

L'ADMINISTRATION DES BIENS D'AUTRUI

EN DROIT FRANÇAIS

La fiducie-gestion

Introduction

La fiducie a été introduite en droit français par la loi n°2007-211 du 19 février 2007 qui a inséré les articles 2011 à 2031 dans le Code civil. Le régime a été modifié à plusieurs reprises, notamment par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 qui a ouvert la fiducie aux personnes physiques et permis aux avocats de devenir fiduciaires, l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réformes des procédures collectives, l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi n°2009-528 du 12 mai 2009 qui a ratifié cette ordonnance et complété le régime de la « fiducie-sûreté ».

La fiducie est définie légalement 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 qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires (article 2011 Code civil).

Le recours cumulatif aux catégories « biens, droits ou sûretés » n'est pas opportun au plan juridique puisque ces notions se recouvrent : la catégorie des « biens » englobe les droits et sûretés. Le recours à ces différents termes s'explique par la volonté du législateur de rassurer les milieux économiques sur le champ d'application de la fiducie, conçu le plus largement possible.

Les biens transmis lors de la mise en fiducie constituent, dans le patrimoine du fiduciaire, un « patrimoine d'affectation » distinct du patrimoine propre du fiduciaire. Il s'agit d'une exception portée au principe classique de l'unicité du patrimoine, selon lequel le patrimoine se définit comme l'ensemble des droits et obligations rattachés à une même personne juridique. En conséquence, tout patrimoine serait rattaché à une personne juridique et toute personne juridique ne compterait qu'un seul patrimoine.

Or, le fiduciaire compte en plus de son patrimoine personnel un patrimoine d'affectation correspondant aux droits et aux obligations affectés à sa mission de fiduciaire.

Une question d'importance est alors de savoir si la mise en fiducie de biens avec création de ce patrimoine d'affectation réalise un transfert de la propriété desdits biens au fiduciaire.

Cette question n'est pas tranchée par le législateur et fait encore aujourd'hui l'objet de débats doctrinaux en l'absence de jurisprudence claire.

Ce qui est certain c'est que la propriété fiduciaire est loin d'apporter tous les droits qu'un propriétaire pourrait attendre.

En effet, l'article 544 du Code civil définissant la propriété dispose que la propriété est « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* ».

Or, en comparaison, la propriété fiduciaire est limitée :

- D'une part, la propriété fiduciaire comporte les restrictions apportées dans le contrat de fiducie quant à la mission et aux pouvoirs du fiduciaire. Le fiduciaire doit agir dans un but déterminé au profit du bénéficiaire et n'a donc pas la liberté d'un véritable propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil.
- D'autre part, la propriété fiduciaire est temporaire parce que le fiduciaire reçoit des droits pour une durée déterminée, au plus de 99 ans.

La fiducie peut actuellement être utilisée à des fins de gestion (« fiducie-gestion ») ou à des fins de garantie (« fiducie-sûreté »). Le législateur a en revanche exclu la possibilité de recourir à la fiducie pour réaliser une libéralité (article 2013 du Code civil).

Dans cet exposé dédié à l'administration des biens d'autrui, nous ne traiterons que de la **fiducie-gestion**.

Nous préciserons les caractéristiques de cette nouvelle institution qu'est la fiducie en traitant successivement les participants à la fiducie (1), la formation du contrat (2), son exécution (3), son extinction (4) avant de la comparer au mandat (5).

1. Participants à l'opération

La fiducie est une opération en principe tripartite comprenant au moins un constituant, un fiduciaire et un bénéficiaire. Cependant, dans la fiducie-gestion, il y a nécessairement identité de principe entre le constituant et le bénéficiaire car sinon la fiducie réaliserait une transmission gratuite du constituant au bénéficiaire ce que le législateur a interdit.

En outre, il est possible de faire intervenir une autre personne : le tiers-protecteur.

1. Le constituant

Le constituant est celui qui transfère les biens au fiduciaire.

Initialement limitée aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, la loi n°2008-776 du 4 août 2008 a étendu la qualité de constituant à toute personne morale ou physique (article 2014 abrogé du Code civil).

Une personne physique majeure qui a aujourd'hui toute sa capacité mais qui souhaite mettre en place une organisation protectrice pour le cas où elle ne pourrait plus assurer de manière autonome la gestion de son patrimoine peut mettre en place une fiducie. Les raisons de cette perte d'autonomie peuvent être multiples (âge ou maladie, manque de confiance dans son

entourage, crainte d'influence de personnes proches, etc.) et le besoin d'une telle organisation augmente avec la complexité des actifs à gérer.

Notons que si un majeur sous tutelle ne peut pas constituer une fiducie, sa mise en tutelle ou curatelle ne remet pas en cause une fiducie préexistante, ce qui incite à anticiper la constitution de fiducies.

2. Le fiduciaire

Le fiduciaire est celui qui reçoit les biens du constituant et agit dans le but de gérer le patrimoine fiduciaire au profit du bénéficiaire.

Afin de protéger les intérêts des constituants, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaire des **professionnels** tels que :

- les personnes morales du secteur de la banque et de l'assurance
- les entreprises d'investissement
- les avocats

3. Le bénéficiaire

Le bénéficiaire est celui au profit duquel agit le fiduciaire (article 2011 Code civil). Dans le cas d'une fiducie gestion, au terme de la fiducie, le bénéficiaire a vocation à recevoir le patrimoine fiduciaire. Bien entendu ce patrimoine peut avoir évolué depuis la mise en fiducie en fonction des actes passés par le fiduciaire en exécution du contrat de fiducie.

Peut être bénéficiaire toute personne physique ou morale

L'article 2016 du Code civil précise que le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie. En matière de fiducie-gestion, le bénéficiaire ne est nécessairement meêtre une personne différente du constituant car sinon la fiducie réaliserait une libéralité interdite.

4. Le tiers protecteur

Un tiers protecteur peut être désigné à tout moment par le constituant pour s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat (article 2017 Code civil).

Le constituant personne morale peut renoncer à ce droit dans le contrat de fiducie. En revanche, le constituant personne physique pourra toujours nommer un tiers protecteur, même s'il y avait renoncé dans le contrat de fiducie.

2. La formation du contrat

1. Les règles restrictives à la constitution d'une fiducie

Rappelons **la première interdiction** : le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale. Cette nullité est d'ordre public (article 2013 Code civil).

La fiducie ne peut donc pas réaliser elle-même une libéralité.

En revanche, cette interdiction n'empêche pas d'utiliser la fiducie dans des schémas de transmission, par exemple comme outil de contrôle et de conservation des biens donnés.

On peut imaginer une donation de biens avec charge pour le donataire de transférer les biens donnés à un fiduciaire dans le cadre d'un contrat de fiducie-gestion dont les contours seront déterminés dans l'acte de donation. L'objectif est de protéger le donataire qui n'est, par hypothèse, pas apte à gérer efficacement le bien donné. La gestion du bien est assurée par un professionnel. La révocation de la fiducie par le donataire n'est pas à craindre. En effet, le remploi en fiducie du bien donné étant une charge de la donation, **le donateur a les moyens juridiques de faire respecter** cette obligation : ainsi, si le donataire se soustrait à la charge, le donateur peut agir en exécution forcée de la charge ou alternativement demander la résolution de la libéralité qui peut s'accompagner de dommages- intérêts.

La fiducie peut aussi sécuriser des schémas de donations graduelles. La donation graduelle est une double libéralité successive par laquelle le bien donné est transmis au premier gratifié (le grevé), à charge pour lui de conserver et de transmettre à son décès le bien donné à un second gratifié (l'appelé). Pendant sa vie, le premier gratifié est propriétaire mais sa propriété est limitée par la clause graduelle qui lui impose de conserver le bien. Pour s'assurer de la conservation du bien, l'article 1052 du Code civil prévoit qu'il appartient au disposant de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge. L'idée est de sécuriser la conservation du bien en stipulant, dans la donation, la charge pour le premier gratifié de transférer le bien donné à un fiduciaire. La charge de mettre en fiducie incombant au premier gratifié offre au second gratifié une garantie contre la dissipation du bien et l'assure d'une bonne gestion.

La seconde interdiction est relative au cas où le débiteur est tenté de faire sortir de son patrimoine personnel certains biens pour éviter qu'ils ne soient saisis par ses créanciers. La fiducie en créant un patrimoine affecté distinct du patrimoine personnel du constituant présente un risque de fraude à cet égard.

Le cas de la fraude est expressément prévu à l'article 2025 du Code civil et permet à tout créancier du constituant de saisir le patrimoine fiduciaire.

Le créancier pourra par ailleurs attaquer l'acte de mise en fiducie sur le fondement de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil pour obtenir que cette mise en fiducie lui soit déclarée inopposable. Il devra établir que cette mise en fiducie a été réalisée de manière intentionnelle par le constituant pour créer ou aggraver son insolvabilité au détriment dudit créancier.

Enfin, **dans l'hypothèse où le constituant est** une personne susceptible d'être soumise à une procédure collective (entreprise, association, etc...), la fiducie encourt la nullité si la mise en fiducie intervient après la cessation de paiement du constituant (article L 632-1,I, 9° Code de commerce).

2. Règles de forme

La loi précise que la fiducie doit être expresse (article 2012 Code civil). Elle ne peut donc pas être tacite contrairement au mandat.

Pour être valable, le Code civil impose des **mentions obligatoires** dans le contrat de fiducie. Ce dernier détermine à peine de nullité (article 2018 Code civil) :

- les biens, droits ou sûretés transférés ;
- la durée du transfert qui ne peut excéder 99 ans à compter de la signature du contrat de fiducie ;
- l'identité des participants (constituant, fiduciaire, bénéficiaire) ;
- la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

En outre, des **formalités** doivent être accomplies (article 2019 al. 1^{er} Code civil). En particulier, le contrat de fiducie doit être enregistré auprès de l'administration fiscale dans le mois de sa date à peine de nullité.

Toute fiducie a vocation à être inscrite au Registre national des fiducies (article 2020 Code civil). Ce registre a été créé par le décret n°2010-219 du 2 mars 2010.

3. L'exécution du contrat de fiducie

1. Droits et obligations du fiduciaire

Dans les rapports avec le constituant, le fiduciaire a les pouvoirs d'administration et de disposition sur le patrimoine fiduciaire tels qu'ils ont été déterminés dans le contrat de fiducie (article 2018, 6° Code civil).

Une **grande liberté conventionnelle** permet l'adaptation du contrat de fiducie aux souhaits et aux besoins du constituant, sachant qu'il est essentiel que le fiduciaire agisse dans un but déterminé au profit du bénéficiaire.

Le contrat de fiducie peut laisser au constituant l'usage du fonds de commerce ou de l'immeuble à usage professionnel (article 2018-1 Code civil). Le législateur admet donc que le constituant puisse « utiliser » les biens mis en fiducie. Cela étant, le contrat de fiducie ne doit pas dépouiller le fiduciaire de tout pouvoir puisque ce dernier est censé être le propriétaire du patrimoine fiduciaire. A ce titre, il a l'obligation d'exercer les attributs de la propriété pour réaliser le but de la fiducie au profit du bénéficiaire. A défaut de pouvoirs suffisamment larges au profit du fiduciaire, le contrat de fiducie pourrait être requalifié en mandat.

Concernant l'obligation du fiduciaire de rendre compte de sa mission, la loi se contente de fixer le principe de cette obligation mais renvoie au contrat de fiducie le soin de l'organiser (article 2022, al 1^{er} Code civil).

Dans les rapports avec les tiers, le fiduciaire dispose des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, sauf si le tiers avait connaissance de la limitation des pouvoirs du fiduciaire (article 2023 Code civil).

Dans l'exercice de sa mission, le fiduciaire doit indiquer qu'il agit en qualité de fiduciaire lorsqu'il passe des actes avec des tiers (article 2021 Code Civil).

Le fiduciaire est susceptible d'engager sa responsabilité personnelle pour toutes les fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission (article 2026 Code civil).

2. Droits des créanciers

Les créanciers personnels du fiduciaire n'ont pas de droits sur le patrimoine fiduciaire qui constitue un patrimoine d'affectation (article 2024 Code civil).

Les créanciers personnels du constituant n'ont pas non plus de droits sur le patrimoine fiduciaire (article 2025 Code civil). Il en irait autrement si la mise en fiducie réalisait une fraude aux droits des créanciers.

Néanmoins, les titulaires d'une créance née de la conservation du patrimoine fiduciaire ou de sa gestion peuvent saisir le patrimoine fiduciaire. Il pourrait en être ainsi pour des frais bancaires relatifs à des fonds mis en fiducie ou encore des frais d'entretien d'un immeuble. En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, ces créanciers peuvent en principe se faire payer sur le patrimoine du constituant, **à moins que le contrat de fiducie ne mette le passif excédant le patrimoine fiduciaire à la charge du fiduciaire** lui-même. Cette possibilité paraît théorique car on voit mal en pratique un fiduciaire accepter que son patrimoine personnel soit engagé. En outre, le contrat de fiducie peut valablement stipuler que l'obligation au passif fiduciaire sera limitée au patrimoine fiduciaire. Cependant cette disposition ne sera opposable qu'aux créanciers l'ayant acceptée.

4. La fin du contrat de fiducie

1. Les causes d'extinction du contrat de fiducie

Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire (article 2028 Code civil). En revanche une fois acceptée par le bénéficiaire, la fiducie devient irrévocable. Cela étant, en matière de fiducie-gestion, le constituant étant aussi le bénéficiaire, il peut révoquer la fiducie à tout moment.

Cette faculté de révocation de la fiducie par le « constituant bénéficiaire » est une cause de fragilité du contrat et risque de limiter le recours à la fiducie lorsque l'objectif est d'assurer une gestion pérenne d'un patrimoine. Il n'est pas certain qu'il soit possible de prévoir dans le contrat de fiducie une irrévocabilité même temporaire.

Une deuxième cause de fragilité du contrat provient du fait que la fiducie s'éteint de plein droit par le décès du constituant personne physique (article 2029 Code civil).

Ainsi la solution qui consisterait pour un parent à mettre en place de son vivant une fiducie pour la gestion de ses biens afin de permettre qu'à son décès les biens soient transmis à ses enfants « grevés » de cette fiducie n'est pas aujourd'hui possible.

En effet, le décès du constituant met nécessairement fin à la fiducie-gestion. Ce n'est que pour la fiducie-sûreté que le législateur a prévu que le décès du constituant personne physique n'y mettait pas fin (article 2488-1 alinéa 2 Code civil).

Par ailleurs, constituent également des causes d'extinction de plein droit :

- la survenance du terme prévu au contrat ;
- la réalisation du but prévu avant le terme.

Enfin, la loi envisage d'autres causes d'extinction tout en prévoyant que les conditions dans lesquelles le contrat de fiducie se poursuit peuvent être aménagées par le contrat de fiducie. Il s'agit :

- de la renonciation de tous les bénéficiaires à la fiducie ;
- de différentes hypothèses dans lesquelles le fiduciaire ne peut plus exercer sa mission, par exemple en cas de dissolution du fiduciaire.

2. Le sort du patrimoine fiduciaire

Lorsque la fiducie-gestion s'éteint, le patrimoine fiduciaire est transmis au bénéficiaire c'est-à-dire au constituant.

En cas de décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait retour à la succession de ce dernier (article 2030 al 2 Code civil).

Par conséquent, le constituant ne peut donc pas imposer à ses héritiers un administrateur de la succession par l'intermédiaire d'une fiducie. A ce niveau le mandat à effet posthume apparaît bien plus adapté.

5. Conclusion - comparaison avec le mandat

La fiducie est une institution permettant l'administration des biens d'autrui beaucoup plus puissante que le mandat.

En effet, contrairement au mandat, la fiducie réalise un transfert des biens du patrimoine du constituant au patrimoine du fiduciaire (article 2011 Code civil). La constitution d'une fiducie opère ainsi création d'un **patrimoine d'affectation**, distinct du patrimoine du constituant et du patrimoine personnel du fiduciaire. Seuls les titulaires d'une créance née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire peuvent saisir le patrimoine fiduciaire et, en cas d'insuffisance de ce dernier, saisir le patrimoine du constituant sauf stipulations contraires du contrat de fiducie. Dans le cadre du mandat, les biens confiés à un mandataire demeurent dans le patrimoine du mandant et sont susceptibles d'être saisis par les créanciers du mandant.

De plus, contrairement au mandat, la fiducie réalise un **dessaisissement du constituant** dans la limite de la mission confiée au fiduciaire. La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition doivent d'ailleurs être précisées dans le contrat de fiducie à peine de nullité. En revanche, dans le mandat, le mandant peut agir en même temps que le mandataire et prendre des décisions en contradiction avec celles prises par le mandataire.

En ce qui concerne la pérennité de la solution mise en place pour l'administration des biens d'autrui, la fiducie est bien supérieure au mandat puisqu'elle devient **irrévocable** avec l'acceptation du bénéficiaire. En revanche, le mandat est en principe librement révocable par le mandant. Malheureusement dans le cadre de la fiducie-gestion la confusion des qualités de constituant et de bénéficiaire ne permet pas d'instaurer cette irrévocabilité. La fiducie devra évoluer sur ce point pour permettre qu'une irrévocabilité temporaire puisse être stipulée.

Enfin, la fiducie organise la surveillance de la gestion par un **tiers protecteur**, ce que ne permet pas le mandat. Cette possibilité peut-être particulièrement intéressante en cas de pluralités de constituants pour arbitrer les éventuels conflits entre eux.

La fiducie-gestion va donc plus loin que le mandat. Elle devra cependant évoluer pour répondre aux besoins de la pratique et rivaliser avec les institutions étrangères comme le *trust*.