer de « patrimoine fiduciaire ». Voir à ce sujet Voir Benoît Chappuis, « L'incidence de la convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance sur la fiducie en droit suisse » dans *Le centenaire du Code civil suisse : colloque du 5 avril 2007*, Paris, Société de législation comparée, 2008, 201. La *fiducia* romaine n'acceptait pas davantage l'existence d'un patrimoine séparé. Au contraire, le droit luxembourgeois retient l'existence d'un patrimoine fiduciaire autonome (art 6 de la *Loi du 27 juillet 2003*, *supra* note 3).

⁹ On évoque souvent cette théorie sous l'appellation de la « théorie d'Aubry et Rau », du nom des deux auteurs qui en sont à l'origine. En vertu de cette théorie, qui comporte des implications fondamentales en droit français, toute personne juridique est titulaire d'un patrimoine et elle ne peut être titulaire que d'un seul patrimoine. Cette théorie classique exclut donc toute possibilité de patrimoine d'affectation. Elle est ainsi clairement remise en question par la loi sur la fiducie et, plus récemment, par celle sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (*Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, JO 16 juin 2010, 10984 [*Loi n° 2010-658*]), qui crée au profit de l'entrepreneur personne physique un statut reposant sur l'existence de deux patrimoines rattachés à sa seule personnalité juridique : un patrimoine personnel et un patrimoine affecté à ses activités professionnelles. Voir notamment François Terré, dir, *EIRL : L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Paris, Lexis Nexis, 2011.

En outre, le fiduciaire peut tenir plusieurs rôles puisque fiducie-gestion et fiducie-sûreté sont toutes deux admises en droit français. Le fiduciaire peut ainsi être amené à gérer des biens dans un but déterminé par le constituant et qui sont destinés à être remis, à l'issue du contrat de fiducie, à un tiers bénéficiaire (ou plusieurs); ou bien, il peut être amené à gérer un patrimoine constitutif d'une garantie au profit d'un tiers créancier ou de lui-même s'il est le créancier du constituant.

La fiducie française est donc multiple, ce qui pose d'ailleurs difficulté lorsque l'on tente de systématiser le mécanisme fiduciaire. Il n'est pas indifférent que la fiducie soit conclue dans un but de gestion ou dans un but de garantie, voire en associant les deux fonctions lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier bénéficiaire de la fiducie, mais est amené à gérer le patrimoine fiduciaire dans un but de garantie au profit d'un tiers créancier¹⁰. On voit déjà là les limites de la distinction qui est faite en doctrine entre fiducie-gestion et fiducie-sûreté. Le législateur s'est d'ailleurs gardé de consacrer officiellement une telle dichotomie, même si plusieurs dispositions du Code civil français sont désormais consacrées exclusivement à la fiducie conclue dans un but de garantie¹¹.

Le fiduciaire est donc évoqué dans le Code civil français de manière unitaire et, à première vue, il constitue un élément-clé du mécanisme de fiducie : sur les vingt-et-un articles relatifs à la fiducie qui figurent dans le Livre III du Code civil, deux tiers concernent le fiduciaire et un tiers le fiduciaire exclusivement. En dépit de ce constat, il subsiste dans la législation française des lacunes sur l'essentiel, c'est-à-dire sur la nature des rapports entre fiduciaire et constituant, d'une part, et entre fiduciaire et bénéficiaire, d'autre part. La responsabilité du fiduciaire n'est par ailleurs réellement envisagée que dans un seul article, assez vague¹². Autant dire que l'œuvre du législateur français reste à parfaire, en dépit des nombreux textes relatifs à la fiducie qui se sont succédés ces dernières années¹³. L'éclairage du juge sera nécessaire tout en étant probablement re-

¹⁰ Les premières fiducies conclues en France après la mise en vigueur de la *Loi n° 2007-211*, *supra* note 3 répondent à ce schéma.

¹¹ Voir arts 2372-1, 2488-1 C civ, insérés par l'*Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, JO, 31 janvier 2009, 1854 [*Ordonnance n° 2009-112*] dans le Livre IV du *Code civil*, consacré aux sûretés. Les dispositions générales relatives à la fiducie figurent, quant à elles, dans le Livre III (art 2011 C civ), consacré aux contrats spéciaux.

¹² Art 2026 C civ.

¹³ En particulier : *Loi n° 2007-211*, *supra* note 3 (texte fondateur); *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, JO, 5 août 2008, 12471; *Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, JO, 19 décembre 2008, 19462; *Ordonnance n° 2009-112*, *supra* note 11; *Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux*

douté par les praticiens – ce qui explique la faible pratique de la fiducie en France depuis la loi du 19 février 2007¹⁴.

Néanmoins, à première vue, le fiduciaire apparaît sans doute comme le pivot de l'opération fiduciaire, celui par lequel passent les biens mis en fiducie et qui devra à la fois respecter la volonté du constituant et prendre les initiatives que lui laissent a priori ses qualités de propriétaire et de gestionnaire. En effet, le fiduciaire cumule les perspectives sous l'angle desquelles ses fonctions et son rôle peuvent être étudiés : à la fois co-contractant du constituant pour une durée déterminée, propriétaire des biens mis en fiducie, gestionnaire de patrimoine et parfois aussi créancier du constituant, sa situation originale au regard des catégories juridiques civilistes traditionnelles rend la fiducie difficile à harmoniser avec celles-ci : comment admettre qu'une même personne puisse à la fois être reconnue propriétaire de biens et simple gestionnaire de ces mêmes biens au bénéfice d'un tiers? Il est alors nécessaire de passer par l'étrange qualification (au regard du droit français) de « propriétaire temporaire pour autrui », ce qui permet d'imaginer qu'un tel propriétaire doit alors agir non pas librement, mais en fonction des objectifs qui lui sont assignés par autrui (le constituant) au bénéfice d'un tiers (le bénéficiaire).

On mesure à quel point les interrogations que pose la fiducie au regard du droit français ne sont pas facilement exportables en dehors des systèmes juridiques civilistes. En effet, contrairement à la fiducie française qui repose à la fois sur le pilier du contrat et sur le pilier de la propriété¹⁵, on sait que le *trust* anglo-américain relève historiquement du champ du droit des biens et non de celui des contrats¹⁶. Il s'agit là d'un

fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, JO, 31 janvier 2009, 1819; *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, JO, 13 mai 2009, 7920; *Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies »*, JO, 4 mars 2010, 4442; *Décret n° 2011-1319 du 18 octobre 2011 relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire des avocats*, JO, 20 octobre 2011, 17716 [Décret n° 2011-1319].

¹⁴ Fin 2012, on comptait une centaine de fiducies conclues sous l'égide du droit français. La doctrine française ne se lasse toutefois pas d'envisager les nombreuses applications possibles de la fiducie; en témoignent les très nombreuses publications sur le sujet depuis 2007. Pour une réflexion récente, voir le dossier suivant : « Les utilisations pratiques de la fiducie-gestion » (2012) 212 Dr et Pat 43.

¹⁵ Pour une analyse nuancée (l'auteur voyant dans la fiducie moins un contrat qu'une opération, ce qui la rapprocherait du *trust* anglo-saxon), voir Yaëll Emerich, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au *trust* de a common law : entre droit des contrats et droit des biens » (2009) 61 : 1 RIDC 50.

¹⁶ Voir Papandreou-Déterville, *supra* note 4 à la p 411; Emerich, *supra* note 16 à la p 57; Christian Larroumet, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie : propos critiques » (2007) D 1350.

élément essentiel, qui permet de mieux saisir la diversité des approches de la fiducie civiliste et du *trust* anglo-américain. Certains sont même allés jusqu'à considérer que la comparaison du *trust* et de la fiducie était dès lors impossible et qu'en tout état de cause une transposition des droits issus du *trust* dans les catégories civilistes était irréalisable¹⁷. Il nous semble au contraire que la comparaison est judicieuse dès lors que l'on s'intéresse au fiduciaire, qui présente un certain nombre de points communs avec le *trustee*. Du moins faut-il admettre que de nombreuses questions que posent la qualité et le rôle du fiduciaire peuvent être transposées à la qualité et au rôle du *trustee*, et réciproquement. Il y a là, sans doute, le signe d'une certaine « universalité », si ce n'est de nos solutions juridiques, au moins de nos questionnements, sur les pouvoirs, les devoirs, la responsabilité du fiduciaire et du *trustee*¹⁸. Les fonctionnalités recherchées au travers d'une fiducie civiliste ou d'un *trust* anglo-américain constituent probablement le lien le plus net entre ces institutions.

Nous allons donc voir, tout en essayant d'introduire des éléments de comparaison avec le *trust* anglo-américain ou d'autres fiducies, que la fiducie de droit français mène sans aucun doute à un étirement des concepts civilistes classiques de gestionnaire et de propriétaire, ce qui amène à se demander si le fiduciaire ne serait pas davantage un simple rouage, dépendant de nombreux autres rouages du mécanisme fiduciaire, plutôt que le véritable pivot de cette opération. Pour cela, nous envisagerons d'abord le fiduciaire en tant que contractant gestionnaire sous la dépendance essentiellement du constituant (I), puis en tant que propriétaire diminué des biens placés en fiducie (II).

I. Le fiduciaire, contractant sous dépendance

Il n'y a a priori rien d'anormal ou de choquant à ce qu'un contractant puisse être envisagé comme étant « sous dépendance » : par essence, la relation contractuelle synallagmatique crée une dépendance à la volonté du co-contractant. Dans l'opération de fiducie, la situation du fiduciaire est toutefois plus subtile, puisque la dépendance du fiduciaire à l'égard des autres protagonistes de l'opération de fiducie s'exprime de manière multiple. Au schéma théorique de la dépendance, résultant du mécanisme fi-

¹⁷ Voir notamment Henri Motulsky, « De l'impossibilité juridique de constituer un *trust* anglo-saxon sous l'empire de la loi française » (1948) 37 : 1-2 *Rev crit dr int privé* 451; Claude Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1980 [Witz, *La fiducie en droit privé français*], qui évoque un « fossé » entre le *trust* anglo-américain et les droits continentaux au n° 8.

¹⁸ Pour une étude comparée récente, voir Rafael Ibarra Garza, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (Étude comparée : droit français-droit anglais)*, thèse de doctorat en droit, Université Paris II, 2013 [non publiée].

duciaire à la française (A), il faut ajouter une domination de fait du constituant dans de nombreuses hypothèses (B). L'appréhension juridique de la responsabilité du fiduciaire n'en reste pas moins paradoxale : en dépit de cette situation de dépendance, la responsabilité du fiduciaire n'est que rapidement et imparfaitement abordée par le législateur français (C).

A. *Le schéma théorique de la dépendance*

Le mécanisme fiduciaire repose, à l'image du *trust* de common law, sur l'idée que le fiduciaire doit œuvrer au bénéfice d'un tiers choisi par le constituant. C'est le bénéficiaire qui doit, au final, recueillir les biens placés dans le patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire agit donc dans le cadre de la fiducie comme un gestionnaire des biens qui lui ont été confiés. Mais à la différence du *trustee*, qui n'est pas fondamentalement enfermé dans un cadre contractuel¹⁹, le fiduciaire français est éminemment lié par le contrat de fiducie conclu avec le constituant. En droit français, la fiducie est avant tout un contrat spécial, placé dans le Code civil parmi d'autres contrats spéciaux tels la vente, le prêt, ou encore le dépôt. La nature juridique de ce contrat de gestion est donc autonome : aucun renvoi n'est fait au contrat de mandat, contrairement par exemple au droit suisse, qui s'appuie expressément sur le droit applicable au mandat pour définir les règles applicables à la fiducie suisse²⁰ ou encore au droit luxembourgeois qui va dans le même sens²¹. La fiducie en droit français est une qualification contractuelle en elle-même. Certains auteurs considèrent que la fiducie française reposerait, à l'égard du bénéficiaire, sur une stipulation pour autrui au sens de l'article 1121 du Code civil²². Cependant, cela reste discuté.

¹⁹ Voir René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 2002 au no 259, n 2 : « La catégorie du *trust* s'est ainsi développée en dehors du champ contractuel, et elle est demeurée une catégorie entièrement différente de celle du contrat ». Cette analyse doit cependant être nuancée, certains auteurs anglo-américains ayant une approche nettement plus contractualiste du *trust* en droit positif : voir John H Langbein, « The Contractarian Basis of the Law of Trusts » (1995) 105 : 3 Yale LJ 625.

²⁰ Voir Chappuis, *supra* note 3 à la p 203 : l'auteur présente ce renvoi au droit du mandat comme étant le « cadre fondamental » de la fiducie suisse, qui n'est réglementée par aucun texte légal.

²¹ *Loi 27 juillet 2003*, *supra* note 3, art 7 : « Les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation, sont applicables aux relations entre le fiduciaire et le fiduciaire dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties ». Le fiduciaire, en droit luxembourgeois, correspond au constituant en droit français.

²² Voir notamment *La fiducie*, *supra* note 6 au n° 751.

En tout état de cause, le fiduciaire est l'interface entre constituant et bénéficiaire, sur la base d'un contrat conclu entre lui-même et le constituant. L'opération à trois personnes de fiducie repose donc fondamentalement sur un contrat établi entre deux des trois protagonistes. Dans ce cadre contractuel, le fiduciaire semble avoir un rôle majeur à jouer, le rôle d'un pivot.

La réalité est cependant autre pour plusieurs raisons. En premier lieu, la réglementation française sur la fiducie exclut que celle-ci puisse être utilisée à titre de libéralité²³, ce qui est critiqué par la doctrine et explicable uniquement par la crainte du législateur de voir la fiducie utilisée à mauvais escient. On peut penser qu'un jour ou l'autre, la fiducie-libéralité sera admise en droit français, ce qui conférerait alors au fiduciaire un rôle essentiel de pivot, entre le respect de la volonté du constituant et la préservation des intérêts du bénéficiaire.

En second lieu, le droit français autorise la confusion des genres entre les trois acteurs de l'opération de fiducie : le fiduciaire peut en effet être également bénéficiaire de la fiducie, comme le prévoit l'article 2016 du Code civil. C'est le cas, notamment, lorsque le fiduciaire est un créancier du constituant et qu'une fiducie-sûreté est mise en place pour garantir la créance du fiduciaire sur le constituant. Ce n'est donc pas une hypothèse d'école. Le constituant peut lui aussi être bénéficiaire²⁴, ce qui peut être envisagé, par exemple, dans le cadre d'une fiducie-gestion portant sur les biens d'un constituant majeur incapable. Cette confusion est plus classique et admise aussi dans le *trust*²⁵. En droit français, elle entraîne en particulier une présomption d'action de concert en droit des sociétés²⁶.

La fiducie se résume alors concrètement à deux intervenants et non plus trois, l'un d'eux ayant toutefois une double qualité, celle de fiduciaire ou de constituant et celle de bénéficiaire : le schéma fiduciaire est donc préservé (trois fonctions distinctes) tout en étant quelque peu dévoyé (deux acteurs). Dans ces hypothèses, potentiellement fréquentes, le fiduciaire n'est plus véritablement une interface entre constituant et bénéficiaire : il est face à son seul co-contractant, le constituant. Cela modifie l'esprit originel du mécanisme fiduciaire et éloigne singulièrement la fiducie française du *trust*, le fondement contractuel de la fiducie ressortant

²³ Art 2013 C civ (nullité d'ordre public).

²⁴ Art 2016 C civ.

²⁵ Raymond Legeais, *Grands systèmes de droit contemporain : approche comparative*, 2^e éd, Paris, Lexis Nexis, 2008 au n° 476.

²⁶ Art L233-10, al 2(5°) Code de commerce.

d'autant plus dans ces hypothèses²⁷. On peut faire le même type de constat de manière plus large, en observant la position du bénéficiaire dans le mécanisme de fiducie (ce qui permet d'éclairer indirectement celle du fiduciaire).

En troisième lieu, le bénéficiaire n'est en quelque sorte que le récipiendaire de l'action accomplie par le fiduciaire selon la volonté exprimée par le constituant (qui lui a transmis un ou plusieurs « biens, droits ou sûretés »²⁸). Il n'est pas partie au contrat de fiducie; seule sa possible acceptation de la fiducie est évoquée, de manière assez allusive, à l'article 2028 du Code civil : « Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire ». Mais les autres conséquences de cette acceptation ne sont pas clairement précisées; en particulier, le Code civil ne donne aucune information sur le sort des fruits et revenus des biens, droits ou sûretés placés dans le patrimoine fiduciaire. Il semble que ceux-ci ne reviennent pas au bénéficiaire, sauf stipulation contraire dans le contrat de fiducie²⁹. Le bénéficiaire est ainsi récipiendaire des seuls biens mis en fiducie, tels qu'ils existent en fin de contrat de fiducie. La common law n'a pas conféré au *beneficiary* une meilleure position, du moins dans un premier temps : il a fallu l'intervention de l'*equity* pour améliorer sa position, tant il était « totalement ignoré » à l'origine³⁰.

Comme envisagé par le droit français, le bénéficiaire — qui reste d'ailleurs très discret dans les textes du Code civil — n'est donc qu'un personnage secondaire et relativement passif. Sur le modèle de la stipulation pour autrui du droit français³¹, il est prévu que le constituant reste maître

²⁷ Ce fondement contractuel explique également que le constituant ne puisse se confondre avec le fiduciaire, au motif, pour certains auteurs, qu'on ne pourrait conclure avec soi-même. Il semble toutefois que le contrat avec soi-même soit généralement admis en droit français, ainsi que le soulignent plusieurs auteurs (par ex Christian Larroumet, *Droit civil : Les obligations, Le contrat*, t 3, 1^{re} partie, 6^e éd, Paris, Economica, 2006 aux paras 257-61; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil : Les obligations*, 10^e éd, Paris, Dalloz, 2009 au para 182). Des auteurs considèrent en outre que la solution inverse aurait été très probablement une porte ouverte à la fraude aux droits des créanciers du constituant, celui-ci pouvant dès lors protéger une partie de ses actifs en créant un second patrimoine qu'il gérerait lui-même. C'est pourtant ce qu'a admis la *Loi n° 2010-658*, *supra* note 9, qui autorise l'entrepreneur personne physique à créer un patrimoine d'affectation dédié à ses activités professionnelles. Le *trust* admet quant à lui que le *settlor* puisse se constituer lui-même *trustee*, mais au profit d'un tiers (voir A-M Honoré, *Droit des trusts et droit des biens*, recueil de cours, Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé, Strasbourg, 1967 à la p 10).

²⁸ Art 2012, al 2 C civ.

²⁹ *La fiducie*, *supra* note 6 au n° 3600.

³⁰ Witz, *La fiducie en droit privé français*, *supra* note 18 au n° 6. Voir aussi David et Jauffret-Spinozi, *supra* note 20 au n° 259.

³¹ Lequel sert de socle théorique aux contrats d'assurance sur la vie, en particulier.

de l'existence de la fiducie tant que le bénéficiaire n'a pas accepté le contrat de fiducie. Ce dernier peut toutefois librement renoncer à la fiducie (ce qui ne met pas forcément fin à celle-ci³²) et surtout demander en justice, dans certains cas (conventionnellement ou légalement définis), la nomination d'un fiduciaire provisoire ou le remplacement du fiduciaire³³.

On voit bien que le bénéficiaire n'est pas envisagé en droit français comme un rouage essentiel du mécanisme fiduciaire : il doit certes être désigné par le constituant³⁴, mais ensuite il n'a a priori d'autre choix que de rester passif (si toutefois il accepte le contrat de fiducie), sauf s'il renonce à la fiducie³⁵ ou demande le remplacement du fiduciaire³⁶. Aucun autre droit ne lui est expressément accordé par les textes. Notamment, il ne peut exiger une reddition des comptes de la part du fiduciaire, sauf si le contrat le prévoit expressément³⁷.

Cette situation juridique pose bien sûr la question des éventuelles actions du bénéficiaire contre le fiduciaire, dans l'hypothèse où celui-ci ne respecterait pas ses pouvoirs de gestion ou n'agirait pas dans l'intérêt du bénéficiaire : sur quel fondement le bénéficiaire peut-il agir contre le fiduciaire? La doctrine française s'interroge à ce sujet, en l'absence de toute disposition générale dans le Code civil³⁸. En particulier, que peut faire le bénéficiaire en cas de dissipation des biens par le fiduciaire? Il faut admettre que le bénéficiaire ne dispose, en vertu des textes et de manière explicite, d'aucun droit de suite ou droit de préférence. Il n'est a priori titulaire que de droits personnels à l'égard du fiduciaire, s'il a accepté la fiducie. Certains lui reconnaissent la possibilité de prendre des mesures conservatoires si la gestion du fiduciaire met en péril ses intérêts³⁹. La possibilité de revendiquer les biens mis en fiducie est a priori exclue, sauf s'il s'agit d'obtenir la restitution des biens de la part du fiduciaire lui-même dans l'hypothèse de la fiducie-sûreté.

³² Voir art 2029, al 2 C civ : le contrat de fiducie peut prévoir « les conditions dans lesquelles il se poursuit » alors.

³³ Art 2027 C civ.

³⁴ Art 2018(5^o) C civ.

³⁵ Art 2029, al 2 C civ.

³⁶ Art 2027 C civ.

³⁷ Art 2022 C civ.

³⁸ Le Livre IV du *Code civil* précise toutefois les droits du bénéficiaire dans l'hypothèse particulière de la fiducie-sûreté : à défaut de paiement de la dette garantie, le législateur accorde au bénéficiaire-tiers créancier du constituant le droit d'exiger du fiduciaire « la remise du bien, dont il peut alors librement disposer » (art 2372-3, al 2 et 2488-3, al 2 C civ).

³⁹ *La fiducie*, supra note 6 au n° 3750.

En effet, le bénéficiaire, en droit français, n'est titulaire d'aucun droit réel; seul le fiduciaire est admis comme propriétaire des biens mis en fiducie et aucun démembrement de la propriété n'a été reconnu dans la fiducie française⁴⁰. Du moins c'est la conclusion que l'on peut raisonnablement tirer de la lecture des articles 2011 et suivant du Code civil⁴¹. Le bénéficiaire ne peut dès lors engager qu'une action visant à exiger l'exécution, par le fiduciaire, des actes qu'il s'est engagé à accomplir⁴², notamment le transfert de propriété des biens à l'issue de la fiducie. Le bénéficiaire ne saurait agir en résolution du contrat de fiducie, puisqu'il n'est pas partie à ce contrat, ni exiger d'un tiers acquéreur la restitution d'un bien dont le fiduciaire aurait anormalement disposé, faute d'exercer un droit réel sur ce bien⁴³.

Une partie de la doctrine conteste toutefois cette analyse, en proposant une alternative : le bénéficiaire tirerait de l'article 2023 du Code civil un droit de suite entre les mains du tiers acquéreur de mauvaise foi, droit de suite qui serait le signe de l'octroi d'un véritable droit réel sur la chose d'autrui à son profit⁴⁴. Toutefois, cette disposition se contente d'énoncer que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs », sans préciser la sanction applicable dans cette dernière hypothèse. Il pourrait s'agir aussi bien de la nullité ou de l'inopposabilité de l'acte conclu en contradiction des pouvoirs accordés au fiduciaire, que de la possibilité pour le bénéficiaire d'exercer une action en responsabilité contre le tiers. Et l'on pourrait tout aussi bien considérer que le bénéficiaire serait

⁴⁰ Voir *infra* à la p 920 et s.

⁴¹ Très nets en ce sens, voir Pierre Crocq, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire » dans Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, t 15, Paris, Dalloz, 2011, 9 aux pp 12-13 [Crocq, « Propriété fiduciaire »]; Garza, *supra* note 19, n° 420 et 1077 et s.

⁴² Witz, *La fiducie en droit privé français*, *supra* note 18 au n° 284. Voir aussi Camille de Lajarte, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie » (2009) 60 *Revue Lamy Droit Civil* 71.

⁴³ Le fiduciaire n'ayant pas transféré la propriété du bien au bénéficiaire, ce dernier ne peut en tout état de cause exercer aucune action en revendication de la propriété d'un bien... qui ne lui a jamais appartenu. Tout juste pourrait-il être admis comme ayant un droit de propriété potentiel ou conditionnel?

⁴⁴ Un auteur en particulier défend cette analyse : Frédéric Danos, « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie » dans *Liber Amicorum : Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris, Dalloz, 2012 [Danos, « La qualification des droits »] (l'auteur analyse *in fine* (n° 21 et s) le droit du bénéficiaire comme un droit réel *sui generis*, qui correspondrait au « droit réel d'expectative » reconnu en droit allemand, une forme diminuée de droit de propriété); plus hésitant, Michel Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre » [1991] 12 *Repertoire du Notariat Degrénois*, art 35085, 897 aux pp 984-85.

titulaire, non pas d'un droit réel, mais seulement d'un *jus ad rem*, simple droit de créance lui permettant d'exercer une action paulienne spéciale à l'encontre du tiers de mauvaise foi⁴⁵.

Les lacunes et incertitudes du droit français en ce domaine contrastent avec l'action de *breach of trust*, spécialement créée en common law pour protéger le *beneficiary*. En Angleterre, l'évolution historique du *trust* a conduit le *beneficiary*, à l'origine dépourvu de tout droit (mais seulement pourvu de *beneficial interests*), à devenir titulaire de droits personnels puis progressivement de droits *in personam ad rem acquirendam*⁴⁶. La fiducie française contraste également avec la règle selon laquelle un acquéreur à titre gratuit ou de mauvaise foi des biens confiés au *trustee* — l'acquéreur étant devenu ainsi propriétaire *at law* — devient par là même le *trustee* et doit alors gérer les biens dans l'intérêt du *beneficiary*⁴⁷. Les biens demeurent donc grevés au droit équitable du bénéficiaire, ce dernier disposant d'un droit de suite⁴⁸.

Par ailleurs, qu'advient-il en cas de pluralité de fiduciaires et de disparition de l'un d'eux? Le bénéficiaire peut-il subir les conséquences d'une telle situation? À nouveau, le Code civil français est muet sur la question, qui semble devoir être envisagée — s'il y a lieu — dans le contrat de fiducie. Les parties pourraient prévoir que la fiducie se poursuive avec les fiduciaires subsistants, en précisant les modalités de l'éventuelle répartition des pouvoirs entre eux. Le droit anglais, au contraire, prévoit cette situation courante et protège le *beneficiary* à l'aide de l'institution des *joint tenants* : si un *trustee* vient à disparaître, les autres continueront à administrer valablement le *trust* dans l'intérêt du *beneficiary*. Ils reprendront donc en commun, en quelque sorte, les pouvoirs du *trustee* disparu⁴⁹.

Ces questions amènent à s'interroger, par répercussion, sur la place du fiduciaire dans ce contexte en droit français : à nouveau, il semble qu'il se trouve bien davantage face au constituant qu'il ne serait une véritable interface entre constituant et bénéficiaire. Pour preuve, l'absence de

⁴⁵ Voir notamment Louis Rigaud, « À propos d'une renaissance du *jus ad rem* et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux » (1963) 15 : 3 RIDC 557; François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004 au para 628 [Barrière, *La réception du trust*]; Laura Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008 aux paras 296 et s.

⁴⁶ Voir David Hayton, « The distinctive characteristics of the Trust in Anglo-Saxon law » dans André Prüm et Claude Witz, dir, *Trust et fiducie*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 1 à la p 11.

⁴⁷ David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 20 au n° 259.

⁴⁸ Papandreou-Déterville, *supra* note 4 à la p 547.

⁴⁹ AH Oosterhoff et al, *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 7^e éd, Toronto, Carswell, 2009, ch 12.

règles légales permettant d'apporter une solution à de nombreuses questions qui ne manqueront pas de se poser : le législateur français laisse ces questions relever du contrat et donc en pratique de la volonté du constituant, initiateur de l'opération de fiducie. On touche là un point essentiel du mécanisme fiduciaire, tel qu'il a été imaginé en droit français : c'est bien le constituant qui semble avoir un rôle essentiel à jouer dans le schéma théorique de la fiducie. Il est le contractant par lequel tout commence et, dans une certaine mesure, tout arrive.

B. La prééminence du constituant

On a vu que le bénéficiaire n'avait, en droit français, qu'une position relativement secondaire et incertaine. Qu'en est-il du constituant, l'autre acteur de la fiducie avec lequel le fiduciaire doit composer? On présente généralement le fiduciaire comme ayant une mission de gestion dynamique des biens mis en fiducie⁵⁰, une présentation valorisante de ses fonctions. Il faut cependant passer du mythe à la réalité lorsqu'on étudie ses pouvoirs de gestion.

Le fiduciaire peut réaliser tout acte sur les biens placés en fiducie, d'autant plus qu'il a la qualité de propriétaire unique de ces biens⁵¹ et que la loi française ne donne aucune précision sur les obligations que le fiduciaire doit respecter dans le cadre de sa mission. Il n'existe pas, en effet, de théorisation des devoirs du fiduciaire en droit français. Il n'existe pas davantage de théorisation des remplois, dans l'hypothèse où le fiduciaire déciderait de vendre des biens mis dans le patrimoine fiduciaire⁵².

Le fiduciaire est toutefois certainement censé respecter les obligations générales de prudence et de diligence attendues de tout gestionnaire de biens. La seule limite clairement posée aux pouvoirs du fiduciaire dans le Code civil français est le fait qu'il doit agir « dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »⁵³. L'article 2018(6°) du Code civil indique en outre que le contrat de fiducie détermine « [l]a mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de dispo-

⁵⁰ Pour une approche nuancée des diverses techniques de gestion des biens d'autrui au regard du dynamisme de la gestion, voir Béatrice Balivet, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin - Lyon 3, 2004 [non publiée]; Pierre-François Cuif, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004.

⁵¹ Voir ci-dessous à la p 920 et s.

⁵² Comparer à David et Jauffret-Spinosi, supra note 20 au n° 259 (le droit anglais a mis en place un principe de subrogation, tantôt réelle, tantôt personnelle).

⁵³ Art 2011 C civ.

sition »⁵⁴. On perçoit là le rôle déterminant joué par le constituant, co-contractant du fiduciaire.

Le constituant a certes quelques obligations à l'égard du fiduciaire, mais il faut bien admettre que celles-ci sont peu nombreuses et ponctuelles : transférer la propriété et délivrer les biens au fiduciaire⁵⁵, éventuellement respecter la procédure d'agrément mise en place par le législateur français en droit des sociétés lorsque les biens mis en fiducie sont des parts sociales et, si le contrat de fiducie est conclu à titre onéreux, verser une rémunération au fiduciaire⁵⁶. Ce dernier, quant à lui, fait ce que le constituant lui accorde le pouvoir de faire, voire « ce que requiert l'intérêt des bénéficiaires »⁵⁷, ce qui peut se résumer dans certains cas à ne rien faire d'autre que de conserver les biens mis en fiducie (dans l'hypothèse, notamment, d'une fiducie-sûreté au profit de lui-même, fiduciaire créancier).

Ainsi, d'une gestion dynamique mythique, on aboutit parfois à une simple conservation des biens, sans que le fiduciaire ait de réels pouvoirs d'action sur ceux-ci. La gestion fiduciaire tend alors à dériver vers un simple dépôt à la réserve près (et fondamentale) que le fiduciaire est censé être titulaire d'un droit de propriété sur les biens. En outre, le constituant peut obtenir le droit de conserver l'usage et la jouissance des biens mis en fiducie, par la conclusion d'une « convention de mise à disposition » évoquée à l'article 2018-1 du Code civil, ce qui rend alors la gestion fiduciaire fort limitée.

Le droit français de la fiducie, guidé par un évident souci de souplesse, a ainsi créé une potentialité de fiducies caractérisées par un montage et des relations fortement marquées par l'abstraction. Concrètement, le fiduciaire, spécialement dans l'hypothèse de la fiducie-sûreté, peut ainsi n'avoir aucune autre mission à remplir que celle de conserver le bien ou même celle de gérer abstraitement un bien dont il n'a pas la possession. Ce schéma est cohérent au regard de l'intérêt pratique de permettre au

⁵⁴ Cette clause doit figurer dans le contrat de fiducie « à peine de nullité » (art 2018 C civ). Elle est particulièrement importante car elle permettra sans doute d'apprécier la responsabilité du fiduciaire en cas de difficulté.

⁵⁵ Le contrat de fiducie peut toutefois prévoir que le fiduciaire restera en possession des biens placés en fiducie (art 2011 C civ : convention de mise à disposition).

⁵⁶ Ce sera, a priori, toujours le cas en droit français, car l'article 2015 C civ ouvre la qualité de fiduciaire aux seuls avocats, établissements de crédit, entreprises d'investissement et entreprises d'assurances, tous professionnels.

⁵⁷ Olivier Fille-Lambie et Louis-Jérôme Laisney, « La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués? » (2010) 192 Dr et pat 76 à la p 78.

constituant de conserver le droit d’user des biens mis en fiducie⁵⁸, mais il rend difficile la perception d’une cohérence d’ensemble du mécanisme.

À l’extrême, pourrait-on priver le fiduciaire de tout pouvoir? Il semble que ce soit possible, puisque le Code civil français ne pose aucune limite aux contours de la mission et des pouvoirs du fiduciaire. Certains auteurs considèrent toutefois que le fiduciaire doit conserver au minimum le pouvoir d’exercer des mesures conservatoires sur les biens puisqu’il en est le propriétaire⁵⁹. Pourrait-on, par ailleurs, imposer l’autorisation préalable du constituant ou du bénéficiaire pour accomplir certains actes? On peut penser qu’il en serait possible, là encore dans le silence des textes et au regard de l’autonomie de la volonté des parties au contrat de fiducie. La seule limite à une telle réduction des pouvoirs du fiduciaire pourrait être la fraude, spécialement dans l’hypothèse de la fiducie-gestion.

Il faut donc admettre le rôle prépondérant du constituant dans la fiducie de droit français : il imprime sa volonté dans le contrat de fiducie et reste largement maître de la situation, qu’il s’agisse de fiducie-gestion ou de fiducie-sûreté. Cette perspective est légitime dans l’hypothèse de la fiducie-gestion, dans la mesure où l’idée est de permettre à une personne de confier à un tiers la gestion de tout ou d’une partie de ses biens dans un but déterminé, auquel le « gestionnaire » doit se soumettre. De même, lorsqu’il s’agit d’une fiducie-sûreté, on peut comprendre que le constituant souhaite préciser (a priori en accord avec le créancier bénéficiaire) les actes que le fiduciaire pourra accomplir, afin de sécuriser au maximum la garantie. Néanmoins, même si le but recherché est compréhensible, voire légitime, il n’est pas évident de le faire s’accorder avec la qualification de propriétaire accordée au fiduciaire par le droit français⁶⁰.

De plus, le constituant peut accentuer sa prééminence dans le rapport fiduciaire en renforçant son pouvoir de contrôle sur le patrimoine fiduciaire par la nomination d’un tiers « chargé de s’assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l’exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant »⁶¹. Ce tiers est inspiré du « protecteur » parfois prévu par les *trusts* de droit étranger, bien que ses prérogatives ne soient pas identiques. Il peut contrôler la gestion du fiduciaire, solliciter son remplacement⁶², voire exercer tous les pouvoirs du constituant et devenir ainsi « l’œil du constituant ». Le fiduciaire agit donc « sous contrôle », cela est très net dans la législation française. Pour au-

⁵⁸ C’est spécialement le cas dans l’hypothèse de la fiducie-sûreté.

⁵⁹ *La fiducie*, *supra* note 6 au n° 3280.

⁶⁰ Voir *infra* Partie 2.

⁶¹ Art 2017 C civ.

⁶² Art 2027 C civ.

tant, et cela peut sembler paradoxal, le régime de sa responsabilité ne fait que l'objet d'une ébauche dans le Code civil français.

C. Le paradoxe de l'ébauche d'une responsabilité fiduciaire

La question de la responsabilité du fiduciaire à l'égard du constituant et à l'égard du bénéficiaire renvoie à celle, sous-jacente et importante, de la protection du constituant et du bénéficiaire de la fiducie. Elle participe aussi au débat sur la place plus ou moins essentielle accordée au fiduciaire dans l'opération de fiducie, car on peut penser que plus l'intervention du fiduciaire et ses obligations seront étendues, plus sa responsabilité méritera attention de la part du législateur. Or, on constate que le Code civil français s'intéresse peu à la responsabilité du fiduciaire. Un seul article est clairement consacré à cette responsabilité, certes fondamental, mais succinct : « Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission »⁶³. Le fiduciaire peut être responsable civilement et pénalement (sur le fondement de l'abus de confiance en particulier). Cependant, de nombreux points concernant le régime de sa responsabilité civile ne sont pas abordés par le Code civil.

Il ne fait pas de doute que le fiduciaire est contractuellement responsable à l'égard du constituant en cas de non-respect des dispositions du contrat de fiducie. Il ne fait pas de doute non plus que le fiduciaire engage sa responsabilité délictuelle pour les fautes commises à l'égard des tiers au contrat de fiducie. Mais qu'en est-il de sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire? La question est délicate dans la mesure où il existe un débat doctrinal portant sur la nature même des droits accordés au bénéficiaire par le législateur français.

On a vu qu'en principe, le bénéficiaire n'était titulaire que de droits personnels à l'égard du fiduciaire, mais sa situation, alors insatisfaisante, car insuffisamment protégée, pousse une partie de la doctrine française à tenter de lui accorder des droits plus efficaces. Certains auteurs considèrent que le bénéficiaire devrait avoir des droits personnels ayant une efficacité comparable à celle des droits réels sur les biens mis en fiducie⁶⁴. On glisserait ainsi de la catégorie des droits personnels à celle des droits ré-

⁶³ Art 2026 C civ. Voir généralement Nicolas Borga, « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil)? », (2010) 47 *Revue Lamy droit des affaires* 83; Philippe Delebecque, « La responsabilité du fiduciaire » (2009) 186 *Dr et pat* 42.

⁶⁴ Voir notamment Barrière, *La réception du trust*, *supra* note 47 aux paras 626-29, qui retient le concept de *jus ad rem*.

els⁶⁵. D'autres auteurs lui accordent même un droit réel plénier *sui generis*⁶⁶. Un ouvrage récent défend par ailleurs l'idée selon laquelle la fiducie renfermerait au profit du bénéficiaire une stipulation pour autrui, avec les actions qui y sont attachées⁶⁷. Toutefois, le Code civil reste bien silencieux sur ces questions.

L'article 2026 du Code civil pose comme condition de la responsabilité du fiduciaire l'existence d'une faute. Le concept est abstrait, et pas forcément bienvenu dans le contexte d'une responsabilité contractuelle à l'égard du constituant, car il existe tout un débat doctrinal en France sur la question de l'existence même d'une « faute contractuelle » en droit de la responsabilité contractuelle⁶⁸. Il n'existe donc pas, en droit français, de devoirs fiduciaires clairement définis⁶⁹. Le Code civil l'oblige certes à rendre compte au constituant (voire au bénéficiaire ou au tiers de l'article 2017 du Code civil)⁷⁰, mais pour le reste, ses obligations restent vagues : il doit agir conformément aux « intérêts qui lui sont confiés » (à peine d'être sinon remplacé⁷¹), dans la mesure où une « mission » et des « pouvoirs » lui ont effectivement été confiés⁷². L'idée générale semble être que le fidu-

⁶⁵ Jacqueline de Guillenschmidt évoque ainsi « un droit teinté de réalité » : « La France sans la fiducie ? » (1991) 35 : 2 *Revue de la Jurisprudence Commerciale* 49 à la p 58.

⁶⁶ Voir en particulier, Danos, « La qualification des droits », *supra* note 46 au para 12.

⁶⁷ *La fiducie*, *supra* note 6 au n° 751. Dans l'hypothèse où une stipulation pour autrui serait reconnue au profit du bénéficiaire, celui-ci, s'il a accepté la fiducie, pourrait alors exercer une action directe à l'encontre du fiduciaire, en vue d'obtenir l'exécution du contrat et de demander réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat de fiducie. S'il n'a pas accepté la fiducie, il conviendrait alors de reconnaître au minimum au bénéficiaire une action en responsabilité délictuelle à l'encontre du fiduciaire.

⁶⁸ Voir notamment Denis Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle? », dans Jean Beauchard et Pierre Couvrat, dir, *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, 429 à la p 429 ; Philippe Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept » [1997] 2 *RTD civ* 323.

⁶⁹ James Leavy, « Administration de la fiducie : quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire? » (2009) 123 *B & dr* 14. Par comparaison, les devoirs du *trustee* sont fort développés en droit anglo-américain. On peut citer l'exemple du *trust* australien, qui reconnaît l'existence d'un *duty of care* pesant sur le *trustee*, dont il est impossible de s'exonérer à l'aide d'une clause contractuelle. Ce devoir général se décline en devoir d'éviter les conflits d'intérêts entre les obligations tirées du *trust* et les intérêts personnels du *trustee*, en devoir d'informer le bénéficiaire de tout élément relevant de ses intérêts, en devoir de transférer la propriété au bénéficiaire capable et en devoir d'agir loyalement à l'égard du bénéficiaire : Denis Ong, *Trusts Law in Australia*, 3^e éd, Sydney (Au), The Federation Press, 2007 à la p 219 et s.

⁷⁰ Art 2019 C Civ.

⁷¹ Art 2027 C civ.

⁷² Art 2018(6°) et 2023 C civ.

ciaire est une personne de confiance et qu'il doit donc respecter sa mission : s'en écarter constitue sans doute une « faute » au sens de l'article 2026 du *Code civil*.

De nombreuses questions restent toutefois en suspens :

- Le fiduciaire a-t-il une obligation de moyens ou une obligation de résultat dans la défense des « intérêts qui lui sont confiés »⁷³? Il faut espérer que la clause du contrat de fiducie précisant quelles sont ses missions s'attache aussi à préciser l'intensité de ses obligations à l'égard du constituant.
- Peut-on limiter la responsabilité du fiduciaire, par exemple aux seuls cas de dol ou de faute lourde qu'il aurait commis? Rien ne semble s'opposer à une telle limitation de sa responsabilité, du moins dans un rapport juridique entre constituant et fiduciaire professionnels. À l'égard du bénéficiaire toutefois, une telle clause pourrait être sans effet, si l'on admet que le fiduciaire est responsable sur le plan délictuel à l'égard du bénéficiaire⁷⁴. En effet, il est impossible de limiter efficacement sa responsabilité délictuelle en droit français.
- Le fiduciaire est-il responsable à l'égard du tiers expressément visé à l'article 2017 du Code civil et, si oui, sur quel fondement?
- En cas de pluralité de fiduciaires, comment gérer leur responsabilité contractuelle et délictuelle si rien n'est précisé dans le contrat de fiducie?
- Le fiduciaire peut-il librement déléguer tous ou une partie des pouvoirs qu'il a reçus et, dans cette hypothèse, pourra-t-on engager la responsabilité du fiduciaire délégué en cas de faute de sa part⁷⁵?

⁷³ Art 2027 C civ.

⁷⁴ Ce qui est discuté, voir *supra* à la p 915 et s.

⁷⁵ À titre de comparaison, cette question est expressément envisagée par le *Restatement (Third) of the Law of Trusts* § 80(1) (1990) et par la réglementation chinoise du Trust (*Trust Law of the People's Republic of China (Order of the President N° 50)*, 28 avril 2001, art 30, en ligne : Chinese Government <http://english.gov.cn/laws/2005-09/12/content_31194.htm>). Voir Rebecca Lee, « Convergence and Divergence in the Worlds of the Trust: Duties and Liabilities of Trustees under the Chinese Trust » dans Lionel Smith, dir, *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press [à paraître en 2013]). En droit français, il semble *a priori* difficile d'admettre la conclusion, par le fiduciaire, d'un sous-contrat de fiducie, en raison du caractère *intuitu personae* du contrat de fiducie (voir art 2018(4°) C civ). Le fiduciaire pourrait-il néanmoins donner mandat à un tiers d'accomplir une partie de sa mission? Dans la mesure où le fiduciaire n'a pas forcément toutes les compétences requises pour gérer l'ensemble des biens placés en fi-

- Comment, en outre, interpréter la disposition relative au remplacement du fiduciaire⁷⁶? Dans quels cas y a-t-il manquement du fiduciaire à ses devoirs et surtout quels sont ses devoirs? Faut-il considérer que ceux-ci sont forcément définis dans le contrat de fiducie ou bien existe-t-il des devoirs généraux du fiduciaire? C'est poser là la question sous-jacente du rôle du juge dans la détermination des obligations du fiduciaire. Par ailleurs, il semble que les conditions du remplacement du fiduciaire soient bien distinctes des conditions de mise en cause de la responsabilité du fiduciaire : l'article 2027 du Code civil, contrairement à son article 2026, n'évoque pas, en effet, la « faute » du fiduciaire. La mise en péril des intérêts confiés pourrait simplement renvoyer à une gestion non pertinente des biens mis en fiducie.

D'autres questions, plus précises, pourraient encore être soulevées, qui démontrent en tout état de cause que le législateur français ne s'est pas suffisamment attardé à la responsabilité du fiduciaire. Quelques règles spéciales figurent toutefois dans le Code civil, notamment l'article 1596, alinéa 6, qui aborde la question d'un éventuel conflit d'intérêts, ou encore son article 2021, qui impose au fiduciaire d'informer les tiers de sa qualité. L'exercice de la qualité de fiduciaire par les avocats est en outre réglementé depuis récemment⁷⁷.

ducie, la question ne devrait pas manquer de se poser en pratique. La conclusion d'un tel mandat pourrait par ailleurs entraîner l'éventuelle conclusion de substitutions de mandataires subséquentes, sur le fondement de l'article 1994 du Code civil, qui laisse en principe toute liberté au mandataire de se substituer un tiers.

⁷⁶ Art 2027 C civ (« En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés [...] le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire »).

⁷⁷ Voir notamment Clarisse Sand, « Dernières précisions concernant les conditions d'exercice de la qualité de fiduciaire par les avocats : À propos du décret du 23 décembre 2009 » (2010) JCP G 76; Reinhard Dammann et André Albertini, « L'avocat face à la fiducie : Guide pratique de bonne conduite » (2011) JCP G supp n° 41, 4. En vertu du *Décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats*, JO, 26 décembre 2009, 22310 et *Décret n° 2011-1319, supra* note 14, l'avocat fiduciaire est débiteur d'obligations spécifiques tant à l'égard du Barreau qu'à l'égard du constituant ou du bénéficiaire, notamment : souscrire une assurance spéciale, informer le constituant et le bénéficiaire de la souscription de l'assurance et de l'évolution du contrat, tenir une comptabilité séparée. L'avocat fiduciaire a en outre une obligation de compétence, dont les contours exacts restent à préciser (*Règlement intérieur national de la profession*, art 6.2.1.5); des formations spécifiques devraient être organisées par les divers barreaux mais n'ont pas encore vu le jour. Le 22 novembre 2012, la banque BNP Paribas et le Barreau de Paris ont signé une convention de partenariat permettant le lancement de la première offre de garantie fiduciaire exigée pour la pratique de la fidu-

Pour le reste, le législateur français compte renvoyer sans aucun doute, au droit commun des contrats et de la responsabilité délictuelle. On peut ainsi penser que dans ses rapports avec le constituant, le fiduciaire s'oblige à exécuter le contrat de fiducie de bonne foi⁷⁸ et à collaborer avec lui. De même, on peut penser qu'une clause pénale pourrait efficacement être insérée au contrat de fiducie, soumise au régime général de l'article 1152 du Code civil français⁷⁹.

Il semble donc, pour conclure cette première partie, que le contrat de fiducie joue un rôle prééminent dans l'organisation et le montage de l'opération de fiducie. Bien qu'il n'apparaisse pas dans la définition de l'article 2011 du Code civil français (qui insiste plutôt sur le concept « d'opération » de fiducie et sur le transfert de biens dans un patrimoine séparé géré par le fiduciaire), le contrat passé entre le constituant et le fiduciaire est bien la base essentielle de l'opération de fiducie. Or, ce contrat a pour principal objet de définir les contours de la mission du fiduciaire ainsi que de délimiter ses pouvoirs : son contenu dépend étroitement de la volonté du constituant et non de celle du fiduciaire, qui ne fera bien souvent qu'accepter les décisions prises par son co-contractant. Rares en pratique seront les hypothèses dans lesquelles le fiduciaire prendra réellement part à la négociation de ses prérogatives. En revanche, probablement fréquentes seront les hypothèses dans lesquelles le constituant aura pris soin de prévoir les conditions (souples) de son remplacement ou encore la désignation d'un tiers chargé de surveiller la gestion du fiduciaire. Le fiduciaire est également le « propriétaire diminué » des biens placés dans le patrimoine fiduciaire.

II. Le fiduciaire, propriétaire diminué

En droit français, la mise en œuvre d'une fiducie entraîne comme effet principal le transfert de la propriété des biens mis en fiducie du patrimoine personnel du constituant au patrimoine fiduciaire. Le concept même de « transfert de propriété » ne figure pas dans la définition de l'article 2011 du Code civil français, mais la doctrine s'accorde pour considérer que c'est bien ainsi qu'il faut interpréter cette disposition.

Tous les droits étrangers admettant la fiducie ou le *trust* ne retiennent pas cette condition de transfert de propriété des biens placés en fiducie. Le droit russe, notamment, a créé dans son nouveau Code civil le « *trust* de

cie par les avocats. Cette garantie sera accordée sous la forme d'un cautionnement émis par la banque à l'occasion de chaque contrat de fiducie.

⁷⁸ Art 1134 C civ.

⁷⁹ Cette disposition donne au juge le pouvoir de réduire ou d'augmenter le montant fixé par la clause pénale, au cas où celui-ci serait manifestement dérisoire ou excessif.

gestion », inspiré du *trust* anglo-américain, mais seulement partiellement, car il s'agit clairement d'un contrat spécial, non d'une institution relevant du droit des biens. Or, le *Code civil de la Fédération de Russie*, tout en faisant appel au concept de transfert de biens dans le *trust* de gestion⁸⁰, précise clairement par ailleurs que « [l]a remise des biens dans un *trust* de gestion ne transfère pas le droit de propriété au gérant du *trust* qui a pour obligation d'assurer la gestion des biens dans l'intérêt du propriétaire ou d'un tiers déterminé »⁸¹. Le droit chinois, également, ne consacre pas le transfert de propriété des biens à l'égard du fiduciaire. L'article 2 du *Trust Law of the People's Republic of China*⁸² indique en effet que le *settlor* « *entrusts his property rights to the trustee* », ce qui doit être distingué d'un transfert de propriété⁸³. En outre, certains droits étrangers admettent tout comme le droit français l'idée d'un transfert de propriété des biens, sans pour autant que soit créé un patrimoine fiduciaire séparé du patrimoine propre du fiduciaire. C'est le cas en particulier du droit suisse, sur le modèle de la *fiducia* romaine⁸⁴.

La France a fait un choix radical au regard de sa tradition juridique : non seulement elle a admis que la fiducie puisse entraîner un double transfert de propriété, du constituant au fiduciaire dans un premier temps, puis du fiduciaire au bénéficiaire dans un second temps, mais elle a en outre consacré en 2007 la théorie dite du patrimoine d'affectation⁸⁵. Cette consécration, envisagée d'un point de vue théorique, doit logiquement entraîner au profit du fiduciaire un ensemble de prérogatives remarquables, celles attachées à la qualité de propriétaire dans les systèmes de droit civil. Sous cette perspective, le fiduciaire semble bien se voir accorder en droit français le rôle de pivot dans l'opération fiduciaire,

⁸⁰ Sur ce contrat, voir *Code civil de la Fédération de Russie*, art 1012 tel cité dans David et Jauffret-Spinosi, supra note 20 au n° 210 : « Un propriétaire peut transférer des biens dans un *trust* de gestion à une autre personne (appelée le gérant du *trust*) ».

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Supra* note 78.

⁸³ Lee, *supra* note 77.

⁸⁴ La *fiducia* romaine a également beaucoup influencé la fiducie de droit allemand, dénommée *Treuhand* (ou *fiduziarisches Rechtsgeschäft*), dont le régime juridique, prétorien, s'est développé à partir de l'art 903 du code civil allemand (*Bürgerliche Gesetzbuch*, abrégé BGB) (selon le *Kommentar* du BGB (*Palandt BGB Kommentar*, 62^e éd., CH Beck, 2003, § 903 au n° 33 et s).

⁸⁵ En réalité, il n'est pas certain que le patrimoine fiduciaire puisse véritablement être qualifié de « patrimoine d'affectation », dans la mesure où il ne s'agit pas pour le constituant de créer un second patrimoine aux côtés de son patrimoine personnel, dans lequel il aurait affecté certains de ses biens, mais plutôt de confier la gestion d'une partie de ses biens à autrui (le fiduciaire), qui va alors créer un patrimoine séparé du sien propre. La distinction, subtile, est faite par une partie de la doctrine.

indispensable « passeur de propriété » entre le constituant et le bénéficiaire.

Plusieurs arguments permettent toutefois de démontrer qu'en réalité, le fiduciaire n'est qu'un propriétaire diminué, du moins ses prérogatives classiques de propriétaire peuvent-elles être profondément atteintes, voire ignorées. La fiducie française révèle en effet des brèches ouvertes dans les attributs classiques de la propriété (A). Elle place en outre le fiduciaire sous une épée de Damoclès, qui rend sa qualité de propriétaire très fragile (B). De plus, le législateur français a tenté une ultime atteinte au droit de propriété du fiduciaire en imaginant la possibilité d'un éclatement, sur le modèle du *trust*, de la propriété entre le fiduciaire et le bénéficiaire (C).

A. Brèches ouvertes dans les attributs du fiduciaire propriétaire

La fiducie, on l'a vu, est souvent présentée comme mettant en œuvre une technique de double transfert de propriété⁸⁶ : un premier transfert de propriété du patrimoine propre du constituant au patrimoine dit « fiduciaire » géré par le fiduciaire, puis un second transfert, à l'extinction de la fiducie, du patrimoine fiduciaire au patrimoine propre du bénéficiaire de la fiducie (qui peut être un tiers ou le fiduciaire lui-même) – à moins que les biens ne retournent dans le patrimoine propre du constituant. Ce transfert de propriété confère à la fiducie française tout son intérêt, les objectifs visés étant d'une part, d'éviter que des tiers à l'opération de fiducie puissent venir puiser dans cette masse de biens (fiducie-sûreté), d'autre part, de favoriser une gestion dynamique des biens par le fiduciaire (fiducie-gestion).

Or, la substance du droit de propriété, en droit français, se trouve à l'article 544 du Code civil. Il est certes difficile de mettre en lumière une définition de la propriété qui fasse l'unanimité dans la doctrine française, mais il semble que la majorité des auteurs s'accorde à considérer que la propriété réunit toutes les utilités des biens, qu'elle est le droit réel le plus complet que l'on puisse exercer sur une chose et qu'elle se manifeste essentiellement par l'exclusivité qu'elle confère au titulaire du droit de pro-

⁸⁶ Voir Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les Biens*, 3^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2008 aux nos 255, 261 et 287; Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Droit civil : Les biens*, 4^e éd, Paris, Defrénois, 2010 au n° 757; Pascal Puig, « La fiducie et les contrats nommés » (2008) 171 *Dr et pat* 68; plus nuancés, Rémy Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, 1^{re} partie » [2007] 15 *Répertoire du Notariat Defrénois*, art 38631, 1094 au n° 2, 19 et s [Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie »]; Grimaldi, *supra* note 46 à la p 914 (« la formule selon laquelle la fiducie serait un contrat translatif de propriété est à manier avec prudence puisqu'elle n'opère aucun transfert de richesse »).

priété ainsi que par sa vocation à la perpétuité⁸⁷. Parce qu'il est seul maître de son bien, le propriétaire peut en user, en tirer les fruits et surtout en disposer. Or, qu'observe-t-on dans le cadre de la fiducie?

Le fiduciaire peut potentiellement être très limité dans l'exercice de ses prérogatives sur le bien (*usus, fructus, abusus*). Certes, les dispositions du Code civil français relatives à la fiducie ne retirent pas expressément au fiduciaire telle ou telle prérogative traditionnellement attachée au droit de propriété, mais elles contiennent en germe de nombreuses limitations importantes aux attributs de la propriété. Elles n'envisagent en effet les prérogatives du fiduciaire que de manière restrictive. Le fiduciaire n'est titulaire des prérogatives d'un propriétaire sur sa chose que dans la stricte mesure des limites imposées à ses prérogatives par le constituant. La situation du fiduciaire relève donc d'un esprit contraire à celui qui anime le droit de propriété ordinaire : le fiduciaire n'est pas un propriétaire entendu comme seul maître de sa chose, mais bien davantage un gestionnaire (fiducie-gestion) ou un conservateur (fiducie-sûreté), soumis à un impératif de respect du « but déterminé » de l'opération⁸⁸ et des pouvoirs que le constituant a bien voulu lui laisser.

Certes, le propriétaire fiduciaire n'est pas le seul propriétaire qui verrait ses prérogatives limitées, du moins pendant un temps. Dans l'hypothèse de la réserve de propriété⁸⁹, par exemple, on retrouve cette nécessaire limitation aux prérogatives du propriétaire. Cependant, une différence importante entre ces deux hypothèses de propriété finalisée doit être soulignée, car dans le premier cas (clause de réserve de propriété), le vendeur réservataire accepte de voir ses prérogatives limitées pendant un temps dans son propre intérêt, alors que dans l'hypothèse de la fiducie, ces limitations sont mises en place dans l'intérêt d'un tiers⁹⁰. C'est ce qui

⁸⁷ Voir notamment Jacques Ghestin, *Traité de droit civil : Les biens*, 2^e éd par Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi et Sylvie Cimamonti, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lextenso, 2010 au n° 92 et s ; Malaurie et Aynès, *supra* note 89 au n° 455 et s ; François Terré et Philippe Simler, *Droit civil : Les biens*, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2010 au n° 140 et s ; Gérard Cornu, *Droit civil : Les biens*, 13^e éd, Paris, Domat, 2007 au n° 26 et s ; William Dross, *Droit civil : Les choses*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lextenso, 2012 au n° 141 et s ; comparer avec Frédéric Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » [1993] 2 RTD civ 305.

⁸⁸ Art 2011 C civ.

⁸⁹ Art 2367, al 1 C civ : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ».

⁹⁰ Il faut toutefois réserver l'hypothèse de la fiducie-sûreté dans laquelle le bénéficiaire est le fiduciaire : dans ce cas, la fiducie est conclue dans l'intérêt du fiduciaire. Cette observation peut d'ailleurs amener à s'interroger sur l'unité même de la fiducie française, l'hypothèse de fiducie-sûreté qui vient d'être évoquée ne se distinguant pas fondamen-

amène des auteurs à reconnaître dans le fiduciaire une forme de propriétaire pour le compte d'autrui⁹¹. Mais peut-on encore parler de propriété lorsque le fiduciaire perd les prérogatives classiques d'un propriétaire, dans l'intérêt d'autrui et de manière définitive?

B. Le fiduciaire propriétaire sous l'épée de Damoclès

Si l'on s'intéresse à présent aux caractères fondamentaux du droit de propriété, du moins ceux qui semblent être généralement considérés en doctrine comme étant de véritables caractéristiques de la propriété (exclusivité et perpétuité⁹²) que ressort-il de leur confrontation avec la « propriété fiduciaire »?

La perpétuité, en premier lieu, n'est aucunement attachée à la « propriété fiduciaire » : la fiducie est généralement présentée comme étant par essence temporaire (limitée à un maximum de 99 ans à compter de la signature du contrat⁹³) et la propriété fiduciaire n'a aucune vocation à durer au-delà du contrat de fiducie. Bien plus, le fiduciaire peut se voir retirer la propriété fiduciaire contre sa volonté, dans plusieurs hypothèses : l'article 2027 du Code civil organise ainsi son remplacement, soit dans le cadre des stipulations contractuelles qui peuvent en prévoir librement les conditions, soit (surtout) sur des fondements légaux (manquement à ses devoirs, mise en péril des intérêts qui lui sont confiés, ouverture à son encontre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire). Quant à l'article 2028, il ouvre la possibilité au constituant de révoquer le fiduciaire, qui va ainsi perdre la propriété des biens mis en fiducie.

L'exclusivité, en second lieu, pose également difficulté à propos de la propriété fiduciaire. L'exclusivité établit en effet un « rapport privatif » et

talement du mécanisme d'autres sûretés-propriété admises sans difficulté en droit français.

⁹¹ Voir Laurent Kaczmarek, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération » (2009) D 1845; également, Frédéric Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007 au n° 43 [Danos, *Propriété*], qui parle d'une « "propriété" au service d'autrui ».

⁹² Le caractère absolu du droit de propriété, affirmé à l'article 544 C civ, subit tellement d'atteintes en droit positif qu'il n'est fréquemment plus considéré comme un caractère distinctif du droit de propriété. En ce sens, voir notamment Cornu, *supra* note 90 au n° 29; Christian Larroumet, *Droit civil : Les biens, droits réels principaux*, t 2, 5^e éd, Christian Larroumet, dir, Paris, Economica, 2006 au n° 211 et s; Ghestin, *supra* note 90 au n° 93 et s ; Grimaldi, *supra* note 46 aux pp 915-17; plus nuancés, Terré et Simler, *supra* note 90 au n° 141 et s; contra, Malaurie et Aynès, *supra* note 89 aux n° 431 et 455. Il apparaît en tout état de cause très difficile d'affirmer que le fiduciaire aurait un droit de propriété absolu sur les biens placés en fiducie, tant ses prérogatives sont limitées.

⁹³ Art 2018(2°) C civ. Voir cependant contra : Crocq, « Propriété fiduciaire », *supra* note 43 aux pp 9-10; Dross, *supra* note 90 au n° 112-1.

confère au propriétaire le « pouvoir d'exclure », c'est-à-dire de faire échapper la chose au pouvoir de toute autre personne que lui-même⁹⁴. L'idée générale qui sous-tend le caractère exclusif de la propriété est donc celle d'une maîtrise de la chose et de ses utilités par le seul propriétaire de celle-ci, car il en est le seul maître⁹⁵. Or, la « propriété fiduciaire » ne semble aucunement conférer au fiduciaire une telle maîtrise sur le patrimoine fiduciaire. C'est au contraire le fiduciaire lui-même qui peut être exclu de ce rapport aux biens par l'effet de la décision du constituant ou du tiers bénéficiaire.

Ainsi qu'on l'a déjà évoqué, plusieurs dispositions rendent compte d'un remarquable pouvoir de contrôle de la gestion des biens mis en fiducie, accordé au constituant : on a vu que le fiduciaire devait avant toute chose se conformer à la « mission »⁹⁶ que lui a confiée le constituant. Il doit en outre rendre des comptes au constituant⁹⁷ et il est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission⁹⁸. Par ailleurs, l'organisation d'un contrôle de l'exercice de la « propriété fiduciaire » est particulièrement mise en exergue à l'article 2017 du Code civil, qui prévoit la possibilité, à tout moment, pour le constituant, de « désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat » : le fiduciaire agit alors sous l'œil d'un censeur, représentant du constituant.

La propriété fiduciaire n'est donc aucunement entendue comme une propriété libre. On la qualifie ainsi de « propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge »⁹⁹. Certes, la notion même de propriété avec charge

⁹⁴ Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 89 à la p 315 et s.

⁹⁵ En ce sens, Jean-Louis Bergel, *La propriété*, Paris, Dalloz, 1994, à la p 31; Terré et Simler, *supra* note 90 au n° 143.

⁹⁶ Le terme, fort révélateur de l'esprit de la fiducie et qui renvoie davantage à l'idée de représentation ou de délégation de pouvoirs qu'à celle de propriété, est employé à plusieurs reprises dans le *Code civil*, aux art 2018(6°), 2022, 2026. On le retrouve également dans la *Décision du 24 avril 2009 portant réforme du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée)*, JO, 12 mai 2009, 7875.

⁹⁷ Art 2022 C civ.

⁹⁸ Art 2026 C civ.

⁹⁹ Voir France, Sénat, Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises*, par Philippe Marini, rapport n° 442 (27 mai 2009) à la p 83 [Marini]. La doctrine française ne tarit pas d'imagination pour décrire cette nouvelle propriété, usant de multiples adjectifs destinés à rendre compte de son particularisme. Le fiduciaire serait ainsi un « propriétaire obligé » et la propriété fiduciaire une propriété « modelée », « imparfaite », « amoindrie » ou encore « éphémère »... (Blandine Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété »

n'est pas nouvelle en droit français et ne s'oppose pas à la qualification de propriété; toutefois, la « propriété fiduciaire » présente la particularité d'imposer des charges importantes au fiduciaire non dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt d'autrui.

Quelle est alors cette « propriété » que l'on peut perdre, par remplacement ou par révocation, à la demande d'un tiers? Il s'agit là, éminemment, d'une opération finalisée dans laquelle le principal acteur (ou supposé tel) est en réalité asservi aux décisions et aux choix d'autres protagonistes à l'opération¹⁰⁰. Or, il est difficile, si l'on s'en tient à la notion classique de propriété — pilier de notre droit civil¹⁰¹ — d'admettre l'idée d'un propriétaire asservi¹⁰². Ce constat pousse à s'interroger sur la qualification même de propriétaire appliquée au fiduciaire, ainsi que quelques auteurs ont pu le souligner¹⁰³.

En outre, la reconnaissance d'un véritable droit de propriété accordé au fiduciaire emporte des conséquences pratiques non résolues, par exemple dans l'hypothèse de l'introduction dans le patrimoine fiduciaire de biens commerciaux : comment gérer l'inscription au registre du commerce et des sociétés du propriétaire d'un fonds de commerce placé en fiducie? Faut-il inscrire le fiduciaire, en sa qualité de « propriétaire » alors qu'il est fort probable qu'il ne gèrera pas lui-même le fonds¹⁰⁴? Être inscrit

dans Sarah Bros et Blandine Mallet-Bricout, *Liber Amicorum : Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, 297 à la p 315).

¹⁰⁰ Contra, Garza, *supra* note 19, n° 425 et s, 510 et s, qui considère que le fiduciaire ne saurait être « assimilé à un propriétaire sans liberté », car il reste « le maître de ses décisions » et il « choisit comment exercer son droit ».

¹⁰¹ Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, à la p 255.

¹⁰² Sur les liens philosophiques entre propriété et liberté, voir notamment Michaël Xifaras, *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, aux pp 90, 280 et s; Denis Alland et Stéphane Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, *sub verbo* « propriété (droit de) » par Anne-Marie Patault.

¹⁰³ Rémy Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... » dans *Mélanges Philippe Malaurie : Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2005, 303, n° 13 s; Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie », *supra* note 89 au n° 25; voir également Danos, *Propriété*, *supra* note 94, n° 43; Pierre Crocq, *Propriété et garantie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995 aux pp 195-96. Bouteille, au contraire, défend l'idée selon laquelle le droit du fiduciaire serait une « modalité externe de la propriété », ce qui lui permet d'affirmer l'existence de la « propriété du fiduciaire », compatible avec la théorie classique de la propriété en droit civil : Magali Bouteille, « La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété » (2010) 74 *Revue Lamy droit civil* 36.

¹⁰⁴ Le fiduciaire avocat, en particulier, ne pourra gérer lui-même le fonds de commerce en raison des interdictions professionnelles qui sont attachées à cette profession. En outre, la convention d'usage et de jouissance prévue à l'art 2018-1 C civ permettra dans bien des cas au constituant de conserver l'usage de son bien.

au registre du commerce en qualité de propriétaire du fonds de commerce mis en fiducie ne correspond dès lors à aucune réalité économique.

Autre exemple, l'hypothèse dans laquelle le fiduciaire viendrait à céder, sans avoir le pouvoir de disposer, un bien placé dans le patrimoine fiduciaire : il faut convenir que la sanction attachée à la vente de la chose d'autrui doit être exclue¹⁰⁵, puisque le fiduciaire est le « propriétaire » du bien. Quelle action pourrait alors engager le constituant, voire le bénéficiaire, à son encontre? Une action en revendication semble exclue, resterait une action en responsabilité personnelle à l'encontre du fiduciaire — maigre consolation¹⁰⁶.

Finalement, on voit bien que les difficultés naissent essentiellement du fait que la fiducie est aussi et avant tout un contrat, un contrat spécial qui repose officiellement sur l'idée d'un transfert de propriété, mais qui reste très marqué par une forte charge obligationnelle¹⁰⁷. Au fond, dans la fiducie, le contrat n'apparaît pas comme le simple support du transfert de propriété, ce qui est en général sa fonction. Il est « le cœur du mécanisme, la propriété fiduciaire [...] n'étant qu'un *instrument* au service d'une finalité économique bien définie » [italiques dans l'original]¹⁰⁸. La propriété devient ainsi l'instrument de rapports d'obligations dominants, au risque de perdre sa substance même. Et le fiduciaire n'est plus alors, au mieux, qu'un propriétaire « diminué ». Le législateur français a même tenté d'accentuer cette tendance en proposant de faire éclater la propriété fiduciaire entre fiduciaire et bénéficiaire, sur le modèle du *trust* anglo-américain.

C. *La tentative avortée de dédoublement du propriétaire dans la fiducie française*

En octobre 2009, le législateur français a profité des incertitudes attachées à la notion de propriété fiduciaire pour l'éclairer sous un nouveau jour. Le Parlement français a ainsi voté un second alinéa à l'article 2011 du Code civil¹⁰⁹, qui devait être entendu dans un sens bien spécifique, précisé par les travaux préparatoires de la *Loi n° 2009-1255 du 19 octobre*

¹⁰⁵ Voir art 1599 C civ (l'article prévoit la nullité de la vente dans cette hypothèse).

¹⁰⁶ Sur ce débat, voir *supra* à la p 915.

¹⁰⁷ Roxana Family insiste particulièrement sur les obligations mises à la charge du fiduciaire : *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 2000 [non publiée] au n° 253.

¹⁰⁸ Mallet-Bricout, *supra* note 103 à la p 299.

¹⁰⁹ Art 2011, al 2 C civ : « 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 ».

2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers¹¹⁰. Grâce à cette disposition nouvelle, le législateur entendait en effet favoriser l'introduction de la finance islamique sur la place financière de Paris¹¹¹. Or la finance islamique impose le respect de certaines exigences posées par la loi islamique, elle-même inspirée de la *Charia*¹¹².

Le législateur a cru voir dans la fiducie « l'instrument idoine »¹¹³ pour répondre aux exigences de l'un des instruments financiers de la finance islamique : le *sukuk*. La fiducie, adaptée à cet instrument, aurait alors reposé sur le principe que le bénéficiaire de la fiducie, titulaire du *sukuk*, puisse exercer un droit direct sur les actifs du patrimoine fiduciaire, et pas seulement un droit personnel à l'égard du fiduciaire¹¹⁴. Le rapport du sénateur Philippe Marini en concluait alors que la propriété fiduciaire renfermait un « nouveau concept de propriété », une propriété éclatée entre fiduciaire et bénéficiaire : « Pour résumer, le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens »¹¹⁵.

On perçoit bien, derrière cette analyse, l'influence du droit anglo-américain, qui admet depuis longtemps une division entre *legal ownership* et *beneficial interests*¹¹⁶. Celle-ci permet d'expliquer le mécanisme du *trust*

¹¹⁰ JO, 20 octobre 2009, 17410 [Loi n° 2009-1255]. Voir Marini, *supra* note 103.

¹¹¹ Le développement de la finance islamique en France était préconisé par Paris Europlace, dans son programme d'action 2009. Voir Elyès Jouini et Olivier Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Paris, Paris Europlace, 2008. Voir aussi France, Sénat, Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *Rapport d'information sur la finance islamique*, par Jean Arthuis, rapport n° 329 (4 mai 2008). La doctrine française s'intéresse également à cette question depuis récemment : Centre français de droit comparé, *La finance islamique : l'autre finance (Table ronde du 19 juin 2008)*, Paris, Société de législation comparée, 2009; François Xavier Lucas, « La fiducie au pays de l'Or noir » [2009] 10 Bulletin Joly Sociétés 825.

¹¹² Pour le détail de ces principes, voir Jacques Charlin, « Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara » (2009) JCP E 1946. Voir aussi François Barrière, « Propriété, fiducie et sukuk » (2011) JCP E 23.

¹¹³ Marini, *supra* note 103 à la p 82.

¹¹⁴ *Ibid* à la p 78.

¹¹⁵ *Ibid* aux pp 82-83.

¹¹⁶ Le concept de propriété n'est en effet pas envisagé de manière unitaire en droit anglo-américain. Dans l'hypothèse du *trust*, le *trustee* est investi du *legal ownership* tandis que des *beneficial interests* reviennent au bénéficiaire. Cette dissociation du concept de propriété trouve elle-même ses racines dans la distinction que fait le droit anglais entre *common law* et *equity*. Pour une comparaison entre les conceptions anglo-saxonne et civiliste de la propriété voir Paul Matthews, « The compatibility of the trust with the civil law notion of property », dans Smith, *supra* note 77.

qui a certes inspiré notre fiducie française, mais sans que l'on puisse imaginer de se conformer en droit français aux fondements juridiques qui dominent le droit anglo-américain des biens. En effet, la dissociation juridique entre titularité du droit et profit du droit n'est pas inscrite en droit français¹¹⁷ et contredit singulièrement un principe civiliste fondamental, celui de l'unité de la propriété telle qu'entendue à l'article 544 du Code civil.

Dans la perspective du nouvel article 2011, alinéa 2 du Code civil, le fiduciaire aurait été le « propriétaire juridique » des biens placés en fiducie... et seulement cela. Un tel bouleversement de la théorie civiliste de la propriété n'était pas anodin. Effectivement, une chose est d'admettre des évolutions quant à la fonction même du droit de propriété, au travers de propriétés finalisées, de propriétés collectives ou encore de propriétés-sûretés. Autre chose est d'admettre un éclatement du concept même de propriété, qui aurait alors englobé la classique propriété (*plena in re potestas*) de l'article 544 du Code civil et cette nouvelle forme de propriété, elle-même éclatée, dite fiduciaire.

Une partie de la doctrine française s'est alors élevée contre ce texte législatif¹¹⁸. Le Conseil constitutionnel a annulé cette disposition, pour des raisons ne tenant pas à ce débat¹¹⁹, ce qui a eu pour effet de clore provisoirement la discussion. Depuis, le législateur semble s'être rangé à l'idée que d'autres supports juridiques que la fiducie pourraient convenir pour favoriser l'introduction de la finance islamique en France. Le fiduciaire reste donc seul propriétaire des biens placés en fiducie, sans dédoublement du concept, ce qui a au moins le mérite de préserver l'unité de la propriété civiliste française. Il reste que la propriété fiduciaire présente

¹¹⁷ Celle-ci a toutefois fait l'objet de quelques études en doctrine, sans cependant que les auteurs s'accordent sur les fondements juridiques de cette potentielle dissociation : voir en particulier les thèses de Charles Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983; Gauthier Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999; Sylvain Ravenne, *Les propriétés imparfaites : Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse de doctorat en droit, Université Paris-Dauphine, 2007 [non publiée]; Grimaldi, *supra* note 46 aux pp 916-17; Alain Bénabent, « La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire) » (1993) JCP N 100804.

¹¹⁸ Laurent Aynès et Pierre Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur » (2009) 38 D 2559; Mallet-Bricout, *supra* note 103, aux pp 319 et s.

¹¹⁹ Cons const, 14 octobre 2009, *Loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers*, JO, 20 octobre 2009, 17412, 2009-589 DC. Le Conseil constitutionnel a estimé que le nouvel art 2011, al 2 C civ était sans rapport avec l'objet de la *Loi n° 2009-1255*, *supra* note 114, dans laquelle il figurait.

un particularisme puissant, qui s'inscrit dans la remarquable évolution de l'institution « propriété », depuis quelques décennies, en droit français¹²⁰.

Conclusion

La prééminence de la relation contractuelle sur la relation patrimoniale instaurée par l'opération de fiducie est très nette; elle distingue sans doute fondamentalement la situation du fiduciaire de droit français de celle du *trustee* en common law. Cette prééminence peut aboutir à vider de sa substance la fonction fiduciaire, envisagée dans sa dimension de gestion ou dans sa dimension d'exercice d'un droit de propriété sur les biens mis en fiducie. Le fiduciaire apparaît ainsi moins comme un véritable pivot que comme un simple rouage multifonctions de l'opération de fiducie. Les qualifications juridiques utilisées dans la fiducie à la française manquent de clarté, semblent pouvoir être facilement étirées, ce qui entraîne par répercussion, et également en raison des lacunes du régime de la fiducie, de regrettables faiblesses, qu'il reviendra au juge d'atténuer.

¹²⁰ Voir notamment Centre d'études sur la coopération juridique internationale, *Les modèles propriétaires au XXI^e siècle : Actes du colloque international organisé par le CECOJI à la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers 10 et 11 décembre 2009*, Poitiers, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2012.