
La fiducie. Un potentiel inexploité.

Bouteille Magali

* IUT du Mans – Université Du Maine
Département Gestion des entreprises et des administrations.
Rue Olivier Messiaen, 72000 Le Mans

Magali.bouteille@univ-lemans.fr; Bouteillemagali@aol.com

Sections de rattachement : 01

Secteur : Tertiaire

RÉSUMÉ. La fiducie est une institution qui a longuement été réclamée par les praticiens du droit non seulement pour organiser une concurrence au très efficace trust anglo-saxon mais aussi pour permettre une meilleure gestion du patrimoine des personnes les plus vulnérables. Pendant plus de quinze ans, le système juridique français est resté hermétique à cette institution, qui, en permettant la création d'un patrimoine d'affectation, portait atteinte à la traditionnelle unité du patrimoine, et faisait apparaître le spectre des fraudes fiscales. Finalement, la fiducie a été, timidement, introduite en France par la loi du 19 février 2007. Moins de deux ans après, la loi de modernisation de l'économie la réforme, en élargissant les possibilités d'y recourir. Toutefois, malgré cette réforme, on peut s'interroger sur la capacité de ce nouveau contrat à satisfaire les besoins pour lesquels les praticiens ont si longtemps plaidé en sa faveur. Un examen approfondi de la fiducie dans sa nouvelle version montrera que certaines de ses utilités sont en définitives comblées par d'autres outils, comme les libéralités successives ou graduelles par exemple, qui sans porter le nom de fiducie, adoptent une technique similaire. Ce constat conduit alors à se demander si la fiducie existant aujourd'hui épuise bien toutes ses richesses potentielles, à l'instar du trust.

1. Introduction

Pendant longtemps, la fiducie est restée absente du système juridique français si bien qu'on a pu la qualifier de « *belle juridique au bois dormant*¹ » ou encore d'« *Arlésienne* » ... Cette absence était justifiée tant par des raisons théoriques, telles que les principes d'unicité du patrimoine² et de la propriété, que par des raisons pratiques, le spectre de l'évasion fiscale et du blanchiment étant très présent. Cette carence n'a cessé d'être dénoncée par les universitaires comme par les praticiens conscients d'une part de la nécessité, pour faire face au développement de la mondialisation économique et de la globalisation du trust³, d'instituer un « *mécanisme apte à répondre à la vive concurrence que le trust ferait aux institutions civilistes sur le territoire* »⁴ et d'autre part, de l'ampleur des besoins pratiques, notamment en matière de transmission successorale et de sûretés, de recourir à un tel mécanisme. Pourtant, malgré ce plaidoyer en sa faveur et malgré l'existence de projets de loi⁵, l'introduction de la fiducie en France était restée lettre morte pendant plus de quinze ans⁶.

¹ Cl. Champaud, *la fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français*, RDAI 1991-689.

² A.-S. Courtier, *La fiducie et le principe d'unité du patrimoine*, Gaz. Pal. 15 févr.2007. Doctr. 3.

³ Plusieurs systèmes juridiques ont en effet récemment consacré une forme de fiducie, et notamment le Canada, la République Populaire de Chine ou encore l'Uruguay.

⁴ M. Cantin-Cumyn, *L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre atlantique*. D. 1992 Chron. p. 117 n° 1.

⁵ J.-P. Le Gall, *Premières réflexions sur l'avant-projet de loi relatif à la fiducie* : JCP E 1991, I, 40 ; *Le concept de fiducie dans le projet de loi sur la fiducie* : Gaz. Pal. 1992.

La loi du 19 février 2007⁷ a finalement remédié à cette carence en consacrant enfin, et soudainement, la fiducie, non sans avoir altéré la proposition du sénateur Marini dont elle est issue⁸. Elle introduit dans le code civil un nouveau titre, intitulé « *De la fiducie* ». Cette dernière y est définie comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits, ou des sûretés ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* »⁹. Bien que cette fiducie soit vivement inspirée du trust et des autres exemples de fiducie dans le monde elle connaît des particularités qui permettent de la différencier. Elle se distingue notamment du *trust* puisqu'elle n'opère pas un dédoublement de la propriété entre la propriété du trustee ou *legal ownership* et la propriété du bénéficiaire ou *equitable ownership*. Si cette absence de dédoublement du droit de propriété semble conforme au principe français d'unité de la propriété, le principe d'unicité du patrimoine semble, quant à lui avoir subi une estocade.

Bien que cet avènement de la fiducie ait été vivement applaudi et accueilli avec un certain soulagement, notamment au regard de la compétitivité internationale de notre droit, les critiques furent nombreuses tant le domaine d'application de la fiducie semblait restreint. Les déceptions portaient notamment sur l'exclusion des personnes physiques des constituants possibles de la fiducie et l'imprécision de certaines dispositions. Des inquiétudes s'élevaient également quant à la coexistence de la fiducie sûreté et des procédures collectives. Heureusement, la loi de modernisation de l'économie¹⁰, est récemment venue élargir le domaine de la fiducie en abrogeant l'article 2014 du code civil qui en cantonnait la constitution aux seuls personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, et le gouvernement, a, au moyen de deux ordonnances conformes à l'habilitation du Parlement, adapté la fiducie à la qualité de personne physique du constituant¹¹ et l'a rendu compatible avec les procédures collectives¹².

Pourtant malgré cet élargissement et les adaptations nécessaires qu'il a rendues nécessaires, la fiducie reste aujourd'hui encore sous-exploitée, l'outil français étant loin de tenir toutes ses promesses, ce qui apparaît nettement si l'on compare le potentiel réel de cette institution, à ses utilités actuelles.

1. Le potentiel d'une fiducie.

Si la fiducie a si longuement été réclamée en France, et ce malgré de nombreux déboires parlementaires, c'est qu'elle semblait, selon les praticiens, pouvoir ouvrir de nouvelles perspectives et répondre à des besoins âprement ressentis dans la pratique quotidienne du droit. Il s'agissait principalement de neutraliser l'attraction du fameux *Trust*.

⁶ Voir le sort réservé au projet de loi du 25 février 1992 n° 2583, Dr. fisc. 1992 n° 13 p. 572 et s. Voir également J. Guillenchmidt, *Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie*, Rev. dr. bancaire et bourse 1990 p. 105 et s.

⁷ Pour des commentaires de cette loi, voir not. : C. LARROUMET, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, D. 2007, chron. 1350 ; Ph. DUPICHOT, *Opération fiducie sur le sol français*, JCP 2007. Actu. 121 ; P. BOUTEILLER, *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, JCP E 2007. 1404 ; F. BARRIÈRE, *La fiducie. Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007*, Bull. Joly 2007. 440 et 556 ; *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, JCP E 2007. 2053 ; J. BERTRAN de BALANDA et A. SORENSEN, *La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés*, RLDA juin 2007. 35

⁸ *Proposition de loi instituant la fiducie*, texte n° 178 déposé au Sénat par le sénateur Ph. Marini le 8 février 2005. Sur l'altération de la proposition de loi voir not. F. Barrière, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, JCP. Ed. E n° 36, 6 septembre 2007, 2053.

⁹ Art. 2011 C. civ.

¹⁰ L. Dargent, *Réforme de la fiducie par la LME*, D. 2008 p. 2133 ; R. Damman, C. Chance, G. Podeur, *Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession*, D. 2008 p. 2300.

¹¹ Ord. n° 2009-112 du 30 janvier 2009. Pour une brève présentation voir not. *Extension de la Fiducie : publication des mesures complémentaires*, D. 2009 p. 284. M. Grimaldi, R. Damman, *La fiducie sur ordonnance*, D. 2009 p. 670

¹² Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

1.1. *Les utilités du trust*

La souplesse et la polyvalence du trust en font un outil omniprésent dans les pays de common law. Il se définit comme « le mécanisme par lequel le constituant ou settlor, transfère la propriété de son patrimoine à un trustee à charge pour celui-ci de le gérer et éventuellement le distribuer à un ou plusieurs bénéficiaires »¹³. Les rapporteurs chargés de la proposition du Sénateur Marini insistèrent sur « la nécessité d'instituer en droit Français un mécanisme fiduciaire permettant de faire concurrence au trust anglo-saxon »¹⁴. Ce mécanisme ouvre en effet des perspectives quasi-illimitées, et très diversifiées¹⁵ qui en font « la technique juridique la plus utile et la plus vantée du droit commercial anglais »¹⁶. Toutefois, si le trust est surtout connu pour ses applications commerciales, ces dernières n'en épuisent pas la richesse. Certains auteurs, étudiant les richesses de l'institution anglo-saxonne, y reconnaissent un véritable « bijou patrimonial » permettant la transmission successorale mais également la transmission d'entreprise, en préservant ainsi l'unité économique de cette dernière¹⁷. Aussi, si l'on ne peut recenser toutes les applications du Trust, il est possible de lui dénombrer trois utilités : la gestion, la garantie, et la transmission de biens.

A titre de gestion, le Trust permet notamment de transférer tant des actifs dans un patrimoine d'affectation, hermétique aux risques de revers de fortune et des procédures collectives, que des éléments du passif, ce qui est illustré par la défaisance, dont le but est d'améliorer le bilan d'une entreprise.

En matière de garantie, le trust permet d'exploiter la propriété, en sa qualité « reine des sûretés » en transférant la propriété d'un bien à un créancier pour lui garantir le paiement d'une dette quelconque.

Enfin, le Trust permet, en matière purement civile la transmission de biens, soit classiquement à un bénéficiaire prédéterminé, soit à une catégorie de bénéficiaires potentiels. Appliqué en matière de transmission d'entreprise le trust permet au constituant de ne transmettre son entreprise à ses descendants qu'au moment de leur maturité¹⁸.

Ces utilités du Trust que nul ne saurait dénier, ont pourtant été occultées, pendant longtemps, par les risques qui lui paraissaient consubstantiels. En effet, si le Trust suscite des convoitises, il faut aussi peur. Le dédoublement de la propriété qu'il opère et les multiples facettes en ont fait la « bête noire » des fiscalistes, craignant l'évasion fiscale et le blanchiment de capitaux. C'est l'une des raisons pour lesquelles le Trust a tant tardé à connaître un équivalent français, à laquelle s'ajoutent évidemment nos fameuses théories de l'unité du patrimoine et de l'unité de la propriété, qui semblaient dans les pays de traditions civilistes comme la France constituer en un obstacle insurmontable et rédhitoire à l'introduction d'une fiducie dans notre droit. Pourtant, à force de persévérance, notre droit a fini par accueillir une fiducie, même si l'introduction de cette dernière a été encadrée pour répondre aux craintes qu'elle suscitait.

1.2. *Les utilités appliquées à la fiducie*

Les trois utilités du trust furent revendiquées par les praticiens du droit, de tous les domaines¹⁹. A cet égard, on peut citer Bertrand Hohl, avocat, diplômé notaire, pour lequel la fiducie répondrait non seulement aux besoins du commerce et de l'industrie mais aux besoins de majeurs vulnérables²⁰, tout en limitant les dépenses publiques en la matière²¹. L'introduction de la fiducie est ainsi envisagée comme un moyen de mettre fin à la délocalisation de certaines activités, engendrée par l'absence d'une institution équivalente en France. L'exemple le plus cité en la matière est l'affaire Peugeot, qui, pour avoir l'opportunité de soulager la société de son passif, a

¹³ Définition donnée par Ahsvin Dwarka et F. Micel, *Trust et (in) transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose*, Gaz. Pal. 11 mai 2000 n°132 p. 18.

¹⁴

¹⁵ Pour une tentative de recensement des utilisations du Trust voir W. Fratcher, *Trust*, in *International Encyclopedia of comparative Law*, Vo. 6, ch. 11, dir. F. LAWSON 1972.

¹⁶ Alain Pottage, *Droit anglais* in *Encyclopédie Universalis*.

¹⁷ A. Dwarka et F. Micel, *Trust et (in) transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose*, préc.

¹⁸ En ce sens voir A. Dwarka et F. Micel, *Trust et (in) transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose*, préc.

¹⁹ F. GROS, *Introduction de la fiducie. Une réelle opportunité pour le banquier*, Banque, juin 2007. 57

²⁰ Sur ce point spécifique ; F. METTETAL-FRESNEL, *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficultés*, thèse, Paris II, 1995 ; F. FRESNEL, *La fiducie et les personnes vulnérables*, RJPJF 1er avr. 2005, p. 28, LPA 1er mars 2005, p. 8.

²¹ B. Hohl, *Une seule fiducie, ça suffit !*, Gaz. Pal 4 juin 2005 n° 155 p. 2.

eu recours à un Trust, délocalisant pour l'occasion des capitaux dans l'un des nombreux pays connaissant l'institution.

Aussi, les rapporteurs de la proposition de Loi du Sénateur Marini, proposèrent-ils d'introduire en droit français la fiducie comme contrepoids du Trust. Pour en démontrer « *l'utilité indéniable* », ils reprennent deux de ses utilités et proposent d'adopter la fiducie à des fins de gestion ou de garantie. Ils relèvent qu'en matière financière, « *l'introduction de la fiducie serait de nature à permettre la réalisation d'opération bancaires* », comme le financement d'entreprises par l'émission de titres de dettes. En matière de gestion, elle pourrait « *faciliter les opérations de portage ou encore la représentation des droits de salariés actionnaires* ».

En matière de garantie, ils constatent que la fiducie pourrait constituer une modalité très protectrice du créancier en permettant la transmission de la propriété d'un bien alors que le droit positif ne privilégie que la rétention de cette propriété jusqu'au complet paiement de la dette. Toutefois, bien qu'elle soit réellement introduite dans notre système juridique et bien qu'elle satisfasse certains de ces besoins, la fiducie « à la française » paraît ne pas épuiser toutes les richesses permises par le Trust des pays de Common law. En effet, pour répondre aux craintes qu'elle pouvait susciter le législateur a entouré son adoption de beaucoup de précaution et a prévu bon nombre de garde-fou, peu conformes à la souplesse de l'institution prise comme modèle. Il a notamment prévu la neutralité fiscale de l'opération pour éviter toute fraude fiscale et pour éviter le contournement des droits de mutations à titre gratuit, il a cantonné la fiducie à des rôles de gestion ou de garantie. D'autre part, et même si la loi de modernisation de l'économie a permis aux personnes physiques de constituer une fiducie, la qualité de fiduciaire est réservée aux seuls « établissements de crédit, institutions et services, aux entreprises d'investissement, aux entreprises d'assurances ou aux avocats »²². Par ailleurs, la loi prévoit un certain nombre de mentions prescrites à peine de nullité²³, pas toujours requises par le Trust, telle que par exemple l'identité du constituant.

Cette frilosité, ou cette extrême prudence du législateur explique sûrement, en partie au moins, la sous-exploitation de l'institution fiduciaire.

2. Un potentiel sous-exploité par la fiducie française

L'introduction de la fiducie a en effet permis de satisfaire certains besoins. Elle est définie, par l'article 2011 du code civil comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires, qui les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

Toutefois, l'inachèvement de sa version originaires a rapidement été dénoncé par de nombreux auteurs²⁴, et notamment l'impossibilité pour les personnes physiques de constituer une fiducie prévue à l'ancien art. 2014 du code civil ou encore l'imprécision du régime de la fiducie-sûreté. Aujourd'hui certains de ces défauts ont été corrigés par la loi du 4 août 2008 qui a étendu son champ d'application ainsi que par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009. Le potentiel de la fiducie est depuis mieux exploité, et ceci particulièrement en matière de fiducie-sûreté. Ainsi, à l'image de Ph. Dupichot, on ne peut que se satisfaire de la réforme en cette matière²⁵. Cette dernière devient en effet beaucoup plus flexible qu'elle ne l'était originaires, et ce d'autant plus qu'elle peut, comme l'hypothèque depuis la réforme des sûretés, être stipulée rechargeable et puisqu'elle peut être conclue sans dépossession. Pourtant, en dépit de ces avancées significatives, on ne peut que déplorer leur cantonnement à la fiducie-sûreté et l'absence de mesure pour faire prospérer la fiducie-gestion et permettre la fiducie-libéralité.

²² Art. 2015 du code civil.

²³ Art. 2018 du code civil.

²⁴ Voir notamment, G. Blanluet, J.-P. Le Gall, *La fiducie, une œuvre inachevée, Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, J.C.P. éd. G 2007, I.159

²⁵ Ph. Dupichot, *la fiducie sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, JCP éd. G. 2009, I, 132.

2.1. L'inexploitation de la fiducie-libéralité²⁶

L'article 2013 du code civil, toujours en vigueur énonce que « *le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ». Cette interdiction procède de la crainte de ne voir la fiducie utilisée à des fins d'évasion fiscale ou par des personnes souhaitant se soustraire aux droits de mutation à titre gratuit. Elle met fin aux espoirs des notaires d'utiliser la fiducie comme moyen de transmission de biens à des personnes vulnérables, comme moyen d'organisation de la succession des personnes physiques. Le législateur, que la crainte de l'évasion et de la fraude fiscale habite, semble ainsi avoir été sensible aux arguments selon lesquels ils existent en droit français des substituts à la fiducie libéralité. Sont en effet avancés le mandat à effet posthume ou encore les libéralités graduelles ou résiduelles. Toutefois ces institutions ne sont qu'incomplètement satisfaisantes.

Le mandat à effet posthume permet bien à une personne d'en mandater une autre pour que cette dernière gère les biens pour le compte d'un ou plusieurs héritiers identifiés. Toutefois, cette technique ne saurait en aucun cas se substituer à une fiducie-libéralité. Il s'apparente beaucoup plus à la fiducie-gestion, sans toutefois l'égaliser : les règles du mandat sont bien plus contraignantes et de surcroît sa durée de deux ans, même renouvelable, n'ouvre pas les mêmes possibilités que celles ouvertes par la fiducie, qui, depuis la loi du 4 août 2008²⁷, n'est plus limitée à trente-trois ans mais à quatre-vingt-dix-neuf ans²⁸, ce qui ouvre de bonnes perspectives. Surtout, ainsi que le soulignait R. Libchaber, le mandat peut être librement révoqué et, s'il n'est pas spécial, ne permet pas au mandataire de faire des actes de disposition²⁹. Le mandat à effet posthume ne répond pas au besoins de fiducie-transmission. Aussi, nous rejoignons ici F. Triplet pour lequel « *il est permis de douter que le mandataire à titre posthume puisse soutenir la comparaison, en termes d'efficacité avec le trustee : ce dernier est propriétaire fiduciaire du patrimoine qui lui a été confié, parfois pour une période englobant plusieurs générations et dispose du pouvoir de gérer et de vendre sous réserve d'avoir à répondre du devoir de prudence et de devoir de loyauté devant le juge* »³⁰. A moins bien sûr de préférer assouplir la technique du mandat³¹.

De la même manière les libéralités graduelles, prévues aux articles 1048 et suivants du code civil ne sont pas plus satisfaisantes. Certes la réforme des successions opérée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 a élargi le champs d'application de ce que furent les substitutions fidei-commissaires permises. En effet, désormais, bien que l'interdiction des substitutions reste le principe, il n'est plus nécessaire à la validité de l'opération qu'un critère familial soit rempli. Le testateur est libre de désigner toute personne en qualité de gratifié. Toutefois bien que ces libéralités graduelles soient souvent considérées comme des fiducies innommées, leur régime n'en a pas la souplesse : le grevé est tenu d'une double obligation de transmettre et de conserver les biens transmis. Contrairement aux vœux de la doctrine, il ne peut, ni aliéner les biens, ni même en retransmettre la seule valeur, ce qui semble bien plus restrictif que le mécanisme fiduciaire³².

Les libéralités résiduelles, inspirées voire calquée sur le legs *de residuo*, sont tout aussi décevantes. Elles peuvent être définies comme les libéralités faites à un premier gratifié sous la charge d'en transmettre, à sa mort, l'objet à un second gratifié si ce dernier n'en a pas disposé de son vivant. Si cette technique permet, à l'inverse des libéralités graduelles, de disposer d'une totale liberté et en conséquence de pouvoir gérer et aliéner les biens à sa guise, elle ne permet pas au défunt de décider du sort final de ses biens. Là où les libéralités graduelles pêchaient, par rapport à la fiducie, par un excès de restriction, le legs *de residuo* pêche quant à lui par un excès de liberté. En effet, le fiduciaire est asservi au but du contrat de fiducie puisqu'ainsi que le signalait F. Barrière, la fiducie implique la réduction des prérogatives : « *le droit du fiduciaire est doublement asservi : d'une part, le fiduciaire peut être privé de certaines prérogatives attachées au droit, d'autre part, les prérogatives accordées au fiduciaire doivent être utilisées afin de réaliser l'affection* ». Ainsi, la fiducie est simplement une propriété

²⁶ Sur ce point, voir not. F. Triplet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?* : Gaz. Pal. 2006, p. 6.

²⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

²⁸ Art. 2018-2, 2° du code civil : « *le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : la durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat* »

²⁹ R. Libchaber ; *les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Rep. Defrénois, 15 sept. 2007 n° 17 p. 1194 n° 30.

³⁰ F. Triplet, art. préc.

³¹ En ce sens R. Libchaber, art. préc. n° 31

³² Sur cette réforme voir not. N. Peterka, *les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité*, D. 2006 p. 2580.

« *modélée* », finalisée. Elle répond à une conception fonctionnelle de la propriété³³. A l'inverse la liberté de légataire *de residuo* pourrait nuire à la finalité de la transmission de patrimoine à une personne vulnérable par exemple.

Aussi libéralités graduelles et résiduelles ne semblent pas plus qu'avant la réforme devoir être appelées à un développement pratique considérable. Même si des auteurs y voient des fiducies innommées ou des fiducies sans la fiducie, elles ne présentent pas le même potentiel que cette dernière et ce d'autant plus leur application est limitée par la protection, restée intacte, de la réserve héréditaire.

L'inexploitation de la fiducie-libéralité ne semble donc pas pouvoir être justifiée par la présence d'institutions comme le mandat à effet posthume ou encore les libéralités graduelles et résiduelles. Sa mise à l'écart par le législateur relève donc d'une erreur d'appréciation. Toutefois, au-delà même de cette exclusion volontaire, il apparaît que la fiducie gestion elle-même ne tient pas ses promesses.

2.2. *L'inexploitation de la fiducie gestion*

On retrouve également une inexploitation du potentiel de la fiducie en dehors de l'interdiction des fiducies-libéralités. En effet, même dans le cadre de la fiducie-gestion on ne peut que regretter le manque d'amplitude des possibilités ouvertes. La seule définition de la fiducie donnée à l'article 2011 du code civil permet de s'en apercevoir. Elle est en effet définie comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, présents ou futurs à un ou plusieurs fiduciaires* ». Cette définition est restrictive à plus d'un titre : elle méconnaît les opérations non translatives de propriété et elle semble occulter le transfert de dettes.

En premier lieu, elle réduit la fiducie aux seules opérations opérant un transfert. Ce faisant, le législateur se conforme à l'opinion doctrinale dominante. En effet, avant la loi qui l'a consacrée, la fiducie était définie comme « *l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, acquiert de l'autre, le fiduciaire, un droit patrimonial...* »³⁴ ou encore comme « *le contrat par lequel est organisé le transfert de biens accompagné d'une mission de gestion ou d'administration de ceux-ci* »³⁵.

Or cette exigence de transfert ne s'impose pas et a un effet par trop réducteur. Ainsi, que le démontrait F. Barrière en comparant la fiducie au Trust, « le transfert n'est pas de l'essence de la fiducie ». L'article 2011 du code civil, en exigeant un transfert de droit pour former une fiducie, réduit l'utilité du mécanisme en interdisant la qualification à des institutions qui en revêtent pourtant toutes (les autres) caractéristiques. P. Crocq, par exemple, rappelle la distinction entre la propriété fiduciaire et la propriété réservée en soulignant que la propriété réservée doit être assimilée à une propriété-garantie non fiduciaire, dont la « *caractéristique est que le bien, objet de la garantie, n'est pas transféré au créancier par le débiteur* »³⁶. Or la propriété réservée pourrait facilement s'apparenter à la propriété fiduciaire dans la mesure où elle n'est que fonctionnelle. Elle a pour seule origine la volonté du vendeur de se garantir d'un défaut de paiement de l'acheteur. F. Barrière faisait ainsi remarquer que « *le trust anglo-américain est un moyen similaire à la réserve de propriété du droit français. Par exemple si un vendeur livre des marchandises à un acheteur, lequel les détiendra dorénavant es qualité de trustee.. Lors de la survenance du paiement, le titre passera alors et seulement au celui que trust, l'acheteur* »³⁷. De même cette exigence de transfert semble fermer la porte de la fiducie de certaines conventions de portage et notamment celles pour lesquels le porteur acquiert un bien en son nom et pour le compte du donneur d'ordre. Or, pour certains « la nature fiduciaire du portage est évidente »³⁸ puisque les droits du porteur sont limités par la mission qui lui est confiée par le donneur d'ordre...

Et d'autre part, la fiducie semble réduite aux seuls transferts de droits puisque la définition, pourtant redondante, ne fait nulle mention des dettes. Toutefois cette exclusion fait partie des incertitudes qui demeurent malgré la loi

³³ F. Barrière, th. Préc. n° 1521.

³⁴ M. Grimaldi, *la fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Rep. Defrénois, 1991 art. 35085 et 35094 n° 1.

³⁵ Lexique des termes juridiques Dalloz voir *Fiducie*.

³⁶ P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ 1995 préf. M. Godbert n° 49 et s.

³⁷ F. Barrière, th. Préc. n° 291.

³⁸ M. Grimaldi, art. préc. n° 3.

de modernisation de l'économie et l'ordonnance la complétant. En effet, alors que l'article 2011 du Code civil est muet quant à l'hypothèse d'un transfert de passif, l'article 12 de la loi du 19 février 2007, relatif aux aspects comptables de la fiducie s'y réfère en précisant que « *les éléments d'actifs et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affection* ». Cependant, ainsi que le relevait F. Barrière, « on voit mal comment une mesure de traitement comptable d'une institution pourrait suppléer le silence du cadre juridique du code civil ».

Aussi, il apparaît incertain que la fiducie puisse consister en un transfert de dettes, et les rares fiducies qui ont été constituées à ce jour ne peuvent à cet égard nous éclairer. Or, si le transfert du passif devait s'avérer étranger à la fiducie, cela exclurait que les entreprises puissent recourir à la défaisance, pour alléger leur passif. De même cela exclut le transfert d'entreprise, composée d'un actif et d'un passif. Là encore, les entreprises souhaitant réaliser ces opérations n'auront d'autres choix que de l'ancrer dans les systèmes juridiques les permettant. F. Barrière y verra d'ailleurs « *un signe d'une lacune du système juridique français, pauvreté relative qui impose de franchir les frontières pour assouvir des utilités pratiques* »³⁹. Or, l'un des buts de la consécration de la fiducie était précisément de rendre notre système plus attractif pour le rendre plus compétitif face au Trust. Aujourd'hui encore, la fiducie à la française ne semble pas en mesure de remplir cet objectif et semble toujours devoir subir la redoutable concurrence du Trust.

³⁹ F. Barrière, *La fiducie*, Répertoire civil Dalloz n° 15.