

LA FIDUCIE FRANÇAISE OU LE REVEIL CHAOTIQUE D'UNE « BELLE AU BOIS DORMANT »

*François Barrière**

La fiducie, connue déjà de Rome, a longtemps été espérée en France. Sans attendre sa reconnaissance sous forme d'institution nommée, de nombreuses techniques juridiques en portaient tous les traits, avec certes un domaine d'application spécifique. Moins qu'une révolution juridique, l'introduction de la fiducie nommée aurait alors dû être une évolution paisible du droit français. Il n'en fut rien. Sa naissance a été chaotique. C'est une petite fiducie qui est née. Son champ d'application était, alors, étroitement limité, illustration de craintes persistantes de l'administration fiscale notamment avec une discrimination de capacité quant aux constituants regrettable. La rupture avec l'unité du patrimoine a toutefois été consommée dès l'origine. Et la nature du droit détenu par le fiduciaire n'a pas manqué de donner lieu à débat. La qualité du texte législatif initialement voté laissait à désirer, illustration d'une tendance des temps modernes. Progressivement, le cadre légal s'est amélioré; le régime juridique s'est affiné pour aujourd'hui s'être stabilisé et offrir un corpus davantage cohérent à l'institution fiduciaire. Cela est peut-être signe que l'introduction de cette « belle au bois dormant » dans un terreau de droit civil a besoin de temps pour s'acclimater.

The trust, already known in Roman law, was a much-anticipated institution in France. Without waiting for its recognition as a nominate institution, numerous juridical techniques imitated its traits, though they applied only to specific domains. The introduction of the nominate trust should therefore have been, rather than a juridical revolution, a peaceful evolution within French law. But it was nothing of the sort. Its birth has been chaotic. It is diminished form of the trust that was born. Its scope of application was narrowly defined, illustrating persistent fears, notably with respect to taxation, and placing regrettable constraints on the ability to be a constituting party. The trust's departure from the traditional unity of the patrimony was, however, accomplished from the very beginning. And the nature of the rights enjoyed by the trustee has never failed to give rise to debate. The quality of the legislative text initially passed by the French parliament left much to be desired, an illustration of a broader modern phenomenon. Progressively, the legal framework improved. The legal regime was refined and today has stabilized and offers a coherent view of the trust as an institution: perhaps a sign that the introduction of this “sleeping beauty” within civilian environments may require a subsequent period of acclimatization.

* Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (PRES Sorbonne Universités). Ce texte reprend une intervention prononcée à l'Université McGill le 12 septembre 2008 et s'inspire directement des travaux de l'auteur, notamment « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 » [2007] 4 *Bulletin Joly Sociétés* 440 et [2007] 5 *Bulletin Joly Sociétés* 556; « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérences » (2007) *JCP E* 2053; « La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie » (2008) *JCP E* 2008 act 385; « La fiducie-sûreté » (2009) *JCP E* 1808; *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, « Fiducie » par François Barrière.

Introduction	849
I. Une logique apparente	852
<i>A. Un équilibre manifeste</i>	852
<i>B. Le bouleversement apparent</i>	855
1. La propriété	855
2. Le patrimoine	858
II. Une petite fiducie en voie d'expansion	860
<i>A. Le constituant : d'une hérésie à la raison</i>	860
<i>B. Le fiduciaire : des établissements financiers puis des avocats, mais pas les notaires!</i>	863
<i>C. La finalité de la fiducie : une polyvalence à ne pas exagérer</i>	864
III. Le manque de cohérence de la loi instituant la fiducie	864
<i>A. Une fiducie perméable</i>	865
<i>B. Le traitement du passif fiduciaire</i>	867

Introduction

Le mécanisme fiduciaire implique le transfert de droits patrimoniaux par une personne (le constituant) à une autre (le fiduciaire) dans le but de réaliser une affectation déterminée au profit d'un bénéficiaire. Connue sous Rome, la *fiducia* disparut, n'offrant pas une protection suffisante des intérêts en cause¹. En Angleterre, à l'inverse, le *trust*, mécanisme similaire sous bien des aspects et modelé de toutes pièces par la jurisprudence, connut un essor certain au Moyen-Âge pour ne jamais en démentir. Il a fallu attendre une époque très récente pour que cette « belle au bois dormant » qu'est la fiducie sorte de l'ombre en France², notamment sous la concurrence que le *trust* anglo-américain livrait au système de droit français qui ne connaissait pas d'équivalent³.

La pratique a vivement sollicité un instrument similaire, mettant en exergue ce manque de compétitivité du système français. Des entreprises françaises ont délocalisé des opérations hors de France, au motif que le *trust* anglo-américain répondait davantage à leurs besoins. La multiplication d'équivalents au *trust* dans des pays de droit civil (très nombreux pays d'Amérique latine ou du Sud, le Luxembourg, la Russie, ou encore le Liban et, bien sûr, le Québec, sans oublier plus récemment la Roumanie et demain la République Tchèque) livrait une concurrence supplémentaire.

Si le droit français a attendu le 21^e siècle pour consacrer officiellement la fiducie, il serait faux de croire que l'institution n'existait pas au préalable. Certes, aucune institution ne portait ce nom. Mais, déjà, des fiducies « inconnues » — qui ne bénéficient pas du nom de fiducie, mais qui en ont toutes les caractéristiques et qui en suivent le régime — existaient. En effet, des institutions permettaient, comme la fiducie régie par le Code civil, le transfert d'une propriété devenue finalisée, affectée à la réalisation d'un objet particulier, parfois même localisée dans un patrimoine d'affectation. Le « gage-espèces », qui implique le transfert de la propriété de sommes d'argent d'un débiteur au créancier en garantie de dettes, en est un exemple. La cession de créances « Dailly » à titre de garantie en est un autre : la propriété de la créance est transférée à titre de garantie d'une dette au profit d'un établissement de crédit. C'est aussi le cas des

¹ Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

² Claude Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981 aux pp 12-14.

³ François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004 à la p 3.

sûretés-proprétés issues de la directive européenne 2002/47/CE⁴ dites « collatérales ». En effet, à titre de garantie des obligations financières, des remises en pleine propriété notamment d'instruments financiers sont autorisées⁵.

Bref, en particulier dans le domaine bancaire et financier sous couvert de noms spécifiques, à l'ombre de l'institution officielle, les praticiens avaient déjà obtenus du législateur qu'il consacre en droit français la fiducie. Certes, jamais sans citer officiellement son nom. Mais le résultat était là : les traits saillants de la fiducie s'y retrouvaient (transfert de propriété et affectation de celle-ci à une fin particulière), preuve, s'il en fallait encore, que la fiducie était souhaitée par les praticiens. Évidemment, on regrettera la multiplication des textes de lois, l'éclatement des sources du droit de la fiducie entre la fiducie « nommée » et les innombrables fiducies « innommées ». Un régime unique de la fiducie aurait suffi! Cette « belle au bois dormant » a eu un réveil bien chaotique! C'est une proposition de loi du sénateur Philippe Marini du 8 février 2005 qui remet à l'ordre du jour cette Arlésienne du droit français. Cette proposition devient la *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*⁶ et crée un nouveau titre dans le code civil.

Au gré de l'acclimatation de la fiducie en France, de nouvelles perspectives de son utilisation apparaissent. Ainsi, alors que l'économie est chancelante après la violente secousse de la crise financière de septembre et octobre 2008, la manne pétrolière (et ses flux de trésorerie) serait un moyen de dynamiser la reprise, qui se fait attendre, si elle était investie en France. La France, tout comme d'autres États (le Royaume-Uni, notamment), s'intéresse aux potentialités de la finance dite « islamique », c'est-à-dire qui respecte les principes de la Charia (en particulier l'interdiction de l'intérêt)⁷. Le ministère de l'Économie et des Finances voit dans la fiducie l'instrument juridique qui permettrait de satisfaire ces exigences. Les applications pratiques, actuelles ou à venir, de la fiducie démontrent la très grande polyvalence de cet instrument.

La *Loi instituant la fiducie* permet ainsi à la fiducie d'échapper à l'ombre dans laquelle elle fut plongée, mais ce n'est que timidement

⁴ Directives CE, *Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière*, [2002] JO, L 168/43.

⁵ Sous réserve de remplir certaines conditions quant aux qualités de certaines parties et à la source des obligations financières, voir art L 211-36 Code monétaire et financier [C mon fin].

⁶ JO, 21 février 2007, 3052 [*Loi instituant la fiducie*].

⁷ François Barrière, « Propriété, fiducie et sukuk », (2011) JCP E 1203.

qu'elle est entrée dans la lumière en 2007. Certes, l'institution créée⁸ répond à la définition du *trust*, telle que résultant de l'article 2 de la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*⁹ du 1^{er} juillet 1985¹⁰. À savoir, d'abord, que les biens « constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du [fiduciaire-]trustee »¹¹. Ensuite, que « le titre relatif aux biens »¹² de la fiducie ou du *trust* est établi au nom du fiduciaire-trustee. Enfin, que le fiduciaire-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 »¹³ de l'acte de *trust* ou du contrat de fiducie et selon les règles particulières imposées par la loi. Son domaine, à l'origine, était toutefois beaucoup plus restreint que le *trust* et l'est toujours aujourd'hui, même si c'est dans une moindre mesure. Ce n'est également qu'avec le temps que les potentialités de l'institution seront pleinement maîtrisées. Deux finalités principales de la fiducie peuvent toutefois déjà être relevées : celle où le fiduciaire aura une charge de gestion du bien (fiducie-gestion) et celle où il détiendra le bien remis en fiducie en garantie d'une dette (fiducie-sûreté), sachant que l'une et l'autre pourront se mélanger, certaines opérations de garantie sur le moyen terme pouvant impliquer une gestion quasi quotidienne des biens mis en fiducie par exemple.

La fiducie a été votée en février 2007 et fut plusieurs fois modifiée depuis. La succession incessante des modifications du régime de la fiducie (en moyenne, une par semestre!) illustre l'instabilité générale du droit moderne, peut-être aussi les difficultés d'acclimater cet outil si particulier qu'est la fiducie en France. Ces valseuses rythmées des dispositions législatives sont d'autant plus curieuses que le décret prévu par la loi, devant instituer un registre national des fiducies (devant essentiellement servir de base de contrôles pour les administrations) n'est paru qu'en mars 2010.

Malgré la logique apparente de la fiducie française (I), sa naissance fut chaotique. Ce ne fut qu'une petite fiducie qui vit le jour, laquelle s'est depuis étendue, ce qui s'illustre par un champ d'application sévèrement res-

⁸ L'article 2011 C civ dispose que « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

⁹ 1^{er} juillet 1985, 1664 RTNU 311, RT Can 1993 n° 2 [*Convention du 1er juillet 1985*].

¹⁰ Yaëll Emerich, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens » (2009) 1 RIDC 49.

¹¹ *Convention du 1^{er} juillet 1985*, supra note 9, art 2(a).

¹² *Ibid.*, art 2(b).

¹³ *Ibid.*, art 2(c).

treint puis rapidement assoupli (II). Un certain manque de cohérence de la *Loi du 19 février 2007* est aussi à déplorer, même s'il tend à décroître au gré des interventions législatives et que le contrat de fiducie pourra souvent y palier (III).

I. Une logique apparente

La loi instituant la fiducie procède par certains aspects d'une logique équilibrée (A), même si certains bouleversements de concepts fondamentaux semblent en résulter (B).

A. Un équilibre manifeste

La loi instituant la fiducie a, d'abord, su trouver une juste mesure entre formalisme et renouveau contractuel. La fiducie prendra nécessairement forme par un contrat écrit, nécessairement enregistré¹⁴ et contenant certaines mentions dont la peine est la nullité¹⁵, évitant par là-même les risques d'antidate et fournissant des éléments utiles en cas de contrôle. Mais au delà, le contrat pourra prévoir assez librement le type de « mission » confiée au fiduciaire, les droits transférés allant pouvoir l'être, alternativement ou cumulativement, pour de la gestion ou pour servir de garanties par exemple.

Cette loi a aussi veillé à la nécessité pour la fiducie, dont certains ont parfois dit tant de maux, de respecter l'ordre public, la fiducie ne devant pas (comme toute autre institution) être un moyen de contourner des règles essentielles. Certaines dispositions vont en ce sens. D'où, par exemple, la limitation dans le temps de la durée maximum d'un contrat de fiducie (99 ans depuis la *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*¹⁶), afin d'éviter le risque d'inaliénabilité des biens et limiter l'atteinte à la libre circulation des richesses. D'où, également, la présomption d'action de concert¹⁷ entre le fiduciaire et le constituant-bénéficiaire, afin d'assurer la transparence et l'information des marchés financiers en évitant des prises de participation occultes d'un constituant dans des sociétés cotées par l'intermédiaire d'un fiduciaire.

Plus généralement, outre les dispositions de la loi, la fiducie ne pourra pas venir éluder les règles impératives applicables aux matières concernées. En droit des sociétés, par exemple, une fiducie constituée aux seules

¹⁴ Art 2019 C civ.

¹⁵ Art 2018 C civ.

¹⁶ JO, 5 août 2008, 12471 [*Loi de modernisation de l'économie*].

¹⁷ Art L 233-11, al 5 Code du commerce [C com].

fins de contourner les règles de participation dans une société devrait être sanctionnée. Plus généralement, les sociétés qui créeront des fiducies devront le faire dans le respect de leur intérêt et objet sociaux. Afin de limiter les risques que la fiducie-sûreté porte atteinte aux règles de la « failite » et à l'objectif de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise, l'*Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant sur la réforme du droit des entreprises en difficulté*¹⁸ a limité les possibilités de réalisation pendant la période de sauvegarde et de redressement judiciaire (en réalité, en les interdisant dès lors que le constituant conserve l'usage ou la jouissance des biens mis en fiducie), tout en préservant ses pleins effets lors d'une liquidation judiciaire (permettant au créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté de bénéficier d'un paiement exclusif, hors concours, lors de la réalisation des biens mis en fiducie).

La volonté d'équilibre de la loi se trouve également dans le souci de lutter contre le blanchiment de capitaux. C'est ainsi que seuls peuvent devenir fiduciaires certaines personnes¹⁹, déjà familiarisés à la surveillance de flux financiers et aux déclarations de soupçons de blanchiment de capitaux à l'autorité compétente. La lutte contre la fraude fiscale explique que le constituant devra être résident d'un État de la Communauté européenne ou d'un État ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions, contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale²⁰. Le texte veille plus généralement à éviter l'évasion fiscale : le constituant, nonobstant le transfert juridique de sa propriété au fiduciaire, est réputé demeurer titulaire des droits mis en fiducie pour les principaux impôts directs²¹. La neutralité fiscale en est ainsi assurée. L'interdiction de la fiducie-libéralité, c'est-à-dire l'utilisation de la fiducie comme moyen de transmission à titre gratuit, a sans doute permis que le texte soit adopté et a évité un veto du ministère de l'Économie et des Finances. Peut-être aurait-on pu espérer un texte davantage ambitieux, permettant les fiducies par testament ou par donation à l'instar du droit québécois ou canadien, afin de compléter les techniques de transmission en droit français?

Le registre national des fiducies fournira une base d'information utile aux administrations souhaitant effectuer certaines vérifications²². De manière plus précise, l'administration fiscale bénéficie d'un droit de contrôle

¹⁸ JO, 19 décembre 2008, 19462.

¹⁹ Art 2015 C civ.

²⁰ *Loi instituant la fiducie*, *supra* note 6, art 13.

²¹ Art 223 V Code général des impôts [C gen imp].

²² Art 2020 C civ.

et de communication et pourra ainsi réclamer tout « document relatif au contrat de fiducie »²³ auprès de chacun des intervenants directs (constituant, fiduciaire, bénéficiaire) ainsi qu'à toute autre personne exerçant un pouvoir de décision en lien avec la fiducie. La déclaration d'existence de la fiducie à l'administration fiscale permettra d'ailleurs à cette dernière de ne pas ignorer sa création et de procéder aux contrôles qu'elle jugera utile. L'intervention d'un commissaire aux comptes — dès lors que le constituant y est lui-même assujetti — est également de nature à offrir une protection de par leur mission de contrôle et de notification au Parquet des faits délictueux dont ils ont connaissance.

Avec le transfert des droits du constituant au fiduciaire, les créanciers sont à risques. Analysons successivement les principaux cas de figure et les protections dont ils bénéficient. Les créanciers du constituant, dont la fiducie vient réduire d'autant leur droit de gage, seront protégés en cas de fiducie portant atteinte à leurs droits. Faite en fraude de leurs droits, la fiducie pourra être attaquée de ce chef²⁴, ce qui est là l'expression d'une modalité de l'action paulienne de l'article 1167 C civ. Passée en période suspecte, postérieurement à la cessation des paiements, mais avant l'ouverture d'une procédure collective, la fiducie sera, sauf exception, nulle²⁵. Quant aux créanciers titulaires d'un droit de suite, ils continueront à pouvoir l'exercer. En réalité, le sort des créanciers du constituant n'est pas très différent lors d'un transfert en fiducie d'actifs que lors d'une vente : les biens ne font alors plus partie de l'assiette de leur droit de gage général²⁶.

Toutefois, à la différence du transfert de biens par un entrepreneur individuel à un patrimoine d'affectation professionnel (l'EIRL), qui implique une information de ses créanciers antérieurs pour leur être opposable, aucune formalité de cette nature n'existe en matière de fiducie. Le législateur pourrait gagner à la prévoir. En effet, le Conseil constitutionnel a validé cet aspect de la loi relative à l'EIRL²⁷ au motif que s'il était loisible au législateur de rendre la déclaration d'affectation « opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt »²⁸, c'est à la condition que ces derniers soient personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition. On ne peut donc pas exclure une question prioritaire de constitutionnalité sur ce ter-

²³ Art L 96 F Livre des procédures fiscales [L proc fis].

²⁴ Art 2025, al 1 C civ.

²⁵ Art L 632-1, al 2 C com.

²⁶ Art 2025 C civ.

²⁷ Cons const, 10 juin 2010, (2010) JO 10988, 2010-607 DC.

²⁸ Art L 526-12 C com.

rain en arguant que le transfert des biens du patrimoine personnel du constituant au patrimoine fiduciaire ne devrait être opposable aux créanciers antérieurs du constituant que sous réserve d'une faculté d'opposition.

Quant aux créanciers personnels du fiduciaire, le risque serait qu'ils soient victimes de la solvabilité apparente du fiduciaire tirée du patrimoine fiduciaire. La fonction de fiduciaire étant limitée aux établissements bancaires et aux avocats²⁹, ce problème ne devrait pas se poser. La comptabilité séparée des comptes personnels et des comptes fiduciaires fournira en tout état de cause un moyen permettant de distinguer les actifs concernés.

Les ayants cause du fiduciaire, les tiers contractant avec le fiduciaire ès-qualité pourraient, quant à eux, subir le risque d'excès de pouvoirs du fiduciaire. L'article 2023 C civ les en prémunit en posant une présomption de pouvoirs du fiduciaire. Ainsi, ces ayants cause ne supporteront pas la faute du fiduciaire qui viendrait à excéder ses prérogatives, laquelle ne pourra pas leur être opposée. Ces ayants cause seront donc dispensés de vérifier les pouvoirs du fiduciaire. Ceci facilitera d'autant les échanges commerciaux, en offrant une protection au tiers qui n'a pas à s'assurer que le fiduciaire agit conformément à l'objet de la fiducie. Cette présomption légale est logique : ce n'est pas au tiers (étranger à la fiducie), mais au constituant de supporter les conséquences d'un excès de pouvoirs du fiduciaire. L'information des créanciers sera aussi assurée par l'obligation faite au fiduciaire de décliner sa qualité ainsi que par la mention de ses droits ès-qualité lorsque leur mutation est soumise à publicité (registre foncier par exemple).

B. Le bouleversement apparent

En apparence, la loi instituant la fiducie bouleverse deux concepts fondamentaux du droit civil : la propriété et le patrimoine. En réalité, la modification n'est sans doute pas aussi profonde qu'il n'y paraît. Et les objections juridiques se révèlent pouvoir être levées.

1. La propriété

Longtemps oubliée, la fiducie a aussi été (préalablement au vote de la loi l'instituant) contestée et déformée, la propriété fiduciaire étant souvent niée. Certaines formes de fiducie-gestion, par laquelle le constituant transfère la propriété de ses biens à un fiduciaire, ont ainsi été réduites à d'autres institutions. Le législateur, par exemple, a refusé de qualifier

²⁹ Art 2015 C civ.

d'aliénation fiduciaire certains mécanismes en préférant utiliser le terme de mandat, tout en déformant l'essence de cette institution. Ainsi, le fonds commun de placement a été, à l'origine, fondé sur un « mandat » donné audit fonds par une indivision d'épargnants créant une copropriété, sans que les « mandants » conservent de prérogatives contrairement au mandat du *Code civil* et avec une indivision soustraite aux règles de droit civil. Plus récemment créé, le mandat à effet posthume est conféré par une personne qui ne sera plus propriétaire des biens au jour de son entrée en vigueur et qui enlève au propriétaire d'alors le pouvoir d'administrer ces biens³⁰, alors qu'un mandat de droit commun n'est pas déchu de ses prérogatives.

Quant à la jurisprudence, elle a, hier, réduit une fiducie-sûreté à un nantissement avec pacte comissoire³¹ et, aujourd'hui, requalifié en nantissement la cession d'une créance à titre de garantie³² même si la jurisprudence lui fait produire des effets d'exclusivité proche de ceux d'un propriétaire³³. Ces disqualifications sont contestables : elles nient le transfert de propriété, alors que le soi-disant « mandat » existe sans que le mandant conserve ses droits. Le prétendu « gage » implique, quant à lui, un transfert de propriété dans la volonté des parties. Le transfert de propriété a aussi pu être disqualifié en contre-lettre par les tribunaux³⁴, alors que l'intention du constituant n'était pas d'octroyer au fiduciaire une propriété simulée, ni une apparence trompeuse avec deux actes contradictoires. Ces

³⁰ La *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités* (JO, 24 juin 2006, 9513 [*Loi du 23 juin 2003*]) institua ce « mandat », afin, selon son exposé des motifs, de « répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale » (*ibid*). Le qualifiant de fiducie : Michel Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », [2007] 1 Répertoire du Notariat Defrénois, art 38509, 3 [Grimaldi, « Mandat »]; Michel Grimaldi, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », (2006) D 2551 [Grimaldi, « Présentation »].

³¹ Cass civ 1^{ère}, 8 juillet 1969, (1970) JDI 916 (note Jean Derrupé).

³² Cass com, 19 décembre 2006, (2007) D 344, (note Christian Larroumet); Dominique Legeais, « La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance » (2007) JCP E 1131, (2007) JCP G 10067; Pierre Crocq, « L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie », [2007] 1 RTD civ 160; Anne-Sophie Barthez, « La cession d'une créance à titre de garantie constitue un nantissement » dans Jacques Ghestin, « Droit des obligations » (2007) JCP G 161; Stéphane Prigent, « Cession de créance de droit commun à titre de garantie », [2007] 42 Petites affiches 10; Marie-Élisabeth Mathieu, « Chronique de droit bancaire et financier » [2007] 51 Petites affiches 5.

³³ Cass com, 26 mai 2010, (2010) D 1340 (note A Lienhard) : bien que confirmant la disqualification en nantissement de la cession de créance conventionnelle, cet arrêt confère au bénéficiaire de la sûreté un droit exclusif au paiement de la créance objet de la sûreté.

³⁴ Cass civ, 26 juillet 1905, (1906) DP I 136; CA Grenoble, 19 juillet 1905, (1906) DP II 137, maintenu par Cass civ, 31 juillet 1906, (1907) DP I 479.

difficultés à admettre la réalité de la propriété fiduciaire viennent sans doute de l'originalité de la situation par laquelle une personne recueille le titre de propriétaire avec seulement une fraction des prérogatives du propriétaire d'origine.

La *Loi instituant la fiducie* vise uniquement un transfert de droits. Un amendement législatif adopté en mai 2009 (mais censuré depuis par le Conseil constitutionnel) qualifiait le droit recueilli par le fiduciaire de propriété³⁵, ce qui était heureux lorsque l'on observe les disqualifications opérées par la jurisprudence française, mais aussi les difficultés que d'autres systèmes de droit ont éprouvé sur cette question, notamment le droit québécois. Cette qualification devrait prévaloir sur les travaux parlementaires ne faisant de toute façon pas de doute sur la propriété du fiduciaire quant aux biens mis en fiducie³⁶. Et il est, en pratique, souhaitable que ce soit le fiduciaire qui le devienne. En effet, le risque de certaines théories qui proposent de voir un droit réel conservé par le constituant ou au profit du bénéficiaire seul sur les biens en fiducie est qu'alors ces actifs mis en fiducie sont saisissables par leurs créanciers : le *trust* serait alors un instrument nettement préférable pour mettre en place une étanchéité entre les actifs.

La propriété de l'article 544 C civ transférée par le constituant au fiduciaire devient une propriété modelée³⁷ par la finalité qui dorénavant la grève. Limitée dans la durée, la propriété du fiduciaire ne sera jamais perpétuelle. Limitée par les prérogatives conférées au fiduciaire — le fiduciaire n'acquière que certaines prérogatives que le constituant tenait de ce droit (d'où une déperdition temporaire du reliquat des prérogatives) — et la finalité pour laquelle les droits lui sont confiés, la propriété ne sera jamais absolue. Contrairement à la propriété ordinaire de l'article 544 C civ, la loi ne vient pas définir les droits ou pouvoirs qui en résultent; mais ceci se comprend, car les prérogatives découlant de la propriété fiduciaire ne seront jamais identiques. Elles dépendront des stipulations du contrat

³⁵ *Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers*, JO, 20 octobre 2009, 17410, art 16.

³⁶ Et ce même si pour la plupart des impôts directs, le constituant est réputé demeurer titulaire des droits. Ce qui crée une dissociation entre la qualité de propriétaire au sens juridique et celle de redevable de l'impôt.

³⁷ Y voyant un pouvoir juridique davantage qu'un droit : Madeleine Cantin Cumyn, « Le pouvoir juridique » (2007) 52 : 2 RD McGill 215 à la p 227 et s; Madeleine Cantin Cumyn, « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique » [1992] D, 14^e cahier, chron XXIII 117. Voir aussi Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980 au para 98; Madeleine Cantin Cumyn, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité? » (1984) 15 : 1 RDUS 7 à la p 12.

de fiducie et de l'objet devant être réalisé par le fiduciaire, tous deux étant d'ailleurs des mentions obligatoires selon l'article 2018 C civ. Par contre, comme la propriété ordinaire, la propriété fiduciaire sera exclusive. Le fiduciaire exercera ses prérogatives sur les droits mis en fiducie, hors de tout concours. L'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* pourront être transférés au fiduciaire. Le fiduciaire ne pourra cependant utiliser ces prérogatives qu'afin de réaliser l'objet de la fiducie.

Cette propriété finalisée, temporaire et limitée est une propriété dont le régime pourra ne pas être exactement celui de la propriété ordinaire. Ainsi, bien que propriétaire, le fiduciaire devra rendre compte de l'exercice de ses prérogatives³⁸ et devrait pouvoir être sanctionné au titre de l'abus de confiance s'il détourne les biens mis en fiducie alors qu'il a accepté d'en faire un usage déterminé.

La propriété fiduciaire s'intègre dans une évolution jurisprudentielle qui tend à favoriser les droits réels modelés. Ainsi, la Cour de cassation admet que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien »³⁹. Un droit réel de jouissance de source contractuelle est ainsi validé par celle-ci. Dans la même veine, la Cour de cassation a accordé au titulaire d'un droit réel contractuellement défini (un droit à bois crû et à croître) le même régime que la propriété ordinaire (en l'occurrence, la perpétuité fut reconnue au titulaire du droit réel)⁴⁰, confirmant à nouveau la possibilité de modeler contractuellement un droit réel. Ainsi, un droit réel non qualifié de « propriété ordinaire » peut néanmoins bénéficier d'un régime à tout le moins analogue.

On hésite toutefois à rattacher davantage la fiducie au droit des biens qu'au droit des contrats, car c'est par le contrat de fiducie que la propriété transférée par le constituant devient une propriété finalisée. Réduire l'institution fiduciaire à l'une de ces deux catégories nous semble donc excessif.

2. Le patrimoine

Le titre XIV du *Code civil*, dédié à la fiducie, ne le qualifie pas expressément de patrimoine d'affectation, mais il ne fait pas de doute que le patrimoine fiduciaire en est un. Les dispositions comptables prennent, elles, le soin de le qualifier de la sorte : c'est là un nouveau paradoxe que le droit comptable permette de rendre plus intelligible le droit civil... Ainsi,

³⁸ Art. 2022 C civ.

³⁹ Cass civ 3^e, 31 octobre 2012, Bull civ III (à paraître).

⁴⁰ Cass civ 3^e, 23 mai 2012, Bull civ III (à paraître).

à côté du patrimoine personnel du fiduciaire, un ou plusieurs patrimoines affectés aux fiducies créées existeront, avec à l'actif les droits transférés du constituant, puis les droits qui viendront en substitution ou complément, et au passif, les dettes qui naîtront de la gestion fiduciaire. Et ce patrimoine est essentiel, car une fois que le fiduciaire est qualifié de propriétaire, le risque que les tiers confondent ces actifs fiduciaires avec les biens qui sont la propriété ordinaire du fiduciaire (et les saisissent) existe. En conséquence, la procédure collective affectant le fiduciaire n'implique pas le partage des droits mis en fiducie avec les droits personnels du fiduciaire. L'actif fiduciaire viendra répondre d'un passif fiduciaire. Ce patrimoine d'affectation brise l'unité du patrimoine : une même personne pourra dorénavant avoir plusieurs patrimoines (son patrimoine personnel et un ou plusieurs patrimoines fiduciaires). Mais que cette entorse à un principe bien établi en droit français ne soit pas exagérée : déjà, une personne pouvait affecter certains de ses biens à une fin particulière par l'intermédiaire d'une personne morale, venant alors affecter certains de ses actifs — hors de son patrimoine personnel — à la réalisation d'un objet spécifique. De même que les actifs des « compartiments » des organismes de titrisation « ne répondent que des dettes [...] qui concernent ce compartiment »⁴¹.

On pourrait même prétendre que l'unité du patrimoine n'est pas véritablement mise en cause par le patrimoine fiduciaire : son patrimoine personnel continuera de répondre de ses dettes personnelles et les biens mis en fiducie — dès lors qu'ils n'ont pas vocation à lui profiter personnellement⁴² — n'ont pas à devenir le gage de ses créanciers personnels⁴³. Contrairement à la solution du droit québécois actuel, le patrimoine fiduciaire n'est pas autonome, en ce sens qu'il est rattaché au fiduciaire et le fiduciaire est titulaire des droits réels sur les biens mis en fiducie (ce qui simplifie l'inscription aux registres tabulaires, fonciers notamment)⁴⁴. Le patrimoine fiduciaire n'est pas non plus personnifié⁴⁵. Quoi qu'il en soit, le

⁴¹ Art L 214-43, al 1 C mon et fin.

⁴² Ce qui ne sera pas le cas en présence d'une fiducie au bénéfice du fiduciaire lui-même.

⁴³ En ce sens, Michel Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre » [1991] 17 Répertoire du notariat Defrénois, art 35085, 897 et [1991] 18 Répertoire du notariat Defrénois art 35094, 961.

⁴⁴ Étant noté que le droit français n'a pas d'équivalent au patrimoine divisé de l'article 2 CcQ.

⁴⁵ Selon un auteur, ce moyen permettrait d'éviter les contradictions trop importantes que la fiducie fait subir à la notion de propriété. Voir Madeleine Cantin Cumyn, « Rapport général » dans Madeleine Cantin Cumyn, dir, *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 11 à la p 17; Madeleine Cantin Cumyn, « La personne morale dans le droit privé de la province de Québec » dans *Droit contemporain : Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990*,

patrimoine fiduciaire n'est plus la seule exception au principe d'unité du patrimoine, les entrepreneurs individuels pouvant opter pour un régime d'entreprise à « patrimoine affecté ». L'entreprise individuelle à responsabilité limitée et l'avant-projet de loi de réforme de l'agent des sûretés en prévoient également un.

II. Une petite fiducie en voie d'expansion

À l'origine, la *Loi instituant la fiducie* a sévèrement restreint son champ d'application : seules des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés pouvaient être constituants, la fonction de fiduciaire ne pouvait être exercée que par des établissements financiers et la finalité de la fiducie excluait la transmission à titre gratuit. La *Loi de modernisation de l'économie* du 4 août 2008 est venue assouplir ces restrictions, principalement concernant le constituant (A) et dans une moindre mesure le fiduciaire (B), sans toutefois revenir sur la prohibition de la fiducie-libéralité et en conservant une polyvalence de l'institution à ne pas exagérer (C).

A. Le constituant : d'une hérésie à la raison

Comme uniquement des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés pouvaient être constituants, les personnes physiques ne pouvaient donc pas constituer de fiducies, alors que le régime de neutralité fiscale et l'interdiction de la fiducie-libéralité, était de nature à balayer toute crainte du chef de la fraude fiscale. Exclusion d'autant plus surprenante qu'avant même que la *Loi instituant la fiducie* ne soit parue au *Journal Officiel*, une extension du droit de constituer des fiducies au béné-

Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, 44 aux pp 56-57; Madeleine Cantin Cumyn, « La fiducie, un nouveau sujet de droit? » dans Jacques Beaulne, dir, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 129 à la p 132. Voir notamment Pierre Lepaulle, « La notion de trust et ses applications dans les divers systèmes juridiques » dans *Actes du Congrès international de droit privé tenu à Rome en juillet 1950 : L'unification du droit*, vol 2, Rome, Unidroit, 1951, 197 à la p 206. Jean-Denis Bredin cite Lepaulle dans « L'évolution du trust dans la jurisprudence française » dans *Travaux du Comité français de droit international privé 1973-75*, Paris, Dalloz, 1977, 137 à la p 154. Lepaulle analyse le *trust* comme une personne morale, représentée par un *trustee* chargé de l'administrer et affirme que les bénéficiaires sont titulaires d'« intérêts », en ajoutant qu'ils sont comme des actionnaires d'une société qui ont eux aussi des droits spécifiques. Lepaulle ajoute encore : « Pour la toute puissance de la jurisprudence, les Anglo-Saxons ont constitué, sans le dire jamais [...] une véritable personne morale » (*ibid.*). Voir aussi Pierre Lepaulle, « Réflexions sur l'expansion des trusts : Remarques à propos du livre de M. Claude Reymond sur "Le trust et le droit suisse" », (1955) 7 : 2 RIDC 318 à la p 320 et s. Comparer Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932 (la thèse originale de Lepaulle prônait le patrimoine d'affectation sans titulaire comme analyse du *trust* (aux pp 166-67)).

ficie des personnes physiques était discutée lors des débats sur le projet de loi réformant la protection juridique des majeurs⁴⁶. Signe de la crainte persistante d'évasion fiscale de la direction du Trésor du ministère de l'Économie et des Finances, cette disposition ne fut pas adoptée en 2007. Lors des débats parlementaires, le Garde des Sceaux nota qu'une

raison d'exclure les personnes physiques de la fiducie [est de répondre] à un impératif fiscal. La fiducie ne saurait constituer un outil d'optimisation fiscale pour les personnes physiques. Or, je ne crois pas que la crainte de la nullité des fiducies soit suffisante pour se prémunir contre ce risque...⁴⁷

L'argumentation ne convainc pas, sauf à suggérer de supprimer toutes les nullités si elles ne suffisent pas à se prémunir contre des risques alors que cette préoccupation aurait pu être suffisamment traitée fiscalement, d'une part, par le recours à un mécanisme de transparence et de neutralité⁴⁸, d'autre part, en interdisant la fiducie à titre gratuit. Certes, le gouvernement n'a pas évoqué uniquement cet aspect pour justifier cette limitation. Il a motivé aussi cette restriction afin « d'éviter une remise en cause des règles protectrices du droit des sûretés qui [seront] énoncées en [...] faveur [des personnes physiques] »⁴⁹. On peine à percevoir en quoi la nature du risque est plus importante pour une personne physique lors d'une propriété transmise à titre de sûreté (fiducie-garantie) que lors du recours à une propriété réservée — la très usitée clause de réserve de propriété — ou à un droit de rétention. Le gouvernement l'expliqua également afin d'éviter « que les règles particulières prises en faveur des majeurs protégés, celles liées à la dévolution successorale ainsi que celles qui garantissent la protection des droits aux héritiers réservataires »⁵⁰ ne soient contournées par le jeu de la fiducie. Pourquoi la nature contractuelle de la fiducie lui permettrait-elle, plus que d'autres institutions, de porter atteinte à des règles d'ordre public? La violation de l'ordre public devrait entraîner la même sanction, quel que soit le moyen utilisé.

Les objections initiales du gouvernement n'ont pas fait long feu, tant elles étaient discutables. La *Loi de modernisation de l'économie* du 4 août 2008 est venue gommer cette discrimination de capacité et a permis à

⁴⁶ *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant sur la réforme de la protection juridique des majeurs*, JO, 7 mars 2007, 4325.

⁴⁷ France, JO, Sénat, Débats parlementaires, Compte rendu intégral, séance du 17 octobre 2006 [Sénat, 17 octobre 2006].

⁴⁸ En considérant que si un transfert de droits du constituant au fiduciaire a bien eu lieu en droit civil, ce transfert n'est pas réputé advenu pour l'analyse fiscale, en particulier pour déterminer l'assiette et le débiteur des impôts.

⁴⁹ Sénat, 17 octobre 2006, *supra* note 47.

⁵⁰ *Ibid.*

toute personne de devenir constituant de fiducie⁵¹. La méthode laisse dubitatif : la proposition de loi du Sénateur Marini prévoyait que toute personne pouvait être constituant d'une fiducie, mais le gouvernement s'y était opposé lors du vote de la loi et, à peine un an après, il fait volte-face et le permet! Ce revirement est néanmoins triplement heureux.

D'abord, car il permet aux personnes physiques, qui peuvent y avoir un intérêt, de conclure un contrat de fiducie. On pense aux entrepreneurs individuels (artisans, commerçants) qui, comme les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, peuvent y voir une utilité. Les personnes morales non soumises à l'impôt sur les sociétés qui dans leurs activités économiques voudraient recourir à une fiducie le peuvent dorénavant également. Ce sont aussi les personnes « vulnérables » (personnes âgées, malades, handicapées) qui souhaiteraient se défaire de la charge de gestion de leurs biens au profit d'un fiduciaire⁵², qui pourront y recourir. Cette institution viendra compléter la palette d'instruments à leur disposition, en particulier le mandat de protection future et, dans une moindre mesure, un mandat à effet posthume. Ces deux derniers, qui ont pu être chacun qualifiés de fiducie⁵³, ont parfois reçu un accueil réservé des praticiens⁵⁴. Il sera intéressant de voir si la fiducie nommée répondra davantage à leurs attentes, même si l'interdiction des actes à titre gratuit limitera la concurrence que la fiducie pourra livrer au mandat à effet posthume.

Ensuite, car il abroge la discrimination de capacité entre catégories de personnes, ce qui n'était pas souhaitable en tant que tel et qui était une particularité du droit français, de nature à isoler plutôt qu'à le faire rayonner. La référence dans le *Code civil* aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, de plein droit ou sur option, alourdissait la lec-

⁵¹ *Supra* note 16.

⁵² Florence Fresnel, « La fiducie et les personnes vulnérables », *Revue Juridique Personnes & Famille* n° 4 (avril 2005) 28, également paru dans [2005] 42 Petites affiches 8; Bertrand Hohl, « Une seule fiducie, ça suffit! » [2005] Gazette du Palais 1649; Bertrand Hohl, « Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie » (2007) JCP E 2052 [Hohl, « Exclusion »]; François Sauvage, « Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable » *Revue Juridique Personnes & Famille* n° 5 (mai 2009) 8.

⁵³ C'est la *Loi du 23 juin 2006* (*supra* note 30) qui institua le mandat effet posthume, afin, selon son exposé des motifs de « répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale » (*ibid*). Michel Grimaldi qualifie le mandat effet posthume de fiducie (Grimaldi, « Mandat », *supra* note 30; Grimaldi, « Présentation », *supra* note 30). Quant au mandat de protection future, il a également été rapproché de la fiducie. Voir Imran Omarjee, « Bref aperçu des mandats de protection future, de fin de vie et à effet posthume », *Droit & Patrimoine* n° 157 (mars 1997) 20 à la p 21.

⁵⁴ Hohl, « Exclusion », *supra* note 52 au para 12 et s; Florence Fresnel, « La personne protégée et le mandat à effet posthume », *Droit & Patrimoine* n° 169 (avril 1998) 54.

ture du texte et sa mise en application. Les causes de disparition de l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés du constituant posaient difficultés. La loi se focalisait sur l'hypothèse de la révocation de l'option à l'impôt sur les sociétés... alors qu'elle est irrévocable, sauf dans un seul cas, au demeurant très particulier! Mais elle était peu fournie sur les implications d'une absorption du constituant par une personne non soumise à l'impôt sur les sociétés ou encore de sa transformation en une telle entité. De nombreuses incertitudes planaient du fait de cette discrimination; elles sont devenues sans objet.

Enfin, car il donne au droit français une meilleure attractivité. En effet, la loi instituant la fiducie devait participer à ce mouvement, mais le législateur lui-même était venu freiner cette possibilité! En imposant que le constituant d'une fiducie soit une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés, la loi empêchait, semble-t-il, que des sociétés étrangères qui n'y seraient pas soumises (en l'absence d'établissement stable en France par exemple) d'y avoir recours⁵⁵. C'est la loi elle-même qui aurait pu être interprétée comme interdisant à un constituant étranger d'opter en sa faveur.

B. Le fiduciaire : des établissements financiers puis des avocats, mais pas les notaires!

Il y a d'abord restriction quant aux constituants, et ensuite, restriction relativement au fiduciaire, fonction limitée à l'origine (comme au Luxembourg) aux seuls établissements « bancaires ». Si le souci de réserver cette fonction aux personnes déjà habituées aux obligations de déclaration de soupçon de blanchiment de capitaux se comprend, bien que l'on pourrait imaginer des alternatives pour répondre à cette préoccupation, l'exclusion initiale d'autres professions qui le sont également (avocats, notaires) l'était moins.

Les avocats se sont vus rajoutés au cercle des fiduciaires par la *Loi de modernisation de l'économie* du 4 août 2008. Les notaires, qui n'avaient pas manifestés leur souhait de l'être lors des débats sur la *Loi instituant la fiducie*, en sont toujours absents, alors que l'aspect de gestion patrimoniale de la fiducie aurait pu paraître comme relevant de leur compétence.

⁵⁵ Certes, l'article 13 de la *Loi instituant la fiducie*, prévoyant que le constituant devait être résident « 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 » (*supra* note 6), le permettait. Mais on pouvait voir là une incohérence avec le texte du *Code civil* (similaire à la disposition du *Code civil* prévoyant le transfert au fiduciaire d'actifs alors que le texte comptable vise également la possibilité de lui transférer du passif).

C. *La finalité de la fiducie : une polyvalence à ne pas exagérer*

Il y a timidité quant aux personnes qui peuvent être acteurs de la pièce fiduciaire; timidité que l'on retrouve, mais dans une moindre mesure, avec les types de finalités que le théâtre de la fiducie peut avoir. Deux modalités principales de fiducies se dessinent, celle où le fiduciaire aura une charge de gestion du bien (fiducie-gestion) et celle où il détient le bien remis en fiducie en garantie d'une dette (fiducie-sûreté). En apparence, la finalité de la fiducie peut être particulièrement large. La fiducie-gestion peut l'être pour le compte du constituant : le constituant peut alors transférer hors de son patrimoine certains biens qui sont gérés pour son bénéficiaire, ce qui est une utilisation fréquente en matière de *trust*. Mais la fiducie-gestion peut aussi l'être pour le compte du fiduciaire, ce qui est plus étonnant, car le fiduciaire gère alors les biens pour son propre bénéficiaire avant qu'ils ne soient transférés dans son patrimoine personnel (et qu'ils deviennent saisissables par ses créanciers nés hors de la gestion fiduciaire). La fiducie-sûreté a, quant à elle, notamment comme attrait l'exclusivité de la propriété du bien conférée au fiduciaire et l'absence de concours avec les créanciers du constituant lors de la réalisation de cette sûreté. La fiducie-garantie pourra aussi être constituée pour le compte du fiduciaire, qui sera également bénéficiaire, nonobstant les éventuels conflits d'intérêts que ce cumul de rôles pourra générer.

La généralité des types de finalités ne doit toutefois pas être exagérée. La fiducie-libéralité est expressément interdite. En matière de fiducie-gestion, comme seuls des actifs pourront être transmis à un fiduciaire, les dettes ne le pouvant pas selon la disposition du *Code civil* (alors que la disposition comptable, elle, l'envisage...), ceci ne sécurise donc pas le recours à la fiducie-gestion pour des opérations de défaisances. L'exercice de la fonction de fiduciaire par les établissements bancaires devra se faire dans le respect de leur agrément. Le type de gestion fiduciaire risque, en pratique, d'être limité par ce que les « banques » ou avocats accepteront ou auront la possibilité de faire (on imagine assez mal, par exemple, un transfert de marchandises volumineuses avec dépossession à un banquier ou à un avocat, ou que ce dernier soit fiduciaire d'actifs industriels). Mais ce n'est pas pour autant un obstacle dirimant : la fiducie avec entiercement ou avec convention de mise à disposition auprès du constituant vient remédier à cet inconvénient. En matière de fiducie-sûreté, la loi initiale était muette sur ses modalités de réalisations, ce qui n'était pas de nature à favoriser son essor. Heureusement, ceci a depuis été corrigé par un législateur zélé...

III. Le manque de cohérence de la loi instituant la fiducie

La *Loi instituant la fiducie*, par certaines dispositions, est parfois peu cohérente. Deux exemples l'illustrent : l'un est tiré du patrimoine fidu-

ciaire qui n'est pas imperméable (A), l'autre du traitement lacunaire du passif fiduciaire (B).

A. Une fiducie perméable

L'attrait du *trust* a été notamment que le *beneficial right* ou *right in equity*, qui a été reconnu lors de la création d'un *trust* au profit du bénéficiaire, droit venant se superposer au droit reconnu en *common law* accordé au *trustee* sur les biens mis en *trust*, a permis d'assurer une imperméabilité du *trust fund*, c'est-à-dire de la masse des droits mis en *trust*. En l'occurrence, afin de protéger les droits du bénéficiaire (ou *cestui que trust*) et d'éviter que les droits devant revenir au bénéficiaire ne puissent être confondus avec les droits personnels de la personne agissant comme *trustee*. L'absence de protection suffisante des droits mis en fiducie — qui pouvaient être saisis par les créanciers personnels du fiduciaire — a d'ailleurs été l'une des principales causes de la disparition de la *fiducia* romaine. Ceci montre la nécessité de protéger les droits du bénéficiaire par un mécanisme fiduciaire.

Plus généralement, l'attrait d'un mécanisme fiduciaire est l'isolation des biens mis en fiducie dans une masse autonome dédiée à cet effet. Non seulement le bénéficiaire de la fiducie doit être protégé, mais le constituant doit l'être aussi. Or, la *Loi instituant la fiducie* pêche sur ce point. L'article 2025, al. 2 et 3 C civ dispose que les créanciers nés du chef du fiduciaire ès-qualité, en cas « d'insuffisance du patrimoine fiduciaire », bénéficient d'un droit d'action contre le patrimoine du constituant ou, si le contrat de fiducie l'a stipulé, contre celui du fiduciaire. Ceci permet d'offrir une garantie supplémentaire à ces créanciers : le droit de recours subsidiaire leur offre un patrimoine supplémentaire sur lequel ils peuvent recouvrer leurs créances, outre le droit d'action de droit commun qu'ils peuvent user contre le patrimoine fiduciaire (le patrimoine de leur débiteur ès-qualité). Le patrimoine fiduciaire n'est donc pas imperméable, sauf dans l'hypothèse où le créancier accepte que son droit d'action se limite au seul patrimoine fiduciaire. Un droit d'action subsidiaire contre un autre patrimoine existe alors en principe. La logique du patrimoine — en tant que masse autonome avec un actif et un passif qui se répondent — n'en est pas seulement mise à mal. L'effet de cette disposition pourrait être de rendre le constituant potentiel d'une fiducie peu enclin à recourir à la fiducie. Le passif fiduciaire, né du chef de l'action d'une autre personne (le fiduciaire) à partir de biens qui ne sont plus sa propriété (car devenue celle du fiduciaire) et qui peuvent avoir vocation à revenir à autrui (à un tiers-bénéficiaire), peut être dû par le constituant.

En pratique, on peut supposer que le constituant interdira au fiduciaire, par une stipulation du contrat de fiducie, de conclure un contrat avec un tiers sans que ce dernier n'ait au préalable accepté de limiter son

recours aux seuls actifs du patrimoine fiduciaire. Bien sûr, cette solution ne sera pas parfaite, le fiduciaire pouvant violer son obligation et un recours contre le seul patrimoine fiduciaire ne pouvant être opposé au tiers, qui pourra agir contre le constituant. Le constituant devra ensuite agir en responsabilité contractuelle contre le fiduciaire, dont la nature d'établissement bancaire devrait impliquer — sauf crise financière — qu'il sera solvable, l'avocat étant quant à lui assuré. Un autre moyen serait de créer une société écran, à qui serait transférée les biens à mettre en fiducie, et qui agirait alors comme constituant, de manière analogue à certaines pratiques de mise en place de sociétés à responsabilité limitée en tant qu'associées de sociétés à responsabilité indéfinie. Cette solution alourdit toutefois la mise en place d'une fiducie.

À l'aune de l'expérience du *trust*, on peut se demander si la pratique française ne va pas contourner l'inconvénient du droit d'action contre le constituant en optant pour un droit d'action contre le seul patrimoine « personnel » du fiduciaire. *A priori*, cette solution peut paraître peu réaliste, un « banquier » ou avocat agissant en qualité de fiduciaire allant préférer limiter le spectre de sa responsabilité et refuser d'être personnellement tenu des dettes liées à une activité particulière pour le compte d'autrui. En réalité, dans le domaine des *trusts*, le principe était (et est toujours dans plusieurs États anglo-américains) que les dettes nées du chef de la gestion fiduciaire sont dues par le *trustee* personnellement⁵⁶. Comme ceci vient d'être noté, le *trustee* peut ensuite exercer un droit de recours contre les actifs du *trust* afin de se faire rembourser, sauf essentiellement en cas d'excès de pouvoirs ou de faute lourde du *trustee*. Ce principe permet de responsabiliser le *trustee* et le droit d'action des créanciers nés du *trust* contre le *trustee* personnellement n'a pas été un frein au succès que le *trust* a connu. Dès lors que le *trustee* procède à une gestion conforme aux termes du *trust deed* et s'assure que les droits des créanciers correspondent à une valeur équivalente à celle des actifs en *trust*, alors le risque de supporter cette charge sans recours utile s'estompe.

L'inconvénient pratique résultant de la perméabilité du patrimoine est moindre en matière de fiducie-sûreté : le bénéficiaire de la sûreté conserve sa créance contre le constituant et a donc un recours contre ce patrimoine à ce titre. La gestion de la sûreté par le fiduciaire ne devrait normalement pas créer un passif fiduciaire important.

Les créanciers du constituant (ou éventuellement du fiduciaire s'il a accepté d'être personnellement responsable du passif fiduciaire) devront

⁵⁶ Lionel D Smith, « Trust and Patrimony » (2008) 38 : 2 RGD 379. Cette règle ne fait toutefois plus l'unanimité. Ainsi, selon l'article 10 du *Uniform Trust Code* (UTC (2000)), forme de loi modèle proposée aux États américains, les créanciers nés du chef d'un *trust* ne peuvent recouvrer leurs créances que contre les actifs du *trust*.

prendre garde à ce passif « hors bilan ». Ils risquent en effet de se trouver en concours avec les créanciers nés au titre de la gestion fiduciaire qui pourront saisir les actifs du constituant, dès lors que le patrimoine fiduciaire sera insuffisant pour éteindre leurs créances.

B. Le traitement du passif fiduciaire

Le texte de loi n'est guère satisfaisant lorsqu'il s'agit du retour des biens en l'absence de bénéficiaire (s'il renonce à ses droits par exemple). Si le constituant demeure, l'article 2030 C civ pose un transfert « de plein droit » de l'actif du constituant, sans prévoir expressément l'apurement du passif fiduciaire... Ce régime est d'autant plus curieux que si le contrat de fiducie prend fin « par le décès du constituant », le traitement du passif fiduciaire est prévu (il est à la charge de la succession selon l'article 2030 al. 2 C civ).

Est-ce à dire que le passif demeurerait, sans actif pour y répondre, au sein du patrimoine fiduciaire, entraînant par là même la « faillite » du fonds fiduciaire, ce qui poserait des difficultés de gel du paiement des dettes mais aussi de communication pour les établissements fiduciaires? Faute d'actif disponible pour faire face au passif exigible, une procédure collective devrait être ouverte à l'encontre du patrimoine fiduciaire, entraînant une interdiction de paiement des créanciers antérieurs. La liquidation judiciaire du fiduciaire ès-qualité devrait être prononcée, faute de nouveaux actifs à venir, ce qui pourrait prêter à confusion dans l'esprit des autres clients du fiduciaire. Certains pourraient croire que le recours subsidiaire contre le patrimoine du constituant trouverait là son utilité. Pas exactement toutefois, car les créanciers du fiduciaire se retrouveraient alors en concours avec les créanciers personnels du constituant sur ces mêmes actifs. Faute d'exigibilité de la créance à l'encontre du débiteur principal, le fiduciaire, elle ne pourra pas être recouvrée contre le débiteur subsidiaire, le constituant.

Est-ce à dire alors qu'il y aurait une transmission universelle du patrimoine fiduciaire au constituant? La loi ne le prévoit pas dans ce cas-là et un problème de concours des créanciers — personnels du constituant et du fiduciaire ès-qualité — se pose à nouveau.

La logique, d'une part, de l'universalité qu'est le patrimoine fiduciaire, d'autre part, de l'absence de fraude aux droits des créanciers du fiduciaire, devrait commander que le passif soit apuré avant tout transfert automatique de l'actif hors du patrimoine fiduciaire⁵⁷.

⁵⁷ Comparer Marie-Pierre Dumont-Lefrand, « Le dénouement de l'opération de fiducie », *Droit & Patrimoine* n° 171 (juin 1998) 63 à la p 67.

Mais la loi n'est pas plus satisfaisante lorsqu'il s'agit du transfert des droits du fiduciaire au bénéficiaire. Elle n'en dit mot! Naturellement, le contrat pourra prévoir les modalités de transfert ou de délivrance des biens au bénéficiaire. Mais quel sera le traitement des créanciers nés du chef de la gestion fiduciaire? On peine à imaginer qu'une clause du contrat de fiducie leur soit opposable, sauf s'ils l'ont acceptée. Leur dette deviendrait-elle exigible de plein droit un instant de raison avant le transfert des biens au bénéficiaire, permettant leur désintéressement avant tout transfert? L'actif fiduciaire ne devrait-il être transféré qu'une fois le passif fiduciaire apuré? Un transfert universel du patrimoine fiduciaire au patrimoine du bénéficiaire aurait-il lieu? La loi est ici lacunaire. À nouveau, la logique de l'universalité qu'est le patrimoine fiduciaire et l'absence de fraude aux droits des créanciers devraient, nous semble-t-il, imposer le paiement des créanciers sur l'actif fiduciaire, avant tout transfert. Mais la question se posera à savoir s'ils doivent être payés immédiatement (mais on voit mal la cause d'une exigibilité anticipée de plein droit) ou, plutôt nous semble-t-il, à l'échéance de leur dette (ce qui impliquera le maintien de la fonction de fiduciaire le temps du désintéressement complet). Certains verront alors, peut-être, l'intérêt du patrimoine fiduciaire perméable : faute d'actifs dans ce patrimoine, le créancier bénéficiera d'un recours subsidiaire contre celui du constituant. Mais un recours contre le constituant serait inique, faute d'actifs lui revenant : pourquoi devrait-il payer le passif fiduciaire sur son patrimoine si l'actif fiduciaire a été transféré en pleine propriété à autrui?

En conclusion, rappelons que l'étymologie de la fiducie est *fiducia*, qui signifie confiance⁵⁸. Ayons confiance dans l'imagination des praticiens, non seulement pour utiliser ce mécanisme à bon escient, mais également pour limiter les inconvénients du texte de loi par des clauses contractuelles appropriées. Plusieurs nettoyages (plus que des toilettes...) de cette loi ont eu lieu, donnant l'impression d'un réveil chaotique de la fiducie : gageons qu'elle ne va, enfin, plus être en perpétuel mouvement. Peut-être, qu'alors, cette belle au bois dormant bénéficiera pleinement du rayonnement qu'elle mérite.

⁵⁸ Voir Maurizio Lupoi, « Trust and Confidence » (2009) 125 Law Q Rev 253.