

ACTUALITÉS DE DROIT DE L'ENTREPRISE

FÉDÉRATION NATIONALE POUR LE DROIT DE L'ENTREPRISE

Fondée par
J. M. Mousseron
Professeur
à la Faculté
de Droit
de Montpellier

Collection dirigée par Jacques Raynard
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

36

**La fiducie : assise théorique et
applications pratiques**
*Trusts in civil law jurisdictions:
operational and theoretical
perspectives*

Actes du colloque tenu le 29 septembre 2017
à l'Université Lyon 2

Avec la participation de :
François Barrière, Bruno Berger-Perrin, Alexandra Braun, Pierre Crocq,
Matthieu Dubertret, Florence Fresnel, Rafael Ibarra Garza,
Blandine Mallet-Bricout, Michael McAuley, Vincent Medall,
Jean-Louis Navarro, Sabina Ondrejčova, Kateřina Ronovská,
Vincent Sagaert, Istvan Sandor, Frédéric Subra, François du Toit

Avant-propos de
François Barrière

 LexisNexis

Sommaire

(Les numéros renvoient aux pages)

La propriété fiduciaire (et figures similaires) en droit belge : vers une révolution ?	1
<i>Vincent Sagaert</i> , Professeur à l'Université de Leuven	
Public Supervision on Trusts and Trust-like Structures and its Justification?	19
<i>Kateřina Ronovská</i> , Professeur à l'Université de Brno ; <i>Sabina Ondřejcová</i> , Université de Brno (Tchéquie)	
The core elements of the South African trust and the remedies of trust beneficiaries	35
<i>François du Toit</i> , Professeur à l'Université de Western Cap (Afrique du Sud)	
The appearance of trust laws in the Eastern part of Continental Europe	57
<i>István SÁNDOR</i> , Professeur à l'Université d'ELTE, Faculté de Budapest (Hongrie)	
Un régime idéal pour la fiducie - une étude comparée (droit anglais, français et mexicain)	83
<i>Rafael Ibarra Garza</i> , Professeur à l'Université de Monterrey (Mexique)	
La fiducie au service des sociétés in bonis	103
<i>Bruno Berger-Perrin</i> , Ancien Bâtonnier, FIDAL Fiducie	
La fiducie, reine des sûretés	107
<i>Pierre Crocq</i> , Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)	
Fiducie et société en difficulté...	117
<i>François Barrière</i> , Professeur à l'Université de Lyon	
La fiduciaire bancaire dans les montages de droit du financement et de droit des sociétés	131
<i>Matthieu Dubertret</i> , Maître de conférences à l'Université de Panthéon-Assas	
Une nouvelle histoire du Petit Poucet	139
<i>Florence Fresnel</i> , Avocat à la Cour	

Une nouvelle histoire du Petit Poucet*

Florence Fresnel
Docteur en Droit
Avocat au Barreau de Paris

I. - Histoire

Un jour, je rencontre un petit caillou, un petit caillou très curieux avec un nom particulier que je n'avais jamais vu dans le vocabulaire juridique. Ce petit caillou s'appelle la fiducie.

Je l'ai regardé. Il est tout rond et ce nom, son nom a évoqué pour moi la fidélité, la foi, la confiance.

Ce mot pas comme les autres, on ne le voyait pas autrement, tout seul placé là par hasard.

J'ai appris son histoire, le fait qu'il avait existé sous l'Ancien Régime, puis aboli à la Révolution française, revenu sur la pointe des pieds avec la notion de majorat, et enfin définitivement aboli, éradiqué quand revint la IIème République, en 1848.

Quel drôle de concept ! Il avait pour objet de transmettre à un tiers la propriété de ses biens, afin que ce dernier puisse en prendre la gestion et la faire prospérer dans l'intérêt du premier, le fiduciaire, ou d'un autre. C'était donc un trust à la française.

Alors je me suis dit, joli petit caillou, pourras-tu un jour conduire les majeurs vulnérables sur un chemin où ils trouveront une réponse à leurs difficultés ?

Quand je m'en ouvris dans les années 1990, on me répondit que jamais ce concept ne pourrait pénétrer à nouveau le droit français, car il était contraire sur le plan civil à l'égalité des parties dans les successions d'une part, et d'autre part, sur le plan fiscal, le ministère des finances le haïssait au plus haut point.

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

L'affaire était donc entendue, et ce petit caillou qui me plaisait tant devrait être à nouveau relégué sur le chemin et totalement oublié. Moi je ne l'oubliais pas, j'en fis mon sujet de thèse contre l'avis de tous en sachant que ce ne serait qu'un coup d'épée dans l'eau.

II. - Bref rappel historique

Un autre a eu la même idée, mais avec des connaissances juridiques bien supérieures aux miennes. Il écrivit aussi sa thèse sur la fiducie. C'est ainsi que Monsieur le Professeur Barrière me rencontra, il avait trouvé mon idée intéressante et m'assura qu'il la soutiendrait devant le Parlement quand cela viendrait. Je l'ai cru. Il faut toujours croire les gens de bonne volonté.

En 2007, la fiducie entra dans le droit français en matière commerciale. Mais on lui retira le droit de pénétrer le droit civil. Il fallut encore attendre un an. Monsieur le Professeur Barrière s'en inquiéta et la fiducie trouva sa place à nouveau plus de 150 ans plus tard dans le droit français.

Je veux ici lui rendre hommage et le remercier du fond du cœur d'avoir su par son entregent faire voter le texte. Sans lui, je le sais, ce concept juridique serait encore omis de l'enseignement.

Maintenant que la fiducie existe, pourquoi suis-je tellement attachée à ce qu'elle soit l'objet intelligent et intéressant qui réponde à toutes les questions de gestion du patrimoine pour les majeurs vulnérables ? J'y répondrai donc en indiquant simplement toutes les vertus qu'elle a, et que les autres outils juridiques n'ont pas, afin qu'un jour peut-être, cela sera simplement dans un demi-siècle, le moyen que chacun utilisera pour éviter que, quand le temps de sa vulnérabilité sera atteint, on l'utilise, non seulement dans son propre intérêt, mais encore pour remettre ensuite aux siens un patrimoine qui, soit acquis à la sueur de son front, soit reçu de ses ancêtres, aura été conservé avec respect et soins.

III. - La notion de vulnérabilité

Qu'est-ce que la vulnérabilité ? Qui sont ces personnes qui sont vulnérables ?

L'article 223-15-2 du code pénal dit que « c'est une personne dans un état de faiblesse qu'elle soit mineure ou qu'elle ait une vulnérabilité liée à l'âge, la maladie, l'infirmité, une déficience physique ou psychique, ou un état de

grossesse. Dès lors qu'il est apparent ou connu de son auteur, ce peut-être aussi une personne en état de suggestion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement et ceci pour conduire ce mineur ou cette personne à accomplir un acte ou à s'en abstenir et dont les conséquences lui seront gravement préjudiciables ».

Aussi, la vulnérabilité induit pour ceux qui en sont atteints différentes conséquences :

- une difficulté à comprendre les véritables intentions d'un interlocuteur,
- une fatigabilité qui amoindrit des défenses naturelles,
- parfois un syndrome d'abandon, de dépossession de soi-même ou de ses biens avec la notion de : « à quoi bon » ?,
- parfois existe une volonté de s'afficher par un acte, même si on en connaît les conséquences dévastatrices, pour montrer qu'on est encore là, qu'on est encore vivant, que d'autres dépendent de vous et qu'en conséquence on prendra des décisions.

Dans ces hypothèses donc et souvent pour avoir la paix (sauf la toute dernière hypothèse), la personne vulnérable donne son consentement à l'acte dont parfois même partiellement, alors qu'elle est encore lucide, et qu'elle en connaît les conséquences préjudiciables.

Cette préjudiciabilité s'applique tant à sa personne qu'à son patrimoine. Nous allons en donner ici des exemples :

- Pour sa personne, elle va nommer une personne de confiance (en matière de santé ou pour l'EPHAD) qui ne devrait pas l'être, car cette dernière personne (la personne de confiance), en réalité, ne suit que son propre intérêt qui est la mort à petit feu, à plus ou moins long terme, de la personne vulnérable, pour en hériter.
- Pour son patrimoine, en prenant des décisions contraires à ses intérêts tels qu'une donation, une vente à vil prix, la modification d'une clause bénéficiaire, un bail à titre gratuit etc. Or il est certain que plus on vieillit, plus on a besoin de revenus pour avoir autour de soi des professionnels de qualité qui prennent soin de soi. Il faut donc surtout éviter de se dévouer.

Voici donc un panorama lourd et triste. Les remèdes que le législateur a voulu apporter à ce fineste tableau sont de deux ordres :

- ou une décision conventionnelle très médiatisée sur la place publique comme la panacée universelle qui est le mandat de protection future,
- ou des décisions qui ne peuvent être que judiciaires pour répondre à l'article 3 du Code civil sur la capacité des parties.

IV. - Les réponses législatives

A. - La réponse conventionnelle : le mandat de protection future

Le mandat de protection future s'inscrit dans le Code civil après les textes sur les majeurs protégés. Il est donc compris dans l'esprit du législateur comme une espèce de protection conventionnelle, et semble une réponse à l'article 12 de la Convention Internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDEH), ratifiée par la France le 20 mars 2010.

On peut conclure un mandat de protection future soit pour soi-même, soit pour son enfant quand on considère qu'il ne pourra pas, adulte, subvenir seul à ses besoins quand soi-même père ou mère, on ne pourra plus être présent soit que l'on soit mort, soit que l'on soit soi-même trop affaibli par l'âge.

Pour mettre en exécution ce mandat qui a été soit rédigé devant un notaire, soit sous-seing-privé, il suffit de se présenter au tribunal d'instance avec un certificat médical circonstancié d'un médecin inscrit de l'article 431 du Code civil. La procédure est donc très simple et les difficultés que l'on rencontre sont étonnantes. La première, et il me semble la plus importante, est que le mandant conserve sa totale capacité juridique quand bien même le mandataire exécute le mandat qui peut-être d'ordre patrimonial ou/et personnel. Le mandant, donc, peut accomplir tous les actes dont les plus graves, donner des biens, les vendre à vil prix, se dépouiller, etc. Il faudra donc ensuite des procédures judiciaires longues dans le temps et coûteuses pour remettre les choses en l'état. Le mandat de protection futur donc ne protège pas son mandant.

La seconde qui n'est pas des moindres, mais qui en est aussi à l'origine, est son manque de publicité alors que depuis la Loi sur l'adaptation de la société au vieillissement du 28 décembre 2015, cette dernière est promise. Son défaut est donc aussi que chacun ignore s'il existe. On attend toujours le décret d'application depuis maintenant bientôt 2 ans.

Le bilan actuel du mandat de protection future est étonnant :

- entre 2009 et 2014, seuls 2780 ont été mis en œuvre, dont 2388 mandats notariés,
- les personnes qui recourent à ce mandat sont majoritairement des femmes (70 % et sont âgées) et 83 % des mandants ont plus de 80 ans,
- la moitié des mandats fait actuellement l'objet d'une action judiciaire devant les tribunaux.

On en conclut donc que ce qui devait être la réponse universelle pour désengorger les tribunaux ne l'est peut-être pas et a du mal à pénétrer dans la civilisation française.

Si nous regardons nos cousins d'Outre-Rhin, nous voyons qu'en Allemagne plusieurs millions de mandats de cette sorte sont signés sans aucune difficulté. On peut donc conclure qu'il n'est pas encore inscrit dans la mentalité d'un Français de se déposséder, même pour plus tard, d'une partie de ses droits.

C'est pourquoi craignant toujours de ne pas être libre, il est dans la mentalité française d'en référer au juge des tutelles, le gardien des libertés fondamentales du majeur vulnérable pour les prises de décisions quand il s'agit d'un majeur vulnérable.

B. - La réponse judiciaire : les différentes mesures de protection

Elles sont de quatre ordres :

- la sauvegarde de justice nouvelle formule telle qu'elle rentre dans le Code civil depuis 2009, qui est une petite tutelle pour un an, renouvelable une fois, qui n'a aucun succès,
- la curatelle (l'assistance à la personne et son contrôle) divisée en ses trois ordres qui sont : la curatelle simple, la curatelle aménagée et la curatelle renforcée,
- la tutelle (la représentation dont le concept est contraire à l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées CIDEH, ratifiée par la France) qu'elle soit simple ou avec conseil de famille,
- et la toute dernière depuis 2016, l'habilitation familiale en ses deux branches (l'une spéciale, l'autre générale) qui est une tutelle sans

contrôle du juge des tutelles et qui a pour objet de s'adresser uniquement aux familles vivant la « *Pax Familia* ».

On rencontre les mesures de protection pour le majeur protégé depuis l'Ancien Régime.

Il y a un arrêt célèbre du Parlement de Toulouse au XVIII^{ème} siècle sur la question. Le Code civil de 1804 n'a pas éludé la question, mais la mesure de protection s'appliquait essentiellement aux interdits, aux aliénés, aux personnes vivant en hôpital psychiatrique, et toujours à des personnes ayant un patrimoine important.

La procédure était contradictoire avec la présence obligatoire de l'avocat et en public. La famille faisait un procès au majeur à protéger.

En 1968, la première réforme de la loi a été rédigée par Monsieur le Doyen Carbonnier. Il y avait à l'époque 7.000 personnes sous mesure de protection en France.

Pour tenir compte des doléances des familles, la présence de l'avocat ne fut plus obligatoire, les affaires furent confiées non plus au Tribunal de Grande Instance mais à un juge spécial, le juge des tutelles qui siégeait au Tribunal d'Instance et les affaires furent jugées à huis clos.

Cette réforme de 1968 avec l'allongement de la vie et les succès de la médecine eurent une conséquence certaine. En 2000, 700.000 personnes étaient sous mesure de protection, on dut donc à nouveau réformer la législation. Depuis 2009, le principe actuellement est réaffirmé de la priorité familiale, mais la moitié des affaires est maintenant confiée à des professionnels. Que peut-on dire que peut-on dire du bilan 9 ans après l'application de la loi qui s'applique maintenant à 850.000 ou peut être à 1 million de personnes ?

V. - Le bilan de la loi de 2009

A. - Sur le plan psychologique

La personne protégée se perçoit dépossédée de sa vie, de son chéquier, de ses droits, de la possibilité de faire des cadeaux à ceux qu'elle aime. Le vécu est traumatisant et traumatique. Il peut conduire au suicide.

B. - Sur le plan judiciaire

Les rapports de 2016 de la Cour des Comptes et du Défenseur des Droits indiquent qu'en moyenne chaque juge des tutelles a 3.500 dossiers à traiter.

Les greffiers en chef des Tribunaux d'Instance contrôlent des comptes de gestion au hasard, débordés qu'ils sont par les comptes de gestion annuelle qu'ils reçoivent et pour lesquels ils ne sont pas formés d'une part, et d'autre part pour lesquels ils ne peuvent pas libérer un temps important.

On note aussi de graves dysfonctionnements tant du fait de professionnels débordés que par les protecteurs familiaux, fussent-ils honnêtes mais souvent incompétents parce que non conseillés.

Le bilan est lourd, il est grave, il apporte la preuve du grave dysfonctionnement de la justice à protéger les plus faibles des concitoyens. Le bilan est donc atterrissant. La machine judiciaire est totalement grippée. Quelques scandales sont mis sur la place publique dès lors que le patrimoine est plus que conséquent (les zéros à la suite du chiffre du patrimoine sont fascinants pour les médias). Mais le problème est bien là, bien présent, sociétal, exposé mais aussi vite oublié.

C. - Conséquences

Les vulnérables sont sans voix, chacun claquemuré dans sa détresse, sa douleur, son silence. Et on les passe vite à la trappe. Faut-il donc baisser les bras et déclarés forfait, jeter l'éponge alors que le législateur conscient des difficultés a donné un outil juridique : la fiducie.

VI. - La fiducie-gestion

A. - Son accouchement

Nous ne parlerons bien sûr ici que de la fiducie-gestion. Son histoire est connue, son entrée en droit commercial fut acclamée aux sons des cors, des hautbois, des trompettes.

En droit civil, à peine une flûte de Pan seulette fut-elle entendue. La culture juridique française n'y croit pas, car elle a aboli la Fiducie depuis 1848.

En effet, on lui reproche avec véhémence ce transfert de propriété à un tiers qui dépossède le fiduciaire de tout bien et de tout droit sur le bien mis en fiducie. C'est là l'obstacle le plus difficile à surmonter, car le français est très attaché à son droit de propriété inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) depuis la Révolution française : c'est donc là un de ses droits fondamentaux dont il ne veut pas se déposséder. Aussi comment changer les mentalités, comment convaincre sinon en listant consciencieusement ses attributs positifs ?

B. — Les avantages

La première garantie : le choix du fiduciaire qui peut être un établissement bancaire ou une société d'investissement ou d'assurance ou encore un avocat, étant précisé qu'aucune personne ayant la charge de fiduciaire ne peut exercer en sus une charge tutélaire de quelque nature que ce soit.

Nous voyons donc que ne peuvent être fiduciaires que des personnes physiques ou morales ayant une reconnaissance de leurs compétences certaines d'une part, et d'autre part, assises sur une déontologie reconnue.

La deuxième garantie : c'est celle accordée par le fiduciaire grâce à une assurance de qualité pour mettre à l'abri le fiduciaire ou le bénéficiaire de la fiducie de toute erreur ou omission commise par le fiduciaire.

La troisième garantie : c'est le contrôle obligatoire une fois par an qui doit être remis au fiduciaire ou au bénéficiaire, si ce n'est pas le fiduciaire, ou à son représentant légal qui ne peut être ici que le curateur.

Il est entendu que le curateur, quand il remet une fois par an à son tour ses comptes de gestion annuels, doit y joindre le rapport du fiduciaire.

La quatrième garantie est un avantage. Il est d'ordre prophylactique. Le fiduciaire en remettant ses biens en fiducie n'en est plus propriétaire. Il n'en a plus ni l'usus, ni le fructus, ni l'abusus.

Il n'intéressera donc plus ceux qui s'intéressent à sa personne, pour les biens qu'il possède, puisqu'il ne les possède plus. Le fiduciaire ne peut donc plus être escroqué par ceux qui l'entourent.

La fiducie a donc une vertu cardinale qui n'avait pas été vue, celle d'éviter aussi que les prétoires ne soient encombrés d'affaires pour abus de faiblesse sur

personnes vulnérable. C'est là une vérité qu'il faut relever même si elle est encore inconnue et il me semble que c'est là un argument à ne pas manquer de développer.

Toutes les institutions judiciaires, toutes les institutions humaines, tous les outils juridiques ont toujours une part d'ombre.

C. — L'inconvénient et les réponses

On reproche donc souvent à la fiducie de ne pouvoir être constituée que pour les gros patrimoines afin que le fiduciaire ait une rémunération en conséquence de qualité. C'est oublier qu'il existe des associations regroupant des personnes soucieuses de leur bien être pour le futur ou beaucoup plus souvent pour un enfant porteur d'un handicap quelle qu'en soit sa nature, physique, psychique ou mentale. Créer pour soi-même ou pour cet enfant la fiducie, c'est faire un acte de qualité.

Certes dans le cadre d'une fiducie gestion pour autrui cette dernière s'arrêtera au décès du fiduciaire. Faut-il en conclure que c'est là sa limite ?

Certainement pas, car cette fiducie peut continuer à vivre tel le Phénix renaissant de ses cendres.

En effet, une seconde fiducie peut alors être activée, soit par son bénéficiaire qui la créera, soit si sa capacité juridique était amoindrie par son curateur. La mesure de protection, dès lors qu'elle ne concerne que la sauvegarde de justice, le mandat de protection future et la curatelle n'empêchent pas la constitution d'une fiducie. Le champ d'application de la fiducie est donc immense et répond bien à la vulnérabilité des majeurs.

Nous voudrions donc conclure par cette analyse rédigée par Monsieur le Doyen Jean Carbonnier en 1964 au sujet de la tutelle des mineurs: « Sur l'éventail législatif, il y a place pour une solution qui consisterait à faire gérer les patrimoines pupillaires par des administrateurs privés, par des professionnels des affaires. À cette solution, une fois surmontée l'étonnement d'une commercialisation apparente, il ne servirait sans doute pas impossible d'imaginer des avantages d'efficacité et de rendement par comparaison avec les deux systèmes auxquels plus ordinairement songe les juristes : la tutelle familiale et la ou les tutelles d'État ».

J'ai peut-être été trop longue, je vous en demande pardon, mais la passion a un défaut : elle ignore le temps, et j'ai toujours mon petit caillou dans la poche. Je vous remercie.

La fiducia : assise théorique et applications pratiques

Ce volume reproduit les actes du colloque, organisé à l'occasion du 10^{ème} anniversaire de la promulgation de la loi instituant la fiducie en France et de la création d'un titre XIV dans le livre III du code civil, intitulé « La fiducie : assise théorique et applications pratiques » (*"Trusts in civil law jurisdictions: operational and theoretical perspectives"*), qui s'est tenu le 29 septembre 2017 à l'Université Lyon 2 (Comue de Lyon), avec le soutien de sa faculté de droit et du laboratoire DCT et en y associant l'ACE Lyon, l'ANDJCE et le CNB.

Ces actes analysent :

- d'une part, les principaux aspects du régime de la fiducie en droit civil, que ce soit les pouvoirs du fiduciaire, les droits des bénéficiaires, etc. Le tout dans une perspective transnationale, en s'enrichissant d'analyses comparatives des experts étrangers les plus réputés en ce domaine ;
- d'autre part, des applications pratiques de la fiducie et leurs aspects juridiques.

Y sont reproduits les contributions de François Barrière, Bruno Berger-Perrin, Pierre Crocq, Matthieu Dubertret, Florence Fresnel, Rafael Ibarra Garza, Sabina Ondrejčova, Kateřina Ronovská, Vincent Sagaert, Istvan Sandor, François du Toit.



9 782711 029853

A79

ISBN 978-2-7110298-5-3

Code article : VB384801

Prix : 50 €